DT

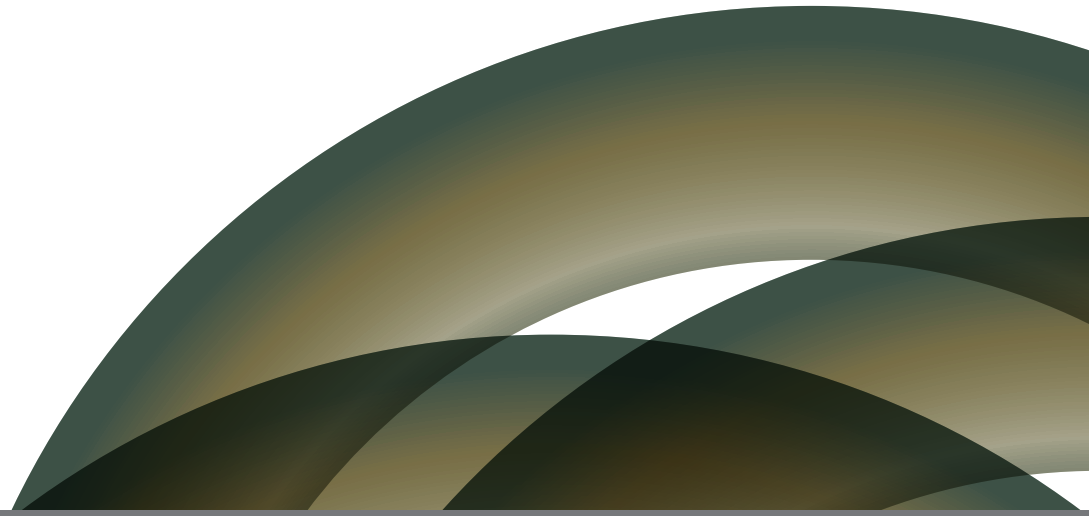
REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

DIRECTOR:
JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:
JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 2 | Marzo 2021



ISSN: 0325-3627

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0325-3627
RNPI: En trámite

Todos los derechos reservados
© **La Ley S.A. Editora e Impresora**

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

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 2da. quincena de marzo de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

DT REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO
CONVENIOS COLECTIVOS • EMPLEO PÚBLICO
PROCEDIMIENTO LABORAL • JUBILACIONES
Y PENSIONES • RIESGOS DEL TRABAJO

DIRECTOR:
JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:
JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 2 | Marzo 2021

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

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 INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Doctrina

La emergencia y la institucionalidad sindical
Jorge J. Sappia 5

El DNU 792/2020 sobre la dispensa de cumplir tareas y la prestación dineraria a los incluidos en ella
Ricardo A. Foglia 7

La obligación solidaria laboral y el Código Civil y Comercial como fuente primaria
Adolfo N. Balbin 11

Créditos laborales en moneda extranjera. Análisis a la luz de la jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
Santiago L. Sfeir 26

Doctrina - Teletrabajo

Teletrabajo: comentario al dec. 27/2021
Sebastián Sirimarco 33

Reglamentación del régimen legal del contrato de teletrabajo
Maira C. Rita 40

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE TRABAJO. DERECHOS DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA
Legislación especial durante la pandemia. Trabajadora con hijos menores a su cargo. Interrupción durante el receso escolar de verano. Confirmación de la medida cautelar que reconoce el goce de licencia paga. Art. 3° de la Resolución MTESS 207/2020. Salvedad. Orden de retornar al empleo durante el receso escolar de verano en la Provincia de Buenos Aires. 49

Derecho laboral de la emergencia y la obligación de pagar los salarios
Juan José Etala (h.) 50

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO
Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables. 52

El caso "Puig" o la interpretación dinámica de las leyes laborales
Carlos Pose 67

MOBBING
Violencia laboral contra la mujer. Perspectiva de género. Responsabilidad por el hecho del dependiente. Procedencia 74

Violencia laboral: hostigamiento psicológico y derecho a la reparación integral
Gloria M. Pasten de Ishihara 81

Jurisprudencia Anotada

EJECUCIÓN DE MULTAS EN EL ÁMBITO LABORAL
Sanción impuesta por el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción. Excepción de inhabilidad de título. Procedencia. Aptitud ejecutiva del título condicionada a la regularidad del procedimiento administrativo 89

Excepción de inhabilidad de título ante la ejecución por multas impagas al instituto de estadística y registro de la Industria de la Construcción (IERIC)
Emiliano A. Gabet 91

CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJADOR DE BUQUE
Ley aplicable. Improcedencia del despido indirecto. Falta de consignación en la citación del trabajador del lugar y momento en que debía embarcar 92

El principio de buena fe no es unidireccional: El trabajo marítimo y un caso de abandono de trabajo
Alejandro Gabet 95

SUBCONTRATACIÓN Y DELEGACIÓN
Responsabilidad solidaria de un club por el despido de un trabajador en un concesionario gastronómico. Aplicación del art. 30 de la ley 20.744. 97

Encuadramiento de la responsabilidad de los clubes por las deudas laborales de los concesionarios gastronómicos
Emiliano A. Gabet 100

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Despido por justa causa. Pérdida de la confianza. Entidad bancaria. Denuncia de venta de seguros no solicitadas ni aceptadas por clientes. Ilegitimidad. 102

Fallido distracto con sustento en la eventual pérdida de confianza
Alejandro Gabet 105

Jurisprudencia Nacional

DESPIDO INDIRECTO
Desconocimiento de la naturaleza del vínculo. Trabajador monotributista. Ausencia de un horario fijo. Exclusividad. Injuria laboral suficiente. Legitimidad. Sanción por temeridad y malicia. Disidencia parcial. 109

DESPIDO POR EMBARAZO
Procedencia aun cuando la trabajadora perdió el embarazo. Indemnización por daño moral. 114

DESPIDO INDIRECTO
Procedencia. Falta de entrega de los recibos de sueldo. Condena al pago de la indemnización prevista en el art. 10 de la ley 24.013. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT. Disidencia. Acción civil. Prueba de la situación de violencia que sufrió la trabajadora. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad solidaria del empleador y del autor material del acto de violencia. Responsabilidad civil de la ART 119

DIFERENCIAS SALARIALES
Categoría laboral. Gerente general. Viajante de comercio. Rechazo. 146

OPONIBILIDAD DE LA AFECTACIÓN DEL BIEN DE FAMILIA
Deudas laborales. Bien inmueble del empleador. Inoponibilidad de la afectación solo respecto de los créditos nacidos con anterioridad a la constitución. 149

Jurisprudencia Provincial

TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO
Continuidad del vínculo entre los codemandados. Discordancia acerca de la manera y la fecha de finalización de la relación laboral. Horas extra. 155

Novedades Legislativas

DECRETO 39
Coronavirus (COVID-19) – Ampliación de la emergencia pública en materia ocupacional – Norma complementaria del dec. 34 163

RESOLUCIÓN 1103 (M.T.E. y S.S.)
Coronavirus (COVID-19) – Trabajadores exceptuados del deber de asistencia al lugar de trabajo durante la suspensión de clases en escuelas – Inaplicabilidad del art. 3° de la res. 207 (M.T.E. y S.S.) 166

Dossier

El pensamiento de Jorge J. Sappia: su incidencia en el derecho del trabajo, colectivo, de la seguridad social y procesal
Emiliano A. Gabet 169

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

¿La defensa de los activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del SIPA? Comentario a la ley 27.574
Nadia García 187

La noción de justicia social en el derecho previsional
Romina Villanueva 193

Representación de los menores en las audiencias de las comisiones médicas con motivo de la indemnización por fallecimiento del trabajador/ trabajadora (casos mortales)
Karina A. López 205

Comentarios Jurisprudenciales

REAJUSTE DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA
Omisión de tratamiento de los planteos del beneficiario previsional. Prestación compensatoria Aplicación de precedentes. Menoscabo del derecho de defensa 217

La Corte Suprema de Justicia y la "jurisdicción protectora de la Seguridad Social"
Rafael E. Toledo Ríos 218

SECRETO FISCAL
Requerimiento efectuado a la AFIP. Información sobre retenciones y giros que, en concepto de impuesto a las ganancias, se efectúan sobre prestación especial percibida por la ex Presidenta de la Nación y sobre pensión derivada de la asignación especial de su cónyuge. Datos de naturaleza económico-patrimonial. Supuesto alcanzado por el secreto fiscal. 222

El secreto fiscal analizado por la Cámara Federal de Seguridad Social. Legitimación para apelar sin ser parte en el proceso: beneficio especial expresidente
Julieta El Yar 228

Jurisprudencia Anotada

MUERTE DEL TRABAJADOR
Vigilador. Caída en un pozo. Situación de salud preexistente que imposibilitó los diversos intentos médicos de estabilizarlo. Valoración de la pericia. Arbitrariedad de la condena a la ART. 237

La Corte Suprema frente a la responsabilidad subjetiva de las aseguradoras de riesgos del trabajo
Amanda L. Pawlowski de Pose 239

COMISIONES MÉDICAS
Constitucionalidad del art. 1° de la ley 27.348. Competencia territorial..... 241

Competencia en razón del territorio en los reclamos fundados en la Ley de Riesgos del Trabajo
Emiliano A. Gabet..... 244

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Accidente *in itinere* 245

Apostilla sobre el accidente *in itinere* y su reparación en el régimen de riesgos del trabajo
Alejandro Gabet 252

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Incapacidad laboral. Dictamen de la Comisión Médica Central. Relación de causalidad con el siniestro denunciado. Necesidad de llevar a cabo una pericia médica. Facultades de los jueces. ... 253

El principio de tutela judicial efectiva frente a las directivas de la ley 23.748
Amanda L. Pawlowski de Pose 255

DERECHO A PENSIÓN
Procedencia del beneficio a favor de una mujer separada de hecho del causante durante más de veinticinco años. Indicios de hechos de violencia doméstica contra la actora. 257

La separación de hecho no afecta el derecho pensionario de la viuda inocente
Amanda L. Pawlowski de Pose 262

Jurisprudencia Nacional

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA
Procedencia del grado de incapacidad establecido por el perito 267

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Competencia de la Justicia Nacional del Trabajo 269

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Determinación del porcentaje de incapacidad. Lineamientos fijados por el Baremo del decreto 659/1996..... 283

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Acción civil. Relación entre la patología que padece el trabajador y las tareas llevadas a cabo. Improcedencia de la acción contra la ART..... 286

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Indemnización. Inaplicabilidad del índice RIPTE..... 290

Jurisprudencia Provincial

IMPUESTO A LAS GANANCIAS
Retroactivos adeudados por la Administración Nacional de la Seguridad Social por reajustes ordenados en sentencias judiciales. Ganancias no gravadas..... 297

Novedades Legislativas

DECRETO 34
Coronavirus (COVID-19) – Contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino – Tratamiento diferencial para empleadores abocados a determinadas actividades relacionadas con la salud – Norma complementaria de las leyes 27.541 y 24.241..... 303

RESOLUCIÓN 84 (S.R.T.)
Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria de los dec. 1694 y 899 y de la res. 433 (A.N.Se.S.)..... 305

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 782 (S.T.)
Vigiladores – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas (S.S.I.P.), la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI), la Cámara de Empresas de Seguridad de Buenos Aires (CAESBA) y la Cámara Regional de Empresas de Seguridad, Vigilancia e Investigaciones Privadas del Sud Este Bonaerense (CARESEB) – Vigencia - Ámbito de aplicación – Personal comprendido -- Categorías laborales – Condiciones de trabajo – Jornada de trabajo – Vacaciones y licencias – Enfermedades y accidentes – Higiene y seguridad – Escala salarial – Capacitación del personal – Homologación 311

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 783 (S.T.)
Alimentación – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas – Renovación del CCT

724 – Vigencia - Ámbito de aplicación – Personal comprendido -- Categorías laborales – Condiciones de trabajo – Jornada de trabajo – Vacaciones y licencias – Enfermedades y accidentes – Higiene y seguridad – Escala salarial – Capacitación del personal – Homologación. 325

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 73 (S.T.)
Comercio - Acuerdo celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130, donde pactan un incremento salarial correspondiente a enero, febrero y marzo de 2021 – Homologación 331

RESOLUCIÓN 1350 (S.T.)
Sanidad – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina y la Cámara Argentina de Empresas de Internación Domiciliaria (CADEID), en el marco del CCT 743 – Homologación 331

RESOLUCIÓN 1378 (S.T.)
Transporte – Acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de Empresas de Saneamiento Ambiental, el Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados del Transporte de Cargas por Automotor, Servicios, Logística y Distribución de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires y la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios – Homologació..... 331

RESOLUCIÓN 1453 (S.T.)
Plásticos – Acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de la Industria Plástica y la Unión Obreros y Empleados Plásticos – Homologación 331

RESOLUCIÓN 1294 (S.T.)
Navales – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval de la República Argentina (Fe.M.P.I.N.R.A.) y las Terminales Portuarias Buenos Aires Container Terminal Services S.A., Terminal 4 S.A. y Terminales Río de La Plata S.A., en el marco del CCT 441 – Homologación..... 332

RESOLUCIÓN 1612 (S.T.)
Limpieza y maestranza - Acuerdo salarial celebrado entre el Sindicato de Obreros de Maestranza y la Asociación de Empresas de Limpieza, en el marco del CCT 281 – Homologación 332

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Doctrina

La emergencia y la institucionalidad sindical

Jorge J. Sappia (*)

La intención de este análisis es tratar de establecer como está planteada hoy la situación institucional interna de las representaciones sindicales, a partir de las prórrogas dispuestas por la autoridad de aplicación de la ley 23.551 **(1)** respecto de las organizaciones sindicales nacionales de cara a los efectos de la crisis sanitaria que nos afecta. Está claro que todas las medidas adoptadas orientadas a posponer las actividades de los sindicatos se fundan con acierto, en la necesidad de evitar los contagios derivados del COVID-19 y la preservación de la salud de la población como objetivo principal y prioritario.

Así con base en el DNU 260/2020 **(2)**, el que a su vez se funda en la ley 27.541 **(3)** de Emergencia, se dictaron los dispositivos que nos ocupan. El decreto de necesidad y urgencia citado previó en su art. 18 que debían evitarse todo tipo de eventos capaces de generar encuentros masivos, tales como espectáculos públicos, gimnasios, museos, centros deportivos. En general cualquier hipótesis de aglomeraciones. Así el Ministerio de Trabajo atendió a las circunstancias sindicales, cuyos procesos electorales o asambleario son evidentemente causa de aglomeración de personas. En su consecuencia, la Secretaría de Trabajo dictó la res. 238/2020 del 18 de marzo de 2020, ordenando la suspensión de elecciones, asambleas, congresos y todo acto institucional que implique movilización, traslado y/o aglomeración de personas, otorgándole una vigencia de treinta días. Dos días después se publicó la res. ST 259/2020 prorrogando los mandatos de los representantes sindicales que vencieran entre el 16/03/2020 y el 30/06/2020 por 120 veinte días.

Posteriormente la res. 489/2020, siempre de la Secretaría de Trabajo, del día 4 de mayo, prorrogó una vez más la suspensión de elecciones, asambleas y congresos hasta el 30 de setiembre de 2020. Y a partir de ese día, los mandatos de los representantes sindicales por 180 días más, pero ahora sin la limitación que supuso referir ese corrimiento solo a los que vencieran hasta fin de junio, aludiendo a los mandatos vencidos después del 16 de marzo de 2020.

Antes que se agotaran los plazos de esas últimas prórrogas, apareció la res. ST 1199/2020 el día 22/09/2020, que llevó la prohibición de elecciones, asambleas y congresos hasta el 28 de febrero de 2021 y amplió la prórroga de mandatos que debía fenecer a fin de octubre 2020 por 180 días a partir del 28 de febrero de 2021. Siempre con relación a mandatos vencidos después del 16 de marzo último.

Todo este desarrollo previo, pretende servir de base para tratar de describir la situación institucional del sindicalismo argentino como derivación de la pandemia. Comienzo por la prohibición de realizar elecciones, asambleas y congresos. Habitualmente estos dos últimos eventos suelen ser la primera acción electoral, pues es en su seno donde se designan las juntas electorales. Luego viene la definición del calendario electoral, la presentación de listas y finalmente el comicio. También asambleas y congresos son los ámbitos donde se define el curso de acción sindical de cara a los reclamos salariales. Esto que refleja obviedades, lo planteo para señalar la escasa influencia que han tenido las suspensiones dictadas por la Secretaría de Trabajo, habida cuenta

(*) Abogado (UNC). Titular del Estudio Jurídico Sappia y Asociados en Córdoba. Exprofesor adjunto de Derecho del Trabajo, Facultades de Derecho y Ciencias Económicas (UNC). Profesor consulto (UNC). Consultor externo OIT en misiones realizadas en América Latina.

(1) Cita online: AR/LEGI/0JRF

(2) Cita online: AR/LCON/8RO4 , prorrogado hasta el 31/12/2021 por Dec. 167/2021 (B.O. 11/03/2021).

(3) Cita online: AR/LCON/8QAT

de la reiteración de asambleas exigiendo incrementos, así como las incontables movilizaciones gremiales en todas las ciudades del país, con finalidades varias, pero enfatizadas en el tema remuneraciones. El único suceso no acontecido son las elecciones, que si los argentinos, vacuna mediante, podemos superar la crisis para el mes de febrero, podrán comenzar a aparecer de marzo 2021 en adelante. Pero va de suyo que, si la elección en un gremio determinado se puede realizar, p. ej., en mayo, debe precisarse que los electos no podrán asumir hasta entrado en el de setiembre de 2021, pues los actuales representantes tendrán mandato hasta agotar el plazo de 180 días a partir del 28 de febrero, o sea hasta fin de agosto.

Otro elemento por considerar refiere a la preservación de la estabilidad de los representantes sindicales, establecida en el art. 48 de la ley 23.551. Todos los miembros directivos, representantes ante organismos oficiales y delegados en las empresas, de toda la República, si el período por el que fueron electos se ha cumplido o se cumple hasta del 28 de febrero de 2021. Los que se vencieron después del 16 de marzo de 2020 y los que venzan hasta el último día del segundo mes del año, tienen por ahora mandato hasta el 31 de agosto de 2021, y protegida su estabilidad hasta el 31 de agosto de 2022.

Debo relevar que la disposición del art. 17 de la ley 23.551 que limita a cuatro años el mandato de los directivos sindicales ha quedado virtualmente derogada por estas resoluciones citadas más arriba. Lo mismo ocurre con el art. 42 de la misma ley, que constriñe la extensión del mandato de los delegados a dos años.

Una cuestión de innegable trascendencia radica en establecer hasta qué punto resulta jurídicamente válida esa derogación. No se trata de plantear algún tipo de objeción a las disposiciones dictadas en atención a la protección de la salud y que han afectado a las relaciones laborales en todas sus dimensiones. Sino indagar si resultan aptas para sostener una modificación de derechos consagrados en el orden jurídico vigente. Me pregunto si debe considerarse protegida la estabilidad de aquel sindicalista cuyo mandato venció en mayo de 2020, después de haber expirado los cuatro años de ejercicio de una secretaría en la comisión directiva de su organización. Me respondo afirmativamente a esa pregunta en aras de la emergencia sanitaria, pero no estoy seguro de que esa sea la opinión general y, entonces, digo que sería oportuno completar la normativa de excepción.

Hago estas consideraciones porque de la ley 27.541, que, si bien autoriza al Poder ejecutivo a tomar medidas que se refieran a lo social, la mención es demasiado amplia para intuir que alude a las estructuras sindicales. Y el DNU 260/2020, en el único artículo que alude al Ministerio de Trabajo, el 12, no hace mención de la actividad sindical.

Incluso incorporo al ámbito de la duda, el art. 6º de la última resolución de la Secretaría de Trabajo, la 1199/2020, que reproduce idéntico texto de las anteriores, exponiendo que corresponde a las asociaciones sindicales emitir las certificaciones que den cuenta de la prórroga de mandatos aquí dispuesta, respecto de los representantes sindicales en las empresas y de las autoridades de los órganos de dirección y fiscalización de las seccionales en todas sus formas. Esa expresión —corresponde— ¿debe interpretarse como imperativa y, entonces, si no se expiden esas certificaciones no se tienen por prorrogados los mandatos? Se trata de otra cuestión que exige de precisiones y normas complementarias.

Precisar, aclarar y completar, son tres objetivos que deben observarse cuando se trata de legislar y más aún de normativizar situaciones de emergencia y excepción, como las que atravesamos los argentinos.

El DNU 792/2020 sobre la dispensa de cumplir tareas y la prestación dineraria a los incluidos en ella

Ricardo A. Foglia (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Dispensa a la asistencia al trabajo.— II. La compensación.

I. Introducción

El 12 de octubre de 2020 se publicó en el Boletín Oficial el DNU 792/2020 **(1)** que actualiza las jurisdicciones en las cuales se debe guardar el "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" (DISPO), las obligaciones y restricciones que implica, las excepciones; y en una norma laboral de alcance general, la situación de las personas mayores de 60 años, las mujeres embarazadas, los trabajadores a cargo de menores en edad escolar, la actualización de los grupos de riesgo; y la prestación dineraria para quienes debiendo permanecer en aislamiento, no realizan tareas.

El art. 24 de esa norma regula dos situaciones con impacto laboral, una de las cuales se refiere a la dispensa del deber de asistencia al trabajo y otra sobre la compensación para los trabajadores exceptuados de prestar tareas.

Nos referiremos a ambos supuestos separadamente.

II. Dispensa a la asistencia al trabajo

La norma comentada, cuyo antecedente son los arts. 1º y 3º de la res. 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación **(2)**, cuya vigencia ratifica, dispensa de la concurrencia al trabajo a:

a) los mayores de 60 años;

b) las mujeres embarazadas,

c) las personas incluidas en los grupos de riesgo; y

d) aquellas cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a los mayores de 60 años, (a) están exceptuados de la no concurrencia al trabajo, esto es, deben concurrir aquellos que resultan esenciales para el adecuado funcionamiento del establecimiento, siempre que no estén incluidos en los supuestos b) y c) precedentes y los trabajadores del sector salud conforme lo establecido por la citada res. 207/2020 (MTEYSSN).

Respecto de los denominados *grupos de riesgo,* (c) el 23 de septiembre de 2020 se publica en el Boletín Oficial la res. 1541/2020 del Ministerio de Salud, que deja sin efecto la res. 627/2020 **(3)** y determina la lista actualmente vigente de los grupos de riesgo, que es la siguiente:

1. Personas con enfermedades respiratorias crónicas: hernia diafragmática, enfermedad pulmonar obstructiva crónica [EPOC], enfisema

(*) Abogado egresado de la UCA y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

(1) Prorrogada por DNU 125/2021 (B.O. 28/2/2021)

(2) BO del 17/03/2020.

(3) BO del 20/03/2020. Esta resolución, a su vez, deja sin efecto el listado de la res. 207 (MTEYSSN).

congénito, displasia broncopulmonar, traqueostomizados crónicos, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo.

2. Personas con enfermedades cardíacas: insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, reemplazo valvular, valvulopatías y cardiopatías congénitas.

3. Personas diabéticas.

4. Personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses.

5. Personas con Inmunodeficiencias:

- congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave;

- VIH dependiendo del *status* (menos de 350 CD4 o con carga viral detectable);

- personas con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis (mayor a 2 mg/kg/día de metilprednisolona o más de 20 mg/día o su equivalente por más de 14 días)

6. Pacientes oncológicos y trasplantados:

- con enfermedad oncohematológica hasta seis meses posteriores a la remisión completa;

- con tumor de órgano sólido en tratamiento;

- trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos;

7. Personas con certificado único de discapacidad.

8. Finalmente, y luego de varias modificaciones, se dicta la res. conj. 10/2020 de los Ministerios de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y Ministerio de Salud, que **(4)** incluye a los obesos grados III (IMC) como grupo de riesgo **(5)**.

En cuanto (d) a los progenitores o adultos a cargo de menores en edad escolar la res. 207/2020 (MTEYSSN) en el art. 3º dispuso que mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por res. 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación la inasistencia al trabajo de esas personas se considera justificada siempre que su presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. Dicha circunstancia debe ser notificada al empleador, quien puede ejercer el control de los hechos invocados.

Se ha señalado que los empleados incluidos en la enumeración precedente podrían acordar con el empleador su concurrencia al lugar de trabajo, por cuanto la norma expresa que están "dispensados y dispensadas" de la obligación de trabajar, con lo cual lo podrían renunciar a la dispensa.

Como fundamento de ello se recurre al concepto de *dispensa* que según el Diccionario de la Lengua Española **(6)** tiene, entre otras acepciones: "...[E]xcepción graciosa de lo ordenado por las leyes generales...". De esta manera, se interpreta que, siendo el deber general de no concurrir al trabajo **(7)**, la dispensa sería una excepción a dicho principio y en consecuencia el trabajador, con acuerdo del empleador, podría pactar una excepción a la presencialidad laboral. Se invoca, a favor de esta tesitura, el art. 2º del Código Civil y Comercial de la Nación que comienza diciendo "[l]a ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras...".

No concordamos con esa interpretación.

(4) BO del 14/10/2020

(5) Cabe señalar que el IMC es una fórmula matemática, que asocia la masa y la talla de un individuo, ideada por el estadístico belga Adolphe Quetelet, por lo que también se conoce como índice de Quetelet. La fórmula de cálculo consiste en dividir el peso en kilos por el cuadrado de la altura en metros. Así, por ejemplo, una persona que pese 130 kilos y mida 1,70 mts tendrá un IMC de 44,98 (130/2,89). Cuando el número resultante es superior a 35, se considera que la persona es obesa. El esquema es el siguiente. IMC de 35-39,9: Obesidad de tipo II. IMC de 40-49,9: Obesidad de tipo III (mórbida). IMC mayor a 50: Obesidad de tipo IV (extrema). Se trata de un cálculo común tanto para hombres como para mujeres.

(6) "Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, año 1992, t. I, p. 763.

(7) DNU 297/2020 - BO del 20/03/2020.

La norma, cuya finalidad es preservar la salud pública tal como lo dice en los *considerandos*, agrega que se mantienen vigentes, en todo el país, las previsiones de protección de la sanidad de los trabajadores enumerados y remitiendo a la ley 27.541, que declaró la *emergencia sanitaria*, y a las normas dictadas a partir de marzo de 2020 a raíz del COVID-19 en la Argentina. Y en este sentido no se puede prescindir que el citado art. 2º del Cód. Civ. y Com. también señala como pauta de interpretación de la ley "...sus finalidades...". Adviértase que el propio art. 24 comienza haciendo referencia a la *tasa de mortalidad* de algunos de los casos mencionados.

Además, la norma comentada expresamente remite y ratifica la res. 207/2020 (MTEYSSN) que determina que los trabajadores enumerados (en una enunciación luego actualizada por esta conforme se viera) tienen *suspendido* el deber de concurrir a las tareas, pudiendo trabajar, de ser posible, desde el lugar de aislamiento.

A ello hay que agregar que la res. 279/2020 (MTEYSSN) **(8)** expresa, en el art. 6º: "La abstención de concurrir al trabajo, que implica la prohibición de hacerlo salvo en los casos de excepción...", que son, en este caso los mayores de 60 años esenciales para el adecuado funcionamiento del establecimiento o del sector salud, los que sí deben concurrir al trabajo, en el primer caso, con la excepción mencionada.

De esta manera y teniendo en cuenta la finalidad de la ley, la palabra "dispensa" debe ser entendida en el sentido indicado y en consecuencia no es disponible para las partes. Esto es, no se podría acordar la concurrencia de esos dependientes al trabajo, ya que tal pacto sería nulo (art. 7°, LCT).

III. La compensación

La norma expresa que el personal que no preste tareas en el lugar del aislamiento cobrará una compensación no remunerativa equivalente a la remuneración neta sobre la que se efectuarán los aportes y contribuciones con destino a la Obra Social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP - PAMI) **(9)**.

Cabe recordar que el DNU 297/2020 en su art. 8º establecía que durante el aislamiento los trabajadores del sector privado tenían derecho a cobrar íntegramente sus ingresos habituales, sin distinción entre aquellos que se desempeñaban en una actividad esencial, los que lo hacían desde su lugar de aislamiento y los que no trabajaban. Para estos últimos se habilitó el mecanismo del art. 223 bis, LCT [DNU 329/2020 **(10)**], reglamentado por la res. 397/2020 (MTEYSSN) **(11)**.

La res. 219/2020 (MTEYSS) **(12)**, reglamentaria de dicha norma, estableció que las sumas que perciban durante la cuarentena los trabajadores que no cumplan tareas "...tendrán carácter no remuneratorio, excepto respecto de los aportes y contribuciones al sistema nacional del seguro de salud y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" (art. 1º). Esa resolución fue derogada por su similar del 279/2020 (MTEYSSN), que no contempló ninguna excepción.

El DNU comentado dejó sin efecto el art. 8º del DNU 297/2020 en lo que hace a los trabajadores exceptuados de prestar tareas durante el ASPO; por la norma comentada vuelve al criterio de la res. 219/2020 (MTEYSSN), de modo que, a partir de la entrada en vigencia de la norma, que se fijó en el 12 de octubre de 2010 (art. 35), esos trabajadores percibirán "*una compensación no remunerativa*", la que no se computa para el cálculo de aquellos rubros salariales o indemnizatorios legales e incluso convencionales, cuya base de cálculo es la remuneración.

El monto de esa compensación es equivalente a su remuneración habitual neta de aportes y contribuciones al Sistema de Seguridad Social. Ahora bien, los trabajadores, así como los empleadores, deberán continuar efectuando

(8) BO del 01/04/2020.

(9) Obra social aporte del 3% y contribución del 6% y el INSSJP del y 3 y 2% respectivamente

(10) BO del 31/03/2020.

(11) BO del 30/04/2020.

(12) BO del 23/03/2020.

sobre la remuneración imponible habitual los aportes personales y las contribuciones patronales correspondientes a la Obra Social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —INSSJP— (leyes 23.660, 23.661 y 19.032). Esto es, que dichos aportes y contribuciones no se relacionan con la compensación no remunerativa, sino que se calculan sobre la remuneración habitual del trabajador.

Se agrega que este beneficio no podrá afectar el financiamiento de la seguridad social ni los derechos conferidos a los trabajadores y a las trabajadoras por los regímenes de la seguridad social.

La obligación solidaria laboral y el Código Civil y Comercial como fuente primaria

Adolfo N. Balbin (*)

Sumario: I. Introducción. El vínculo jurídico laboral como punto de partida de una relación asimétrica.— II. Generalidades de la obligación civil y comercial, y de la propia laboral.— III. La responsabilidad solidaria y su importancia en el derecho del trabajo.— IV. El Código Civil y Comercial de la Nación como fuente normativa primaria de la solidaridad y su necesaria adaptación en el derecho del trabajo.— V. Características de la obligación solidaria en el derecho civil y comercial.— VI. Traslación de los elementos típicos de la solidaridad común a la relación laboral.— VII. Algunas conclusiones.

I. Introducción. El vínculo jurídico laboral como punto de partida de una relación asimétrica

Usualmente tildado como contrato, el derecho individual del trabajo parte del estudio de una serie de elementos que, con carácter proyectivo, tienen su origen en una relación laboral de cualidad básicamente asimétrica que vincula jurídica y socialmente **(1)** a dos personas, trabajador y empleador.

Criticando en parte la denominación y regulación que efectúa a su respecto la Ley de Contrato de Trabajo [ley 20.744 **(2)**, en adelante también LCT] —en tanto nos sumerge en una compleja maraña de relaciones entre lo que tipifica como contrato y relación de trabajo en los arts. 21 y 22, respectivamente—, entiendo que hoy día aparecen al menos agrietadas aquellas posiciones doctrinales que prefieren olvidar o bien omitir las opiniones de los autores que, desde el relacionismo contemporáneo, buscan desentrañar tanto el verdadero sentido lógico del fenómeno laboral, así como también el auténtico significado social de este.

En ese terreno, y solamente de forma sintética a fin de no entorpecer el tópico central de este trabajo —remitiendo para su complemento a un artículo doctrinario que escribí hace algún tiempo sobre el punto **(3)**—, entiendo que más allá de lo que dice la norma que vertebra las instituciones elementales del derecho individual del trabajo en nuestro país (y a la que antes hice mención), lo fundamental para el análisis propedéutico del tracto jurídico existente entre trabajador y empleador, no lo vamos a encontrar solamente en la lectura de la ley positiva, sino que inevitablemente debemos escudriñar otras arenas que

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social —del trabajo y la previsión— (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Profesor adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

(1) Con el adverbio modal "socialmente", no pretendo quebrantar para nada su familiaridad con lo jurídico, sino más bien hacer referencia a otra serie de elementos que no se emparentan de forma directa con la ley escrita, pero que de algún modo estrechan con las mismas relaciones recíprocas debido al carácter vincular de la ciencia jurídica, como son los factores psicológicos, culturales, filosóficos, políticos y económicos que por supuesto anidan en el seno de toda comunidad.

(2) BO 27/09/1974.

(3) Me refiero al trabajo titulado "Discusiones en torno a la esencia del vínculo jurídico laboral". Publicado en: Revista Derechos en Acción (ReDeA), edic. invierno de 2017, ps. 79 a 95.

nos permitan descubrir la razón primera que cimenta todo la estructura actual de la disciplina bajo análisis, escapando de las interpretaciones únicamente legales de la materia que, ante que ayudarnos a comprender el fenómeno laboral, pueda conducirnos a una limitación poco útil de su campo.

Desde ese panorama, y con efectos puntuales en el instituto que corona este trabajo, entiendo que antes que estudiar el vínculo laboral como un contrato —al estilo de los típicos contratos regulados en el derecho civil y comercial—, este debe ser analizado como una relación de poder, puesto que supone en los tres tiempos útiles de todo negocio —nacimiento, ejecución y extinción— el predominio de la fuerza empresarial por sobre la persona que trabaja, encargada esta última de aportar a aquella vinculación una prestación de carácter personal e infungible.

Y es producto de esa relación asimétrica que tanto desde los principios fundantes así como también desde la norma legal positiva laboral, se ha tratado de crear un conjunto de institutos que tengan por función nivelar en beneficio del trabajador la mentada desigualdad económica y negocial, ello bajo el prisma de la definición primera de aquel campo disciplinar, identificado como la rama de las ciencias jurídicas encargada de regular, con un sentido mayormente unidireccional tutelar en beneficio del sujeto dependiente, una relación personal, económica y también cultural, cuyo inicial marco legal de reconocimiento fuera producto de una agitada lucha colectiva obrera, y una reacción estatal incentivada por la mantención de un modelo económico dominante.

A la luz de lo anterior, en este artículo me he propuesto repasar los elementos generales de las obligaciones civiles y comerciales, y los puntuales de las solidarias, para luego dar pie al estudio de la forma con que esos elementos pueden ser aplicados al derecho del trabajo, analizando también los efectos derivados de ello, y sus justificativos.

Lo central de este artículo es concentrarnos en la vinculación existente, en materia de responsabilidad solidaria, entre el derecho del trabajo y el Código Civil y Comercial unificado, sin olvidar por supuesto ciertos antecedentes legislativos y doctrinarios que colaboran con valiosos aportes.

Finalmente, aclaro que en este artículo las expresiones derecho del trabajo, derecho social, derecho laboral y derecho obrero se toman como sinónimas.

II. Generalidades de la obligación civil y comercial, y de la propia laboral

En este acápite, hablaré del concepto general de la obligación común, y mencionaré los matices que esa figura adquiere en el ámbito del derecho del trabajo.

Aventurado a ello, adelanto que resulta plenamente aplicable al derecho social el concepto que, de la figura de la obligación, contiene el Código Civil y Comercial (desde ahora, también identificado como Cód. Civ. y Com.) en su art. 724. Ello aun cuando, como veré luego, se requiera de una necesaria ampliación (o bien adaptación) en la materia específica.

En ese tramo, la obligación se constituye como una "relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzadamente la satisfacción de ese interés" **(4)**.

De la misma, se desprenden varios componentes: un acreedor y un deudor, enlazados ambos por una relación jurídica, en medio de la cual el primero titulariza un derecho y el segundo un deber, ambos recíprocos, que dan cuenta de la existencia de una prestación de carácter lícito —patrimonial o no— a cargo del último sujeto, y también de la eventual aparición en escena de la coercibilidad como medio instrumental reconocido por el derecho para lograr el cumplimiento forzoso de lo acordado, en el supuesto de que medie reticencia en el caso concreto.

Lo anterior fue una simple enunciación, con cierto matiz ilustrativo, de los elementos fundamentales que nuestro codificador comprende

(4) El dato apuntado resulta ser una de las novedades reguladas en el código unificado, ya que en el anterior cuerpo no contenía un concepto de la obligación. Creo que el avance en el punto es muy importante, debido a que la actual figura, al exteriorizar sin cortapisas la voluntad del legislador respecto a un importante instituto, brinda mayor claridad y crea mayor seguridad sobre un aspecto crucial para el avance de los negocios, y su análisis.

que tiene el instituto de la obligación. Sin embargo, a fin de analizar más ampliamente lo anotado, es útil agregar alguna opinión doctrinaria.

A su respecto, Enrique Galli, al actualizar la monumental obra del maestro Raimundo Salvat **(5)**, dijo en su momento que mejorando la definición clásica que entendía a la obligación como un vínculo de derecho entre un acreedor y un deudor en el que el último era constreñido con la necesidad de pagar alguna cosa, se podía comprender a ella como una "[s]ituación en virtud de la cual, el sujeto se encuentra en el deber jurídico de cumplir una prestación". Y, al analizar brevemente los términos del concepto aludido, escribió que la palabra "situación" servía para comprender las obligaciones que nacían de los actos o de los hechos que no importaban un acuerdo lícito **(6)**; que "sujeto" era más comprensivo de la palabra persona; que "deber jurídico" resultaba más específico, puesto que permitía excluir aquellos deberes ajenos al derecho, como los de cortesía, convivencia o pura moral; y que la expresión "encontrarse en el deber de cumplir una prestación" permitía encuadrar los casos de obligaciones naturales que, aún sin habilitar la vía judicial, daban cuenta de una conminación moral o bien de la equidad.

En complemento, Galli escribió también que en la definición especial que él brindaba para poder superar ciertas posiciones críticas respecto a la noción clásica, no resultaba necesario aludir a la coercibilidad **(7)** —elemento que podía aparecer eventualmente **(8)**—, ni a la presencia del acreedor —puesto que se podía dar también el caso de obligaciones derivadas de la declaración unilateral de la voluntad— agregando que lo esencial resultaba la presencia de un deudor y, eventualmente, de un acreedor **(9)**.

Después de todo lo anterior, trasladando el concepto de obligación civil y comercial al derecho del trabajo, diré que en ausencia de un verdadero contrato en los términos del derecho común **(10)** (por lo que dije en el punto I), se puede advertir en ese terreno jurídico especial, un vínculo de carácter lícito entre un trabajador y un empleador, que acuerdan brindarse prestaciones recíprocas con entidad suficiente como para transformar a los protagonistas de tal relación en acreedores y deudores paralelos y recíprocos —el que puede exigir también debe, y viceversa— ello en derredor de un objeto determinado o bien determinable, autorizado por el ordenamiento ju-

(5) Consultar: SALVAT, Raymundo M. (1957), "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general", Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 6ª ed., actualizado con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por GALLI, Enrique V., 1ª reimp., t. I, p. 13 en adelante.

(6) Galli comentó aquí que: "Desde luego, todo vínculo jurídico del que derive el deber de cumplir una prestación, es obligación, pero el vínculo implica voluntad coincidente y ello solo ocurre en las obligaciones de origen contractual. En las que derivan de otras fuentes, no hay vínculo y si pudiera existir como en el concierto delictual, la ley no lo toma en cuenta. Las obligaciones que emanan de los delitos, se originan a manera de sanción" (ob. cit., p. 16, apart. 9.a).

(7) Sobre este punto resulta ilustrativo hacer mención, también, a la opinión del profesor Jorge Pablo Martínez quien, al escribir un concepto de obligación, dio cuenta sobre la existencia de dos "regiones" de la misma, una llamada normal y la otra anormal. Explicó a su respecto que en tanto en la primera región se pone el acento en lo que debe ocurrir normalmente —prevaleciendo allí, con sentido lógico y ontológico, el deber del deudor, y el pago efectuado por el mismo sin forzamiento alguno—, la segunda parte, que denomina también como "región conflictiva", se inicia a su entender con la "caída" de la obligación por la "falta incurrida" por el deudor, lo que, desde el punto de vista del acreedor, abría la puerta para la ejecución forzada, en tanto que, desde el lado del deudor, surgía la responsabilidad (ver del autor: "El derecho de las obligaciones en el nuevo código", Marcelo J. Ponti [ed.], Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2016, ps. 75-76). Sin perjuicio de lo ilustrativo del concepto apuntado —sobre todo en cuanto a la mención de las regiones de la obligación—, disto en un pequeño punto conceptual con el autor citado en tanto que, a mi modo de ver, en la denominada región conflictiva, antes que la caída de la obligación, debemos hacer simplemente mención al incumplimiento del deudor.

(8) En lo que hace al surgimiento de la responsabilidad, es interesante referenciar también la opinión de Guillermo Borda, para quien lo esencial en la relación obligatoria era el deber de conducta asumido por el deudor frente al acreedor, escribiendo a su respecto que: "Repugna a la idea del derecho, concebido como un orden ético, esta pretensión de ver en la relación obligatoria nada más que una responsabilidad patrimonial" ("Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1971, t. 1, p. 11).

(9) Ob. cit., p. 17, apart. 10 a.

(10) Definido por el art. 957 del Cód. Civ. y Com. como el "acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

rídico, y de un tracto cualificado por la dependencia laboral y por la ajenidad (del trabajador en lo que hace a la organización empresaria, y todas las vicisitudes que ella pueda sufrir), además de por el componente económico que, contra el sentido de lo que se lee en el art. 4º, segundo párrafo, de la LCT, constituye el elemento central que conduce a las personas a contratar según el cotidiano de las relaciones. Aquí, más allá de que el vínculo laboral supone necesariamente una relación de tipo personal, girando en derredor de una actividad lícita prestada en beneficio de quien tiene la facultad de dirigirla (art. 4º, primer párrafo de la LCT), la patrimonialidad de la obligación que une al trabajador con el empleador resulta central.

Asimismo, el carácter especial que cualifica al vínculo jurídico laboral hace que, en él, la libre disponibilidad de las partes se encuentre atenuada por la usual intervención del Estado como garante del orden público laboral, ello atento su deber constitucional de garantizar la protección del trabajo en sus diversas formas (conf. art. 14 bis de la CN).

Además, como obligación específica, la presencia e individualización del trabajador y del empleador en el contrato de trabajo resulta necesaria, ello aun cuando la característica de ser un negocio *intuitu personae* cualifique solo a la parte obrera del vínculo jurídico laboral **(11)**, a la vez que se requiere de la coercibilidad como instrumento para que las prestaciones recíprocas que antes mencioné, puedan ser cumplimentadas, bajo pena de incurrir en algún tipo de falta que suponga la posibilidad de alterar los efectos normales de la obligación laboral.

(11) Quiero decir con eso que, si en lo abstracto —es decir, en las posiciones jurídicas ocupadas dentro del vínculo como concepto— la presencia de alguien que ocupe el rol de trabajador y otro que haga lo mismo respecto del empleador, es esencial, la cuestión varía si personifico, si concretizo, aquellos roles generales, es decir, si les doy nombre y apellido, desde que en lo corpóreo solamente la persona del trabajador resulta esencial en un contrato de trabajo en tanto que, si de alguna forma o por algún motivo se tiene que reemplazar a ese sujeto, ello va a acarrear la necesidad de celebrar otro negocio; cosa distinta a lo que ocurre, como regla, respecto del empleador, puesto que este último (salvo casos excepcionales) puede ser reemplazado sin que se requiera, paralelamente, la celebración de otro contrato.

Vale agregar, respecto de la coercibilidad como parte de la región anormal de la obligación (remito aquí a lo escrito en la nota 7), que más allá de que se espera, desde el inicio del negocio laboral, el cumplimiento correcto de las prestaciones recíprocas de ambas partes, la intervención en el punto de los principios del derecho del trabajo —con la prevalencia de su mirada tutelar unidireccional por razones históricas y también prácticas— subraya la obligación de contralor de la autoridad pública respecto de este vínculo que, desde el inicio, se encuentra atravesado por el orden público laboral, lo cual nos conduce necesariamente a una visión crítica de nuestra realidad obrera actual, agrietada por problemáticas conmensurables aunque muchas veces al parecer no del todo negociables.

Como se ve, en el campo disciplinar laboral puede aplicarse plenamente la definición que el actual Código Civil y Comercial brinda de la obligación, ello en tanto se respeten los elementos que delinean la fisonomía especial del vínculo jurídico que une al trabajador con el empleador, y que apunté de forma muy general en los párrafos precedentes.

Opera en la especie, entonces, una necesaria ampliación y adaptación del concepto general que contiene la normativa de fondo puesto que, en el caso del derecho del trabajo, al regularse una especial forma de conflicto, se exige también un respeto de los matices propios de la disciplina receptora.

III. La responsabilidad solidaria y su importancia en el derecho del trabajo

En línea con lo anterior, una de las formas con que, desde lo jurídico, se pretendió tutelar al trabajador frente a lo que he dicho que se constituye como una relación de poder asimétrica, es la especial regulación que dentro de la Ley de Contrato de Trabajo se ha realizado del tema atinente a la responsabilidad solidaria.

Vale aclarar que, no obstante las críticas que se le pueda realizar a la forma como la LCT desarrolla el anterior punto —y que atañen, p. ej., a ciertos defectos metodológicos que se pueden encontrar en su redacción (como en el caso de la solidaridad emanada de la intervención de una empresa de servicios eventuales habilitadas por

la autoridad competente, que se encuentra regulada, por mitades, en los arts. 29, último párrafo y 29 bis) o bien la criticable redacción del art. 30 que sufrió con el tiempo serios retaceos y adiciones pálidamente protectorias **(12)**—, lo valioso del tema es reconocer que existe en el derecho del trabajo (tanto en la LCT así como también en otras fuentes normativas), el reconocimiento de la necesidad de elaborar mecanismos de resguardo del crédito preferente.

A su respecto, cabe reparar en que tanto el trabajador como el empleador son, paralelamente, acreedores y deudores de prestaciones recíprocas y conocidas de antemano, lo que da cuenta que el negocio celebrado es sinalagmático y conmutativo. Así, mientras el trabajador se constituye como deudor de una prestación de servicios por cuenta ajena y acreedor, por consiguiente, de una prestación económica a cargo del empleador, este último, siendo deudor de la remuneración, podrá exigir, como acreedor, el correcto y efectivo cumplimiento de los servicios personales acordados con el obrero.

Sin perjuicio de ello, de los dos créditos principales emanados del vínculo jurídico laboral, se entiende que uno solo tiene contenido preferente, en el sentido de que requiere mejor y mayor protección. Así, frente al binomio de créditos paralelos salario/puesta a disposición de la energía obrera, el derecho del Trabajo, en el punto atinente a desarrollar los diversos tipos de responsabilidad solidaria, intenta otorgarle prioridad al que tiene contenido alimentario. Es decir, que la solidaridad en la materia de encuadre, propendiendo a seguir la línea del principio protectorio específico, selecciona, de entre los dos principales créditos emanados del vínculo jurídico laboral, aquel que tiende a satisfacer de forma más inmediata una necesidad primaria de la persona y lo constituye, dentro del tema de la solidaridad, en un elemento de especial recepción tutelar **(13)**.

(12) Para un estudio introductorio del art. 30 de la LCT, recomiendo los siguientes artículos: "Tercerización, descentralización productiva y derecho del Trabajo" escrito por Eduardo ÁLVAREZ, y "Apuntes para una reforma del art. 30 de la LCT" cuya autoría pertenece al profesor Gustavo CIAMPA; habiendo sido publicados ambos artículos en la Revista Derecho del Trabajo, 1, año 1, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación - Infojus, año 2012.

IV. El Código Civil y Comercial de la Nación como fuente normativa primaria de la solidaridad y su necesaria adaptación en el derecho del trabajo

El problema básico que el derecho del trabajo, desde su constitución, tuvo que resolver, fue analizar la manera de regular, dentro del tema de la responsabilidad derivada del vínculo inicial —que, según dije, se encuentra cualificado por ser la reproducción de un tipo de poder desigual—, la canalización de un tipo especial de conflicto, como es el que se da en la relación más o menos permanente entre el trabajador y empleador.

Lo hizo, paulatinamente, a través del desarrollo de un conjunto creciente de normas jurídicas de diverso tipo y alcance, lográndose ello también a través de la proliferación de aportes provenientes de la doctrina y jurisprudencia temáticas, encargadas de velar por lo que la comunidad científica entendió que eran las reglas básicas de la materia y que, con el correr del tiempo, consenso mediante, se constituyeron en los principios especiales del campo disciplinar laboral.

Pero la canalización de la relación reproductora del especial conflicto laboral (en el que cada uno de los sujetos partícipes pretende la defensa de sus intereses particulares, en una órbita en la cual la detentación del capital material inicial confiere a su poseedor la titularidad de una seguridad adicional a la de aquel cuyo único aporte —pero no por ello menos valioso— al denominado contrato laboral resulta ser una parte esencial

(13) En esta línea, han escrito Ricardo HIERREZUELO y Pedro NÚÑEZ: "(…) [L]a finalidad de la solidaridad en el Derecho del Trabajo excede de la prevención de maniobras fraudulentas. Dentro del ámbito civil, el instituto de la solidaridad se presenta como un instrumento idóneo para la mejor consecución del interés común que interesa a cada sector plural —sea el de los acreedores o el de los deudores—. En nuestra disciplina, empero, tal como lo consagra el legislador, es básicamente un medio destinado a responder a la función esencial del Derecho del Trabajo, plasmada en el "principio protectorio", y cuya misión es asegurar el crédito del trabajador frente a la posible insolvencia de uno de contratantes" (de los autores mencionados, "Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, año 2016, p. 49).

de su persona) **(14)**, se lleva a cabo de tal manera que, por el principio de univocidad del derecho, la materia laboral únicamente se encarga de regular los aspectos que hacen a la especialidad de su universo, debiendo remitir, para lo restante, a la normativa común civil y comercial que, dicho sea de paso, fueron las primeras bases legales con que se pretendió explicar y regular históricamente —creo que con poco éxito— a las consecuencias derivadas del tracto apropiativo laboral.

Justamente es lo que sucede en el tema que ahora me convoca, el de la responsabilidad solidaria, en el que amén de las regulaciones particulares contenidas en normas especiales, la LCT únicamente prescribe los tipos puntuales que, a criterio del legislador, encuadran los supuestos típicos de vinculación —ya sea de forma lícita o bien con alcances ilícitos— en los que resulta necesaria la intervención del Estado para propender, al menos teóricamente, a tutelar el interés de los trabajadores.

Mas la normativa individual antedicha, que sirve de columna vertebral respecto del universo de relaciones particulares de trabajo, no contiene una teoría general que confluya, como parte propedéutica, a complementar dentro de un mismo cuerpo normativo el análisis de cada una de las figuras receptadas en sus artículos. De esa forma, debemos recurrir a la disciplina común civil y comercial, para poder encontrar en ella las mentadas reglas generales que nos ayuden a emprender y comprender el camino que luego nos va a conducir a cada una de las situaciones puntuales priorizadas por el legislador como supuestos típicos de responsabilidad solidaria laboral.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de la normativa común al ámbito laboral, necesariamente nos va a constreñir para que se conserven aquellas situaciones que son especiales de la disciplina laboral y que, tomando en cuenta la base contractual desigual de la que parte el derecho del trabajo, con más el matiz tutelar sobre todo unidireccional con que este fue creado, va a conducir a la limitación de la disponibilidad de las partes en el negocio laboral, con miras a evitar que el poder económico empresarial produzca sombra sobre el conjunto de propiedades alcanzadas por la clase trabajadora **(15)**.

Quiere decir ello que, en la aplicación de la normativa civil al terreno específico laboral, se debe tener cuidado de no alterar los principios propios de la materia receptora, ni el sentido tutelar de sus instituciones jurídicas. Desde este aspecto, la aplicación de la normativa común (civil o bien comercial) al derecho del trabajo, podrá ser en su caso de tipo subsidiaria, mas no analógica, encontrando la mentada aplicación dos límites: primero, la existencia de una norma laboral expresa distinta y, segundo, la incompatibilidad de la normativa común con los principios del derecho del trabajo **(16)**.

A su respecto, vale recordar la opinión del profesor Juan Carlos Fernández Madrid quién escribió, en lo que hace al derecho del trabajo en el tema que nos convoca: "En toda esta materia (...) la normativa está dirigida a replantear la posición del hombre de trabajo en la sociedad, en la búsqueda de su igualdad sustancial", y si bien agregó luego que había mediado un aggiornamiento del Derecho Civil —en tanto este "dejó de girar alrededor de la propiedad de bienes inmuebles e incluyó otros valores"— se debía tener cuidado

(14) Para una lectura mucho más profunda de este punto recomiendo la obra de CASTEL, Robert, "La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?", Ed. Manantial, Buenos Aires, año 2008.

(15) Cabe recordar la opinión del profesor y eminente político argentino, Dr. Alfredo PALACIOS, quien en su obra "El Nuevo Derecho", justamente intentó, a principios del siglo XX, escribir los fundamentos de la nueva disciplina laboral, en un camino en el que argumentaba sobre la necesidad de abandonar en parte la regulación civil para entender y normar la vinculación de trabajo —ello atento la disparidad de elementos sustanciales existentes en cada ámbito—, reclamándose al Estado la asunción de un rol activo en tal terreno. A su respecto, escribió: "Contra la libertad liberticida menester es proclamar la necesidad de una legislación del trabajo, amplia, que atenúe la explotación capitalista y evite la degeneración de los obreros. El Estado no puede, sin negar en absoluto el principio de sociabilidad, quedar impasible ante el sacrificio de la salud y la vida de los trabajadores que compromete la existencia misma de la Nación. Los códigos están viejos. Hay que rejuvenecerlos, hay que adaptarlos a la vida, orientándolos en el sentido de ampliar el germen de derecho socialista que en ellos existe, para realizar sin conmociones, el cambio de estructura social inevitable" (ob. cit., Ed. Claridad, Buenos Aires, año 1960, 5ª ed., p. 118).

(16) Ver, FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos (2007), "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 3ª ed. actualizada y ampliada, t. 1.

que la aplicación del mismo al derecho del trabajo, respete los principios propios de la disciplina específica **(17)**.

Desde la óptica anterior, es necesario comprender con sentido amplio la lógica que impregna el Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por la ley 26.944 **(18)**, en cuanto a que sin pretender constituirse como la norma principal para regular los conflictos jurídicos laborales, necesariamente va a permear a través de los intersticios habilitados por el derecho social, materia esta llamada a proteger sobre todo al sujeto trabajador dentro de un vínculo jurídico que, como dije antes, resulta desde el inicio básicamente asimétrico. Es decir, cabe comprender que la lógica del nuevo código nacional resulta extensiva —y nunca restrictiva—, en resguardo de aquellas normativas que, por su especialidad, mejor se adapten, con sentido tutelar, a una particular relación. En cuanto a esto último, ha escrito Juan Formaro: "mal podría sostenerse una interpretación limitante de los derechos de los trabajadores, pues su hiposuficiencia es paradigmática y justamente en ello reposa el reconocimiento de la protección especial que merecen" **(19)**.

Por ende, el Cód. Civ. y Com., en el tema de la responsabilidad solidaria, servirá como fuente primaria, desde que el derecho del trabajo necesita de la teoría general que en aquel encontramos. Luego, habiendo respetado la vinculante preceptiva emanada del campo disciplinar laboral (que tiene un sentido claro y manifiesto, reflejado, de base, en sus principios fundantes), podemos tratar de comprender cada uno de los tipos legales que el legislador ha incorporado en el texto de la LCT.

Lo último revela dos cosas: primero, que el ordenamiento jurídico es uno solo, y por ende sus campos disciplinares específicos no deben encontrarse totalmente aislados; y, segundo, que, no obstante, la vinculación que existe entre cada disciplina jurídica especial, necesariamente debemos entender que, para una seria comprensión de esta, se tienen que respetar sus postulados teóricos básicos, así como también los principios fundamentales que la impregnan.

V. Características de la obligación solidaria en el derecho civil y comercial

Relacionado con el tema que trabajé en el apartado precedente, aquí desarrollaré sucintamente el punto atinente a las obligaciones solidarias.

Encaminado a ello diré que, al igual que lo que ocurre con el instituto de la obligación, en el derecho del trabajo también resulta plenamente aplicable el concepto que de la solidaridad establece nuestro Código Civil y Comercial.

A su respecto, el art. 827 de código mencionado dice: "Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total pueda exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores".

En cuanto a lo último, cabe señalar muy someramente los elementos típicos de la solidaridad.

Trabajando sobre ello, ha explicado el maestro Guillermo Borda **(20)** que dichos elementos son los que a continuación refiero:

— unidad de prestación: significa que lo que se debe es una sola cosa, cualquiera sea el número de acreedores o deudores;

— pluralidad y relativa independencia de vínculos: en este ítem el autor antes mencionado explicó que la unidad de prestación no se constituía como causa impeditiva para que los vínculos que unieran a los acreedores con los deudores fuesen distintos e independientes, trayendo dicha cualidad efectos peculiares, tales como la posibilidad de someter a la obligación de unos a los efectos de alguna modalidad contractual (condición, plazo o término), siendo pura y simple en las restantes (antiguo art. 703, actual 830);

(17) Ob. cit., p. 550.

(18) BO 08/10/2014.

(19) FORMARO, Juan (2015), "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho del trabajo", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, p. 26.

(20) Ver del autor, "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1971, t. 1, ps. 425 y ss. Aclaro que las actualizaciones normativas fueron agregadas por mí, y no se encuentran en la obra referenciada.

o bien que sea declarada la nulidad de una obligación —por defecto de un deudor, ejemplo, incapacidad— quedando las restantes incólumes (ver normativa precedentemente apuntada); posibilidad de renuncia expresa o tácita respecto a alguno de los deudores (antiguo art. 704 actual 837). Sin perjuicio de ello, corresponde subrayar que, como antes quedó mencionado, la independencia de los vínculos es solamente relativa, encontrándonos en el código actual con los ejemplos de la mora (art. 838) e insolvencia de uno de los deudores (art. 842) casos en los que la situación infraccionaría de uno de ellos tiene entidad como para afectar a los restantes **(21)**;

— unidad de causa fuente: elemento típico de las obligaciones solidarias que tiene, hoy día, una importancia cimera para fijar una distinción entre el tipo ahora analizado y las obligaciones concurrentes (hablaré de esto más adelante);

— carácter excepcional: a su respecto, explicaba Borda que el régimen normal era la mancomunación simple, requiriéndose para el caso de la solidaridad que esta esté expresamente dispuesta en el contrato celebrado (actual art. 828, antiguo art. 701);

— asimismo, tomando ahora la opinión de Hierrezuelo y Núñez, corresponde agregar como otra de las cualidades de la solidaridad a la exigibilidad total de la prestación. En este punto, cabe señalar que en la solidaridad el acreedor o cada acreedor puede exigir el cumplimiento total de la prestación, ello de forma independiente al carácter divisible o indivisible de ella **(22)**. Frente a ello, si bien media en las obligaciones solidarias la cualidad de la eventual exigencia de cancelación total antedicha lo mismo solo puede darse una vez, ya que, pagada la prestación por un deudor o a un acreedor, la obligación se extingue con efectos expansivos hacia todos los sujetos de esta **(23)**.

Complementando las notas distintivas de las obligaciones solidarias que antes mencioné, vale tomar en cuenta otros elementos que forman parte del mentado instituto en el derecho civil y comercial.

En línea con ello, y respecto a las fuentes de la solidaridad, el Código Civil y Comercial menciona en su art. 828 a la ley y al título constitutivo de la obligación. Como se observa, con la redacción actual el codificador dejó fuera a la decisión judicial con fuerza de cosa juzgada, tal como lo regulaba el viejo art. 700 del Código de Vélez **(24)**. Dato que se alinea con la redacción del art. 1º de la actual norma que, encargada de prescribir las fuentes y aplicación del Cód. Civ. y Com., omitió referirse a la jurisprudencia como fuente del derecho.

En la misma senda, la solidaridad en el campo del derecho común puede ser activa, pasiva o mixta, dependiendo ese dato de la posición que ocupen en el negocio, las personas alcanzadas por los efectos de la obligación ahora analizada. Serán solamente los acreedores en el primer caso, los deudores en el segundo, y ambos en el tercer caso mencionado (conforme se regula en los arts. 833 y concs., y 844 y concs. del Cód. Civ. y Com.).

Complementariamente a lo anterior, cabe reparar en otra particularidad de la obligación entablada en la órbita del derecho común: la regla del *favor debitoris*. La mentada figura se receptó inicialmente en el art. 218, inc. 7º del Cód. Com. argentino, como una regla para poder interpretar las cláusulas de un contrato dudoso **(25)**. Cláu-

(21) Respecto de este componente, ha escrito Enrique GALLI que parecería impropio hablar en las obligaciones solidarias de pluralidad de vínculos, en tanto dicha cualidad se evidenciaría en la mancomunación simple, por la independencia acordada en la misma a la situación de cada deudor. En este tramo, apuntó: "El vínculo es único, con la variante de la concentración en cualquier de los codeudores o coacreedores del deber de responder por el todo o del derecho reclamado" (ver, "Tratado", p. 62).

(22) Ob. cit., p. 35.

(23) CAZEAUX, Pedro — TRIGO REPRESAS, Félix (1971), "Derecho de las obligaciones", Editora Platense, La Plata, vol. I, t. II, p. 67.

(24) Respecto a la noción de testamento que efectuaba también el viejo art. 700, considero que dicha figura puede encuadrarse en lo que hoy se menciona como "título constitutivo".

(25) En lo que ahora corresponde citar, la redacción decía: "Siendo necesario interpretar las cláusulas de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: (...) 7º) En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas de-

sula para nada pacífica, que despertó un interesante debate en torno a la eventual liberación del obligado por el negocio inicial solamente sobre la base de una supuesta duda en la interpretación del contrato, lo que condujo al profesor Marco Aurelio Risolía a decir lo que sigue: "Ahora más que nunca se va en ayuda del deudor moroso, del locatario que no satisface sus alquileres, del desalojado, del ejecutado, del concursado invocando la crisis inmobiliaria, la crisis industrial, la crisis comercial, la crisis del crédito, la hora crucial de la humanidad. Un legislador extraordinariamente generoso regala a los obligados el dinero de los cocontratantes, aunque su dadivosidad tome la forma de una reducción de la tasa de interés o del precio de las locaciones pactadas" **(26)**.

Derogado el viejo Cód. Com., hoy en día tenemos una cláusula parecida en el art. 1068 del Cód. Civ. y Com., en cuanto regula "Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes". Ubicada en el apartado destinado a explicitar las reglas interpretativas de los contratos, se incorpora una figura emparentada con la anteriormente referenciada, aunque con una redacción según creo *aggiornada* al desarrollo jurídico contemporáneo. Como se lee, no solamente se distingue entre los contratos a título gratuito y aquellos que fueran onerosos, sino que se fija una forma de interpretación distinta para cada uno de tales casos. En ese tramo, mientras que para la primera forma de negocio el codificador establece la obligatoriedad de la interpretación menos gravosa (lo cual, para el autor Nicolás Kitainik "permite tratar situaciones intermedias y previas a la liberación", ello puesto que no se utiliza hoy día la expresión *favor debitoris,* sino una figura más flexible, tendiente a lograr una interpretación del negocio que, aunque beneficiosa para el deudor, no supone la completa eximición de su deber de responder), para los contratos a título oneroso, el codificador "opta por incluir la regla de la equidad y promover su reajuste más que su extinción" **(27)**. Respecto a la última regla, creo que antes que un reflejo del principio de buena fe contractual, esta resulta consagratoria de una forma de dimisión de derechos que, como tal, debiera ser de interpretación restrictiva.

Por último, a fin de terminar de delimitar a la obligación solidaria, efectuaré una muy breve diferenciación entre ella y algunas figuras parecidas, aunque para nada iguales. Me refiero a la obligación simplemente mancomunada y a la concurrente. En la clasificación de las obligaciones, los tres tipos mencionados se agrupan en el conjunto tipificado por la pluralidad de sujetos que participan de la relación. Más como antes lo adelanté, las cualidades que definen a una y a otra de las figuras referenciadas son distintas, y sin que en este trabajo me aboque al análisis minucioso de sus diferencias, sí creo correcto al menos repasar alguna de ellas para despejar aún más la visión respecto a las obligaciones solidarias, comprendiendo con mayor fuerza su sentido e identidad.

Siguiendo la línea anterior, diré que la figura de la obligación simplemente mancomunada ya estaba incorporada en el Código de Vélez (arts. 690 a 698), por lo que su recepción en la normativa actual no es una novedad, aunque sí al menos en parte su redacción y metodología. En lo que interesa para este trabajo, corresponde mencionar que el art. 825 actual prescribe que la obligación simplemente mancomunada existe cuando "el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros". Como se observa, lo esencial de la simple mancomunación es que cada uno de los deudores tiene respecto de cada uno de los acreedores una obligación separada e independiente por lo que, en lo sustancial, cada acreedor no puede exigir de cada uno de los deudores más que la parte que a este último le correspon-

ben interpretarse siempre a favor del deudor, o sea en el sentido de liberación".

(26) RISOLÍA, Marco A. (1946), "Soberanía y Crisis del Contrato", p. 108. Obra citada por: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan (1959), "Código de Comercio y Leyes complementarias. Comentados y Concordados", Ed. Depalma, Buenos Aires, t. 1, p. 257.

(27) KITAINIK, Nicolás (2015), "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado", en: BUERES, Alberto (dir.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. 1, p. 612.

de, mediando, en línea con lo normado por el art. 825 vigente, un fraccionamiento de las prestaciones. Luego, efectuando una comparación con las obligaciones solidarias, se ve que mientras el fraccionamiento forma parte de la naturaleza de la simple mancomunación, ello escapa de la esencia de la figura regulada a partir del art. 827 del Cód. Civ. y Com., en tanto que en la solidaridad cada uno de los acreedores puede exigir el pago íntegro de la deuda.

Pero amén de aquella diferenciación fundamental (reitero, entre otras especiales que se pueden consultar en el código vigente y en la doctrina escrita a su respecto), cabe reparar en un detalle no menor, consistente este en la mayor dificultad para distinguir las obligaciones solidarias de un tipo especial de simple mancomunación: las obligaciones simplemente mancomunadas de objeto indivisible. En efecto, si resulta sencillo entablar distinciones entre la solidaridad y la mancomunación simple de objeto divisible, la cuestión se complejiza en parte cuando se pretende poner en escena a las obligaciones simplemente mancomunadas de objeto indivisible (conf. art. 826 del Cód. Civ. y Com.). Como enseña Borda **(28)**, "las obligaciones solidarias y las indivisibles se comportan del mismo modo: cada uno de los acreedores puede exigir a cada uno de los deudores el pago íntegro de la deuda; el pago hecho por uno de los codeudores o uno de los coacreedores extingue la obligación; la insolvencia de uno de los deudores perjudica a los codeudores y no al acreedor"; pero, además de ello, y de forma general, se puede decir que, contrariamente a las obligaciones solidarias, en las indivisibles no media un vínculo asociativo, de modo tal que su particularidad deriva de la cualidad del objeto mas no de un negocio inicial. Además, se establecen algunas otras distinciones, por ejemplo en lo que hace al pago íntegro —mientras en la indivisibilidad este se origina en la naturaleza de la prestación, en la solidaridad surge de la voluntad de las partes o de la ley puesto que la prestación en sí misma resulta divisible—; a los efectos de la mora —en una perjudica a los demás, mientras en la otra no (arts. 838 para las solidarias, y 819 para las indivisibles); y la posibilidad de remisión parcial existente en la solidaridad y ausente en la indivisibilidad (arts. 835, inc. b y 818 del Cód. Civ. y Com.).

Asimismo, como dije anteriormente, las obligaciones solidarias se distinguen de las obligaciones concurrentes, siendo esta última una novedad en el Cód. Civ. y Com., ya que no existían en la sistemática de Vélez. Conforme lo regula el art. 850 actual, estamos en presencia de la concurrencia cuando "varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes". También denominadas como obligaciones conexas, indistintas o convergentes, la diferencia crucial que separa a este tipo de las obligaciones solidarias, es que mientras en las últimas (como lo dije antes) existe una unidad de causa fuente, en las concurrentes la responsabilidad de cada deudor se refiere a un objeto o prestación común, pero parte de un origen distinto. Por ejemplo: la responsabilidad del autor de un ilícito y del asegurador de la víctima; la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente y la de este último frete al dañado, la responsabilidad del comodatario negligente y la del ladrón, entre otros supuestos.

VI. Traslación de los elementos típicos de la solidaridad común a la relación laboral

En este acápite, me encargaré de exponer los aspectos más importantes que delinean el modo en que las cualidades definitorias de la obligación solidaria del derecho civil y comercial se deben aplicar al derecho del trabajo.

Como ya lo dije antes, y lo amplío ahora, si bien las anteriores ramas jurídicas forman parte de un ordenamiento común que sirve para regular con base en el derecho (norma escrita, principios, interpretaciones, decisiones judiciales) la interrelación de las conductas humanas, las características de cada una de aquellas ramas difieren entre sí, de manera que amén de las relaciones que entre ellas se dan, y que pueden suponer, en su caso, la aplicación analógica o subsidiaria de algunos preceptos, lo cierto es que en la regulación del caso concreto debemos tomar en cuenta necesariamente la esencia de la disciplina que encuadra la relación analizada o bien el problema que se tenga que resolver.

De manera tal que, en lo especial de este trabajo, nos podremos valer de la teoría general de

(28) Ob. cit., ps. 451 y 452.

las obligaciones y de las particularidades de la solidaridad, siempre que tengamos en cuenta la esencia de la vinculación existente entre el dador de trabajo y el de empleo, así como la forma en que ella es regulada por el derecho del trabajo, lo cual impone permanentemente traer a colación los principios tutelares de una disciplina que nació para regular en beneficio del trabajador una forma especial de contratación. De otra manera, so color de encontrar el encuadre normativo para un conflicto y proponer para este una solución general, correríamos el riesgo de olvidarnos de la función que el derecho social viene a cumplir en el terreno jurídico, socavando también sus orígenes y su significado tutelar.

Vinculado a ello, en las líneas que continúan dentro de este apartado, desarrollaré la especial aplicabilidad de las obligaciones solidarias al derecho del trabajo.

Como ya lo dije, el derecho social no contiene una teoría general de la responsabilidad que incluya los componentes de la obligación solidaria, por lo que para cubrir tal vacío debemos recurrir a lo que regula actualmente el Código Civil y Comercial.

Sin perjuicio de ello, la especialidad del campo disciplinar laboral, impide que para regular la vinculación trabajador-empleador, puedan ser aplicadas determinadas reglas, tal como a continuación lo desarrollo.

Primero, me expediré respecto a los tipos de solidaridad. En ello, nuestro Cód. Civ. y Com. reconoce que la obligación ahora analizada puede asumir tres formas: activa, pasiva o mixta. Pero en ello el derecho del trabajo solo recepta la posibilidad de que medie una solidaridad de tipo pasiva. A su respecto, como antes lo expuse, vale tomar en cuenta que para delimitar claramente quién cumple el rol de acreedor y deudor en el vínculo jurídico laboral, se debe considerar como punto central el crédito preferente, es decir, el que tiene contenido alimentario, o sea la remuneración como derecho del trabajador. Desde tal óptica, si la responsabilidad de tipo solidaria en el derecho laboral es llamada a tutelar ese crédito especial, entonces corresponde que identifiquemos al trabajador como eventual acreedor y al empleador como posible deudor. Luego, la solidaridad en derecho del trabajo cumple la función de resguardar aquel crédito alimentario, gravando las voluntades de todos aquellos que se hubieran visto beneficiados de forma directa o bien indirecta con la puesta a disposición de la energía corporal del obrero, sin que la condición de empleador (o verdadero empleador) **(29)** tenga en el caso virtualidad como para menoscabar la función protectoria apuntada.

En lo que hace al tema de fuentes, el Cód. Civ. y Com. especifica que la solidaridad puede derivar del título constitutivo o bien de la ley. En puridad, aquellas fuentes son aplicables al derecho del trabajo, más en lo concreto resulta muy difícil que en la negociación inicial el empleador acuerde con el trabajador ser responsable solidario con otras personas frente a los eventuales reclamos que pueda articular el último. Contrariamente a ello, la práctica laboral demuestra que muchas veces en las relaciones de trabajo cualquier forma de interrelación empresaria suele ser camuflada de forma diversa, lo que dificulta la prueba en cabeza del obrero reclamante pero también agrava la posible obligación empresaria de responder no solamente por el encuadre de su conducta en alguno de los casos típicos de solidaridad que se encuentran reguladas en el ordenamiento laboral, sino por la eventual sanción procesal derivada de una probada conducta maliciosa o temeraria (conf. art. 275 de la LCT). Luego, la responsabilidad solidaria en derecho del trabajo suele tener como fuente básica a la ley (ello amén de lo que diré más adelante respecto a la jurisprudencia), pero no al título constitutivo de la obligación laboral, situación que, desde el prisma tutelar del derecho social, otorga mayor sentido a la fuerza imperativa pública que, limitando la libre disposición de las partes, somete la conducta de los contratantes a ciertos marcos tutelares que actúan como reflejo de aquel sentido protectorio.

(29) Con esto hago referencia a los casos en que, mediando un solo empleador, existen otras personas que aun no siéndolo, obtienen beneficios de la prestación cumplida por el trabajador. Por ejemplo: el empleador real y la persona interpuesta fraudulentamente (art. 29, párrs. 1º y 2º, de LCT); el empleador y el contratista o subcontratista de una actividad normal y específica propia del establecimiento (art. 30, LCT); el empleador que actúa como una empresa de servicios eventuales autorizada por la autoridad competente y la empresa usuaria (arts. 29, tercer párrafo y 29 bis de la LCT).

En cuanto a la jurisprudencia, contrariamente a lo que opinan muchos autores, considero que en el derecho del trabajo puede cumplir la función de ser fuente de la responsabilidad solidaria. En este tramo, y en líneas generales, se dice que la decisión judicial cumple en materia de solidaridad una función de tipo declarativa, más no constitutiva de esta, encargándose el juez solamente de aplicar al caso concreto lo que se regula en la norma legal. Mas como antes expuse, la teoría general de la solidaridad indica que ella puede tener su origen tanto en la ley como en el título constitutivo de la obligación, es decir en el contrato. Pero también se debe decir que, en el derecho del trabajo, el vínculo jurídico laboral se encuentra intervenido por una voluntad pública superior encargada de dinamizar los principios tutelares que le dan origen y fundamento a tal rama, e impiden que las partes puedan celebrar un negocio omitiendo los límites tutelares reconocidos (conf. art. 7º de la LCT). Luego, si se omite a la jurisprudencia del elenco de las fuentes de la solidaridad por su supuesto carácter declarativo (el juez debe decidir un conflicto en función de la ley), también se debiera hacer lo propio con la figura del contrato entendido según el Cód. Civ. y Com. como fuente de la obligación solidaria, puesto que como antes dije, la autonomía de la voluntad en el acuerdo laboral resulta limitada por la ley protectoria a los fines de evitar que, bajo la apariencia de un acuerdo entre partes supuestamente iguales y plenamente libres, se menoscaben los derechos de quien es reconocido como la parte más débil en el vínculo laboral. En ese tramo, tanto la jurisprudencia como el contrato se derivan de la ley.

Pero, además, de lo anterior, resulta necesario agregar que el juez a través de la sentencia no solamente aplica la ley (de lo cual se derivaría el supuesto carácter declarativo de la fuente omitida por el codificador civil y comercial), sino que también la interpreta, la valora y la combina entre sí y también a la luz de los principios especiales de la disciplina laboral, tarea que, de manera coadyuvante a la aplicación de la ley, otorga a la decisión judicial el carácter de fuente constitucional también en la materia de la responsabilidad solidaria.

Continuando, recuerdo que cuando referí a las características básicas de la obligación solidaria, dije que el art. 828 del Cód. Civ. y Com. prescribe que la solidaridad no se presume, debiendo surgir ella de forma inequívoca de la ley o bien del título constitutivo de la obligación. Más allá de que, en el propio ordenamiento fondal, la regla mencionada encuentra una excepción expresamente reconocida (art. 814, inc. b del Cód. Civ. y Com.), dentro de la sistemática laboral no creo que la apuntada característica de las obligaciones civiles y comerciales deba aplicarse de forma pura y dura. Contrariamente a ello, y por imperio del principio protectorio y, en especial, de la regla del *in dubio pro-operario* (contemplada en el art. 9º, segunda parte, de la LCT) —aplicando este de forma correcta— entiendo que en el derecho del trabajo puede llegarse a una interpretación contraria a la regulada en la materia dentro del Código Civil y Comercial, sobre todo en aquellos casos en los que la duda hubiera recaído en la materia probatoria desarrollada en un reclamo judicial, y siempre que el trabajador reclamante hubiese actuado con verdadera diligencia, aportando los medios eficientes que hubieran estado a su alcance para demostrar la presencia de alguno de los supuestos de solidaridad reconocidos en el ordenamiento laboral [ello en resguardo de los principios de congruencia y defensa en juicio **(30)**], y que el empleador no haya aportado una prueba que eche por tierra las argumentaciones del obrero. En resumen, a mi modo de ver, la cualidad de la no presunción propia de las obligaciones solidarias comunes puede llegar a aplicarse o no al ámbito laboral, dependiendo ello de la conducta desplegada por las partes dentro de un reclamo judicial.

Ahora habré de referirme a la regla del *in dubio pro debitoris,* que antes expliqué someramente, tanto haciendo referencia a su origen comercial, como apuntando a lo que regula el actual Código Civil y Comercial. En el derecho del trabajo, y en lo que hace al tema de la responsabilidad so-

(30) Cabe recordar en esto, que Justo López distinguió tres posibilidades en la aplicación de la regla del in dubio pro operario: a. falta lisa y llana de la prueba, lo cual tendía a la inaplicabilidad de la regla apuntada; b. insuficiencia indudable, caso en el que también se aplicaba la conclusión anterior; y c. los supuestos de duda respecto a la suficiencia de la prueba favorable al trabajador, ocasión que permitía a su modo la aplicación de la regla del in dubio por obrero (LÓPEZ, J. — CENTENO, N. — FERNÁNDEZ MADRID, J. C. [1977], "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, t. 1, p. 93).

lidaria, tal regla resulta inaplicable, puesto que el sentido del campo disciplinar laboral resulta ser la tutela preferente del trabajador, ello a fin de nivelar, con desigualdades inversas, los desequilibrios negociales que advierten desde el inicio de la vinculación. Como lo apunté cuando comencé a exponer el sentido de la solidaridad en el derecho social, se impone en esta materia el resguardo del crédito que tiene contenido alimentario, reconociéndole al trabador, por ende, la calidad de sujeto acreedor en el especial tratamiento de las obligaciones que forman parte de este desarrollo. Desde esa óptica, la mentada imposición supone la consagración no solo de una obligación jurídica, sino también de una exigencia política, al reconocerse desde el texto de la Constitución Nacional que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes (art. 14 bis de la CN, primera parte).

Vinculado a ello, ha escrito el profesor Américo Pla Rodríguez respecto a la regla del *in dubio pro debitoris:* "Este principio, que en un primer tiempo fue ampliamente aplicado aun en el caso de las relaciones laborales, por considerárselas como excepciones a los principios del derecho privado, no puede ser ya admitido, una vez que se reconoce la autonomía del derecho del trabajo, se admite su carácter especial y se acepta que su propósito consiste en otorgar un amparo a la parte más débil en el contrato de trabajo; parte más débil que, precisamente a consecuencia de su debilidad, se halla en la mayoría de los casos en la situación de parte acreedora" **(31)**.

En ese tramo, en el derecho del trabajo, antes que reconocerse la vigencia de la regla que impone priorizar, frente a una duda respecto al alcance de un negocio, una interpretación que tienda al beneficio del deudor (que aquí sería el empleador), exige una conclusión inversa, traducida en la resolución del caso beneficiando al trabajador. Esta regla, es una derivación sustancial (puesto que está en la LCT) e instrumental (ya que tiene un claro sentido tutelar reflejado en la norma positiva), del fundamental principio protectorio que desde el inicio acompaña al derecho del trabajo. En este terreno, adquieren un importante sentido las palabras del maestro Ángel Eduardo Gatti quien respecto al conflicto ínsito en la relación laboral, escribió: "[E]l derecho del trabajo irrumpe intentando compensar la hiposuficiencia del trabajador dependiente, su condición de subordinación a un poder extraño a sí mismo; y en técnica de normación consagra el principio protectorio, para que, con el sentido de criterio fundante de toda la disciplina, opere por medio de una preceptiva de resguardo del sujeto trabajador, que compense a este por la situación de inferioridad inherente a las condiciones del sistema productivo, que es también y obviamente un régimen de distribución de la riqueza socialmente creada" **(32)**.

Pero, además de lo anterior, también en el terreno de la regla del *in dubio pro creditoris* laboral, corresponde agregar que ni siquiera es aplicable al derecho del trabajo la suavizada regla contenida actualmente en el art. 1068 del Cód. Civ. y Com. en tanto regula (como antes lo mencioné) que, en los negocios onerosos, la duda en su interpretación debe ser resuelta apuntando a lograr un ajuste equitativo de los intereses de las partes. Ello así puesto que, en la materia ahora analizada, la equidad legal apunta a tutelar el crédito alimentario, si es que el trabajador reclamante demuestra los presupuestos necesarios constitutivos de la responsabilidad del empleador. Pero, además, la aplicación lisa y llana del "ajuste" civil y comercial, alteraría de plano el principio de irrenunciabilidad, que también forma parte de los cimientos de la materia laboral y, por ende, resulta inviolable.

Por último, aunque un poco alejado del tema propio de la solidaridad, por su carácter ilustrativo, haré una breve mención de la aplicación a la materia laboral de las obligaciones simplemente mancomunadas y las concurrentes. Como dije antes, ni uno ni otro de los tipos legales mencionados, generan responsabilidad solidaria. Por ende, hay que tener sumo cuidado en pretender aplicar las cualidades generales que matizan a estas, según desarrollé en el punto quinto. Ahora bien, que las obligaciones simplemente mancomunadas y las concurrentes no sean iguales a las solidarias, no significa que no se apliquen al derecho del trabajo, sino que ello sencillamen-

(31) PLA RODRÍGUEZ, Américo (1978), "Los principios del derecho del trabajo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, p. 41.

(32) GATTI, Ángel E. (2015), "Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales", Ed. BdeF, Buenos Aires, p. 36.

te supone, como dije, que debemos materializar en cada caso las reglas legales y los efectos que correspondan. Respecto de la mancomunación simple, Miguel Ángel Maza **(33)** cita el caso del art. 26 (empleador múltiple), apuntando: "cada uno de los sujetos deudores responde en forma proporcional a su participación como empleador"; asimismo, como obligación simplemente mancomunada pero indivisible (que he comentado más arriba), cita el ejemplo de la obligación contemplada en el art. 80 de la LCT, es decir, la entrega del certificado de trabajo, desde que el trabajador podrá (no obstante la mancomunación obligacional) exigir a cualquiera de los coempleadores (de existir) la entrega total de la documentación pertinente. Asimismo, respecto a la concurrencia —figura más parecida a la obligación solidaria— Maza menciona el ejemplo típico de la obligación que, frente a un daño sufrido por el trabajador con motivo o en ocasión de la prestación, pueda dar lugar a la responsabilidad tanto del empleador por violación del deber de prevención y seguridad, así como también de la ART que hubiera incumplido los deberes impuestos por el art. 31 de la Ley de Riegos del Trabajo. Como se observa en este último ejemplo, la prestación es una sola (reparación de los daños que el trabajador sufrió con motivo o en ocasión del débito laboral), pero las causas por las cuales el empleador y la ART deben responder son distintas, puesto que si el primero (en su caso) lo debe hacer atento su carácter de empresario y dueño (o bien organizador/director) de un proceso productivo con un riesgo ínsito, la ART deberá responder en el ejemplo comentado por haber sido contratada por aquel en función de una obligación legal (arts. 27, inc. 1º y ccs. de la LRT) para mediar en la relación personal y patrimonial de intercambio ocurrida entre el obrero y su empleador.

VII. Algunas conclusiones

Como conclusión general, diré que las especiales características del vínculo material laboral (es decir, de aquel que se da en los hechos), proyecta sus efectos al ámbito legal encargado de regularlo y, en ello, se observan un conjunto de normas y principios que, interrelacionados, tienden a tutelar al sujeto trabajador en orden al dato de la hiposuficiencia presente en el desarrollo cotidiano de esa especial contratación.

Por otra parte, si bien el derecho del trabajo es una disciplina autónoma, dicha cualidad científica no impide que se recurra al derecho civil y comercial con el fin de integrar las lagunas que la rama laboral contiene en su normativa, y brindar soluciones a los casos conflictivos que en el campo disciplinar obrero se vayan sucediendo.

La remisión anteriormente comentada, habilita que en el derecho del trabajo sean aplicables algunas disposiciones del derecho civil y comercial, específicamente, el apartado atinente a las obligaciones. De ahí la función que el ordenamiento común cumple como fuente primaria.

Sin perjuicio de ello, la mentada aplicabilidad queda sujeta, como se escribió, a que se respeten los principios tutelares de la disciplina laboral, así como también las disposiciones legales específicas, que son llamadas a establecer desigualdades de signo contrario en el tracto apropiativo para beneficiar al sujeto trabajador.

Entre las instituciones reguladas en el Código Civil y Comercial que se aplican al derecho del trabajo, se encuentra la obligación solidaria. Más conforme se deriva de lo anterior, no podemos aplicar de forma pura y dura la metada figura, puesto que hay algunos de sus componentes que, aunque rijan en el contrato común, no pueden trasladarse completamente a la vinculación laboral.

En tal sentido, si bien se aplica el concepto de la obligación solidaria, así como también buena parte de sus elementos, no podrá suceder lo mismo respecto a sus tipos, las fuentes, la regla del *in dubio por creditoris*, o su interpretación restrictiva.

Corresponde mencionar a su vez, que, si es cierto que el ordenamiento jurídico es uno solo, y que el derecho positivo como conducta interrelacionada normada también lo es, vale tomar en cuenta que la existencia de cada campo disciplinar específico en aquel universo tiene su razón de ser, atento que regula un tipo especial de con-

(33) Ver, MAZA, Miguel A. (2016), "Obligaciones con deudores múltiples". Publicado en: Revista Derecho Laboral, Ackerman, Mario E. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. 2, ps. 225 y ss.

flicto con base en determinados principios que le sirven de fundamento.

En ese tramo, el derecho del trabajo nació y se desarrolla permanentemente con un sentido protectorio en beneficio de la persona que presta servicios por cuenta y a riesgo ajeno, a cambio de una remuneración. Y tal matiz tutelar, contrariamente a un cumplimiento facultativo, impone de forma permanente su concreto acatamiento. Como dije antes, la protección preferente del trabajador es un principio disciplinar, pero también es una regla jurídica y un imperativo político que conduce a limitar, desde un interés público superior, la voluntad de los sujetos que se relacionan a través de un vínculo de intercambios personales y económicos desiguales.

De tal forma, la aplicación de las disposiciones del ordenamiento civil y comercial hoy unificado debe respetar tales directrices cimeras, a la luz del mensaje constitucional que obliga a proteger al trabajo en sus diversas formas.

Para ello, surge necesario que se repare en el hecho de que el trabajo, antes de constituirse en derecho, partió y parte todos los días de una realidad fáctica compleja, en la que la disparidad de fuerzas negociales impone al Estado y a toda la comunidad, el tratamiento especial de esa relación de intercambio. Y aunque de ninguna forma nos podemos olvidar del empleador, sí es necesario que al menos tengamos en cuenta, para el estudio, la enseñanza, y la resolución de las puntuales controversias laborales, las temáticas que de forma acotada intenté plasmar en este breve trabajo, cuya función elemental es abrir las puertas y las mentes para que proliferen reflexiones complementarias posteriores.

Créditos laborales en moneda extranjera

Análisis a la luz de la jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Santiago L. Sfeir (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los créditos laborales en dólares. Factibilidad.— III. Relación con la jurisprudencia emanada de la CNCom. en el caso "Fideicomiso de recuperación crediticia c. Yoma Emir Fuad y otro s/ ejecutivo".— IV. Colofón.

I. Introducción

Recientemente se ha provocado un gran revuelo en torno a la posibilidad de celebrar acuerdos sobre créditos laborales en dólares estadounidenses.

Esta circunstancia no resulta ser sorpresa para nadie debido a dos grandes factores: en primer lugar, la marcada tendencia de la población argentina a intentar preservar sus ahorros y acreencias en dólares estadounidenses, y, en segundo lugar, los rebrotes inflacionarios constantes que provocan que los créditos en pesos se vean licuados.

Resulta entonces evidente que esta situación ha llegado para representar una solución creativa y novedosa a los fines de proteger el valor de los créditos laborales, pero, asimismo, traen aparejados ciertos inconvenientes de la mano de lo previsto por los art. 765 y 766 del Cód. Civ. y Com.

Ahora bien, como es bien sabido por todos, los dólares estadounidenses no resultan ser la moneda de curso legal en la Argentina, ocupando dicho lugar los pesos argentinos; acudiendo a las palabras de Rubén H. Compagnucci de Caso podemos destacar: "El art. 756 en su segunda parte dice que si se acuerda el pago en moneda 'que no tenga curso legal' (dinero extranjero) debe considerarse como "obligación de dar cantidades de cosas..." **(1)**.

Resulta entonces evidente que debe ser necesario para pactar la obligación de pago en moneda extranjera una alternativa en moneda de curso legal a esta obligación de dar cantidades de cosas, y es aquí donde debemos prestar especial atención a la alternativa toda vez que debemos entonces establecer una cotización del dólar estadounidense que nos permita sustituir esos dólares por moneda de curso legal al momento de cumplir con la prestación.

Esta situación ha de tener una significativa preponderancia en virtud de los erráticos tiem-

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Socio en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. Completó el Posgrado en Asesoramiento Legal para Empresas por la Universidad de Buenos Aires. Diplomado en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires.

(1) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", bajo la dirección de Julio Cesar Rivera y Graciela Medina, Ed. Thomson Reuters - La Ley, Tomo III, ps. 90-106.

pos que nos encontramos viviendo en la Argentina frente a la inexistencia de libre disponibilidad de compra de divisas en el mercado oficial, las distintas cotizaciones existentes dentro del mercado legal debido a la aplicación de distintos impuestos para la adquisición de compra de dólares para atesoramiento, y finalmente, la cotización más popular entre los ahorristas, el dólar conocido como *blue*, aquel que se adquiere en el mercado negro.

Es entonces que el propósito del presente trabajo se centra en dilucidar cual ha de ser la cotización que deberá aplicarse en los acuerdos laborales que pactan el pago en moneda extranjera como alternativa frente a la ausencia de libre disponibilidad de dólares estadounidenses.

II. Los créditos laborales en dólares. Factibilidad

Con respecto a este punto, bien es sabido que la doctrina establecida por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso "Sánchez, Jorge José c. GE Oil & Gas Products & Services Argentina SA y otro s/ despido" **(2)** ha convalidado la posibilidad de celebrar acuerdos laborales en dólares.

En el caso de referencia, y acudiendo al impecable racconto del caso elaborado por el Dr. Julio E. Lalanne en su artículo "Acuerdos conciliatorios en dólares ¿Son válidos?", se trató de: "[L]a existencia de un conflicto judicial en el que se discuten derechos litigiosos (...) 2) Las partes celebran un acuerdo conciliatorio para poner fin al juicio, de conformidad con lo previsto en el art. 309, Cód. Proc. Civ. y Com. (aplicable al procedimiento laboral de la Capital Federal Conf. Art. 155 LO) y 15 LCT.-... 3) Las partes pactan, de común acuerdo, que el monto de la conciliación sea pagado por la demandada al actor en dólares estadounidenses..." **(3)**.

Ahora bien, frente a la petición de homologación del referido acuerdo, el magistrado del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 74 no hizo lugar a la homologación escudando su decisorio en que la divisa no resulta de curso legal.

Este decisorio fue apelado por ambas partes y, una vez sometido al acertado criterio de la Sala VI de la CNAT, se revocó el decisorio del Juez de grado y se hizo lugar a la homologación.

Lógicamente se considera que las condiciones pactadas en el acuerdo celebrado resultan ser razonables, no violatorias del orden público, y que, tratándose de una justa composición de las pretensiones del trabajador, se ha de hacer lugar a la homologación.

Esta postura fue sostenida también por la Fiscal General Dr. Juan Manuel Domínguez.

Este criterio cuenta con un claro antecedente emanado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Herrera, A. c. Melegan SRL y otro s/ indemnización" de fecha 2 de mayo de 2013, en donde el Tribunal de Trabajo Nro. 5 del Departamento Judicial de San Isidro homologó un acuerdo en dólares estadounidenses, y frente al incumplimiento en el pago de las cuotas, luego del rebrote inflacionario producido post crisis del año 2001, negó la posibilidad de ejecutar lo previsto en el acuerdo.

Contra ese resolutorio, se planteó el correspondiente Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, el cual fue admitido por el máximo tribunal bonaerense, derivando ello en se acogimiento favorable, el revocamiento del resolutorio del Tribunal, y la consecuente obligación de honrar lo pactado.

Ahora bien, no cabe duda alguna que la posibilidad de realizar acuerdos en dólares estadounidenses no se encuentra vedada y es una factible solución a los conflictos laborales, pero, asimismo, abre la puerta a nuevas contingencias cuando nos encontramos en un mercado en el cual la libre compraventa de divisas extranjeras se encuentra restringida como es el caso actual de nuestro país.

III. Relación con la jurisprudencia emanada de la CNCom. en el caso "Fideicomiso de recuperación crediticia c. Yoma Emir Fuad y otro s/ ejecutivo" (4)

Amén de lo hasta aquí discurrido, es necesario hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo hemos de

(2) AR/JUR/479/2020

(3) LALANNE, Julio E., "Acuerdos conciliatorios en dólares ¿Son válidos?", Ed. Rubinzal - Culzoni, Cita online RC D 3149/2020.

(4) AR/JUR/48310/2020

dar cumplimiento a un acuerdo celebrado en moneda extranjera cuando las condiciones de compra y venta de divisas se encuentra restringida?

Claro es el art. 765 del Cód. Civ. y Com. al considerar que, tratándose de una obligación de dar cantidades de cosas, ha de establecerse un equivalente de la obligación en moneda de curso legal, es decir, en pesos.

Ahora bien, como es de público conocimiento, las cotizaciones del dólar estadounidense en Argentina son, cuanto menos, caóticas, y exhiben distintos tipos de cambio dependiendo de la operación que ha de efectuarse y de los impuestos que fueran aplicables para la compra de divisas en esa oportunidad.

Es así como, establecer un equivalente de la prestación de dar dólares en pesos al tipo de cambio oficial según la cotización exhibida por el Banco Nación Argentina, es en un claro detrimento a los legítimos intereses del trabajador acreedor de dichas sumas; pero por el otro lado, establecer el tipo de cambio subsidiario para el cumplimiento de la obligación en pesos al valor del tipo de cambio comúnmente conocido como "blue" es improcedente debido a su naturaleza ilícita para la compra.

Es así como nos encontramos en una encrucijada que nos obliga a preguntarnos hacia dónde dirigirnos y como hemos de proteger las acreencias de los trabajadores sin caer en situaciones de abuso de derecho para con los obligados al pago.

A estos fines es necesario acudir al flamante resolutorio de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso "Fideicomiso de Recuperación Crediticia c. Yoma Emir Fuad y otro s/ Ejecutivo" de fecha 19 de octubre de 2020 donde, de manera total y completamente acertada, ha establecido un criterio salomónico a los fines de brindar una justa composición del conflicto para ambas partes.

En el caso en cuestión el juez de grado autorizó a la parte compradora de un inmueble a abonar el saldo restante del precio en pesos al tipo de cambio vendedor del Banco de la Nación Argentina, todo ello debido a los límites que impone la normativa cambiaria del Banco Central para la compra de divisas extranjeras; este resolutorio fue apelado por la actora alegando que la accionada habría asumido la obligación de cumplir en dólares estadounidenses debido a la naturaleza de adquirir la propiedad a través de un remate, agregando asimismo que la compraventa de divisas no se encuentra totalmente vedada.

Luego de realizar un claro análisis de lo previsto por los art. 765 y 766 del Cód. Civ. y Com., considerando que los dólares estadounidenses no son dinero en nuestro país sino cosas fungibles, destacan: "[L]es resulta aplicable la disposición especial de desobligarse dando el equivalente en moneda de curso legal al tiempo del vencimiento de la obligación, siguiendo el criterio general que rige respecto de las cosas fungibles que permite que puedan ser sustituidas por otras equivalentes a costa del deudor".

Asimismo, y no siendo los magistrados de Cámara ajenos a las situaciones de público y notorio conocimiento sostuvieron que: "Desde esta perspectiva no puede sino mantenerse la decisión apelada, en punto a la posibilidad de cancelar el saldo del precio en pesos, pero convirtiéndose el monto adeudado en dólares estadounidenses a moneda local, conforme el tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que en el régimen legal actualmente vigente se conoce como "dólar solidario" (art. 35, ley 27.541), sin la percepción adicional al 35% a cuenta del Impuesto a las Ganancias y Bienes Personales establecida por el BCRA reglamentada en la res. gral. AFIP 4815/2020".

Es entonces evidente que nos encontramos frente a una clara aplicación de la teoría del esfuerzo compartido que tan utilizada fue para solucionar los litigios suscitados a partir de la disparidad cambiaria que derivó de la crisis del año 2001.

Es así como podemos sostener que, como resulta evidente, a pesar de no satisfacer al 100% las pretensiones de cualquiera de las dos partes, es una solución que ha de ser aplicada frente a las claras posibilidades de incumplimiento.

IV. Colofón

En suma, los acuerdos laborales celebrados en dólares estadounidenses son un hecho, nada

veda la posibilidad de celebrarlos ya que son obligaciones de dar cosas ciertas; a pesar de no tratarse el dólar de una moneda en nuestro país, es una cosa fungible, y nuestro ordenamiento jurídico nos permite celebrar contratos de esta índole; amén de ello, no puede ni debe soslayarse que, siempre que se pacten este tipo de obligaciones, ha de establecerse su cumplimiento subsidiario en moneda de curso legal a los fines de que, si no se pudiera cumplir con la entrega de las cosas ciertas, se pueda satisfacer la deuda a través del pago en su equivalente en pesos argentinos.

Ahora bien, frente al atípico escenario que se encuentra planteado a nivel económico en la Argentina hoy en día, podemos sostener que establecer un tipo de cambio es, cuanto menos, una ardua tarea.

El resolutorio de la Sala A de la CNCom viene a dar un nuevo parámetro y un reflote a la teoría del esfuerzo compartido ofreciendo un escenario que, a pesar de no ser lo que ninguna de las partes puede desear, ofrece una justa composición de los conflictos y una solución salomónica que ha de zanjar las cuestiones por ahora.

Doctrina - Teletrabajo

Teletrabajo: comentario al dec. 27/2021

Sebastián Sirimarco (*)

Sumario: I. Aspectos formales.— II. Análisis.— III. Conclusiones.

I. Aspectos formales

El dec. 21/2021 (BO 20/01/2021) fue dictado en orden a lo dispuesto por el art. 18 de la ley 27.555 que encomendó al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS) la reglamentación de dicho cuerpo legal.

Empero, la jerarquía de la norma en comento es la adecuada, pues la competencia para reglamentar las leyes obra en cabeza del titular del Poder Ejecutivo Nacional, no habiendo resultado acorde a tales efectos una resolución ministerial **(1)**.

El dec. 21/2021 conlleva también el ejercicio de otra prerrogativa constitucional **(2)**, relativa a la organización de la Administración Pública, pues por su conducto se encomienda a la Agencia de Acceso a la Información Pública, al MTEySS y a la SRT el dictado de las normas complementarias y aclaratorias vinculadas a la protección de los datos personales, la seguridad e higiene en el trabajo, la posibilidad de "delegar" en los organismos provinciales la gestión del registro del teletrabajo y el dictado de una resolución que determine el inicio del cómputo de los 90 días para la entrada en vigencia de la ley 27.555 **(3)**.

En sus aspectos normativos, el dispositivo en análisis únicamente reglamenta los arts. 1º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10, 13, 14, 15, 18 y 19 de la ley 27.555, referidos al objeto, el derecho a la desconexión digital, las tareas de cuidados, reversibilidad, elementos de trabajo, compensación de gastos, representación sindical, higiene y seguridad, sistema de control y derecho a la intimidad, Autoridad de aplicación, registro y fiscalización y el aspecto transitorio del régimen legal del contrato de teletrabajo.

Por lo tanto, dicho decreto no se pronuncia acerca de cuestiones trascendentales de la ley que también fueron objeto de intensas polémicas públicas, como ser las atinentes a la caracterización y requisitos del contrato de teletrabajo, los derechos y obligaciones de las partes, la jornada laboral, la voluntariedad, capacitación, derechos colectivos y las prestaciones transnacionales **(4)**.

El lacónico considerando del decreto y la falta de incorporación al trámite administrativo de los informes técnicos que habrían sustentado la medida, no permiten establecer de manera fiel y concreta la motivación que informó el acto administrativo en estudio en cuanto a la oportunidad, mérito y conveniencia de los alcances dados a la reglamentación.

Es importante remarcar que la ley 27.555 y, consecuentemente, los aspectos reglamentarios del decreto, entrarán en vigencia a partir del 1° de abril del 2021 atento al régimen de transitoriedad antes apuntado **(5)**.

(*) Director ejecutivo de la maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad Austral.

(1) Cfr. art. 99, inc. 2º, CN.

(2) Cfr. art. 99, inc. 1º, CN.

(3) Cfr. art. 2º del dec. 27/2021, arts. 14, 18 y 19 del Anexo I del dec. 27/2021 y art. 19 ley 27.555.

(4) Cfr. arts. 2º, 3º, 4º, 7º, 11, 12 y 17, ley 27.555.

(5) Cfr. Resolución MTEySS 54 del 3/2/2021, RESOL-2021-54-APN-MT (BO 5/2/21).

II. Análisis

II.1. Objeto

En rigor de verdad el art. 1º del anexo aprobado por el dec. 27/2021 debería referirse al art. 2º y no al art. 1º de la ley 27.555, pues no reglamenta su objeto, sino el alcance de la norma, determinado por el concepto legal asignado al "contrato de teletrabajo" **(6)**.

En efecto, la reglamentación intenta suplir una especie de omisión legislativa, excluyendo del ámbito de aplicación de la ley a las prestaciones laborales efectuadas en los establecimientos de los clientes del empleador y cuando el teletrabajo se realice en forma esporádica y ocasional, aun cuando en ambos supuestos la actividad laboral se estaría ejecutando "en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador" **(7)**.

La constitucionalidad de esta reglamentación será eventualmente evaluada por el Poder Judicial sobre la base de si dicha limitación, no contemplada por el legislador de manera expresa, se ajusta al espíritu de la norma reglamentada o sirve razonablemente a la finalidad esencial que ella persigue **(8)**.

Sin embargo, más allá de la ubicación del decreto en la pirámide normativa y los reparos que podrían efectuarse en cuanto a su validez para modificar una norma de rango legal, se advierte su correspondencia con el Convenio OIT 177 **(9)** en tanto excluye de su ámbito de aplicación cuando la prestación laboral remota se realice en forma ocasional **(10)**.

Sin embargo, más allá de la ubicación del decreto en la pirámide normativa y los reparos que podrían efectuarse en cuanto a su validez para modificar una norma de rango legal, se advierte su correspondencia con el Convenio OIT 177 **(11)** en tanto excluye de su ámbito de aplicación cuando la prestación laboral remota se realice en forma ocasional **(12)**.

De cualquier modo, hubiera sido deseable que la norma aporte mayor certitud en torno a la frecuencia exigida en el trabajo realizado a distancia para considerar la aplicación de este régimen legal, lo cual se traduce en "una considerable transferencia de poder del legislador al magistrado, con complejas consecuencias en materia de seguridad jurídica y certeza normativa" **(13)**.

Tal vez la solución en este aspecto provenga de la negociación colectiva, pero de momento habrá de estarse de manera preliminar a la buena fe de las partes del contrato de trabajo, quienes deberán encontrar la forma de aplicar el precepto con justicia y proporcionalidad **(14)**.

II.2. Derecho a la desconexión digital

El art. 5º del anexo colisiona con la norma que reglamenta, pues establece excepciones a la expresa prohibición legal del empleador de enviar comunicaciones o requerir prestaciones del teletrabajador fuera de la jornada laboral.

Sin embargo, se estima que la reglamentación viene conjurar una restricción legal muy intensa y que fuera objeto de numerosas críticas por su desarraigo con la dinámica de las relaciones laborales y las necesidades productivas de la ac-

(6) Cfr. art. 102 bis, ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, incorporado por la ley 27.555.

(7) Art. 2º, ley 27.555.

(8) Cfr. GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, 3ª ed., ps. 324-335; CS, Fallos: 298:609; 319:3241.

(9) Entrado en vigor el 22/4/2000, aprobado por Ley N° 25.800 (B.O. 2/12/03).

(10) *Cfr*. ALDAO ZAPIOLA, Carlos M. y MEDA, Maximiliano P., "Regulación normativa del teletrabajo", Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, El Derecho, Número 10, Octubre 2020; SIRIMARCO, Sebastián, "Régimen legal del contrato de teletrabajo: aportes, redundancias y desafíos pendientes", DT2020 (noviembre), 107. GUIBOURG, Ricardo A., "La dinámica de los principios laborales", DT2021 (enero), 5.

(11) Entrado en vigor el 22/4/2000, aprobado por Ley N° 25.800 (B.O. 2/12/03).

(12) *Cfr*. ALDAO ZAPIOLA, Carlos M. y MEDA, Maximiliano P., "Regulación normativa del teletrabajo", Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, El Derecho, Número 10, Octubre 2020; SIRIMARCO, Sebastián, "Régimen legal del contrato de teletrabajo: aportes, redundancias y desafíos pendientes", DT2020 (noviembre), 107.

(13) GUIBOURG, Ricardo A., "La dinámica de los principios laborales", DT2021 (enero), 5.

(14) *Cfr*. GUIBOURG, op. cit.

tividad económica, guardando así, con esta morigeración, un mayor apego con el principio de razonabilidad previsto en el art. 28 de la CN **(15)**.

En efecto, más allá de lo previsto en la ley 27.555, la jornada de trabajo cuenta con una enjundiosa protección jurídica, por la que se autoriza a las partes a modular el tiempo de la prestación laboral dentro de los límites legales, a través de la voluntaria realización de horas extras a cambio del pago del correspondiente recargo, adoptar mecanismos de autotutela, exigir el restablecimiento de los horarios alterados mediante un procedimiento sumarísimo o considerarse despedido sin causa **(16)**.

Las excepciones introducidas por la reglamentación son la remisión de comunicaciones al trabajador fuera de la jornada laboral cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna "razón objetiva".

Entendemos que la razón objetiva debe radicar en algún impedimento material y comprobable del empleador que impida programar el envío tempestivo de dicha notificación, para su recepción por el trabajador dentro de su horario laboral.

De cualquier modo, el trabajador no estará obligado a responder hasta el inicio de su jornada, salvo que se den los casos urgencia excepcional de la empresa, como desde otrora exige el art. 203 de la LCT **(17)**.

Cabe señalar que dichas excepciones reglamentarias no eximen a las partes del cumplimiento de las restantes previsiones legales, convencionales y contractuales que regulan la jornada de trabajo.

Este interés reglamentario porque se respete la jornada laboral en el régimen del teletrabajo, procura proteger con particular énfasis la integridad psicofísica del trabajador y de su entorno familiar, atento los riesgos que conlleva la habitual concurrencia de ambas actividades en un mismo espacio físico.

En tal virtud, correspondería también concordar esta regulación con las previsiones de los arts. 4º y 18 de la ley 27.555, para facilitar su adecuado cumplimiento y fiscalización.

II.3. Tareas de cuidados

El art. 6º del anexo requiere que el trabajador informe con precisión y virtualmente los horarios en que habrá de interrumpir sus tareas para dedicarse al cuidado de las personas que estén a su cargo según lo determinado en el art. 6º de la ley 27.555, pero omite indicar a quién debe dirigirse esta comunicación, si es solo al empleador como resulta natural, o también a la autoridad de aplicación para que pueda fiscalizar su cumplimiento, habida cuenta la trascendencia de este aspecto en la vida familiar.

En ese sentido, debe subrayarse el particular interés legislativo que se ha suscitado por garantizar una adecuada armonización de la actividad profesional en el ámbito familiar y, asimismo, evitar que los estereotipos de género afecten la inserción y calidad laboral de la mujer, en particular **(18)**.

La reglamentación no indica si esta comunicación "precisa y virtual" debe ser cumplimentada con alguna antelación específica para que el empleador pueda reorganizar los compromisos empresarios, por lo que la razonabilidad del plazo habrá de interpretarse en cada caso concreto en razón de las circunstancias particulares y el principio de la buena fe que informa este precepto.

La posibilidad de acordar la reducción de la jornada por tales motivos no aporta nada nuevo al ordenamiento, pues esta potestad ya se encuentra prevista en la LCT y la ley 11.544, por lo que este aspecto presenta una característica más bien pedagógica u orientativa para el mejor desenvolvimiento de las relaciones laborales.

(15) Idem.

(16) Cfr. Ley 11.544, arts. 196 y cctes., ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, arts. 14 bis y 75, inc. 22, CN.

(17) Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.

(18) Cfr. OIT, "Closing gender data gaps in the world of work -role of the 19th ICLS standards", Lessons from the COVID-19 Pandemic, octubre 2020, disponible en https://ilo.org/wcmsp5/groups/public.---dgreports/—-stat/documents/publication/wcms_757964.pdf (consultado el 21/01/2021).

La prohibición de condicionar los incentivos laborales al no ejercicio de este derecho **(19)**, consagra expresamente una norma ética informada por el principio de la buena fe, posibilita una mayor equiparación salarial para las personas que puedan ver condicionada su productividad laboral por el desarrollo de tareas de cuidado y constituye una política pública de protección a la familia.

Asimismo, viene a proporcionar una descripción del tipo discriminatorio introducido expresamente por la ley 27.555, pues la utilización de incentivos en ese sentido podrá interpretarse como una manifestación de "represalia u obstaculización proveniente del empleador" a ese derecho y ser sancionada en términos de la ley 23.592.

No obstante, lo expuesto, la mayor deuda de este artículo radica en el pueril abordaje de la cuestión de género antes apuntada, pues dicho aspecto resulta de esencial interés a efectos de conjurar la estereotipada atribución general de las tareas del hogar y cuidado de personas a la mujer, lo cual viene limitando sus posibilidades de inserción laboral en condiciones de igualdad con el hombre **(20)**.

En ese sentido, cabe lamentar la falta de intervención del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad en el trámite del decreto, por los aportes que podrían haberse efectuado en orden a su competencia específica en la materia.

En tal virtud, de momento parece que la cuestión habrá de quedar diferida a las resultas de las instancias de negociación colectiva e individual que la ley propicia.

II.4. Reversibilidad

El art. 8º refuerza la noción legal de que el trabajador no puede exigir al empleador que le otorgue tareas en forma presencial cuando ha sido contratado desde el comienzo de la relación para teletrabajar, en tanto en dicho supuesto no se trataría de una "reversión", sino de una innovación en la modalidad prestacional que debe ser acordada, mas no compelida.

La reglamentación determina el plazo máximo en el que deberá pronunciarse el empleador ante el pedido de reversión efectuado por el trabajador. Si bien, no se ha informado por qué dicho término ha sido presupuestado en 30 días, no se advierte como irrazonable si se tiene en cuenta la utilización de ese lapso temporal para otros emplazamientos laborales **(21)**.

Asimismo, se indica una pauta de interpretación para evaluar la imposibilidad del empleador respecto del cumplimiento de esta obligación de reversión, cual es el tiempo transcurrido desde que comenzó a darse el teletrabajo hasta la fecha del pedido de reversión.

Cabe entender que esta directriz no resulta vinculante y posee un carácter meramente enunciativo, por lo que deberá contextualizarse conforme a las circunstancias de cada caso concreto.

II.5. Elementos de trabajo y compensación de gastos

Los arts. 9º y 10 del anexo determinan el carácter no remuneratorio de la entrega de elementos de trabajo y la compensación de gastos efectuados por el empleador, con el propósito de excluir tales valores de la base del cómputo para el pago de cotizaciones a la seguridad social, sindicales e indemnizatorias.

Se advierte que esta previsión excede el marco regulatorio y competencial del Poder Ejecutivo, pues el carácter remuneratorio de las contraprestaciones patronales emergentes del contrato de trabajo está determinado por otras normas distintas a la que aquí se reglamenta, que tienen jerarquía superior a un decreto **(22)**.

De modo tal que la eventual incompatibilidad de este precepto reglamentario con la normativa de jerarquía superior que regula la remuneración podría conllevar a la declaración de su inconstitucionalidad, como ya ha señalado la Corte Su-

(19) También prevista con relación al derecho a la desconexión.

(20) Cfr. OIT, "Closing gender data gaps in the world of work -role of the 19th ICLS standards", ob. cit.

(21) Cfr. arts. 11 y 96, ley 24.013, art. 1º, dec. 146/2001, art. 98, LCT.

(22) Cfr. arts. 103 y cctes., LCT, arts. 14 bis, 31 y 75, inc. 22, CN, Convenio OIT 95.

prema de Justicia de la Nación en otras oportunidades **(23)**.

Sin embargo, esta norma tendrá un aspecto práctico indudable con relación a los reclamos por determinación de deuda previsional o multas laborales que pudieran efectuar la AFIP o el MTEySS contra los empleadores, en tanto dichos Organismos sí estarán obligados a cumplimentar los términos del decreto, sin posibilidad de cuestionar su aplicación.

II.6. Representación sindical

El art. 13 del anexo procura garantizar la libertad sindical y evitar prácticas desleales, al restringir la disponibilidad empresaria de agrupar artificiosamente a los teletrabajadores por establecimiento a efectos de condicionar ilegítimamente el ejercicio de sus derechos gremiales.

Para ello, la reglamentación exige que se conserve la vinculación previa del trabajador con el último establecimiento en el que se hubiera desempeñado o, de no resultar posible, que la decisión se realice previa consulta a la asociación sindical correspondiente.

II.7. Higiene y seguridad social

El art. 14 del anexo difiere la reglamentación de las condiciones específicas de seguridad e higiene en el trabajo y enfermedades profesionales a una futura intervención del MTEySS y la SRT, en orden a sus competencias específicas en la materia.

En rigor de verdad, dicho precepto no reglamenta en modo alguno la ley, por lo que razones de estilo y coherencia normativa hubieran exigido consignar en el art. 14 del anexo la voz "sin reglamentar" y trasladar su contenido a la parte resolutiva del decreto, de igual modo a como se hizo con la instrucción dada a la Agencia de Acceso a la Información Pública.

Por otra parte, no se advierte de las actuaciones los motivos técnicos o de oportunidad, mérito y conveniencia por los que no se les confirió intervención formal a dichas reparticiones con anterioridad, a fin de que se pronunciaran al respecto, de modo tal de integrar en un mismo cuerpo normativo toda la reglamentación de la ley.

Especialmente si se tiene en cuenta que en derecho administrativo impera el principio de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites **(24)**.

En ese orden, el dec. 1759/1972 (t.o. 2017) exige al PEN tramitar los expedientes con celeridad y eficacia, haciendo uso de los medios electrónicos disponibles en el Sistema de Gestión Documental Electrónica para conocer el estado y agilizar el flujo de tramitación de los asuntos y proveer en una sola resolución todos los trámites que por su naturaleza admitan su impulso simultáneo, concentrando en un mismo acto todas las diligencias y medidas de prueba pertinentes **(25)**.

Máxime ante la posibilidad de tramitación electrónica de expedientes en paralelo, el interés legislativo manifestado en el prioritario tratamiento parlamentario conferido a la sanción de la ley 27.555 y la necesidad de dar respuesta en tal sentido a un amplio número de empleados que han mutado de una modalidad prestacional presencial al teletrabajo sin posibilidad de adecuar sus espacios de labor **(26)**.

II.8. Sistema de control y derecho a la intimidad

El art. 15 circunscribe la participación sindical para la determinación de los sistemas de control de la empresa a fin de evitar un ejercicio abusivo o distorsivo de tales prerrogativas.

Primero exige que sea realizado por técnicos y no por cualquier representante gremial, aunque sin señalar su especialidad, empero se infiere que deberán tener pericia certificada en ciencias afines a las tecnologías y programas informáticos aplicados para los controles patronales.

Limita también el objeto de tales auditorías a lo atinente al resguardo de los derechos de los trabajadores que pudieran verse comprometidos mediante los sistemas de control, como pueden ser la intimidad y la dignidad de los empleados.

(23) Cfr. CS, Fallos: 332:2043, 333:699, 336:593.

(24) Cfr. art. 1º, inc. b, ley 19.549.

(25) Cfr. art. 5º.

(26) Cfr. art. 1º, dec. 1759/1972 (t.o. 2017).

Asimismo, señala que dichos técnicos tendrán a su cargo una expresa obligación de confidencialidad, a fin de resguardar la propiedad intelectual de los dispositivos utilizados, así como la privacidad de otras informaciones que pudieran ser develadas en tal contexto y que no refieran exclusivamente al objeto legal de la fiscalización.

II.9. Autoridad de aplicación. Registro. Fiscalización

El art. 18 del anexo presenta ciertas inconsistencias técnicas, en cuanto autorizaría al MTEySS a "delegar" en las autoridades administrativas locales las tareas de registración previstas en el art. 18 de la ley.

En efecto, el instituto de la delegación solo puede efectuarse a favor de un órgano jerárquicamente inferior de una misma administración y, por lo tanto, sometido a su tutela administrativa **(27)**, pues la autoridad delegante solo encomienda el ejercicio de esa competencia, pero mantiene la responsabilidad jurídica al respecto, ya que, la competencia legal resulta improrrogable **(28)**.

En ese orden, las facultades del órgano delegante sobre el delegado resultan muy intensas y lo autorizan a impartirle instrucciones con relación al ejercicio de tales funciones en cada caso en particular, revocar el acto administrativo emitido por el inferior o avocarse nuevamente su conocimiento para su realización en forma directa **(29)**.

Habida cuenta que el art. 18 del anexo indica que esa supuesta "delegación" de competencias debería efectuarse a favor jurisdicciones provinciales, podría verse afectado el régimen federal de gobierno que la Constitución Nacional garantiza.

No obstante, lo expuesto, es dable inferir que la reglamentación intenta matizar el problema de raíz presentado por el propio art. 18 de la ley, ya que, dicha norma pone en cabeza de la autoridad federal del trabajo la gestión del registro de teletrabajo.

Sin embargo, esto último se contrapone con el diseño constitucional por el que se reconoce que el ejercicio del poder de policía laboral se encuentra reservado a las provincias, según las cosas o las personas caigan bajo sus respectivas jurisdicciones **(30)**, y ello aun en los establecimientos de utilidad nacional, mientras no se interfiera en las finalidades legales para los que fueron creados **(31)**.

Máxime si se considera que el régimen legal del contrato de teletrabajo instaurado por la ley 27.555 pertenece al derecho común y nada tiene de federal, cuestión que tampoco sería disponible por el mero arbitrio del legislador, sino se encuentra fundado en "necesidades reales y fines federales legítimos, impuestos por circunstancias de notoria seriedad" **(32)**, todo lo cual no se advierte en esta materia.

En ese sentido, no debe confundirse el contexto de emergencia pública económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social reconocido con carácter federal por la ley 27.541 y en el que fue dictado el aislamiento social preventivo y obligatorio, con la contemporaneidad del dictado de la ley 27.555.

En efecto, si bien fue ese mismo cuadro de situación fáctico el que motivó el interés legislativo sobre la materia, no es sobre esta versión improvisada, excepcional y casi "forzada" del teletrabajo que se ha vivenciado en estos tiempos de pandemia que la ley 27.555 viene a pronunciare, por cuanto sus efectos regulatorios se encuentran diferidos a los 90 días posteriores al cese de las me-

(27) Cfr. art. 2º, dec. 1759/1972 (t.o. 2017).

(28) Cfr. art. 3º, ley 19.549, GORDILLO, Agustín, "Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general", Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., 1ª reimp., t. 1, p. XII-16/19.

(29) Cfr. GORDILLO, ob. cit., XII-19/23, art. 3º, ley 19.549, arts. 2º, 85, 89 y cctes., dec. 1759/1972 (t.o. 2017).

(30) Cfr. art. 75, inc. 12 y art. 128, CN, CS, Fallos: 271:206, 327:3610.

(31) Cfr. art. 75, inc. 30, CN. Entendemos que la gestión del registro de teletrabajo también corresponde, al ejercicio del poder de policía laboral y es inescindible de las facultades inspectivas reconocidas, asimismo, por las leyes 25.877 y 25.212 en cabeza de cada una de las jurisdicciones provinciales.

(32) Cfr. CS, Fallos: 248:781, 300:1159, 302:1209, 327:3610.

didas de aislamiento social preventivo y obligatorio **(33)**.

Por otra parte, la reglamentación limita el acceso a la información de los sindicatos únicamente a lo atinente a la nómina de teletrabajadores de cada empresa que se incorpore al registro, cuando la propia ley exige a los empleadores comunicarles también el software o plataforma a utilizar para la realización del teletrabajo.

Esta última limitación reglamentaria no guarda lógica sistémica si se tiene en cuenta que por los arts. 15 de la ley y del anexo, se faculta a los sindicatos a fiscalizar tales plataformas a fin de salvaguardar la intimidad de los trabajadores, la privacidad de sus domicilios y la protección de los datos utilizados.

III. Conclusiones

Se advierte que el diferimiento de la reglamentación a futuras intervenciones de otros Organismos que pudieron haber sido resueltas con anterioridad al dictado del decreto, la falta de reglamentación de aspectos de interés de la ley, así como la postergación de la entrada en vigencia de la norma, no se condicen con el tratamiento urgente que el Congreso dio a esta ley en un contexto de emergencia sanitaria, evidenciando con ello una llamativa cautela del PEN con relación a los efectos benéficos de la pronta aplicación del régimen legal del contrato de teletrabajo a la nueva normalidad que se proyecta.

Con relación a las apuntadas inconsistencias en el diseño legal previsto para la gestión del registro del art. 18 de la ley 27.555, se estimaría provechosa su revisión a través del Consejo Federal del Trabajo, por ser esa una instancia especializada en la materia en la que convergen el MTEySS y todas las autoridades provinciales del trabajo. Ello a efectos de consensuar, mediante los acuerdos y adhesiones del caso, una adecuada coordinación interjurisdiccional, respetuosa del esquema federal de gobierno que consagra la Constitución Nacional.

Por otra parte, se observa que la dispersión y escalonamiento normativo que la reglamentación propicia en aspectos generales del régimen de teletrabajo, podrían llegar a poner en riesgo la coherencia y unidad del sistema en caso de que no sean vinculadas y concordadas apropiadamente.

En tal virtud, habrá de estarse a la suerte de esas futuras instancias reglamentarias para evaluar su inserción a las regulaciones que las preceden y así emitir un juicio más acabado sobre la materia.

Resultaría también trascendental y oportuno que se completen las regulaciones en materia de seguridad e higiene y protección de los datos personales en el teletrabajo, antes de la fecha de entrada en vigencia de la ley 27.555, a fin de garantizar la integridad psicofísica del trabajador y la suficiente previsión en la organización de la empresa por parte del empleador, de manera adecuada a las circunstancias de dicha modalidad prestacional.

Hasta ese entonces, lo conveniente será que los sujetos colectivos y las partes del contrato de trabajo continúen negociando de buena fe la adecuación de las cuestiones pendientes de tratamiento de conformidad a las necesidades de cada actividad y sector, para la mejor realización de sus derechos e intereses.

(33) Cfr. art. 19, ley 27.555.

Reglamentación del régimen legal del contrato de teletrabajo

Maira C. Rita (*)

Sumario: I. Marco de análisis.— II. Una aclaración preliminar.— III. Ámbito de aplicación del teletrabajo.— IV. Derecho a la desconexión digital.— V. Tareas de cuidados.— VI. Reversibilidad.— VII. Elementos de trabajo y compensación por gastos.— VIII. Representación sindical.— IX. Higiene y seguridad social.— X. El control del teletrabajador y su derecho a la intimidad.— XI. Autoridad de aplicación. Registro de empresas. Fiscalización.— XII. La fecha de entrada en vigencia del régimen.— XIII. Reflexión final.

I. Marco de análisis

Con fecha 14 de agosto de 2020, se sancionó la ley 27.555, que estableció el Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo. Dicho régimen fue incorporado en la ley 20.744 como una modalidad contractual (art. 102 bis).

La norma delegó el tratamiento de cuestiones centrales ya sea a decretos reglamentarios, resoluciones administrativas y también a lo que se revuelva por intermedio de las convenciones colectivas de trabajo. Ello ocurre con las regulaciones específicas para cada actividad (art. 102 bis, LCT); con los derechos y obligaciones de las partes (art. 3º); con las tareas de cuidado (art. 6º); en la reversibilidad de teletrabajo inicial a trabajo presencial (art. 8º); con los elementos de trabajo (art. 9º); en la compensación por gastos adicionales que deba afrontar el teletrabajador (art. 10); en materia de higiene y seguridad laboral (art. 14); y en lo referente al régimen de prestaciones transnacionales (art. 17).

Por su parte, en su art. 18, dispuso que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, en su rol de autoridad de aplicación, debía dictar la reglamentación respectiva dentro de los noventa [90] días de su sanción. Dicho plazo feneció el 14 de noviembre de 2020.

Dos meses más tarde, con fecha 15 de enero de 2021, se publicó el dec. 27/2021, que reglamenta algunos de los aspectos que le encomendara la ley 27.555.

Como primera aproximación, señalamos que, si bien el decreto que se comenta tiene en miras un loable objetivo, esto es, "lograr mayor certeza en la aplicación del mencionado régimen", no lo llega a cumplir. Y decimos esto porque la norma lejos está de aportar la certeza que pretende, ya que, tal como se verá, no solo continúan sin definición ciertas cuestiones clave del régimen, sino que, asimismo, incurre en repeticiones innecesarias de la ley que viene a reglamentar.

A continuación, realizaremos un análisis de los principales puntos del decreto.

II. Una aclaración preliminar

El decreto, que consta únicamente de tres artículos, con una cuestionable y confusa técnica legislativa, difiere la reglamentación que le ordena la ley 27.555 a un anexo. Y decimos que es una técnica confusa, ya que, hubiese sido preferible que el decreto se bastara a sí mismo, porque es innecesaria la referencia a otros documentos como en el caso, un anexo.

Lo curioso es que en el art. 2º del decreto (esto es, no en el anexo referido), se encomienda a la Agencia de Acceso a la Información Pública el

(*) Abogada. Magíster en Derecho del Trabajo, UBA.

dictado de las normas complementarias y aclaratorias del art. 16 de la ley 27.555, que refiere a obligación del empleador de tomar las medidas, respecto del software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja, no pudiendo hacer uso de software de vigilancia que viole su intimidad.

En definitiva, la norma reglamentaria, deriva a un organismo descentralizado actuante en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la tarea que le encomendó expresamente la ley que viene reglamentar.

III. Ámbito de aplicación del teletrabajo

El art. 1º de la ley 27.555 incorporó el art. 102 bis a la ley 20.744, a través del cual definió el concepto de teletrabajo. La norma dice "Concepto. Habrá contrato de teletrabajo cuando 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".

Ahora bien, el decreto reglamentario limita la aplicación de la norma, ya que, en su art. 1º dice: "Las disposiciones de la ley 27.555 no serán aplicables cuando la prestación laboral se lleve a cabo en los establecimientos, dependencias o sucursales de las y los clientes a quienes el empleador, o la empleadora preste servicios de manera continuada o regular, o en los casos en los cuales la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja, ya sea a pedido de esta o por alguna circunstancia excepcional".

De esta manera, el decreto incurre en un exceso reglamentario al modificar el texto de la ley, ya que, excluye de su ámbito de aplicación a:

a) La prestación de tareas en los establecimientos, dependencias o sucursales de los clientes a quienes el empleador preste servicios de manera continuada o regular.

b) Cuando la labor se realice en forma esporádica y ocasional en el domicilio de la persona que trabaja.

Como primera aproximación, podemos advertir que la norma reglamentada en ningún momento de su texto limitó su ámbito de aplicación, ya sea porque el trabajador preste servicios en un establecimiento del cliente del empleador, o para el caso que su labor fuera realizada en forma esporádica y ocasional en su domicilio.

Esto es, la ley 27.555 utilizó como elemento espacial, la prestación de tareas "en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador", pero en modo alguno limitó tal circunstancia como lo efectúa el decreto. De esta manera, bastaría que el empleador, a su propia elección asigne al trabajador a prestar tareas en las oficinas de sus clientes, para apartarse de la aplicación de régimen de teletrabajo, sin perjuicio de que sea necesario, no solo la externalización, sino, asimismo, el uso de tecnologías de información de manera constante y habitual.

Decimos, entonces, que la norma es de dudosa constitucionalidad, ya que, se aparta del texto de la noción de ubicuidad y adopta un criterio diferente, e incluso confuso, en atención a que será materia de interpretación posterior a qué se refieren las expresiones "de manera continuada o regular", por lo que, en lugar de aportar certeza como autoproclama en sus objetivos, termina generando mayores confusiones e incluso fuente de litigios.

Finalmente, cabe preguntarse cuál es el criterio para considerar "cliente" del empleador a otra empresa o persona humana, y qué ocurre en el supuesto de que el empleador, en forma unilateral, asigne al trabajador a prestar tareas en la sede de un "cliente", ya que, en ese caso existiría una trasformación del establecimiento como lugar de ejecución del trabajo (art. 6º, LCT).

IV. Derecho a la desconexión digital

Conforme el art. 5º de la ley 27.555, el teletrabajador tiene derecho a no ser contactado y desconectarse de los dispositivos digitales y/o tecnologías de la información y comunicación, fuera de su jornada laboral y durante los períodos de licencias, no pudiendo ser sancionado en caso de ejercer tal facultad.

La norma también establece que el empleador no podrá exigirle la realización de tareas, ni re-

mitirle comunicaciones, por ningún medio, fuera de la jornada laboral.

El decreto reglamentario establece que cuando la actividad de la empresa se realice en diferentes husos horarios o en aquellos casos en que resulte indispensable por alguna razón objetiva, se admitirá la remisión de comunicaciones fuera de la jornada laboral.

En todos los supuestos, la persona que trabaja no estará obligada a responder hasta el inicio de su jornada, salvo casos de peligro, o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa (art. 203, LCT).

Asimismo, prohíbe la posibilidad de establecer incentivos que estén condicionados al no ejercicio del derecho de la desconexión.

V. Tareas de cuidados

El art. 6º de la ley consagra el derecho de los teletrabajadores a horarios compatibles con las tareas de cuidado y/o a interrumpir su jornada, siempre que acrediten tener a su cargo de manera única o compartida, que requieran asistencia específica y que sean con él convivientes, menores de 13 años, personas con discapacidad o adultos mayores.

El decreto reglamenta únicamente el derecho del teletrabajador de interrumpir la jornada, y establece la obligación (la norma dice "deberá") de comunicar en forma virtual y con precisión el momento en que comienza la inactividad y cuando esta finaliza. Ahora bien, el decreto no establece si dicha comunicación debe ser efectuada al empleador otorgando cierta antelación, que se entiende necesaria a los fines que este pueda organizar la distribución de las tareas.

Asimismo, dispone que en los casos en que las tareas de cuidado no permitan cumplir con la jornada legal o convencional se podrá acordar con el empleador su reducción de acuerdo con las condiciones que se establezcan en la convención colectiva.

Al igual que lo hace respecto al derecho de desconexión, el decreto prohíbe el establecimiento de incentivos para el no ejercicio de dicho derecho.

Finalmente, el decreto establece que tanto los empleadores como los trabajadores deberán velar por un uso equitativo, en términos de género, promoviendo la participación de los varones en las tareas de cuidado. Ahora bien, teniendo en cuenta que se trata de actividades reservadas a la esfera doméstica de los individuos, no se entiende qué injerencia podría tener el empleador en velar por el uso equitativo de las medidas dispuestas por la norma, ya que, va de suyo que no puede determinar cómo se organizan las personas en el ámbito familiar. Caso contrario se estaría avalando una violación al derecho de la intimidad del teletrabajador.

VI. Reversibilidad

El art. 8º de la ley estable el derecho reversibilidad, esto es, el traslado de empleados que cumplen tareas en un establecimiento de la empresa para pasar a realizar teletrabajo afuera de esta, y de su derecho posterior para revocar tal decisión. Se trata de los supuestos de desplazamiento en la locación del trabajo.

i) Respecto del ámbito de aplicación personal, la ley establece que el derecho de reversibilidad puede ser ejercido por aquella persona que prestó tareas en forma presencial, y luego pasó a trabajar en la modalidad de teletrabajo.

Esta situación es ratificada en forma expresa por el decreto reglamentario, que dispone: "las personas que hubiesen pactado la modalidad de teletrabajo desde el inicio de la relación laboral no pueden revocar su consentimiento ni ejercer el derecho a que se les otorguen tareas presenciales, salvo lo dispuesto en los Convenios Colectivos del Trabajo o en los contratos individuales". Entendemos que se trata de una reiteración innecesaria, ya que, tal situación surge claramente del texto de la ley.

ii) Ejercicio del derecho. La ley establece que el teletrabajador puede ejercer el derecho de reversibilidad en cualquier momento de la relación.

El decreto agrega que el ejercicio del derecho a la reversibilidad y el cumplimiento de la obligación resultante a cargo del empleador, deberán ajustarse a los deberes impuestos en los arts. 9º y 10 del Cód. Civ. y Com. y 62 y 63 de la Ley de

Contrato de Trabajo, esto es, debe consistir en un ejercicio razonable, y en el marco de la buena fe.

Por otro lado, la norma reglamentaria dispone que el teletrabajador debe ejercer su derecho mediante una solicitud, con la sola invocación de una motivación razonable y sobreviniente. Respecto de esta cuestión, entendemos que el decreto modifica la norma reglamentada, que no exige ningún tipo de motivación para ejercer el derecho.

Como el decreto expresa "recibida la solicitud de la persona que trabaja", necesariamente el teletrabajador debe manifestar su voluntad por escrito. Conforme el art. 286 del Cód. Civ. y Com., dicha manifestación puede ser efectuada en cualquier soporte, con la única condición de que el contenido sea inteligible, aunque se exijan medios técnicos de lectura.

Ejercido tal derecho, el empleador deberá otorgar tareas al empleado en el establecimiento en el cual las hubiera prestado anteriormente, o en su defecto, en el más cercano al domicilio del dependiente. Conforme lo indica el decreto, el empleador deberá cumplir con su obligación en el menor plazo que permita la situación del o de los establecimientos al momento del pedido, no pudiendo superar el plazo de 30 días. Este plazo apunta a que el empleador tenga tiempo para organizar el regreso del trabajador al establecimiento.

Si el empleador está imposibilitado de otorgar tareas podrá, por motivos fundados, negarse a la reincorporación del trabajador en la sede del establecimiento. Entendemos que la ley refiere a aquellos supuestos de imposible cumplimiento de la obligación, por ejemplo, en los casos de cierre definitivo del establecimiento, ya que, caso contrario se estaría obligando al empleador a contar con una infraestructura ociosa reservada para estas hipótesis. De esta manera, la negativa del empleador queda justificada y el trabajador debe continuar prestando tareas bajo esa modalidad.

Ahora bien, si pudiendo hacerlo el empleador no permite al teletrabajador el ejercicio del derecho de reversibilidad, el incumplimiento de esta obligación es considerado violatorio del deber de ocupación **(1)**, y el empleado podrá considerarse en situación de despido o accionar para el restablecimiento de las condiciones oportunamente modificadas.

Finalmente, el decreto agrega que a los efectos de evaluar la imposibilidad de cumplir con esta obligación se tendrá especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde el momento en que se dispuso el cambio de la modalidad presencial hacia la modalidad de teletrabajo.

VII. Elementos de trabajo y compensación por gastos

Conforme surge del art. 9º de la ley, el empleador se encuentra obligado a 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 estas, o la compensación por la utilización de herramientas propias de la persona que trabaja.

El decreto reglamentario señala en este aspecto que la provisión de dichos elementos no se considera remuneración, y no integra la base retributiva para el cómputo de ningún rubro emergente del contrato de trabajo, ni contribuciones sindicales o de la seguridad social.

Respecto de la compensación por mayores gastos, el art. 10 de la ley determina que el teletrabajador tiene derecho a que el empleador le reintegre los mayores "gastos en conectividad y/o consumo de los servicios que deba afrontar". El decreto dispone que, aún sin comprobantes, no se considera remuneración.

Esta previsión excede el marco competencial del Poder Ejecutivo, ya que, el carácter remuneratorio de las contraprestaciones que percibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo (art. 103, LCT), viene dado por una ley nacional, en este caso, la ley 20.744, e incluso por normas de jerarquía superior, como lo es el Convenio 95 de la OIT sobre Protección del Salario. A ello se le adicionan los criterios de la Corte

(1) Art. 78, LCT.

Federal en los casos "Pérez" **(2)**, "González" **(3)**, "Díaz" **(4)**, entre otros. De esta manera, se trata de una cuestión que puede generar posteriores litigios.

VIII. Representación sindical

El art. 13 de la ley dispone que la representación sindical será ejercida "por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios". Esto es, se trata de una representación sindical por extensión, ya que, los teletrabajadores son representados por el sindicato de sus pares que trabajan en tareas presenciales. Asimismo, la norma vulnera el Convenio 87 de la OIT **(5)**, que en su art. 2º establece que "los trabajadores (...) tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes".

También indica que, a tales efectos, los teletrabajadores "deberán ser anexados por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical". Esto, queda a criterio del empleador definir a qué centro serán destinados los trabajadores para ejercer sus derechos sindicales, extremo que, en definitiva, atenta contra la libertad sindical.

Finalmente, y respecto de este anexo efectuado por el empleador, el decreto dispone que tendrá lugar donde la persona prestaba servicios presenciales con anterioridad y en los casos en que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, aquella deberá llevarse a cabo previa consulta con la entidad sindical.

IX. Higiene y seguridad social

El art. 14 de la ley delegó a la autoridad de aplicación (Superintendencia de Riesgos del Trabajo) dos cuestiones. La primera, dictar 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. La segunda, determinar la inclusión de las enfermedades causadas por el teletrabajo dentro del listado previsto en el art. 6º, inc. 2º, de la ley 24.557.

Esta atribución de facultades a la autoridad de aplicación es cuestionable, ya que, con anterioridad, una ley nacional (la ley 24.557) le había otorgado dicha facultad al Poder Ejecutivo Nacional. Todo lo cual implica que la norma entra en colisión con el art. 76 de la CN, que prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca, extremos que no se verifican en el caso.

Ahora bien, el decreto no se ocupa de ninguna de esas cuestiones, ya que, únicamente insta a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo a elaborar un estudio sobre las condiciones de higiene y seguridad aplicables, y sobre la necesidad de incorporar al listado de enfermedades profesionales aquellas relativas a la modalidad laboral del teletrabajo.

X. El control del teletrabajador y su derecho a la intimidad

El art. 15 de la ley delimita el ejercicio del poder de control del empleador respecto de la protección de los bienes e información de su propiedad, ya que, impone para ello la participación sindical "a fin de salvaguardar la intimidad del teletrabajador y la privacidad de su domicilio".

Asimismo, a esa norma la complementa el art. 16, *in fine*, que le impide al empleador "hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad" del teletrabajador.

El decreto al regular la norma detalló que dicha participación sindical debe ser realizada mediante auditorías conjuntas, compuestas por técnicos designados por la asociación sindical y por la empresa **(6)**, garantizándose la confidencialidad de los procesos y de los datos.

(2) CS, "Pérez, Aníbal R. c. Disco SA s/ despido", 01/09/2009, AR/JUR/29031/2009.

(3) CS, "González, Martín N. c. Polimat SA y otros/ despido", 19/05/2010, AR/JUR/17063/2010

(4) CS, "Díaz, Paulo V. c. Cervecería y Maltería Quilmes SA s/ despido", 04/06/2013, AR/JUR/20023/2013

(5) Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948.

(6) La norma dice "... técnicos designados o técnicas designadas...".

La reglamentación no termina de resolver las confusiones que presenta la norma reglamentada, ya que, no queda claro en qué medida se estaría resguardando la intimidad del teletrabajador mediante la participación sindical, y tampoco porqué la norma se apartó del sistema establecido en el art. 71, LCT, que indica que los mecanismos de control deben ser conocidos por el trabajador.

Sin perjuicio de tales interrogantes, entendemos que dichas auditorías no pueden incluir el acceso al domicilio del trabajador, ni a los sistemas, comunicaciones, ni a la información del empleador, ya que, se trata de cuestiones protegidas por el derecho a la intimidad.

XI. Autoridad de aplicación. Registro de empresas. Fiscalización

El art. 18 de la ley establece que la autoridad de aplicación es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, y le impone, en el ámbito de su competencia, registrar las empresas que desarrollen esta modalidad, previa acreditación del software o plataforma a utilizar y la nómina de las personas ocupadas en esas tareas, las que deberán serán informadas ante cada alta producida o de manera mensual, con más la remisión de dicha información a la organización sindical.

En cuanto a la fiscalización, la norma establece que se ejercerá conforme a lo establecido por el tít. III, cap. I, de la ley 25.877 sobre inspección del trabajo y sus modificatorias. Es necesario, que previo a cualquier inspección, el teletrabajador brinde su autorización.

El decreto, por su parte, faculta a la autoridad de aplicación a delegar en las autoridades administrativas locales las tareas de registración previstas que impone la ley, "de modo tal de mantener la unidad del registro bajo administración de las distintas jurisdicciones".

Establece, asimismo, que "los requerimientos de información no alcanzarán a datos propios del giro comercial de la empresa". Se trata de una aclaración innecesaria, ya que, la norma reglamentada no exige la fiscalización de dicha información, y tampoco podría hacerlo, so pena de vulnerar la privacidad y confidencialidad de las operaciones de la empresa.

Ahora bien, esta cuestión choca con la noción de delegación en el ámbito del derecho administrativo, en la cual se requiere la autorización expresa por vía legal, para que un órgano administrativo superior transfiera el ejercicio de una facultad en todo o en parte, a un órgano inferior **(7)**. En este caso, la ley 27.555 no delegó a la autoridad de aplicación la posibilidad de que el registro de empresas sea a nivel local, con lo cual, la delegación que se efectúa mediante el decreto en análisis no estaría permitida, ya que, consiste en la sustracción de una facultad propia del Poder Ejecutivo Nacional, para ser otorgada a la autoridad administrativa local.

Asimismo, el decreto indica que la entidad sindical recibirá únicamente información correspondiente a la nómina de personas que desarrollan las tareas, las altas y las bajas. Esto es una reiteración innecesaria, ya que, surge del propio texto de la ley.

Finalmente, dispone que dicha limitación no rige respecto de las obligaciones establecidas el tít. II, cap. IV de la ley 25.877 y sus modificatorias, que hace referencia al balance social que deben presentar al sindicato aquellas empresas que ocupen a más de 300 trabajadores, que contiene información sistematizada relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa.

XII. La fecha de entrada en vigencia del régimen

La ley estableció en el art. 19 un plazo incierto para el comienzo de su vigencia, ya que, el punto de partida del cómputo de los 90 días desde los cuales la norma estará vigente es "la finalización del período de vigencia del aislamiento social, preventivo y obligatorio", instaurado por el propio Poder Ejecutivo, a raíz de la pandemia generada por el virus COVID-19.

La referencia utilizada por el legislador denota una gran inseguridad jurídica, y el decreto reglamentario tampoco soluciona la cuestión, sino que incluso la oscurece aún más, ya que, ordena

(7) GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas", FDA, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. VIII, p. 174. Cita online: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo05.pdf.

a la autoridad de aplicación el dictado de una resolución que fije la fecha de inicio del cómputo de los 90 días mencionados, cuando la ley indica que este debe comenzar una vez que finalice el aislamiento en todo el país.

En tal sentido, con fecha 3 de febrero de 2021, el MTEySS dictó la res. 54/2021, mediante la cual estableció que la fecha de cómputo del plazo de los 90 días comenzaba a regir a partir del 21 de diciembre de 2020. Ello fue así, ya que, en tal oportunidad comenzó a regir DNU 1033/2020, cuyo art. 10 dispuso que ningún aglomerado urbano, ni departamento, ni partidos de las provincias argentinas se encontraba alcanzado por el ASPO. De esta manera, y conforme el art. 1º de la citada resolución, el régimen de teletrabajo comenzará a regir el 01 de abril de 2021.

De todos modos, continua sin entenderse porqué la ley nacional hizo depender cómputo de los noventa días a la finalización del ASPO, y en qué afecta este a la aplicación de la norma.

XIII. Reflexión final

Tal como se viera, la norma en análisis únicamente se ocupó del tratamiento de once artículos de los veinte que componen la ley, por lo que a la fecha no tienen reglamentación los referidos a la caracterización y objeto del contrato de teletrabajo, los derechos y obligaciones de las partes, la jornada de trabajo, la voluntariedad, la capacitación, el ejercicio de los derechos colectivos, la protección de la información laboral y la prestaciones transnacionales (arts. 2º, 3º, 4º, 7º, 11, 12 y 17 de la ley 27.555).

La reglamentación de la ley clarifica algunos puntos y avanza sobre otros, en algunos de manera innecesaria por ser reiteraciones del texto reglamentado, y en otros casos, con serias tachas de constitucionalidad, cuestión que será resuelta por el Poder Judicial.

En lo demás, no se entiende la postergación de la entrada en vigencia de la norma, y la confusión respecto del cómputo del plazo de conteo de 90 días, teniendo en cuenta el tratamiento urgente que le otorgó el Congreso en su oportunidad. De esta manera, la conclusión final es que estamos en presencia de una norma de aplicación hipotética, que al momento de su dictado no regula una situación concreta, sino una potencia que a la fecha no se conoce con precisión.

Comentarios Jurisprudenciales

CONTRATO DE TRABAJO. DERECHOS DEL TRABAJADOR EN PANDEMIA

Legislación especial durante la pandemia. Trabajadora con hijos menores a su cargo. Interrupción durante el receso escolar de verano. Confirmación de la medida cautelar que reconoce el goce de licencia paga. Art. 3° de la Resolución MTESS 207/2020. Salvedad. Orden de retornar al empleo durante el receso escolar de verano en la Provincia de Buenos Aires.

Con nota de Juan José Etala (h.)

La medida cautelar que reconoce el goce de una licencia paga a la trabajadora que está al cuidado de sus hijos de 2 y 10 años con fundamento en el art. 3° de la res. MTESS 207/2020 debe confirmarse, con la salvedad de que aquella deberá retornar a su empleo "a partir del 1° de enero de 2021 y por el lapso durante el cual se extienda el receso escolar de verano" en la Provincia de Buenos Aires. El peligro en la demora aparece manifiesto por la necesidad de mantener el cuidado y la atención de los hijos menores, como así la preservación del empleo en las particulares circunstancias derivadas de la pandemia.

CNTrab., sala IV, 30/12/2020. - S., J. L. c. INC S.A. s/ medida cautelar.

[Cita on line: AR/JUR/70073/2020]

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 30 de 2020

Considerando:

1°) Que tanto la pretensión precautoria como la resolución apelada se fundan en el art. 3° de la Res. MTEySS n° 207/2020 (prorrogada por su similar n° 296/2020), que dispuso que "mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución N° 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejercerse el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable, por hogar".

Ahora bien, según una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las sentencias han de ceñirse a las circunstancias dadas cuando se dictan (Fallos: 311:787; 315:466 y 324:4300, entre muchos otros). Ello impone considerar, por un lado, que el art. 4° de la Res. 1001/2020 amplió el alcance personal de la dispensa a todas "aquellas personas cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescentes..." y, por otro lado, que el art. 1° de la Res. MTEySS n° 1103/2020 acotó su aplicación en el tiempo al disponer que "a partir del 1° de enero de 2021 y por el lapso durante el cual se extienda el receso escolar de verano en cada jurisdicción, no será de aplicación lo establecido en el artículo 3° de la Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 207/20".

2°) Que es doctrina de la Corte Suprema que, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (CSJN, Fallos: 306:2060 y 315:2956, entre muchos otros).

Desde esa perspectiva meramente provisional, el Tribunal comparte la opinión vertida por el Sr. Fiscal General interino en su dictamen del en el sentido de que "la documental digitalmente acompañada y puntualizada en el punto 8 de la demanda podría ostentar la singular eficacia convictiva como para sostener lo argüido al demandar en el sentido de que la Sra. S. 'es la única progenitora responsable que puede estar al cuidado de su hija E. que tiene la edad de 1 año y 4 meses y su hijo S. que tiene la edad de 9 años y 8 meses".

No escapan a la consideración del Tribunal las articulaciones de la demandada acerca de la existencia de otro progenitor. Sin embargo, en razón de las circunstancias invocadas por la trabajadora en sus denuncias de hecho nuevo, a las que se sumaron las explicaciones vertidas por ambas partes en la audiencia del 26 de noviembre de 2020 (que contó con la presencia personal del Sr. Vicepresidente de esta Sala, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 16, inca. "c" de la ley 26.485), y sin que esto implique adelantar opinión sobre el fondo de las cuestiones debatidas, el Tribunal considera cumplido el recaudo de la verosimilitud del derecho, entendido simplemente como la posibilidad de que ese derecho exista y no como una incontrastable realidad, que sólo podría quedar establecida al cabo del proceso de conocimiento, en la sentencia definitiva.

3°) Que el peligro en la demora parte, en conflictos como el que motiva esta litis, aparece manifiesto por la necesidad de mantener el cuidado y la atención de los hijos menores (en el caso de menos de 2 y de diez años, respectivamente), como así la preservación del

empleo en las particulares circunstancias derivadas de la pandemia.

4°) Que lo expuesto no importa sentar una postura definitiva acerca de lo decidido, sino simplemente decidir la procedencia de la medida cautelar, en la medida en que existe suficiente humo de buen derecho y peligro en la demora.

5°) Que como lo ha decidido este Tribunal en casos análogos, no corresponde por el momento expedirse sobre las costas, sin perjuicio de lo que en su momento se resuelva al decidirse sobre el fondo de la cuestión (esta Sala, 30/09/2009, SI 47.023, "Yegros, Claudio O. y otros c. Beaufort Shipping Agency Argentina SA s/ cobro de salarios"; íd., 17/05/2011, SI 47.917, "González Herrera, Mario O. c. Ferrocarril General Belgrano SA s/ juicio sumarísimo"; íd., 25/10/2011, SI 48.526, "Becerra Duo, Paola A. c. Galeno Argentina SA s/ acción de amparo"; CNAT, Sala V, SI 70.202, 08/11/2007, "Robotti, Sandra L. c. Schori SRL y otros s/ despido").

Por ello, y oído el Sr. Fiscal General, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución apelada, con la salvedad de que la actora deberá retornar a su empleo "a partir del 1° de enero de 2021 y por el lapso durante el cual se extienda el receso escolar de verano" en la Provincia de Buenos Aires. 2) Diferir la decisión sobre costas hasta que se resuelva el fondo de la cuestión. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Silvia E. Pinto Varela. — Héctor C. Guisado.*

Derecho laboral de la emergencia y la obligación de pagar los salarios

Juan José Etala (h.) (*)

La decisión recaída en este pronunciamiento **(1)** es respecto de uno de los tantos temas complicados que se han generado, como consecuencia de la normativa de emergencia dictada por el Poder Ejecutivo en virtud de la pandemia originada por el COVID-19.

Cierto es que se ha implementado una suerte de derecho laboral de la emergencia, donde tanto los trabajadores, como los empleadores como hasta el mismo Estado han tenido que hacerse cargo de una parte del problema que se deriva de la limitación de la circulación, de la limitación y hasta prohibición en algunos casos de trabajar, de producir y de comercializar, la suspensión de los ciclos lectivos y concurrencia a los establecimientos educativos, y todo ello con la obligación de pagar salarios durante la duración de dicha emergencia que, por lo extendido que sigue siendo deriva en muchos problemas para las partes.

Cuando la normativa hace referencia a las ausencias de las personas que tienen a cargo hijos menores en ningún momento menciona el pago de las remuneraciones, sino simplemente de justificación de tales inasistencias, lo cual no es lo mismo.

La original res. MT 207/2020 **(2)** garantiza el goce íntegro de las remuneraciones de los tra-

(*) Abogado (UCA). Director de la Revista Derecho del Trabajo de Editorial La Ley.

(1) CNTrab., sala IV, 30/12/2020, "S., J. L. c. INC SA s/ medida cautelar", Cita Online: AR/JUR/70073/2020.

(2) Cita online: AR/LCON/8O9P.

bajadores que se consignan en el art. 1º, incs. a) b) y c), pero no las del art. art. 3º, donde solo se menciona a la justificación de las inasistencias, pero no al goce de salarios. De haber sido otra la intención del legislador lo hubiera incorporado a ese supuesto en el art. 1º, como al resto de los casos en que se obligaba al pago de remuneraciones.

Y esa diferencia no es menor, y ese análisis debe realizarse. No se duda que toda la legislación ha sido complicada y se han impuesto cargas difíciles de sobrellevar, pero no puede imponerse el pago de remuneraciones sin trabajar cuando la norma expresamente no lo contempla y no pueden asimilarse unos casos a otros.

Asimismo, y más allá que durante el término de receso escolar queda claro que las personas a cargo de hijos menores tienen que volver a trabajar, tampoco cabe ninguna duda si esas personas pueden realizar teletrabajo deben hacerlo y en ese caso no es discutible el pago de salarios. Lo mismo sucede con cualquiera de las personas de riesgo que la norma permite la dispensa de concurrir al trabajo, dispensa esta que debe interpretarse solamente como a favor del trabajador y, por lo tanto, al no ser una prohibición es decisión del dependiente la concurrencia o no al lugar de trabajo. Pero ello, no implica que de poder hacer teletrabajo no lo realice por ser una persona considerada de riesgo.

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO

Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables.

Con nota de Carlos Pose

1. — La única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio; ello frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional.

2. — Las previsiones vigentes de nuestro derecho interno en materia civil vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer; ello en virtud de lo dispuesto en el art. 402 del Cód. Civ. y Com.

3. — La afirmación de los jueces de la causa, sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, relativa a que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT en caso de despido por causa de matrimonio, pero que la presunción contenida en el art. 181 solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben probar que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace, es arbitraria. La ley no restringe su protección a la hipótesis de despido de trabajadoras mujeres. No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón.

4. — La Ley de Contrato de Trabajo prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, entre otros, por motivo de sexo (art. 17) y considera trato desigual al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los arts. 180 a 182 de la LCT es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres; sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que el capítulo en el que se ubican estas normas de modo inadecuado integre el título VII de la ley referente al Trabajo de Mujeres.

5. — Si bien la Cámara, en el caso, puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación en el terreno laboral, haciéndose así eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector particularmente dirigido a ella; al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio. El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, incluso, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.

6. — Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías, pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

7. — El régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivada de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos.

8. — Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los Estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el patrón sociocultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de proteger a los varones de la dis-

criminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

9. — El régimen protectorio contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT, abarca tanto a mujeres como a varones. El capítulo prohíbe el despido por causa de matrimonio, lo que supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo. (Del voto del Dr. Rosenkrantz).

10. — La presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género. El diseño normativo actual no contiene norma alguna que restrinja la aplicación del régimen protectorio del despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, a los trabajadores en función de su sexo. (Del voto del Dr. Rosatti).

11. — La decisión de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto sociocultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional. (Del voto del Dr. Rosatti).

12. — De la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se deprende el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de ese núcleo social (del voto del Dr. Rosatti).

13. — Una visión actual conlleva afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos. (Del voto del Dr. Rosatti).

14. — Restringir la exégesis de los arts. 180 a 182 de la LCT al supuesto exclusivo del matrimonio de la trabajadora mujer implicaría privar de tutela al trabajador varón, a quien también corresponde atribuir el ejercicio de tareas de cuidado, conforme al mandato del bloque de constitucionalidad. (Del voto del Dr. Rosatti).

CS, 24/09/2020. - Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz S.A. s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/40617/2020]

CNT 57589/2012/1/RH1

Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia que rechazó la demanda dirigida a obtener una indemnización agravada derivada del despido que, según el actor, se produjo como consecuencia de la celebración de su matrimonio (fs. 180/183 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

El tribunal señaló que la indemnización agravada prevista en el artículo 182 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT) para el supuesto de que el despido obedezca a razones de matrimonio alcanza tanto a las trabajadoras mujeres como a los trabajadores hombres, de conformidad con la doctrina sentada por el fallo plenario 272, en autos "Drewes, Luis c. Coselia SA", de la cámara del fuero.

Por el contrario, interpretó que la presunción *iuris tantum*, prevista en el artículo 181 de esa misma ley, según la cual se presume que el despido dispuesto, sin invocación de causa, es consecuencia del matrimonio cuando se produce en los tres meses anteriores o en los seis meses posteriores a su celebración, se aplica únicamente a las trabajadoras mujeres: Sostuvo que la norma brinda protección a las mujeres en el ámbito laboral, donde fueron históricamente segregadas. En ese contexto, consideró que la ley introduce una distinción que no es arbitraria, sino que tiene la finalidad de proteger a un grupo desaventajado. Por lo tanto, concluyó que esa interpretación de la ley no lesiona el derecho a la igualdad.

Indicó que, pese a que el actor fue desvinculado de la empresa dentro del período de seis meses posterior a la fecha en la que contrajo matrimonio, no era posible presumir que el despido hubiera obedecido a tal acontecimiento. En consecuencia, estimó que el actor no satisfizo la carga procesal de acreditar que el despido había sido motivado por su matrimonio, por lo que rechazó la demanda.

- II -

Contra esa sentencia, el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 184/204), que fue contestado (fs. 206/209) y cuyo rechazo (fs. 211) motivó esta presentación directa (fs. 33/37 del cuaderno de queja).

En primer lugar, el recurrente alega que la interpretación del artículo 181 de la LCT adoptada por la cámara lesiona su derecho a la igualdad ante la ley. Por un lado, argumenta que limitar el alcance de esa norma a las trabajadoras mujeres significa discriminarlo en razón de su género lo cual, afirma, está prohibido constitucionalmente. Por otro lado, sostiene que esa distinción es irrazonable pues tanto hombres como mujeres pueden temer ser despedidos al asumir mayores responsabilidades familiares.

En segundo lugar, explica que la norma en cuestión está destinada a implementar el derecho a la protección de la familia consagrado en los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Puntualiza que, en la actualidad, tanto el hombre como la mujer se ocupan de las tareas domésticas y del cuidado de la familia. En ese contexto, aduce que el fin de la norma exige que esta sea aplicada sin distinciones en razón del género.

Por último, señala que reconocer que el hombre tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 182 de al LCT pero negar que se aplique la presunción que establece el artículo 181 de la misma ley supone, en la práctica, una desnaturalización de ese derecho. En tal sentido, enfatiza que la carga probatoria de mostrar que el despido se debió al matrimonio es casi imposible de satisfacer.

- III -

En mi opinión, el recurso extraordinario fue mal denegado pues se suscita una cuestión federal apta para su examen en esta instancia recursiva toda vez que se objeta que la interpretación realizada por el *a quo* respecto del artículo 181 de la Ley de Contrato de Trabajo es violatoria de garantías constitucionales, en particular, de los derechos a la protección de la familia y a la igualdad (art. 14, inc. 3, ley 48; doct. Fallos: 307:398, "Complejo Textil Bernalesa SRL"; 329:5266, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti" y sus citas). Por lo tanto, el recurso de queja es procedente.

- IV -

Ante todo, cabe puntualizar que el capítulo III "De la prohibición del despido por causa de matrimonio" del título VII denominado "Trabajo de Mujeres" de la LCT está conformado por tres artículos.

El artículo 180 prevé la nulidad de los actos o contratos que determinen el despido por causa de matrimonio. Luego, de acuerdo con el artículo 181, se presume que el despido es consecuencia de la celebración del matrimonio cuando "fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador...". Por último, el artículo 182 establece la sanción correspondiente para el incumplimiento de esa prohibición, determinando que "el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245".

En las presentes actuaciones, el *a quo* juzgó que los trabajadores, sin distinción de género, tienen derecho a la indemnización agravada que establece el artículo 182 de la LCT sobre la base de la doctrina fijada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el plenario "Drewes, Luis c. Coselia SA" del 23 de marzo de 1990. Esa cuestión arriba firme a esta instancia. De este modo, el agravio que trae el recurrente se circunscribe a determinar si la presunción que establece el artículo 181 de la LCT es aplica al trabajador varón.

Cabe destacar que el origen de esta protección especial se remonta a 1938 cuando la ley 12.383 estableció, sin distinción de sexo, que "queda prohibido a los patrones, a las empresas concesionarias de servicios públicos y a las sociedades civiles y comerciales de cualquier naturaleza, dictar reglamentaciones internas y celebrar pactos o convenios que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio. Actos tales se reputarán nulos" (art. 1).

La sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) en 1974 contempló la protección del siguiente modo: por un lado, los artículos 196, 197 y 198 tenían una redacción similar a los actuales artículos 180, 181 y 182 —salvo por el plazo de la presunción, que era mayor— y por otro, el artículo 299 establecía que "lo dispuesto en el artículo 198 de esta ley podrá extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo".

Durante el último gobierno de facto se dictó la ley 21.297 que, con el propósito de eliminar ciertos "excesos" en la regulación laboral y de reestablecer "el orden indispensable en la relación trabajo-empresa" (mensaje de elevación, 23 de abril de 1976), restringió ciertos derechos de los trabajadores. En ese marco,

derogó la extensión al trabajador prevista en el artículo 299 de la LCT (art. 1).

Desde su primera regulación, la protección contra el despido por matrimonio tiene por objeto garantizar, en el ámbito laboral, el derecho a la protección de la vida familiar que reconocen los artículos 14 bis de la Constitución Nacional, 112 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 y 16 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos instrumentos internacionales refieren que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; reconocen el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio; y establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos.

Además, el derecho a fundar una familia integra la vida privada y la autonomía personal (artículo 11.2 de la Convención Americana y 19 de la Constitución Nacional), entendida como la posibilidad que tiene toda persona de organizar su plan de vida de acuerdo con la ley y conforme a sus propias opciones y convicciones exenta de la injerencia arbitraria o abusiva de las autoridades públicas o de terceros (Fallos: 308:2268, "Sejean", voto de Enrique Santiago Petracchi, considerando 14°; Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párr. 142 y sus citas).

En esa línea, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares (art. 8). Ese instrumento, que condena la discriminación contra las personas con responsabilidades familiares (arts. 3 y 4), prevé específicamente que "[l]a responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo".

En efecto, la protección contra el despido por matrimonio supone que cuando las personas asumen responsabilidades familiares, los empleadores tienen incentivos para desvincularlas ante la expectativa de que su capacidad productiva se vea afectada. Ante ello, las medidas sancionatorias previstas en los artículos 180, 181 y 182 de la LCT conforman el sistema de garantías a través del cual el legislador procura desalentar que los empleadores adopten decisiones discriminatorias y abusivas en perjuicio de los trabajadores que deciden conformar una familia.

En mi entender, más allá de que el artículo 181 en cuestión se ubica bajo el título "Del trabajo de las Mujeres", la interpretación de esa norma, atendiendo a su finalidad y a los derechos constitucionales involucrados, conduce a afirmar que la presunción allí prevista comprende a los trabajadores varones que, en ejercicio de su plan de vida autónomo, deciden contraer matrimonio y formar una familia.

Esa presunción *juris tantum* constituye, junto a la indemnización agravada, una pieza fundamental del dispositivo legal dirigido a inhibir despidos discriminatorios por causa de matrimonio en tanto contribuye a la implementación efectiva de la prohibición. En particular, esta presunción obedece a las serias dificultades probatorias que se presentan para acreditar la motivación real del despido y resulta, por ello, una vía imprescindible para asegurar la tutela efectiva de los trabajadores frente a despidos discriminatorios. Sobre esta cuestión, en el precedente registrado en Fallos: 334:1387, "Pellicori", la Corte Suprema reafirmó la idea de que el régimen probatorio resulta decisivo para la eficaz implementación de la tutela antidiscriminatoria en la esfera laboral y puntualizó que la protección contra el despido discriminatorio exige arbitrar reglas probatorias que permitan que la protección correspondiente sea efectiva (considerandos 1° a 7°).

Además, la Corte Suprema expresó que las leyes deben interpretarse de manera evolutiva, teniendo en consideración las "nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro" (Fallos: 333:2306, "Álvarez", considerando 9°).

En este sentido, la interpretación del alcance del artículo 181 de la LCT que postulo se encuentra en línea con el mandato constitucional de generar condiciones paritarias entre los cónyuges en las tareas de cuidado y en las responsabilidades familiares, para asegurar igualdad real de oportunidades y evitar que esas tareas y responsabilidades constituyan un factor discriminatorio en perjuicio de las mujeres en diferentes ámbitos, en especial en la esfera laboral.

Al respecto, el artículo 17, punto 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados la obligación de "tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio". Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé que la acción estatal debe tender a "[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereoti-

padas de hombres y mujeres" (art. 5, inc. a). A su vez, su artículo 16 estipula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores, en materias relacionadas con sus hijos (apartados e y d).

En particular, un patrón sociocultural que debe ser modificado es aquel que resulta de la división del trabajo doméstico no remunerado basado en el género, alentada por estereotipos según los cuales el hombre es el principal sostén de la familia, mientras que la mujer es la principal responsable de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas (cf. Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas, "La extrema pobreza y los derechos humanos", A/68/293, 9 de agosto de 2013, párr. 21).

En este marco, resulta imperativo ponderar que "la discriminación contra los hombres que tratan de asumir una mayor parte de las responsabilidades familiares y de los quehaceres domésticos reafirma más los estereotipos y perjudica a las mujeres" (informe cit., párr. 29). Más aún, "[e]s evidente la necesidad de adoptar un criterio de transformación de conformidad con el derecho de derechos humanos, y combatir los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basados en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. A tal fin, las políticas estatales deben reconocer y valorar la importancia del trabajo doméstico no remunerado, pero sin reafirmarlo como responsabilidad exclusiva de la mujer, ni apoyar determinados modelos de familia con exclusión de otros" (informe cit., párr. 70). Por ello, "[e]s necesario que el Estado facilite, incentive y apoye la participación de los hombres en estas tareas, por ejemplo asegurándoles la igualdad de derechos a la licencia laboral como padres y cuidadores, y ofreciendo educación y capacitación a hombres, mujeres y empleadores" (informe cit., párr. 94, ver también en relación a estos criterios la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, aprobadas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995).

En línea con esa orientación, el Cód. Civ. y Com. de la Nación prescribe que los cónyuges se deben asistencia recíproca y privilegia el cuidado compartido de los hijos, así como la obligación compartida de criarlos (arts. 431, 651 y 658).

Bajo este prisma, estimo que, en el *sub lite*, no está en juego una simple cuestión de igualdad formal de trato entre hombres y mujeres como plantea el recurrente, que conduciría a darle a uno lo que se le brinda al otro, en idénticas circunstancias. En el presente caso, el referido marco constitucional, vinculado con el derecho a formar una familia y con el deber estatal de promover la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, es el que impone interpretar las normas laborales aludidas en el sentido más amplio posible, de modo de asegurar a todos los trabajadores la protección especial de la vida familiar otorgada por la ley laboral, sin distinción de género. Esta protección amplia es además la vía adecuada para asegurar la igualdad real de oportunidades y de trato en el empleo de las mujeres —artículo 75, inciso 23, Constitución Nacional—, históricamente segregadas en las relaciones laborales a causa de la asunción de responsabilidades familiares y tareas de cuidado.

En estas condiciones, entiendo que debe interpretarse que la presunción establecida en el artículo 181 de la LCT rige para todos los trabajadores sin distinción de género.

- V -

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí dictaminado. Buenos Aires, 13 de noviembre de 2017. — *Víctor Abramovich.*

CNT 57589/2012/1/RH1

Buenos Aires, septiembre 24 de 2020.

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó el reclamo de la indemnización especial por despido por causa de matrimonio (art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, en adelante LCT) que fue promovido por el trabajador tras ser desvinculado sin expresión de motivos de la empresa demandada. Ello, pese a que la desvinculación había ocurrido dentro de los seis meses posteriores al acto nupcial; es decir, dentro del plazo en el que, según el art. 181 LCT, corresponde presumir que el despido sin invocación de motivos tiene por causa el matrimonio.

Contra ese pronunciamiento el vencido interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja.

2°) Que, para así decidir, el a quo consideró que la pretensión había sido desestimada por el juez de origen, porque, aunque se había acreditado que la

empleadora tomó conocimiento del matrimonio celebrado el día 18 de marzo de 2010, el actor no había logrado probar que el distracto se hubiera producido por dicha razón, toda vez que los testigos manifestaron desconocer el motivo de la desvinculación ocurrida el 25 de junio de 2010. Añadió que tampoco surgía de sus declaraciones que la empresa llevara adelante una "práctica discriminatoria" (arg. art. 1° de la ley 23.592), y no halló elementos que permitiesen tener por configurado un despido discriminatorio que autorizase a aplicar las pautas en materia de prueba establecidas por esta Corte en los precedentes sobre la materia (Pellicori y Sisnero, Fallos: 334:1387 y 337:611 respectivamente). Recordó que, según el fallo plenario N° 272 del fuero, dictado en autos "Drewes" —que debía entenderse vigente en virtud de lo establecido en la acordada 23/2013 de esta Corte— "En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT". Y señaló, con cita de un precedente propio, que si bien conforme a ese criterio la protección contra el despido por matrimonio se extiende al dependiente —pues sostener lo contrario afectaría el "principio de prohibición de discriminación"—, no es menos verdad que, en estos casos, es necesario que se acredite que tal circunstancia fue la que causó el despido pues, a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora mujer, no opera la presunción "iuris tantum" que establece el art. 181 de la LCT. Esta circunstancia, subrayó, no resulta contraria a los derechos constitucionales invocados sino que está respaldada por las disposiciones de la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que consagran una protección especial de la mujer de manera que "No existe, en el caso, una distinción arbitraria por razón del sexo". Por el contrario, existe una realidad sociocultural —difícil de soslayar— y que busca(n) revertir y contrarrestar las normas legales...conformada por aquellas prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, como lo son las mujeres, sobre todo en el mundo del trabajo".

3°) Que en el recurso extraordinario el apelante sostiene que lo decidido vulnera, entre otras, las garantías de igualdad y no discriminación y la protección de la familia que cuentan con consagración constitucional, así como en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Alega, asimismo, que el fallo es arbitrario porque carece de la debida fundamentación, se basa en afirmaciones dogmáticas y no aplica el principio de equidad en materia de distribución de la carga de la prueba.

4°) Que si bien la impugnación traída conduce a la interpretación de una norma de derecho común —el art. 181 de la LCT— y tal cuestión sería, en principio, ajena a la instancia del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla en la medida en que la Cámara ha dado a tal precepto un alcance irrazonable, que no solo prescinde de sus propios términos sino que, además, colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de no discriminación y protección integral de la familia (confr. doctrina de Fallos: 307:398; 314:1849; 319:2676; 329:5266, entre muchos más).

5°) Que es pertinente señalar que la disposición legal en cuestión integra, junto a otros dos artículos, el capítulo (III) de la LCT denominado "De la prohibición del despido por causa de matrimonio", inapropiadamente inserto —por lo que se verá a continuación— en el título (VII) referido al "Trabajo de Mujeres". El primero de los artículos del capítulo determina: "Nulidad. Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio" (art. 180). El segundo artículo establece: "Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados" (art. 181). Finalmente, el tercer artículo prevé: "Indemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245" (art. 182).

Como puede observarse, ninguna de las tres normas transcriptas se refiere expresamente a la mujer trabajadora como exclusiva destinataria de la protección especial que consagran.

Es más, el art. 180, que inicia el capítulo, enfatiza la nulidad de los negocios jurídicos y de las reglamentaciones internas de una empresa "que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio" (énfasis agregado), expresión ciertamente comprensiva tanto de los trabajadores como de las trabajadoras.

6°) Que los jueces de la causa, sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, admitieron que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT —más arriba transcripto— en caso de despido por causa de matrimonio, pero sostuvieron que la presunción contenida en el art. 181 —también antes

reproducido— solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben "probar" que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace.

Esta última conclusión no constituye derivación razonada de las normas examinadas en los dos considerandos precedentes pues, como quedó claramente expuesto, la ley no restringe su protección a las hipótesis de despido de trabajadoras mujeres. No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT (a la que corresponde estar como primera regla de la interpretación legal; Fallos: 340:644 y causa "A., M. G.", Fallos: 340:1149, entre muchas otras) elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón.

La propia LCT, además, "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores", entre otros, "por motivo de sexo" (art. 17) y considera "trato desigual" al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los artículos en cuestión es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres; sin que obste a tal conclusión la circunstancia de que el capítulo en el que se ubican estas normas de modo inadecuado integre el título VII de la ley referente al "Trabajo de Mujeres".

En cuanto a esto último, es un dato sumamente relevante que cada uno de los artículos que conforman los demás capítulos del Título VII de la ley expresamente aclara que su texto va dirigido al personal femenino lo cual no ocurre con los que integran el capítulo III, cuyo primer precepto, por el contrario, deja en claro que las normas de este capítulo están dirigidas a todo el personal de la empresa.

7°) Que no está de más recordar que, en su redacción original, la LCT —sancionada en 1974— reglaba la tutela especial por matrimonio en términos prácticamente iguales a como lo hace el texto vigente (arts. 196 a 198, insertos en igual título y capítulo que los actuales arts. 180 a 182). Solo que una disposición complementaria, el art. 299, determinaba que ese régimen podría "extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo".

Del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley se desprende que en el proyecto respectivo el artículo que abría el capítulo se refería al "personal de mujeres", "pero la comisión [de Trabajo y Previsión, cuyo dictamen fue aprobado también por la de Legislación General] suprimió la expresión "de mujeres" por entender que esta causal puede comprender tanto a mujeres como a varones" lo cual resultaba más ajustado "al texto original de la ley 12.383, sancionada en el año 1938, y donde no se hace la distinción del sexo contenida en el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo" (informe del miembro informante de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Senador Pennisi; diario de sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, mayo 31 de 1974; p. 494).

En cuanto a la disposición complementaria del art. 299, en el punto II de las consideraciones en particular del proyecto de ley quedó consignado que "tratándose de una situación siempre excepcional la del hombre, cuyo despido se dispusiera por causa de matrimonio...se admite la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198, apreciado con criterio restrictivo. No se dan por supuesto en tal caso las motivaciones que informan aquellas otras disposiciones de tutela ni se justificaría el beneficio del artículo 197 (presunción). Acreditado el caso excepcional, la indemnización que en tal caso correspondería al trabajador no podría ser otra que la del artículo 198" (diario de sesiones citado, p. 464).

La reforma introducida a la LCT en 1976 por la ley 21.297, en lo que a este punto concierne, por un lado, reubicó en el nuevo articulado general el contenido del capítulo III del título VII modificando el orden numérico de los preceptos y, por otro, suprimió el mencionado art. 299.

Es así que quedó determinado el diseño normativo actual. Y, más allá de cuál fuere la orientación general que pueda atribuirse a la reforma dispuesta por la ley 21.297, lo cierto es que, a partir de ella el texto de la LCT ya no contiene norma que expresamente restrinja la aplicación del régimen protector del despido por causa de matrimonio en el supuesto de que el despedido sea un trabajador varón.

8°) Que, además, la restricción consagrada en el fallo apelado se revela como producto de una inteligencia regresiva que contrasta con la orientación postulada por esta Corte al señalar que "las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, [y] está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción" (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

Ciertamente, para sustentar su posición, la cámara puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación de la que comúnmente es objeto, especialmente en el terreno laboral. Así, se hizo eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el

sistema protector, particularmente dirigido a la mujer, en los términos aludidos en el considerando anterior. Empero, al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio. En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.

9°) Que no puede perderse de vista que el régimen normativo protector contra el despido motivado por el matrimonio reconoce su génesis en el hecho de que, ante la asunción de responsabilidades familiares —derivada de la unión conyugal— por parte de los trabajadores, los empleadores temen que el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad productiva de aquellos se vean afectados, lo que los induce a desvincularlos. Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.

Ahora bien, si en el nuevo paradigma sociocultural los cónyuges ya asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades familiares, no puede interpretarse que los estímulos del empleador para despedir a quienes contraen matrimonio se suscitan solamente en el caso de las mujeres trabajadoras, y que solamente ellas deben estar íntegramente abarcadas por el sistema protector especial de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT.

10) Que la decisión de la cámara, en esas condiciones, se exhibe prescindente de los principios y directivas constitucionales e internacionales que, sin desmedro de propender al especial resguardo de la mujer, privilegian también la protección del matrimonio y de la vida familiar (arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 11.2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 3 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Entre otros aspectos relevantes para el esclarecimiento de los puntos debatidos en este caso, los instrumentos internacionales mencionados —que gozan de rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— enfatizan que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 17.1 de la Convención citada en primer término, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Asimismo, reconocen el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio (art. 17.2 de la Convención y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cit. y establecen la obligación de los Estados de "tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo" (art. 17.4 de la Convención y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La eliminación de "la discriminación contra la mujer" y, particularmente, en lo que atañe a "los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares" constituye uno de los objetivos primordiales a los que apunta la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2 y 16.1). Al efecto, la norma internacional prescribe que los estados deben adoptar todas las medidas adecuadas que aseguren "en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres "..." [e]l mismo derecho para contraer matrimonio", "[l]os mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución" y "[l]os mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial" (art. 16.1.a, c y d).

11) Que, es apropiado traer a colación, asimismo, que con similar orientación a la de la normativa reseñada en los considerandos precedentes, el Convenio 156 de la OIT, "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" (ratificado por la Argentina mediante la ley 23.451; B.O. 14 de abril de 1987), pone en cabeza de los estados miembros de la entidad internacional la obligación de incluir entre los objetivos de sus políticas nacionales "el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales". Todo ello "con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras" (art. 3°). El Convenio, además, determina expresamente que "la responsabilidad familiar no debe constituir de

por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo" (art. 8).

En suma, las directivas internacionales examinadas consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares. Más aún, imponen a los estados nacionales la obligación de adoptar medidas adecuadas que permitan erradicar el perimido patrón socio cultural que pone exclusivamente a cargo de las mujeres las tareas domésticas y la crianza de los hijos. Es evidente que para cumplir con tal cometido el Estado debe facilitar, incentivar y apoyar la participación de los hombres en esas tareas. Una imprescindible medida de facilitación y apoyo al efecto es la de protegerlos de la discriminación laboral de la que puedan ser objeto a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

12) Que, en concordancia con esos principios que emergen del ordenamiento internacional, las previsiones vigentes de nuestro derecho interno en materia civil vedan el otorgamiento de un trato diferencial al varón que contrae matrimonio respecto del que se da a la mujer. En efecto, el art. 402 del Cód. Civ. y Com. de la Nación determina expresamente que "Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

En razón de ello y, frente a la necesidad de contar con criterios interpretativos homogéneos que aseguren la coexistencia armónica de las disposiciones existentes en las distintas ramas del ordenamiento nacional, la única inteligencia posible que cabe asignar al art. 181 de la LCT es la que equipara a varones y mujeres para acceder a la protección especial en caso de despido por matrimonio.

En consecuencia, corresponde descalificar el fallo apelado pues media en el caso la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 14 de la ley 48).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Agréguese la queja al principal, hágase saber y remítanse los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente. — *Juan C. Maqueda.* — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Horacio Rosatti* (por su voto).

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó el reclamo de la indemnización especial por despido por causa de matrimonio (art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, en adelante "LCT") que fue promovido por el trabajador tras ser desvinculado sin expresión de motivos de la empresa demandada.

Para así decidir, el a quo consideró que la pretensión había sido desestimada por el juez de origen porque, aunque se había acreditado que la empleadora tomó conocimiento del matrimonio celebrado el día 18 de marzo de 2010, el actor no había logrado probar que el distracto se hubiera producido por dicha razón, toda vez que los testigos manifestaron desconocer el motivo de la desvinculación ocurrida el 25 de junio de 2010. Añadió que tampoco surgía de sus declaraciones que la empresa llevara adelante una "práctica discriminatoria" (arg. art. 1° de la ley 23.592) y no halló elementos que permitiesen tener por configurado un despido discriminatorio que autorizase a aplicar las pautas en materia de prueba establecidas por esta Corte en los precedentes sobre la materia (Pellicori y Sisnero, Fallos: 334:1387 y 337:611, respectivamente). Recordó que, según el fallo plenario N° 272 del fuero dictado en autos "Drewes" —que debía entenderse vigente en virtud de lo establecido en la acordada 23/2013 de esta Corte—, "en caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT". Señaló, con cita de un precedente propio, que, si bien conforme a ese criterio la protección contra el despido por matrimonio se extiende al dependiente —pues sostener lo contrario afectaría el "principio de prohibición de discriminación"—, no era menos verdad que, en estos casos, era necesario que se acredite que tal circunstancia era la causante del despido pues, a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora mujer, no operaba la presunción "iuris tantum" que establece en el art. 181 de la LCT. Esta circunstancia, subrayó, no resulta contraria a los derechos constitucionales invocados sino que está respaldada por las disposiciones de la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que consagran una protección especial de la mujer de manera que "No existe, en el caso, una distinción arbitraria por "razón del sexo". Por el contrario, existe una realidad sociocultural —difícil de soslayar— y que busca(n) revertir y contrarrestar las normas legales...conformada por aquellas prácticas que agravan o

perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, como lo son las mujeres, sobre todo en el mundo del trabajo".

2°) Que contra ese pronunciamiento el vencido interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja. El apelante sostiene que lo decidido vulnera, entre otras, las garantías de igualdad y no discriminación y la protección de la familia que cuentan con protección constitucional, así como en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Alega, asimismo, que el fallo es arbitrario porque carece de la debida fundamentación, se basa en afirmaciones dogmáticas y no aplica el principio de equidad en materia de distribución de la carga de la prueba.

3°) Que las impugnaciones traídas a conocimiento de esta Corte suscitan cuestión federal bastante pues, si bien el tema remite a la interpretación de una norma de derecho común (el art. 181 de la LCT) y dicha materia es ajena al remedio del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a esa regla cuando la sentencia recurrida se aparta de la solución legal prevista para el caso con serio menoscabo de garantías constitucionales (Fallos: 337:567; "Páez Alfonzo y otro", Fallos: 341:1268).

4°) Que la cuestión que debe decidirse es si la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT se aplica únicamente a la mujer trabajadora o si, por el contrario, se aplica también al trabajador varón.

El art. 181 de la LCT integra, junto a otros dos artículos, el capítulo III de la ley titulado "De la prohibición del despido por causa de matrimonio". El art. 180 establece: "Nulidad. Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio". El art. 181, por su parte, dispone lo siguiente: "Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados". Finalmente, el art. 182 prevé: "Indemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245".

Si se atiende a la literalidad de estos preceptos (primera regla de la interpretación según la doctrina de Fallos: 340:644 y causa "A., M. G.", Fallos: 340:1149, entre muchas otras), se advierte que ninguna de las tres normas se refiere expresamente a la mujer trabajadora como exclusiva destinataria de la protección especial. Más aun, el art. 180, que inicia el capítulo, determina la nulidad de los negocios jurídicos y de las reglamentaciones internas de una empresa que "establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio". Dicha expresión es comprensiva tanto de los trabajadores varones como de las mujeres.

Por lo demás, el capítulo prohíbe el despido por causa de matrimonio, lo que supone que la finalidad perseguida consiste en proteger precisamente la institución del matrimonio y, por consiguiente, que la garantía abarca a ambos cónyuges independientemente de su sexo.

Es claro entonces que el régimen protectorio contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción consagrada en el art. 181 de la LCT, abarca tanto a mujeres como a varones.

5°) Que los antecedentes de la sanción de las normas examinadas lo confirman.

La ley 20.744, publicada en 1974, surgió de un proyecto presentado por el Poder Ejecutivo. En el mensaje de elevación se empleaba específicamente la palabra "mujeres". El art. 196 establecía, en efecto, que "Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal de mujeres el despido por causa de matrimonio". El mensaje decía explícitamente, además, que "el despido por tal causa se reputa nulo y carente de valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que establezcan el despido de la mujer por causa de matrimonio". Más aun, el proyecto de ley contenía otra norma (el art. 299) según la cual las disposiciones sobre indemnización agravada en el caso de despido por causa de matrimonio podían "extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo". De hecho, el mensaje decía que, "tratándose de una situación siempre excepcional la del hombre cuyo despido se dispusiera por causa de matrimonio, por el artículo 299 (Título XV, Disposiciones complementarias) se admite la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198, apreciado con criterio restrictivo. No se dan por supuesto en tal caso las motivaciones que informan aquellas otras disposiciones de tutela ni se justificaría el beneficio del art. 197. Acreditado el caso excepcional, la indemnización que en tal caso correspondería al trabajador no podría ser otra que la del artículo 198" (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 21 de marzo de 1974, p. 3888). En otras palabras, el mensaje de elevación afirmaba que la

protección se aplicaba únicamente a mujeres y que, excepcionalmente, se aplicaba el régimen a los varones, que además no gozaban de la presunción.

Al discutirse el proyecto en la Cámara de Senadores, sin embargo, este aspecto del proyecto de ley fue modificado. Tal como surge del dictamen de las Comisiones de Trabajo y Previsión Social y de Legislación General, se suprimió la locución "de mujeres" del art. 196. El miembro informante de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, Senador Pennisi, sostuvo en efecto lo siguiente: "La comisión ha suprimido la expresión "de mujeres" por entender que esta causal puede comprender tanto a mujeres como a varones. Por otra parte, con la modificación aprobada no hacemos otra cosa que ajustarnos al texto original de la ley 12.383, sancionada en el año 1938, y donde no se hace la distinción del sexo contenida en el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo. Con motivo de esta ley se suscitó un debate muy interesante, tanto en la Cámara de Senadores como en la Cámara de Diputados, que, por supuesto, no voy a traer aquí porque no deseo fatigar la atención de los compañeros senadores. Hago la referencia simplemente para reafirmar el despacho de la comisión en la modificación que introduce al texto del artículo 196 original del proyecto. Por el dispositivo del artículo 197 se establece una presunción *iuris tantum* de que el despido dispuesto dentro de los seis meses de celebrado el matrimonio lo es por causa del mismo, si no se invocara otra causa o si la invocada no tuviera prueba fehaciente" (op. cit., p. 494).

Como puede verse, el miembro informante dice claramente que las normas protectorias, incluyendo la que establece la presunción, fueron modificadas teniendo en miras tanto a la mujer como al varón. Recuperaba así la regulación de la ley 12.383, que protegía a los dos cónyuges. Más aun, cuando el proyecto volvió a Senadores, el miembro informante de la Comisión volvió a dejar en claro que la protección alcanzaba a varones y mujeres. Sostuvo así que "El artículo 196 establece la prohibición absoluta del despido por matrimonio. Muchas veces encontrábamos que la parte empresaria se enteraba de que un compañero o compañera trabajador iba a contraer matrimonio y procedía a despedirlo" (op. cit., p. 1695).

En suma, no hay duda alguna de que la protección contra el despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, alcanzaba a todo trabajador independientemente de su sexo. Es verdad que el art. 299, que según se vio disponía que la protección alcanzaba al varón solo excepcionalmente, permaneció en el articulado de la ley. No hay una explicación clara de por qué ello fue así. La tensión evidente entre esta norma y las restantes fue advertida durante el debate en la Cámara de Senadores. El Senador De la Rúa expresó: "Eso sí: entre las modificaciones introducidas debió haberse suprimido el artículo 299 porque pensamos que efectuadas aquellas este artículo pierde su objeto y razón de ser". Sea como fuere, lo cierto es que el art. 299 solo sobrevivió dos años porque fue derogado.

En efecto, en 1976 la ley 21.297 reubicó en el nuevo articulado general el contenido del capítulo III del título VII modificando el orden numérico de los preceptos y, por otro lado, suprimió el mencionado art. 299. La derogación despeja entonces cualquier duda sobre el particular. A menos que haya una razón en contrario, el acto de derogar una disposición dejando vigente otras implica que aquellas no derogadas mantienen su mismo alcance y sentido. Ello es así en tanto el órgano que deroga la ley está en condiciones, si lo desea, de derogar o modificar aquellas disposiciones que deja subsistentes de manera que, si no lo hace, las disposiciones no derogadas permanecen intactas. En el caso no hay ningún argumento válido para pensar que la ley de 1976, que derogó el art. 299, pretendía también modificar la regulación contenida en los arts. 196 a 198 (de hecho, se limitó únicamente a modificar el plazo de la prohibición, que se redujo). Por consiguiente, la ley 21.297 no modificó las normas que consagraban la protección contra despido por causa de matrimonio tanto para el varón como para la mujer. Conviene recordar también, por lo demás, que, aun si subsistiese alguna duda, esta debe resolverse en favor del trabajador por expresa disposición legal (art. 9 de la LCT).

En definitiva, así quedó determinado el diseño normativo actual que, como se dijo, no contiene norma alguna que restrinja la aplicación del régimen protectorio del despido por causa de matrimonio, incluyendo la presunción, a los trabajadores en función de su sexo.

6°) Que las consideraciones precedentes muestran que la postura de la Cámara, según la cual la presunción contenida en el art. 181 solo beneficia a trabajadoras mujeres, no constituye derivación razonada del derecho vigente. La ley no restringe su protección a las hipótesis de despido de trabajadoras mujeres. No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón. La finalidad perseguida por la norma (la protección del matrimonio) claramente lo pone de manifiesto. Y la historia legislativa de los preceptos lo confirma.

7°) Que, para concluir, conviene recordar que la propia LCT "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores", entre otros, "por motivo de sexo" (art. 17) y considera "trato desigual" al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre

otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los artículos en cuestión es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres. Por lo demás, la postura contraria resulta irrazonable porque la dificultad de acreditar que el despido obedece al matrimonio es tan significativa en el caso de la mujer como en el caso del cónyuge varón, con lo que la distinción es irrazonable y, a la postre, discriminatoria (art. 16 de la Constitución Nacional).

En consecuencia, corresponde descalificar el fallo apelado en tanto media en el caso la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 14 de la ley 48).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Agréguese la queja al principal, hágase saber y remítanse los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo al presente.— *Carlos F. Rosenkrantz.*

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando: 1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de indemnización especial por despido por causa de matrimonio (art. 182 de la Ley de Contrato de Trabajo, en adelante LCT), que fue promovida por el trabajador al ser desvinculado sin expresión de motivos por la empresa demandada dentro de los seis meses posteriores al acto nupcial; es decir, dentro del plazo en el que —a su criterio— según el art. 181 LCT, corresponde presumir que el despido sin invocación de motivos tiene por causa el matrimonio.

2°) Que, para así decidir, el a quo sostuvo inicialmente que la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la LCT para el supuesto de que el despido obedezca a razones de matrimonio alcanza tanto a las trabajadoras mujeres como a los trabajadores varones, de conformidad con la doctrina sentada en el fallo plenario N° 272, en los autos "Drewes, Luis A. c. Coselec SA s/ cobro de pesos", del 23 de marzo de 1990, vigente en virtud de lo establecido en la acordada 23/2013 de esta Corte.

Seguidamente el tribunal consideró que si bien la causal de matrimonio como fundamento del despido rige —conforme a lo dicho— para hombres y mujeres, la presunción *iuris tantum* prevista en el art. 181 de esa misma ley, según la cual se presume que el despido dispuesto sin invocación de causa es consecuencia del matrimonio cuando se produce en los tres meses anteriores o en los seis meses posteriores a su celebración, es únicamente aplicable a las mujeres.

En ese orden de ideas, concluyó que aunque se había acreditado que el actor fue desvinculado de la empresa dentro del período de seis meses posterior a la fecha en que contrajo matrimonio, el interesado no había logrado probar que el distracto se hubiera producido por dicha razón, y como no estaba alcanzado —en función de ser varón— por la presunción protectoria del art. 181 no cabía dar razón a su planteo.

Señaló que limitar la presunción *iuris tantum* a la trabajadora mujer no resultaba contrario a los derechos constitucionales invocados por el demandante, sino que constituía una pauta acorde a las disposiciones de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que consagraban para aquella una tutela especial. En síntesis, consideró que "no existe, en el caso, una distinción arbitraria por 'razón del sexo'. Por el contrario, existe una realidad sociocultural —difícil de soslayar— y que busca(n) revertir y contrarrestar las normas legales…conformada por aquellas prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, como lo son las mujeres, sobre todo en el mundo del trabajo". Añadió que no se habían presentado elementos que hubieran permitido tener por configurado un despido discriminatorio que autorizase a aplicar las pautas en materia de prueba establecidas por esta Corte en distintos precedentes ("Pellicori" Fallos: 334:1387 y "Sisnero", y Fallos: 337:611).

En consecuencia, al no haber satisfecho la carga procesal de acreditar que el despido fue motivado en el hecho de haber contraído matrimonio, y al no resultar alcanzado por la presunción pretendida por su carácter de varón, la Cámara confirmó el pronunciamiento apelado que había rechazado la demanda.

3°) Que contra ese pronunciamiento el actor interpuso recurso extraordinario federal que al ser denegado dio origen a la presente queja.

El recurrente sostiene que la decisión apelada no solo es arbitraria porque carece de la debida fundamentación, se basa en afirmaciones dogmáticas y no aplica el principio de equidad en materia de distribución de la carga de la prueba, sino que vulnera —entre otras— las garantías de igualdad y de no discriminación y resulta contraria al mandato constitucional de protección a la familia, consagrado en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 de la Decla-

ración Universal de Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Alega que limitar el alcance de la presunción que surge de la norma en cuestión solo a las trabajadoras mujeres significa discriminarlo en razón de su género, lo que está constitucionalmente vedado; que la cláusula de marras tiene como objeto implementar la mencionada protección de la familia y que, puesto que tanto el hombre como la mujer se ocupan de tareas domésticas y del cuidado de la familia corresponde su aplicación sin distinciones.

Concluye que negar que se aplique la presunción que establece el referido art. 181 a supuestos como el de autos conlleva, en la práctica, una desnaturalización del derecho a la indemnización que gozan los hombres por causal de matrimonio, en virtud de las dificultades para satisfacer la carga probatoria respectiva.

4°) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción de este Tribunal, pues se sostiene que la interpretación realizada por el a quo respecto del art. 181 de la LCT es violatoria de garantías constitucionales, en particular de los derechos a la protección de la familia y a la igualdad, y la decisión apelada ha sido contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48, doct. Fallos: 307:398; 329:5266, y sus citas).

5°) Que no resultando controvertido en el caso que la empleadora tomó conocimiento que el actor contrajo matrimonio el día 18 de marzo de 2010 y que lo desvinculó de la empresa demandada sin expresar motivo alguno y dentro de los seis meses posteriores a la celebración del acto nupcial del que fue debidamente notificada, el debate en la causa se circunscribe a precisar los alcances de la tutela que emerge del art. 181 de la LCT en cuanto presume —*iuris tantum*— que el despido dispuesto por el empleador i) sin invocación de causa o con causa invocada pero no probada, ii) producido dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores a la celebración del matrimonio del empleado y iii) habiendo mediado notificación fehaciente del mismo al empleador dentro de dichos plazos, responde al evento nupcial.

En concreto, en el *sub examine* se trata de establecer si la presunción de despido por causa de matrimonio establecida en la norma citada, ubicada bajo el título "Trabajo de las mujeres", alcanza no solo a las trabajadoras mujeres sino también al trabajador varón.

6°) Que conforme lo ha sostenido este Tribunal, el control constitucional de las leyes que compete a los jueces, y especialmente a la Corte Suprema en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, no se limita a la función —en cierta manera negativa— de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita ("Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires", Fallos: 308:647 y voto del juez Rosatti en "Varela", Fallos: 341:1106, considerando 9°).

De ahí que, para respetar su validez constitucional, la lectura del texto y/o la interpretación del art. 181 de la LCT debe reflejar el íntimo enlace que dicho precepto debe guardar con el marco conceptual y la exégesis de las normas que integran el bloque constitucional que se vinculan con la materia que le da contenido.

7°) Que en el *sub judice*, es evidente que las normas en estudio (arts. 180, 181 y 182 de la LCT), referidas a la tutela contra el despido por causa de matrimonio, reglamentan de manera directa el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la "protección integral de la familia", pues el listado de beneficios mencionados expresamente por el constituyente (compensación económica, bien de familia y acceso a la vivienda digna) es meramente enunciativo y no invalida otros que se dirijan al mismo objetivo.

La manda constitucional tutela "los atributos de la familia", entendida como una "sociedad natural organizada... sin discriminar sobre su forma de constitución, protegiendo además la maternidad, la infancia, y la menor edad" (Jaureguiberry, Luis María, "El artículo nuevo (constitucionalismo social), ed. Castellvi, Santa Fe, 1957, p. 139). Una conceptualización dinámica impone afirmar que la familia constitucionalmente aludida no es solo la llamada "familia tradicional" sino que abarca asimismo a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales (conf. Fallos: 312:1681; 340:1154, disidencia del juez Rosatti). Este era el criterio dominante en la Convención Constituyente de 1957 (ver las opiniones de los convencionales Luis María Jaureguiberry y Hernán Cortés, en Jaureguiberry, op. cit. ps. 143 y ss.).

8°) Que de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprende el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social (Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I-B, p. 219), que recibe reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía

constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inciso 22, de la Norma Fundamental nacional.

Así, el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su inciso 1, que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Por su parte, el inciso 4 agrega que los Estados partes "deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, y en caso de disolución del mismo...".

En sentido similar, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), consagra en su art. 16 que "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (...) f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

En la misma orientación, el art. 10 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que "(l)os Estados Partes en el presente pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo....".

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño —organismo que el Tribunal ha considerado intérprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño (Fallos: 331: 2047)—, en su Observación General N° 7 reconoce que existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños, y considera que "familia" se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño" (conf. párrafos 15 y 19, Fallos: 340:1154, disidencias de los jueces Maqueda y Rosatti, considerandos 20).

Los criterios reseñados, orientados a la protección de la familia —entendida en una concepción amplia— encuentran proyección infra constitucional en el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto establece que los cónyuges se deben asistencia recíproca, privilegiando el cuidado compartido de los hijos, así como la obligación conjunta de criarlos (arts. 431, 651, 658).

9°) Que a la luz de la evolución y el desarrollo progresivo y dinámico de los conceptos, principios y pautas constitucionales que definen y gobiernan la garantía de "protección integral de la familia" que surgen de las consideraciones precedentes, limitar a la trabajadora mujer la presunción de despido por causa de matrimonio supone desconocer la igualdad de condiciones de los integrantes del núcleo familiar en el ejercicio de las responsabilidades y deberes que se derivan de ese especial vinculo social en sus aspectos filiales, domésticos, económicos e interfamiliares.

La decisión de considerar que no rige a favor del trabajador varón la presunción del despido por causa de matrimonio importa recurrir a consideraciones que no encuentran acogida en una sociedad global en la que imperan criterios que se alejan de los estereotipos vigentes en otro tiempo, enmarcados en un contexto socio-cultural en el que la igualdad de género no alcanzaba el grado de desarrollo y reconocimiento que hoy ha logrado tanto a nivel nacional como internacional. Una visión actual conlleva a afirmar que las premisas o presunciones sobre los atributos, capacidades o características personales de los componentes de la familia, que expresan una preferencia cultural sobre un determinado tipo de vínculo y sobre el rol de sus integrantes, no pueden ser admisibles como factores determinantes para la restricción de derechos (cfr. arg. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fornerón e hija c. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C N° 242, párr. 50).

10) Que la exégesis señalada, lejos de ser extraña a la legislación laboral, reconoce antecedentes normativos que autorizan a respaldar el criterio que se viene sosteniendo.

En efecto, en el año 1938, la ley 12.383 estableció, sin formular distinción de sexo: "...queda prohibido a los patrones, a las empresas concesionarias de servicios públicos y a las sociedades civiles y comerciales de cualquier naturaleza, dictar reglamentaciones internas y celebrar pactos o convenios que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio. Actos tales se reputarán nulos" (art. 1).

En 1974, la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) contempló la protección contra el despido por matrimonio tanto a trabajadores varones

como mujeres (los arts. 196, 197 y 198 se encontraban ubicados en el mismo capítulo y título —"Trabajo de mujeres"— y presentaban una redacción similar a los actuales arts. 180, 181 y 182, reconociéndose un plazo mayor de presunción que el actual). Con específica referencia a los trabajadores varones, la legislación preveía la protección en el art. 299, en los siguientes términos: "lo dispuesto en el artículo 198 de esta ley podrá extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo".

Finalmente, la extensión al trabajador varón prevista en dicho artículo fue derogada por la ley 21.297, adoptada durante el último gobierno de facto que —conforme su mensaje de elevación de fecha 23 de abril de 1976— tuvo como objeto eliminar ciertos "excesos" en la regulación laboral y restablecer "el orden indispensable en la relación trabajo-empresa".

De lo expuesto se sigue que el espíritu tuitivo que llevó a consagrar la presunción del artículo 181 bajo el título "Del trabajo de las mujeres", constituyó una precursora y temprana "medida de acción positiva" dirigida —en ese entonces— a proteger a un colectivo vulnerable como el de las trabajadoras. En la actualidad resulta imperativa una lectura dinámica y progresiva de la norma que, superando los estereotipos culturales con tintes discriminatorios precedentemente referidos, procure su extensión a todos los trabajadores, con una hermenéutica de equidad de género.

Por lo dicho, la restricción consagrada en el fallo apelado expone una inteligencia regresiva que contrasta con la orientación postulada por esta Corte al señalar que "las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por su naturaleza, tiene una visión de futuro, (y) está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción" (Fallos: 333:2306, considerando 9°).

11) Que, por lo demás, restringir la exegesis de la norma en estudio al supuesto exclusivo del matrimonio de la trabajadora mujer implicaría privar de tutela al trabajador varón, a quien también corresponde atribuir el ejercicio de tareas de cuidado, conforme al mandato del bloque de constitucionalidad analizado *ut supra*.

Tal interpretación, desfavorable a los varones, implicaría asimismo afectar la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso a los puestos de trabajo, restringiendo la contratación del género femenino. En efecto, al tener estas y no aquellos la presunción de despido por matrimonio, el empleador podría inclinarse por seleccionar varones a fin de evitar la futura aplicación de la figura.

12) Que de lo expuesto se concluye que, en el marco de las pautas constitucionales e internacionales con jerarquía constitucional aplicables al *sub examine*, la presunción estatuida por el art. 181 de la LCT debe ser aplicada sin distinciones en razón de género.

La solución que aquí se propone encuentra correlato con lo previsto en el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (ley 23.451), norma con nivel supra-legal en el orden interno conforme el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto condena la discriminación contra las trabajadoras y trabajadores con responsabilidades familiares y prevé expresamente que "la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo" (art. 8).

13) Que atento a la forma en que se decide la controversia, resulta innecesario el tratamiento de los restantes planteos propuestos por el recurrente.

En tales condiciones corresponde descalificar la sentencia impugnada, pues media en el caso la relación directa e inmediata entre lo debatido y lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 14 de la ley 48).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador Fiscal, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario interpuesto y con el alcance indicado se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte pronunciamiento con arreglo al presente. Hágase saber, acumúlese la queja al principal y, oportunamente, remítase. *—Horacio Rosatti. — Carlos Fernando Rosenkrantz. — Juan Carlos Maqueda. — Elena Ines Highton. — Ricardo Luis Lorenzetti.*

El caso "Puig" o la interpretación dinámica de las leyes laborales

Carlos Pose (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El esquema ideológico de las leyes.— III. Finalidad de las leyes laborales.— IV. El caso "Puig" o la tutela del trabajador varón frente al matrimonio.— V. La argumentación pretoriana.— VI. Corolario.

I. Introducción

En el mundo occidental, la *ley* constituye la principal fuente de derecho por ser fruto de la actividad legislativa a la que, en la práctica y en los tiempos actuales, se ha delegado la posibilidad de emitir mandatos imperativos de naturaleza coercitiva para todos los habitantes de la Nación.

En efecto, con el nacimiento del Estado moderno la *ley* conquista una preeminencia que le había sido negada en tiempos previos, sea en el mundo grecoromano o en el medioevo: el sistema jurídico se ofrece como un ordenamiento cerrado creado por un poder específico del Estado —el Poder Legislativo— y la figura del juez desciende a la simple condición de auxiliar de justicia destinado a ser la voz del legislador **(1)**: las leyes se consideran fruto racional de la actividad humana capaz de crear un orden perfecto **(2)**.

En una definición clásica, que ha perdurado **(3)**, se afirma que la *ley* es el precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado. La conceptualización transcripta busca destacar caracteres específicos de las normas legales: su obligatoriedad, su generalidad, su vocación para encontrar soluciones justas y su autenticidad; y refleja una cierta compulsión ideológica por crear un orden perfecto que sea fruto de la razón humana descreyendo de la existencia de un orden natural.

II. El esquema ideológico de las leyes

Dentro de este esquema cultural, en el que la figura del monarca es reemplazada o sustituida por un poder parlamentario que representa a la comunidad y que impone mandatos normativos, las leyes tienen por objetivo esencial asegurar el bienestar general y preservar el orden social, funcionando como un instrumento de cohesión comunitaria.

Se mencionan, reiteramos, como sus caracteres sustanciales los siguientes: a) su *sociabilidad*, la ley se dicta en beneficio de los hombres en cuanto integran una comunidad y tiene por objeto dirigir las relaciones interindividuales: donde hay una comunidad hay derecho, según un antiguo brocárdico romano; b) su *obligatoriedad*: por regla las personas no puede escapar al mandato de las normas jurídicas sin sufrir consecuencias negativas; c) su *coactividad*,

(*) Abogado. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI. Integrante de la Academia Nacional de Derecho UBA.

(1) La Constitución francesa de 1791 prohibió expresamente a los tribunales inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo y suspender la ejecución de leyes, creando un tribunal de casación junto a los cuerpos legislativos, es decir, un tribunal legislativo para quebrar las sentencias que se apartaban de la voluntad del legislador (ZAFFARONI, Eugenio R., "Estructuras judiciales", Ediar, 1994, p. 4).

(2) LACLAU, Martín, "Soberanía y Estado de Derecho", Ed. Astrea, 2014, ps. 165/6.

(3) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General", Ed. Abeledo Perrot, 2007, t. I, p. 135.

es decir son aplicables por el poder de policía del Estado que tiene el monopolio y dominio de la fuerza pública; y d) su *normatividad*, ya que la legislación abarca un número indeterminado de hechos y se proyecta sobre toda la sociedad.

Se entiende, al menos desde el punto de vista axiológico, que la finalidad de las leyes es lograr el bien común de los ciudadanos, por lo que su contenido debe ser racional, justo, fácil de ejecutar, particularmente adecuado al gobierno y al pueblo que la recibe, y respetar los lineamientos de la Ley Fundamental, que sirve como pivote institucional del sistema según lo establece el art. 31 de nuestra Carta Magna **(4)**.

Desde el punto de vista práctico, las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta sus palabras, las finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2º, Cód. Civ. y Com.); es decir, como premisa de un sistema armónico integral.

La coherencia legislativa sería uno de los puntales básicos del ordenamiento jurídico que lleva a que los magistrados puedan resolver los asuntos que son sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.) **(5)**: existe por parte de los jueces el deber de resolver los conflictos particulares solo cuando sean incitados en su jurisdicción y, como contrapartida, el derecho de los ciudadanos a obtener una sentencia fundamentada, tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico como corolario del adecuado y debido proceso legal que reglamenta el art. 18 de nuestra Carta Magna.

A fin de cumplir con la manda normativa, los magistrados pueden recurrir, en lo sustancial, a diferentes métodos interpretativos, a saber:

a) El *método lógico-gramatical o filológico*, que da primacía al texto literal de la norma siguiendo las reglas gramaticales, el uso corriente del lenguaje y la lógica jurídica: las leyes, aclara Soler **(6)**, deben ser hechas con palabras porque aquellas tienen por función la de regular acciones; y el hombre no posee otra manera de mencionar, combinar e imaginar los estados futuros constitutivos de un plan de acción.

El criterio referido parte de una premisa que puede ser inexacta; esto es, que la convicción de que el creador de la norma empleó correctamente los términos y que estos reflejan con exactitud su pensamiento, es decir, su voluntad original.

Se impone un respeto cuasi servil al texto de la ley, en el que debe encontrarse la respuesta adecuada a todas las controversias jurídicas, tras su lectura racional siguiendo los principios de la lógica.

Se lo considera el primer método que debe aplicarse cuando un texto es oscuro **(7)**.

b) El *método histórico*, con el que debe acudirse a la voluntad e intención del legislador según la tradición cultural, vinculando la regla estatal con las normas que le sirven de antecedente.

El referido *método interpretativo* tiene su origen en la denominada *escuela histórica del derecho*, nacida en Alemania como una reacción contra los excesos del pensamiento iusnaturalista. Para dicha corriente de pensamiento, el derecho es un producto cultural del espíritu del pueblo y el legislador, en consecuencia, no interviene como agente creador del derecho sino más bien como un factor configurador de un derecho preexistente en los sentimientos de la comunidad.

(4) El control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho; la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente, trasmutando el adagio iura novit curia, incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución Nacional aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, es decir nuestra Carta Magna (CSJN, "Banco Comercial de Finanzas SA", 19/8/04, Fallos 327:3117).

(5) Se ha señalado, en tal sentido, que la forma republicana de gobierno adoptada por el art. 1º de la CN exige que todo acto estatal deba tener una explicación racional y obliga a los magistrados del Poder Judicial a dar a conocer las razones de sus decisiones (CSJN, 2/7/20, "Flamenco c/ Policía Federal Argentina", Fallos 343:506).

(6) SOLER, Sebastián, "Las palabras de la ley", Ed. Praxis Jurídica, 1974, p. 192.

(7) TORRÉ, Abelardo, "Introducción al Derecho", Ed. Abeledo Perrot, 2003, p. 423.

c) El *método teleológico* buscando la finalidad institucional perseguida por el legislador al sancionar la ley —protección del consumidor, tutela de la economía, protección de la buena fe, etc.— y aplicándola, consecuentemente, a la realidad social existente.

La referida metodología parte de la idea de que el derecho está orientado a determinados fines que se encuentran condicionados por necesidades variables y contingentes —políticas, históricas, culturales, etc. — y, por ende, toda decisión judicial debe responder a satisfacer los referidos intereses sociales: en este campo el juez debe transformarse en un sociólogo destinado a tamizar las normas jurídicas.

Dentro de este contexto la Corte Suprema ha señalado que la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en el legislador y, por ello, la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con pleno valor y efectos jurídicos **(8)**: no obstante, la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente **(9)**, sin perjuicio de que su comprensión no se agota con la remisión a su texto sino que debe indagarse lo que ella dice jurídicamente dando pleno efecto a la finalidad de la norma y computando la totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la CN **(10)** debiendo desechar la admisión de soluciones notoriamente injustas **(11)**.

(8) CS, 15/3/97, "Fernández de González c/Nación Argentina", Fallos 297:142; 10/10/78, "Vaz de Merzario", Fallos 300:1080; 2/9/87, "La Prensa SA", Fallos 310:1715; 12/9/89 "Partido del Trabajo y del Pueblo", Fallos 312:1614; 16/4/19, "Izquierdo", Fallos 342:667; 26/3/19, "Institutos Médicos Antártida", Fallos 342:459.

(9) CS, 12/4/16, "Grupo Posadas c/AFIP", Fallos 339:434: 27/9/18, "Páez c/Asociart ART SA", Fallos 341:1268; 11/10/18, Mayorga c/PNA", Fallos 341:1322; 30/10/18, "Martínez c/Galeno ART SA", Fallos 341:1443; 2/7/20, "Copparoni SA c/DGI", Fallos 343:498.

(10) CS, 16/4/19, "Izquierdo", Fallos 342:667.

(11) CS, 26/2/19, "Bonet c/Experta ART SA", Fallos 342:162.

III. Finalidad de las leyes laborales

Bajo este esquema político, las leyes laborales tienen, a su vez, la finalidad objetiva de preservar la dignidad de los trabajadores protegiéndolos de todo abuso de los empleadores y garantizar la paz social.

El derecho del trabajo es un derecho nuevo, de corte transaccional **(12)**, nacido para evitar el conflicto entre clases sociales con intereses divergentes; y es por ello que suele renunciar al ideal de una aplicación exacta del derecho abstracto a favor de una realización fácil y segura, si bien imperfecta, de sus principios.

Lo expuesto explica que se la considere una disciplina de orden público y que la interpretación y aplicación de sus normas jurídicas deba hacerse en la más forma más favorable al trabajador (art. 9º, LCT), ya que este es el grupo o clase social que pretende tutelar, por encontrarse en inferioridad de condiciones frente al empresario capitalista **(13)**.

Pese a ello, en nuestro ordenamiento jurídico las leyes laborales constituyen normas comunes, es decir, derecho no federal; y, en principio, su análisis, estudio y la interpretación de sus directivas son ajenos al recurso extraordinario que reglamenta el art. 14 de la ley 48.

Dicho extremo fue señalado por la Corte Suprema al expresar que si bien por el excepcionalísimo supuesto de *arbitrariedad de sentencia*, se autoriza a que el tribunal revise decisiones de los jueces de la causa en materia de derecho común, no implica ello que corresponda sustituirlos en el estudio de temas que le son privativos, ni que el recurso extraordinario se constituya en la vía para corregir fallos equivocados o que se reputen tales.

(12) DEVEALI, Mario, "Lineamientos del Derecho del Trabajo", Ed. Tipográfica Editora Argentina, 3ra ed., ps. 38/9.

(13) Es por ello que se ha señalado que el art. 14 bis de la CN tiene por finalidad hacer de todo hombre y mujer trabajadores sujetos de preferente tutela constitucional enriqueciendo el bagaje humanista del texto de 1853-1869 con los renovadores impulsos del constitucionalismo social desplegados, a escala mundial, en la primera mitad del siglo XX (CSJN, 21/9/04, "Aquino c/Cargo Servicios Industriales", Fallos 327:3753, DT 2004-B.1286).

En especial, enfatizó: "[L]as cuestiones atinentes al derecho del trabajo no flexibilizan esta regla: si la Corte Suprema entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario" **(14)**.

Pese a ello, la Corte no pudo menos que volver sobre sus pasos y, en numerosas ocasiones, se ha visto a imponer un *quietus* en materia de interpretación y aplicación de las normas laborales por razones de seguridad jurídica.

Así, p. ej., lo hizo en el célebre caso "Vizzoti c/ Amsa SA" **(15)** dejando de lado las limitaciones indemnizatorias contenidas en la última parte del art. 245 de la LCT, por considerar que no daban adecuada aplicación al principio constitucional de *protección contra el despido arbitrario*, reduciendo, en sus aspectos prácticos, la indemnización hasta convertirla en inicua en el supuesto de dependientes altamente jerarquizados.

En la emergencia, la Corte no temió establecer pautas indemnizatorias en materia de despido, explicando que su actuación no quebraba el principio de *separación de poderes*, sino que, simplemente, intentaba ejercitar un control razonable de la legislación vigente. Estableció, por ello, que los topes contenidos en el art. 245 de la LCT deben limitarse hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable devengada por el trabajador, apuntando "permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que lo protegerán del despido arbitrario".

El pronunciamiento, como sucede con muchos otros, no contentó ni a tirios ni a troyanos: unos cuestionaron que no hubiese declarado la inconstitucionalidad de los topes legales; otros, que se hubiera excedido en su potestad jurisdiccional arrebatando al Poder Legislativo facultades propias.

El referido fenómeno es explicable, porque: a) el derecho laboral es un derecho de choque **(16)**; esto es, un derecho fuertemente ideologizado, que es visto desde puntos extremos; b) una decisión como la adoptada afecta fuertes intereses económicos siendo que la relación de trabajo, esto es la prestación de servicios en relación de dependencia, es la que sirve como estructura del mundo productivo; y c) vivimos en una era de maniqueísmo cultural, en que no aceptamos que las leyes sean imperfectas, fruto de un legislador también imperfecto, para regular las acciones humanas imprevisibles y, en consecuencia, se entiende que el supremo órgano judicial debe fijar lineamientos interpretativos que sirvan para canalizar las pretensiones de los sujetos laborales y hacer reinar cierta paz social, ejerciendo una suerte de activismo pretoriano tendiente a corregir la imperfección de las leyes.

Al pronunciamiento de la Corte Suprema que hemos mencionado pueden agregarse otros relevantes defendiendo, p. ej., la posibilidad de que la figura civil de la *locación de servicios* coexistiese con el negocio jurídico laboral (caso "Rica"), interpretando los alcances del art. 3º de la ley 26.773 y declarando su inaplicabilidad a los accidentes *in itinere* **(17)**, resolviendo que el art. 30 de la LCT no pudiera ser aplicable contra una empresa editora que había contratado a un tercero para la distribución de sus periódicos **(18)** y negando que la extinción

(14) CS, sent. del 22/12/09, "Benítez c/Plataforma Cero", Fallos 332:2815.

(15) CS, Fallos 327:3677.

(16) Se trata, según aclara la doctrina, de un derecho novedoso nacido al calor de dos acontecimientos extraordinarios: uno político, como lo fue la Revolución Francesa, y otro económico, encarnado en la Revolución Industrial (AMBESI, Leonardo J., "Constitución, Ley y Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, p. 11).

(17) CS, casos "Páez", 27/9/18, Fallos 341:1268 y "Pereyra", 12/2/19, Fallos 342:49.

(18) CS, caso "Payalap", 29/8/19, "Fallos 342:1426.

de la relación de trabajo mediante escritura pública, para ser eficaz, requiera de oportuna homologación administrativa y/o judicial (caso "Ocampo", 10/9/20).

La actuación de la Corte, reiteramos, es explicable, ya que la configuración de la jurisprudencia, como fuente de derecho, requiere de decisiones uniformes y constantes emitidas por los tribunales judiciales que generen una doctrina judicial.

Pero, la validez de esa doctrina judicial y, por ende, la manifestación jurisprudencial está condicionada a su convalidación por la Corte Suprema; con la particularidad de que, producida esa convalidación, la doctrina jurisprudencial resulta, en la práctica, y por razones de economía procesal, vinculante para los jueces inferiores, siempre que no se invoquen hechos o argumentos novedosos que no fueren contemplados por el alto tribunal.

IV. El caso "Puig" o la tutela del trabajador varón frente al matrimonio

El 24 de septiembre de 2020 la Corte Suprema resolvió dejar sin efecto un criterio que podría considerarse mayoritario en materia de derecho laboral por cuanto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, si bien había admitido, mediante acuerdo plenario, que un trabajador varón podía acceder a la reparación extraordinaria que reglamenta el art. 182 de la LCT **(19)** negaba que este pudiera invocar en su beneficio la presunción del art. 181 de la LCT, es decir, que se considerará que el despido del trabajador, acaecido dentro del período de tres meses anteriores o posteriores a las nupcias, estuviera originado por su cambio de "status"; esto es, a la condición de casado.

Dicho criterio era compartido por un nutrido grupo de juristas **(20)**.

La Corte deja, en tal sentido, sin efecto un sólido pronunciamiento emitido por la Dra. Graciela Lucía Craig, en su condición de magistrada del primer voto, con adhesión del Dr. Luis A Raffaghelli, puntualizando que la citada interpretación pretoriana colisiona abiertamente con las directivas que fluyen de los tratados internacionales de derechos humanos en materia de discriminación y protección integral de la familia.

Se expresa, en lo sustancial, que la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT no contiene elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón (cons. 6º), que la restricción consagrada en el fallo apelado se revela como producto de una inteligencia regresiva, dado que las leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción (art. 8º); y que en el nuevo paradigma sociocultural los cónyuges ya asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades familiares, por lo que no interpretarse que los estímulos del empleador para despedir a quienes contraen matrimonio se suscitan solamente en el caso de las mujeres trabajadoras (cons. 9º).

V. La argumentación pretoriana

Los argumentos son razonables y, es más, en su momento estimamos **(21)** que tras la sanción de la ley 23.592 era más que factible que la jurisprudencia aceptase que el trabajador varón pudiera invocar para sí la presunción del art. 181 de la LCT, haciendo hincapié en que toda interpretación restrictiva corría riesgo de ser desplazada ante la aceptación institucional del matrimonio igualitario o matrimonio homosexual que daría pie a una proyección dinámica de la norma.

En tal sentido Ackerman **(22)** señaló que el tratamiento diferenciado en beneficio de la mujer en nuestra legislación nacional no era

(19) CNTrab. acuerdo plenario nº 182, 23/3/90, "Drewes c/Conselec SA", DT 1990-A-893.

(20) ETALA, Carlos Alberto, "Contrato de trabajo", ed. Astrea, t.II, p. 69; PIROLO, Miguel A., (dir.), "Derecho de Trabajo Comentado", Ed. La Ley, t. I, p. 503; FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Ley de Contrado de Trabajo Comentada", Ed. Erreius, t. III, p 1.465; GRISOLÍA, Julio Armando, "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo-Perrot, 2019, p. 567.

(21) "Ley de Contrato de Trabajo", Ed. David Grinberg, 3º ed., 2014, p. 456.

(22) ACKERMAN, Mario, "El despido", Rubinzal-Culzoni Edit., p. 427.

frecuente en las legislaciones laborales más modernas ni en las normas internacionales, representando un anacronismo, tras la sanción de la ley 26.618 **(23)** y frente al art. 402 del Cód. Civ. y Com., que establece que "ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que este produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

Similares fueron las precisiones de Grisolía **(24)** al enfatizar que la sanción de la ley 26.618 (22/7/10) puede llevar a revisar la doctrina plenaria de "Drewes", ya que, en su art. 42, establece que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, independientemente del sexo de los cónyuges, por lo que parece razonable entender que la presunción debe aplicarse tanto al varón como a la mujer, en igualdad de condiciones.

Pese a ello, es conveniente realizar un análisis de lo resuelto desde el campo normológico, sociológico y axiológico.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo resuelto por la Corte es razonable: su decisión armoniza normas dispares —es decir civiles y laborales— en un campo delicado que guarda relación con instituciones jurídicas de importancia trascendental: el matrimonio como unión convivencial con vocación de permanencia.

La cultura jurídica romano-canónica defiende la coherencia normativa como factor primordial para las decisiones judiciales: las personas deben vivir en un mundo donde los preceptos normativos se integren armónicamente; y contribuyen poderosamente a tal conclusión, siguiendo el pensamiento de Ackerman, los términos del art. 402 del Cód. Civ. y Com., transcripto precedentemente.

El empleador, puesto en el trance de despedir a un trabajador o a una trabajadora, puede verificar su *statu* civil y respetar o no una regla clara: durante un período concreto de tiempo —tres meses antes y seis meses después del acto nupcial— el dependiente se encuentra en un período de tutela, cuya violación puede hacerlo acreedor a un mayor crédito indemnizatorio: el equivalente a un año de salarios.

Pero desde el punto de vista sociológico, hombres y mujeres son diferentes: iguales pero diferentes; en la práctica, la trabajadora mujer, debido a sus características emocionales, suele sentir un mayor compromiso hacia su hogar que hacia su trabajo. Sabe que el cambio de *statu* incrementa el rango y campo de sus obligaciones personales transformándola en señora del hogar **(25)**; y es por ello que en una obra clásica en la materia **(26)** se sostenía que la aplicación de las previsiones del art. 180 de la LCT debía considerarse una situación excepcional.

Se ha señalado **(27)** que el legislador no puede dejar de reconocer las diferencias fisiológicas, físicas y espirituales que existen entre el hombre y la mujer, que exigen una reglamentación destinada a proteger la labor de esta con disposiciones especiales: entre ellas figuraba el vedar la posibilidad de todo despido por la celebración de nupcias

Por el contrario, el trabajador que contrae matrimonio toma sobre sí la carga de ser responsable del sostenimiento de una futura familia y sabe que, culturalmente y frente a terceros, sus compromisos sociales se potencian: se espera que se esfuerce más, que demuestre su condición de buen proveedor del hogar. Si pierde el empleo, no solo daña su economía particular, sino la economía familiar; el empleador puede esperar mayor responsabilidad y vocación de

(23) Ley 26.618 de Matrimonio Civil Igualitario (B.O. 22/7/2010).

(24) GRISOLÍA, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo-Perrot, 2019, p. 568.

(25) Es por ello, tal como señala la doctrina, la legislación social debe privilegiar la presencia de la madre en el hogar con subsidios específicos (PODETTI, Humberto A., "Política Social", Ed. Astrea, 1982, p. 289).

(26) LÓPEZ, Justo - CENTENO, Norberto O. - FERNÁNDEZ Madrid, Juan Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. Contabilidad Moderna, 1978, t. II, ps. 659/60.

(27) García Martínez, Roberto, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. Ad-hoc, 1998, p. 469.

servicio de un trabajador casado que de uno soltero, especialmente en una época en que el empleo estable se ha transformado en un bien escaso.

En tal sentido, tal como señala la Dra. Graciela Lucía Craig en el caso "Puig": "[E]xiste una realidad sociocultural difícil de soslayar: muchas veces la trabajadora mujer, a diferencia de lo que ocurre con el trabajador varón, es segregada de ciertos ámbitos laborales por razón del género, lo que justifica el diferente alcance que corresponde darle a la presunción del art. 181 de la LCT. Es difícil pensar e imaginar que, históricamente, el hombre hubiera sido objeto de un trato discriminatorio en el trabajo por el solo hecho de ser tal. Sin embargo, no puede afirmarse lo mismo en relación de con la mujer".

Cabe rescatar, en tal sentido, una prudente advertencia doctrinaria **(28)**: "[D]os hombres de distinta raza o color de piel son biológicamente iguales, un hombre y una mujer no lo son; una mujer y un hombre no están similarmente situados respecto a las circunstancias de su vida. El embarazo, el aborto... y la creación de otro ser humano son especiales, muy especiales. Las mujeres tienen esas experiencias, los hombres no".

Dichas circunstancias justifican una especial tutela normativa en beneficio de la mujer.

Desde el punto de vista axiológico, no creo que pueda aseverarse que sancionar al empleador que despide a un trabajador varón durante el período de sospecha a que hace referencia el art. 181 de la LCT, con el pago de una reparación equivalente a un año de sueldo, resulte un acto de justicia trascendental.

Cabe señalar que el dinamismo del ordenamiento jurídico es peculiar: el despido de la trabajadora mujer por razón de matrimonio fue aplicado agresivamente en ciertos campos empresariales (ej. en el ámbito de las empresas aeronáuticas frente a la azafata y/o en ciertas empresas públicas) y ello llevó a la sanción de normas laborales que imponen el pago de una reparación extraordinaria por despido.

La protección al matrimonio, señala Grisolía **(29)**, se desarrolló en Argentina a partir de la premisa basada en la defensa de la institución familiar y para evitar la discriminación de la que resultaban víctimas fundamentalmente las trabajadoras que eran despedidas por la sola circunstancia de contraer matrimonio, por empresarios inescrupulosos que pretendían, de ese modo, evitarse las repercusiones negativas que el nuevo estado civil de su dependiente le depararía a su empresa, principalmente por tener que otorgarle diversas licencias.

Luego, aclara, el objetivo final de la regulación brindada por la Ley de Contrato de Trabajo al matrimonio es la protección integral de la familia, lo que además se encuentra previsto y garantizado por el art. 14 bis de la CN en la medida en que salvaguarda la posibilidad de asumir, en forma responsable, la constitución de la familia, lo que no puede llevarse a cabo si no existe una fuente de recursos que permita no solo la subsistencia sino la consolidación del grupo familiar.

El plenario "Drewes" justificó, en su momento, que el trabajador varón pudiera reclamar la citada reparación extraordinaria y hoy la Corte admite tal reclamo sin cortapisas, es decir, por aplicación de una simple presunción y no exigiendo prueba en la materia.

Pero en el mundo real el matrimonio es una institución en trance de desaparecer, ya que la mayoría de las parejas, incluso las homosexuales, recurren al simple connubio y no legalizan su *statu* familiar.

VI. Corolario

Roma locuta, causa finita: el trabajador varón puede invocar para sí la presunción del art. 181 de la LCT.

(28) KAUFMAN, Gustavo Ariel, "Dignus inter pares", Ed. Abeledo-Perrot, 2010, p. 68.

(29) GRISOLÍA, Julio Armando, "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo-Perrot, 2019, p. 566.

MOBBING

Violencia laboral contra la mujer. Perspectiva de género. Responsabilidad por el hecho del dependiente. Procedencia.

Con nota de Gloria M. Pasten de Ishihara

1. — La actora aportó indicios suficientes y sólidos de haber sido víctima de violencia laboral, una especie de discriminación contra las mujeres en el mundo del trabajo, que resulta significativamente expulsivo por razones de género.

2. — Los elementos colectados persuaden de que la accionante fue maltratada y hostigada psicológicamente por sus superiores. Se encuentran verificadas las constantes agresiones y malos tratos que proferían la encargada y supervisora del local hacia la persona de la reclamante. La antijuridicidad citada provocó perjuicios a la trabajadora; así como esas constantes agresiones tuvieron aptitud para generar un daño de incidencia patrimonial, ya que la accionante vio frustrado su derecho a permanecer trabajando como lo venía haciendo, el derecho a continuar ganando su sustento por medio del salario, de naturaleza alimentaria.

3. — La violencia relatada por los testigos llevó a la actora razonablemente a padecer los trastornos psicológicos constatados y a la necesidad de tener que sufragar gastos y los tratamientos correspondientes. La violencia moral que padeció de parte de sus superiores jerárquicos —dependientes de la firma demandada—tuvo aptitud para provocarle la afección psicológica descripta por el experto médico, que necesitó de la correspondiente asistencia especializada, con la consecuente erogación de honorarios profesionales.

4. — En materia probatoria acerca de la violencia laboral contra las mujeres debe aplicarse el sistema de las cargas dinámicas, según lo impone la reglamentación del art. 6º de la ley 26.485. Desde un juzgamiento con perspectiva de género, puede concluirse que la actora proporcionó indicios suficientes y que la demandada, en consecuencia, debía arrimar a la causa elementos que legitimaran que su despido no tenía por causa la discriminación.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Mobbing.

Referencias de la víctima:

Sexo: Femenino.

Edad: 33 años.

Actividad: Vendedora.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico:$70.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $275.000

CNTrab., sala I, 11/08/2020. - E., G. L. c. Vestiditos SA s/ otros reclamos - *mobbing*.

[Cita on line: AR/JUR/39323/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara 5ta del Trabajo de Mendoza "A., N. B. c. La Segunda ART S.A. s/ enfermedad accidente", 10/02/2020, AR/JUR/193/2020.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Causa N° 41.203/2011

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 11 de 2020.

La doctora *Vázquez* dijo:

I. La señora jueza *a quo*, a fojas 371/375, rechazó en su totalidad la demanda articulada por la accionante. Tal decisión es apelada por la actora, a tenor del memorial de fojas 376/386 y vta., cuyos términos merecieron oportuna réplica de la demandada a fojas 388/389.

II. Del relato inicial surge que el 5 de mayo de 2001 la señora G. L. E. ingresó a trabajar para Vestiditos SA, como vendedora, que cumplía una jornada de lunes a sábados durante ocho horas y que percibía una remuneración de $1.827,36. También se desprende de autos que entre diciembre de 2003 y marzo de 2004 la demandante hizo uso de la licencia por embarazo y luego de nacido su hijo, T. J. C. E., se reincorporó a

su puesto habitual en julio de 2004, momento en el cual la reclamante refiere que comenzó a ser maltratada permanentemente por la encargada del local, C. L., en connivencia con la supervisora, S. G.

III. La actora se queja con razón, porque se rechazó su reclamo indemnizatorio por las consecuencias dañosas que padece a causa de haber recibido un trato laboral hostil, el que calificó como violencia laboral. Señala que luego del nacimiento de su hijo T., al regresar de la licencia por embarazo, comenzaron a perseguirla y hostigarla en forma permanente durante el desarrollo de su horario de trabajo. Afirma que "...soportó todo tipo de desprecios, humillaciones en público y malos tratos..." y refiere que "...durante el período de lactancia (desde julio de 2004 a marzo de 2005) la actora debía retirarse una hora antes para amamantar a su pequeño hijo y se le hacía 'compensar' dicha hora con la hora de almuerzo, por lo que la actora permanecía siete horas trabajando de pie sin poder ingerir alimento alguno..." (conf. fs. 5).

Agrega que "...cada vez que avisaba que llegaría unos minutos más tarde porque la persona que cuidaba a su bebé (...) se había demorado en llegar, la encargada C. L. le respondía que eso no era posible 'que no podía llegar tarde, que si no podía estar en horario, que faltara'. De ese modo, perdía el presentismo, lo que significaba una merma en su salario. Los malos tratos propiciados por la Sra. L. a mi mandante llegó a extremos tales que cuando la actora se ausentaba, al día siguiente la encargada la castigaba prohibiéndole a sus compañeras que le hablaran. Tampoco le estaba permitido recibir llamada alguna en el teléfono del local. En el caso de la actora esto era terrible, ya que mientras ella trabajaba una persona cuidaba de su bebé y E. permanecía intranquila durante la jornada laboral debido a que si algo sucedía a su pequeño, la persona que lo cuidaba no podía llamarla al local para avisarle. Luego comenzaron a cambiarle los horarios todos los días, informándole el día anterior a qué hora debía concurrir al día siguiente, trabajando algunos días a la mañana y otros de tarde, lo cual tornaba imposible la organización de su vida y la posibilidad de contratar a una persona que cuidara su hijo..." (conf. relato inicial, fs. 5 vta.).

Asimismo da cuenta que "...la Sra. L. le daba permanentemente órdenes y contraórdenes de manera tal que era imposible cumplir con las directivas, encontrando de esta forma un nuevo motivo para insultarla y agredirla delante de sus compañeras... cuando faltaba alguna vendedora en otro local, siempre la mandaban a la actora a cubrir dicho puesto como modo de castigo, aun a sabiendas de lo importante que era para E. permanecer en el local de Flores en atención a la cercanía con su domicilio donde permanecía su bebé mientras trabajaba...". Puntualiza que "... dado que los feriados el local permanecía abierto, era práctica habitual que las vendedoras se turnaran para trabajar en dichos días... quien trabajaba un feriado, no lo hacía el siguiente, y así alternadamente, salvo la actora a quien siempre la hacían trabajar los feriados bajo apercibimiento de que si se oponía, la iban a echar..." (conf. demanda, fs. 5 vta.).

En ese marco, cuadra resaltar que la plataforma fáctica y la decisión respectiva debe adecuarse a lo establecido por la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia (arts. 5°, inc. 2°); 6°, inc. c), 16, inc. e), y 35), su decreto reglamentario N° 1011/2010 y la doctrina de la Corte Federal del caso "Pellicori" (Fallos: 334:1387).

La trabajadora afirma haber sido víctima de violencia laboral, que en términos generales y bajo la rúbrica "violencia laboral contra las mujeres" es definida por el artículo 6°, inciso c) de la ley 26.485 del siguiente modo: "aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral". Por su parte, la reglamentación de esa norma puntualiza: "Se considera hostigamiento psicológico a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, daño físico, psicológico o moral a una trabajadora, sea como amenaza o acción consumada, y que puede provenir tanto de niveles jerárquicos superiores, del mismo rango o inferiores".

En materia probatoria, debe aplicarse el sistema de las cargas dinámicas, según lo impone la reglamentación del artículo 6° de la ley 26.485 (decreto del PEN 1011/2010), que remite a las interpretaciones de los órganos de la Organización Internacional del Trabajo como pauta hermenéutica, criterio que guarda sintonía con lo sentado por la Corte Suprema en la causa "Pellicori", antes citado, en el sentido que cuando se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio, resulta suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá a la parte demandada a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.

En el presente proceso, estimo que la actora aportó indicios suficientes y sólidos de haber sido víctima de violencia laboral, la que es una especie de discriminación contra las mujeres en el mundo del trabajo, el que resulta significativamente expulsivo por razones de género.

Los relatos ofrecidos por E. N. N. (fs. 224/226), M. L. Á. (fs. 229/231) y T. S. Q. (fs. 272/273), propuestos a instancia de la parte actora, describen las tareas que diariamente cumplía la señora E. y dan cuenta de los constantes maltratos que sufrió.

En efecto, el señor N., custodio, señala que "...trabajó con la actora en Flores, en un local de ropa para chicos, *Mimo*, el local estaba sobre la calle Rivadavia y Bonorino. Que la actora en ese lugar era vendedora y a la vez hacía de todo, vendía, *alarmaba* las prendas, llevaba bultos que no le correspondía llevar, es decir, las bolsas que traían las camionetas de *Mimo*, eran bolsas pesadas y eso le correspondía a los chicos llevarlas hasta el depósito, es decir, los chicos que traían el pedido, pero la encargada la obligaba a la actora a llevar las bolsas hasta arriba del depósito, la encargada era C. L., que esto lo sabe, porque él era todo en ese local, la vista y el oído, hacía la seguridad en el local... que la encargada la obligaba a la actora a llevar las bolsas hasta arriba del depósito, lo dice porque la encargada le tenía bronca porque la actora era una de las mejores vendedoras, tenía mucha clientela que venían a pedir por ella, para que las atienda. Que sabe todo esto porque él era la vista y el oído del local, tenía que estar alerta de todo lo que pasaba en el local... la actora tuvo una discusión con la encargada C., porque la sacó a la actora de la caja y puso a una persona que era incompetente para ese trabajo, puso a F., era nueva en la venta... dice que la coordinadora tenía mucho que ver con esto, a la actora la tenían de aquí para allá. Que la coordinadora se llamaba S. ...le decía que vaya a *alarmar*, como así vaya a barrer el local, prácticamente de esclava, que todo esto lo sabe, porque él estaba para ver y escuchar todo tanto en el depósito como en el salón. Que el dicente se fue y luego no vio más a la actora... además si las chicas le hablaban a la actora, la sacaba del salón y la ponían a subir bolsas al depósito, como limpiar el baño también... incluso cuando la actora estaba amamantando a su hijo así faltara o no algún empleado, la hacían venir a la actora al local y la hora del almuerzo no se la daban completa, le daban media hora para almorzar, que lo sabe, porque lo ha visto y escuchado en el local..." (conf. fs. 224/226).

De igual modo, la señora Á., compañera de trabajo de la actora, da cuenta que "...la actora era vendedora, limpiaba los vidrios, baño, lo que era la carga de mercadería para el depósito, las bolsas y cajas, que iban en el depósito que estaba arriba, luego era mantener el sector, reponerlo de mercadería, muchas veces iba al banco a buscar cambio, iba sola, y la atención al público, que sabe que la actora hacía todo esto porque trabajaban juntas, que la dicente y la actora trabajaban en horarios que podían ser de mañana o de tarde, iban rotando...la dicente se retiró antes, hasta el año 2007 la actora trabajó, que fue el año en que la dicente dejó de trabajar... que la actora con su trabajo era buena, siempre atendía bien a los clientes, tenía buena disposición, al sector lo tenía siempre ordenado, además había clientes que preguntaban por ella, porque preferían que los atendiera ella... la actora se manejaba dócil y la encargada tenía una forma muy violenta para con la actora, agresiva, de malos modos, como menospreciando su trabajo y su manera de ser... un ejemplo: si la actora atendía a un cliente y tardaba, la juzgaban, porque tardaba demasiado, pero la verdad es que está brindando un servicio o por ejemplo limpiar un baño de hombre no es agradable o tenerla muchas horas paradas y no permitirle descanso, decirle de mala manera las cosas, sobrecargarla de tareas y extra que era imposible realizarlo en horas de trabajo, que sabe todo esto respecto de la actora porque lo veía. Que dice que la encargada tenía una forma muy violenta para con la actora, por el modo y forma de hablar, gritando e imponiendo su autoridad...con los demás se llevaba más o menos bien, pero con la actora era como que se desquitaba, siempre los peores trabajos y peores actividades se las llevaba la actora... cuando tuvo el nene, tenía su horario de lactancia, entonces no le dejaban tomarse la hora de almuerzo, porque le decían que ella trabajaba siete horas y que por eso no le correspondía, estaba todo el día en el local sin comer nada, sin poder salir... la actora se manejaba dócil porque es su personalidad, es buena persona, nunca la escuchó gritar y faltar el respeto a nadie... la actora acataba las órdenes, qué iba hacer, la veía angustiada y llorando... que es triste ver que a una persona la traten así y uno sin poder hacer nada porque siempre 'tenés arriba una encargada' y uno hace todo lo que se le pide para cuidar su trabajo... que la dicente dice que ella dejó de trabajar luego de su segunda maternidad, se fue en el mes de septiembre de 2007, la dicente dice que presentó su renuncia..." (fs. 229/231).

Y también la señora Q., compañera de trabajo de la accionante, refiere que "...la actora y la dicente eran vendedoras...estando en el local se notaba el ambiente de cómo eran con ella, es decir, con la actora, la dicente hablaba con la actora y se veía cómo era el trato con ella, le decían de mala forma las cosas, también le decían que tenía que irse a otro local; y ni le preguntaban, la mandaban nomás. Que la dicente se fue en el año 2009 y la actora en el año 2007 salió de licencia, no sabe las razones de la licencia de la actora y la actora volvió en el año 2009, la dicente estuvo un poquito y luego se fue porque la dicente tuvo familia y se fue,

la dicente volvió en junio de 2009 y estuvo un mes y luego se fue en agosto definitivamente, por su hija... que la actora tenía ataques de pánico, vivía llorando, estaba angustiada y el poquito que podían hablar con la actora le contaba eso, lo mal que se sentía de cómo la trataban. Que la dicente la vio en este estado que describió, cada dos por tres la veía triste. Que la dicente dice que este maltrato la actora lo recibía de la encargada, en ese momento era C. L., que lo sabe porque la dicente estaba ahí, porque lo vio, porque lo escuchó, en los momentos que estaban siempre ahí, por ejemplo, cuando le pedían el pedido, se lo pedía de mala forma esta persona. Que en el depósito no se podía estar del calor, así arriba no se la pasaba bien, era insalubre, que la actora y la dicente siempre permanecían ahí por tres horas y a veces todas las mañanas hasta que iban a comer..." (fs. 272/273).

Considero que las descripciones referidas por los/as deponentes resultan coherentes, concordantes y objetivas, provienen de compañeros/as de trabajo que se desempeñaban en el mismo local y cumplían los mismos horarios de trabajo y, en tal sentido, revelan un conocimiento directo y personal de lo ocurrido durante la vigencia de la relación laboral mantenida por la actora (conf. art. 386 Cód. Proc. Civ. y Comercial y art. 90 LO). Por ello, el análisis de las pruebas producidas, según las reglas de la sana crítica (artículo 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y el principio de amplitud probatoria vigente en materia de acreditación de hechos de maltrato laboral, me inclinan a considerar acreditados los extremos referidos en el inicio. En efecto, los/as compañeros/as de trabajo de la accionante tienen efectivo conocimiento de los episodios descriptos en la demanda y relatan los distintos sucesos ocurridos durante la vigencia de la relación laboral.

Al respecto cabe puntualizar que además de los coincidentes relatos que se desprenden de las declaraciones testimoniales reseñadas, se suma la pericia médica obrante a fojas 303/313 y vta., en la que el especialista en medicina y psiquiatría Dr. Luis Alejandro Pérez Dávila coincidió con el diagnóstico enunciado en el estudio psicológico emitido por la Lic. Ariana Gabriela García (cuya copia luce agregada a fojas 65/86 y que fuera reconocida a fojas 284 por la experta).

De este surge que se le efectuaron a la actora una amplia batería de tests que dieron cuenta de una persona de pensamiento lógico y coherente en la que no se constataron elementos de fabulación, ni mentiras ni delirios ni simulación. Se arribó allí a un diagnóstico certero y se afirmó que padece Reacción Vivencial Anormal Neurótica, grado III-IV, que le genera una incapacidad parcial y permanente del orden del 25% y que, sumados los factores de ponderación pertinentes, alcanza una merma total del orden del 31,5% de la total obrera, según baremo del dto.659/96. La actora, una mujer joven, pasó con éxito un examen pre-ocupacional en los inicios de 2001 y fue desvinculada el 30 de septiembre de 2009, sin que exista ningún elemento que permita inferir que esa minusvalía pueda deberse a otra causa.

Estos elementos son lo suficientemente sólidos como para concluir, desde un juzgamiento con perspectiva de género, que la actora proporcionó indicios suficientes y que la demandada, en consecuencia, debía arrimar a la causa elementos que legitimaran que su despido no tenía por causa la discriminación.

En síntesis, por las reglas de las cargas dinámicas del "*onus probandi*", corresponde atribuir veracidad a los hechos expuestos por la trabajadora en el escrito inicial —que en la pericia fueron considerados auténticos— en lo que atañe a que su despido obedeció a causas discriminatorias y colofón de un proceso de violencia laboral.

No soslayo la dificultad que enfrentan las personas trabajadoras que son víctimas de violencia en el trabajo para probar en juicio situaciones de maltrato, en especial cuando se trata de hostilidades reiteradas que evaluadas aisladamente parecen intrascendentes pero que, sumadas en su conjunto, alcanzan entidad para concluir que efectivamente se ha generado un daño psicológico que debe ser reparado. Así el experto da cuenta que "...la personalidad de la actora es normotípica (se encuentra dentro de los rangos comparables para la mayoría de las personas que se encuentran dentro de similar franja etaria, nivel socioeconómico, nivel educacional cultural y laboral). Se han demostrado características de personalidad de base. Y también la angustia con la cual convive, reflejada en los tests gráficos. Se ha constatado trastorno de ansiedad generalizada con los 'panic attacks' y una importante neurosis traumática con depresión reactiva..." (conf. fs. 308). El galeno, además, precisa que "...no se han constatado durante la entrevista, el interrogatorio y examen psicosemiológico elementos de disimulación, de parasimulación, ni de metasimulación, ni de presimulación ni tampoco actitudes para lograr una mejor indemnización a través de una neurosis de renta..." (conf. fs. 308 vta.) y concluye que "... para este perito, la presión laboral sumado a situaciones de desborde y gran desgaste, que lo fueron mermando por momentos y desequilibrando, fueron sin duda causales de sus ataques de pánico. No obran en autos otras documentales analizadas, que hagan que el criterio de este perito modifique..." (conf. fs. 310 vta.).

Por ese motivo, un escrutinio excesivamente severo en materia probatoria en los casos de violencia en el

trabajo podría llevar a que ciertos tipos de ilicitudes por incumplimiento de la obligación de la empleadora de garantizar el derecho humano a un ambiente laboral libre de violencia que resguarde la dignidad de la persona a la postre no sean resarcidos y, en su caso, sancionados y por lo tanto, que se ponga en peligro la protección eficaz de ese derecho. Porque no se encuentra en discusión que aquella entraña una obligación que tiene a cargo la empleadora con causa en la relación laboral (arts. 63, 64, 65, 68, 75 y conc. de la Ley de Contrato de Trabajo) y que su incumplimiento genera responsabilidad por los daños que la persona trabajadora padezca, ya en el orden patrimonial como en el extrapatrimonial.

Los elementos colectados persuaden que la señora E. fue maltratada y hostigada psicológicamente por sus superiores. Considero que se encuentran verificadas las constantes agresiones y malos tratos que proferían la encargada y supervisora del local hacia la persona de la reclamante. La antijuridicidad citada provocó perjuicios a la trabajadora, de 33 años de edad y las constantes agresiones tuvieron aptitud para generar un daño de incidencia patrimonial, ya que la accionante vio frustrado su derecho a permanecer trabajando como lo venía haciendo (no surge ningún elemento que dé cuenta que hubiese recibido sanciones o apercibimientos), el derecho a continuar ganando su sustento percibiendo el salario, de naturaleza alimentaria. Esta derivación dañosa constituye una consecuencia inmediata y necesaria del hecho ilícito (Art. 901 Cód. Civil, vigente a la fecha de los hechos).

Tal como ha sostenido este Tribunal, en casos análogos al presente el *acoso moral laboral* es definido en la doctrina médica, sociológica y jurídica como una situación creada por una persona o grupo de personas, quienes ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado y sobre una persona en particular (cfr. "Romero, Andrea N. c. Rophe SA y otro s/ despido", sentencia definitiva N° 92.421 del 18/04/2018 y más recientemente, "P. P. L. c. Programas Médicos Sociedad Argentina de Consultoría Mutual y otros s/ despido", sentencia definitiva N° 94.266 del 28/11/2019, entre otros).

Es necesario diferenciar, además, aquello que constituye "acoso" de las tensiones ordinarias que subyacen en toda comunidad de personas de las que no se encuentra exento el entorno laboral. Es decir, no todas las situaciones que revelen un conflicto entre la persona que trabaja y su superior jerárquico puede calificarse, sin más, como acoso moral (ver lo expresado por el Dr. Daniel Stortini en "Trabajo igualitario y acoso laboral" en *Revista de Derecho Laboral, Discriminación y violencia laboral*, tomo II, ed. Rubinzal - Culzoni, 2009, p. 445 y ss.; asimismo, "Bayley Bustamante, Lilia M. c. Abeledo Gottheil Abogados SC y otro s/ despido", sentencia definitiva N° 16.626, del 26/05/2009, del registro de Sala X). Asimismo, se ha subrayado que "...[l]a presencia de una situación de "mobbing" con consecuencias jurídicas requiere entonces la verificación de un reiterado y regular proceder perverso, el que con frecuencia tiene finalidad de segregar o eliminar al acosado de la comunidad de trabajo".

De su lado, la Organización Internacional del Trabajo ha definido la *violencia en el lugar de trabajo* como toda acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable mediante el cual la persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma (v. pto. 1.3.1. del "Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirlas", elaborado en la Reunión de expertos en octubre de 2003, Ginebra - *www.ilo.org./global/langen/index.htm-OIT*; ver entre otros, "V. P. M. A. c. Teletech Argentina SA s/ despido, sentencia definitiva N° 87.370, del 13/02/2012, del registro de esta Sala).

Por último, considero necesario destacar —por tratarse de un hito insoslayable— la nueva normativa internacional adoptada recientemente por la citada Organización en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo (108ª) el 19 de junio de 2019. Se trata del Convenio Num. 190 y la Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: *www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C190*.

Aunque resulte evidente, quiero remarcar que todo lo anteriormente reseñado resulta suficiente para encuadrar el *thema decidendum* desde el aspecto normativo; empero, pienso que el consenso internacional, recientemente manifestado sobre la temática en juego, revela una impronta que otorga fuerza cardinal a toda decisión en la que se diluciden cuestiones como las aquí planteadas. Digo esto porque no eludo que dicha normativa aún no ha sido ratificada por nuestro país; más es innegable su cualidad loable como fuente de derecho internacional que recoge principios de validez atemporal y que no reconoce fronteras (conf. voto de la Dra. María Cecilia Hockl en "S. A. M. c. Casa Rago", sentencia definitiva N° 93.860 del 19 de julio de 2019, del registro de esta Sala).

En esta línea, el artículo 1° del citado Convenio establece que "a) la expresión 'violencia y acoso' en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de

causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género", y "b) la expresión 'violencia y acoso por razón de género' designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.". Que, conforme el artículo 2°, sus postulados resultan de aplicación "a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo". Finalmente, resalto el artículo 6°, en cuanto dispone que "[t]odo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo".

En consecuencia y por todos los motivos expuestos, cabe colegir que la violencia relatada por los testigos llevó a la actora 'razonablemente' a padecer los trastornos psicológicos constatados y a la necesidad de tener que sufragar gastos y demás tratamientos psicológicos. Considero, pues, que, la violencia moral que padeció de parte de sus superiores jerárquicos —dependientes de la firma demandada—, tuvo aptitud para provocarle la afección psicológica descripta por el experto médico, que necesitó de asistencia psicológica, con la consecuente erogación de honorarios profesionales. En definitiva, y por todos los motivos expuestos, existió un acto ilícito (antijuridicidad) y daño (patrimonial y moral) en relación causal adecuada con el primero por lo que propicio hacer lugar al reclamo de la accionante.

En efecto, estimo que la demandada tiene responsabilidad civil por las consecuencias dañosas del evento, según lo norma el artículo 1113 primer párrafo del Cód. Civil, en cuanto dispone: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado".

La responsabilidad por el hecho del dependiente es una responsabilidad refleja o indirecta, de tipo objetivo, es decir, no emplazada en la culpa. Se acepta de modo dominante que esta especie de responsabilidad tiene fundamento en la garantía. Las I Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 1963), declararon que los principios que sirven de fundamento a las responsabilidades indirectas por hechos de dependientes o auxiliares "son determinados por el fenómeno económico jurídico resultante de la prolongación de la actividad propia por la utilización de fuerzas ajenas. Importan una garantía impuesta a quien las utiliza".

Además de: 1) la relación de dependencia (no necesariamente laboral); 2) la antijuridicidad del dependiente; 3) el daño y 4) la relación causal entre el evento dañoso y el perjuicio, es exigible, como requisito de activación de esta responsabilidad indirecta, según el artículo 1113 primer párrafo del Cód. Civil: 5) la relación entre la función encomendada al dependiente y el acto dañoso.

Dentro de esta categoría conceptual se engloba tanto al daño causado en ejercicio de la función como al ocasionado con ocasión de la función o bien con motivo de la función (Cifuentes, Santos y Sagarna, Fernando, Código Civil Comentado y Anotado, Bs. As., 2011, Tomo II, p. 659). Es un acto concretado "con ocasión de la función" aquél que, aunque ajeno o extraño a la función, únicamente ha podido llevarse a cabo y, por ende, no habría podido ser realizado llevado a cabo por el autor del ilícito de no mediar la relación dependiente.

En definitiva, la responsabilidad de la empleadora no es controvertible, sin perjuicio de las acciones de regreso que le puedan asistir al amparo del artículo 1123 Cód. Civil. Lo cierto es que los hechos acontecieron en el ámbito laboral, de custodia de la empleadora, y esta tiene para con las personas que allí le prestan servicios una obligación de seguridad (art. 75 LCT) que garantice indemnidad psicofísica, respondiendo a su vez, por imperativo legal, por los hechos ilícitos de quien se vale para funcionar (art. 1113, primer párrafo del Cód. Civil). Por consiguiente corresponde condenar a Vestiditos SA en los términos referidos.

IV. En lo concerniente al *quantum* del resarcimiento tendré en consideración la incapacidad determinada por el perito médico (31,5% T. O.); la remuneración mensual denunciada en el inicio ($1.827,36.-); la edad de la trabajadora a la fecha de los hechos (33 años); su condición de mujer y madre; que requiere de tratamientos cognitivo conductual y psiquiátrico de por lo menos un año y medio (según se desprende del informe de fs. 311). También se ponderan las múltiples proyecciones de la incapacidad en la vida de relación de la trabajadora, ya que, como lo ha dicho la Corte Federal en el caso "Arostegui" (Fallos: 331:570), no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Se añade que esta Sala utiliza como cuantificación estimativa la fórmula "Vuotto - Méndez", aunque sin apego matemático.

En ese orden, propongo cuantificar la indemnización por daño patrimonial (incapacidad sobreviniente y gastos por tratamientos terapéuticos) en $275.000.-, asimismo, sugiero adicionar la suma de $70.000.- en concepto de daño moral, lo que totaliza un capital de $345.000.-, que llevará un interés conforme las tasas fijadas en las actas de esta Cámara Nacional del Trabajo N° 2357, 2601, 2630 y 2658, desde la fecha de la desvinculación (30 de septiembre de 2009) hasta su efectivo pago.

V. A influjo de lo normado por el artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde una nueva decisión en materia de costas y honorarios. Las costas de ambas instancias deben imponerse a la demandada porque fue vencida en lo central del litigio (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y deben regularse los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada Vestiditos SA y los del perito médico legista, en el 16%, 12% y 7% respectivamente y los de la representación letrada de los señores letrados firmantes de los escritos de fojas 376/386 y vta. y fojas 388/389 en el 30% a cada uno de ellos, de lo que les corresponda percibir por los trabajos realizados en la anterior instancia (art. 38 LO y normas arancelarias de aplicación).

Por todo lo expuesto, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) revocar la sentencia apelada y condenar a la demandada Vestiditos SA a pagar a la señora G. L. E. la suma de $345.000.-, con más los intereses fijados en las actas de esta Cámara Nacional del Trabajo N° 2357, 2601, 2630 y 2658, desde el día del 30 de septiembre de 2009 hasta su efectivo pago; b) imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su carácter de objetivamente vencida; c) regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada Vestiditos SA y los del perito médico legista, en el 16%, 12% y 7% respectivamente; d) regular los emolumentos de la representación letrada de los señores letrados firmantes de los escritos de fojas 376/386 y vta. y fojas 388/389 en el 30% a cada uno de ellos, de lo que les corresponda percibir por los trabajos realizados en la anterior instancia.

La doctora *Hockl* dijo:

Que adhiere al voto que antecede, por compartir sus fundamentos y conclusiones.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, se resuelve: a) revocar la sentencia apelada y condenar a la demandada Vestiditos SA a pagar a la señora G. L. E. la suma de $345.000.-, con más los intereses fijados en las actas de esta Cámara Nacional del Trabajo N° 2357, 2601, 2630 y 2658, desde el día del 30 de septiembre de 2009 hasta su efectivo pago; b) imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su carácter de objetivamente vencida; c) regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada Vestiditos SA y los del perito médico legista, en el 16%, 12% y 7% respectivamente; d) regular los emolumentos de la representación letrada de los señores letrados firmantes de los escritos de fojas 376/386 y vta. y fojas 388/389 en el 30% a cada uno de ellos, de lo que les corresponda percibir por los trabajos realizados en la anterior instancia; e) hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberá efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/2013). — *Gabriela A. Vázquez. — María C. Hockl.*

Violencia laboral: hostigamiento psicológico y derecho a la reparación integral

Gloria M. Pasten de Ishihara (*)

Sumario: I. Antecedentes.— II. Cuestiones abordadas.— III. Estándar probatorio.— IV. El derecho a vivir una vida libre de violencia y las obligaciones de seguridad de la parte empleadora.— V. El hostigamiento psicológico.— VI. La responsabilidad civil de la empleadora.— VII. La reparación del daño y su cuantificación.

I. Antecedentes

Este novedoso fallo exhibe una visión integradora y adecuada a los estándares internacionales en materia de violencia y discriminación contra la mujer. La pretensión consistió en reclamar en el marco del régimen de responsabilidad civil y, por ende, ajena a la órbita sistémica, una reparación integral por las consecuencias dañosas padecidas debido al maltrato laboral al que fue sometida la mujer trabajadora.

La actora denunció haberse desempeñado como vendedora en la empresa demandada desde el año 2001 y que, luego de haber gozado de una licencia por embarazo, comenzó a ser maltratada permanentemente por parte de la encargada del local en connivencia con una supervisora, hasta que fue despedida en el año 2009, acto extintivo que calificó de discriminatorio y culminación de un proceso de violencia laboral.

La sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante el voto de la Dra. Gabriela A. Vázquez, a la que adhirió la Dra. María Cecilia Hockl, admitió la demanda y responsabilizó a la empleadora por las consecuencias dañosas padecidas por la actora por haber sido sometida a diversas situaciones de maltrato.

II. Cuestiones abordadas

La jueza, con meridiana claridad, estableció los hechos y se abocó a determinar el estándar probatorio. Luego seleccionó el marco normativo al que debía adecuarse la decisión del caso, la procedencia de la reparación civil, la responsabilidad de la demandada por el evento dañoso y cuantificó la indemnización, temas que serán abordados en los apartados siguientes.

III. Estándar probatorio

La primera cuestión a la que alude la judicante se relaciona con el sistema probatorio al que acudirá para resolver el caso litigioso.

En efecto, dentro del deber de diligencia del Estado y la consecuente responsabilidad internacional, desde la perspectiva de género,

(*) Abogada y procuradora. Especialista en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, UBA. Agente de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, Universidad de Zaragoza, Programa Alfa de la Unión Europea. Máster en Igualdad de Género de la Universidad de Castilla-La Mancha. Profesora y adjunta interina de grado y posgrado en la Facultad de Derecho, UBA, 1988/2013. Replicadora en los Talleres de Trabajo para una Justicia con Perspectiva de Género según el Programa de la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, validado por el sistema de Naciones Unidas en Argentina. Exjueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Presidenta de la CNAT (período 2014).

los medios de pruebas y su valoración, que adquieren particular relevancia por su íntima vinculación con el derecho humano fundamental de las mujeres de acceder a la justicia, en forma oportuna, eficaz y en igualdad de condiciones y entre otras acciones, se encuentra el de adoptar todas las medidas adecuadas de cualquier índole, incluso de carácter legislativo, para modificar leyes, reglamentos, usos y prácticas jurídicas o consuetudinarias que constituyan discriminación o respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, obligaciones que recaen sobre los tres poderes del Estado y que surgen de la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de las recomendaciones generales 19 y 33 del Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer ("Violencia contra la Mujer" y sobre el "Acceso de las Mujeres a la Justicia") y, de igual manera, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, instrumentos que en adelante serán citados como "Cedaw" y "Belém do Pará".

En este contexto, si bien el principio general en materia de prueba en el sentido tradicional consiste en que la parte que afirma un hecho debe acreditarlo, la ley 26.485 **(1)** cuyo contenido se informa en la Constitución Nacional, en las convenciones internacionales y en otras de igual rango, garantiza el acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia y al regular la violencia laboral como modalidad de tipos de violencia, consigna específicamente la carga en materia de prueba —art. 6º, inc. c) y párr. 4º— del dec. regl. 1011/2010) y dispone que en los supuestos de denuncia de discriminación por razón de género se apliquen los principios generales receptados en el convenio 111 y las recomendaciones de 1988 del Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo.

A su vez, en el título que la ley 26.485 dedica al procedimiento judicial, consagra el principio de la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados y, como método de evaluación, el de las reglas de la sana crítica y la consideración de las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos —arts. 16, inc. i), y 31—, directivas que en el año 2011, con posterioridad a la sanción de la norma citada, se plasmaron en el pronunciamiento dictado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Pellicori" **(2)**, donde fijó el estándar probatorio mediante principios generales en materia de prueba, aplicables precisamente por su amplitud a todo supuesto que constituya un obstáculo para el efectivo ejercicio y goce de derechos humanos fundamentales.

La decisión adoptada por la jueza, en esta primera etapa de análisis, luce idónea al marco jurídico y jurisprudencial vigente, tanto en el orden nacional como internacional. La distribución de la carga probatoria, el análisis hermenéutico de las interpretaciones de la Organización Internacional del Trabajo, sumadas a las directivas y recomendaciones internacionales referidas y las propias de la ley 26.485, la aplicación de las reglas de la sana crítica proyectadas en la apreciación de las pruebas testimonial y médica, ordenadas para visibilizar los actos violentos denunciados, le proporcionaron la motivación suficiente para tener por acreditado que la actora fue sometida a un proceso de violencia laboral que culminó en un despido discriminatorio.

IV. El derecho a vivir una vida libre de violencia y las obligaciones de seguridad de la parte empleadora

De la prueba testimonial se extrae que la encargada del local, con conocimiento de quien oficiaba como coordinadora, le encomendaba a la actora, que se desempeñaba como vendedora, los peores trabajos y las peores actividades, la obligaba a llevar a cabo tareas fuera de las propias, destinándola a cargar bolsas, limpiar el baño, la menospreciaba, no le respetaba su horario de lactancia ni el tiempo para almorzar, lo que implicaba que pasara todo el día sin comer ni salir del local.

Las declaraciones testimoniales, reseñadas prolijamente, dan cuenta de conductas de maltrato ejecutadas por otra mujer u otras

(1) Ley 26.485, BO 14/04/2009 y dec. regl. 1011/2010, BO 21/07/2010.

(2) CS, 15/11/2011, "Pellicori, Liliana S. c. Colegio de Abogados de Capital Federal s/ amparo", AR/JUR/68958/2011.

mujeres, aspecto que no debería sorprender si tenemos en cuenta que el patriarcado como modelo político y social ha construido e impuesto roles donde la mujer aparece en un plano inferior pero en el caso en comentario, la encargada y la supervisora del local, como expresión del inconsciente androcéntrico que sobrevive en las mujeres, reprodujeron el papel atribuido a los hombres, asumiendo un rol dominante y ejerciendo el poder que les fue delegado en forma abusiva.

A estas conductas violentas, que la jueza tuvo por acreditadas mediante la prueba testimonial, se agregó el análisis de la pericia médica que dio cuenta del daño psicológico padecido por la actora como consecuencia del maltrato laboral y de haber desempeñado tareas en un ambiente hostil y humillante, todo ello valorado según las reglas de la sana crítica que, como ya se expresó, es el método de interpretación de las pruebas, consagrado en el art. 31 de la ley 26.485.

Estas cuestiones fueron adecuadamente examinadas al referirse a la responsabilidad de la empleadora por los daños padecidos por la actora como consecuencia de la violencia laboral a la que fue sometida, al constatar que la empleadora incumplió ejercer sus facultades de organización y de dirección en forma funcional, dentro de los límites legales que determinan que la parte empleadora no solo se encuentra legitimada para tomar medidas en resguardo de la integridad psicofísica, la dignidad y la indemnidad de las personas que se desempeñan bajo relación de dependencia, sino que constituye un estándar jurídico derivado del principio de buena fe exigible a quien contrata personas para trabajar bajo sus órdenes.

Desde esta óptica, el art. 14 bis de la CN predica que la persona trabajadora debe prestar sus servicios "en condiciones dignas y equitativas de labor" y el párr. 2º del art. 4º de la Ley de Contrato de Trabajo consagra una concepción humanista del trabajo que le otorga a la persona humana un lugar preferencial en virtud de su condición humana subordinando la economía al derecho, aspectos destacados por la Corte Federal en los casos "Vizzoti" **(3)** y "Aquino" **(4)** juntamente con consideraciones respecto del art. 19 de la CN y de la inviolabilidad de la persona humana a la que también se refiere el art. 51 del Cód. Civ. y Com. Por su parte, la ley 26.485 expresamente promueve y garantiza el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia ni discriminación en todos los ámbitos en que desarrolle sus relaciones interpersonales.

En este marco, luce apropiado el encuadre jurídico adoptado por la magistrada respecto de conductas provenientes de la parte empleadora que se proyectaron en la violación de los deberes de conducta y de preservación de la indemnidad de la trabajadora, contemplados en la Ley de Contrato de Trabajo.

V. El hostigamiento psicológico

La Dra. Vázquez, a los fines de examinar la configuración o no de hostigamiento psicológico como una modalidad de los tipos de violencia, adoptó como punto de partida el art. 6º, inc. c), de la ley 26.485 que regula la violencia laboral y que, como tal, no se encuentra contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo.

Este acto ilícito, en repetidas ocasiones, ha sido abordado por la Organización Internacional del Trabajo, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, que con distintos matices individualizan conductas violentas en el ámbito de las relaciones laborales generadas por el ejercicio abusivo del poder, aunque bajo diversas denominaciones, entre otras y solo a modo de ejemplo: maltratos verbales, agresiones físicas, acoso psicológico, maltrato organizacional, hostigamiento de índole sexual, ambiente nocivo y hostil, *mobbing*, acoso moral y acoso sexual.

La ley 26.485, en el art. 5º, define distintos tipos de violencia, mientras que el art. 6º, enuncia las formas en que se manifiestan y la misma norma, en el inc. c) define a la violencia laboral contra las mujeres, dispositivo que se complementa con el dec. regl. 1011/2010, que aporta entre otros los conceptos de discriminación laboral y

(3) 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos c. Amsa SA s/ despido", Fallos 327:3677.

(4) 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753.

hostigamiento psicológico. La magistrada en su voto, con cita de doctrina jerarquizada, acudió a esos dispositivos legales para reflejar la verdadera dimensión del conflicto, como los factores que provocaron la exclusión de la trabajadora del universo laboral en violación al derecho de la mujer de permanecer en su empleo —art. 6º, inc. c) y párr. 1º dec. regl. 1011/2010).

Las conductas denunciadas, acreditadas en la causa, se proyectan en múltiples formas que se entrecruzan con otros tipos y modalidades que la norma contempla y juntamente con el desarrollo normativo, doctrinario, jurisprudencial y dando cuenta de un acertado ejercicio interpretativo en los términos del art. 2º del Cód. Civ. y Com., la Dra. Vázquez subsumió el caso en un supuesto de violencia psicológica, arts. 6º, inc. c) y párr. 3º del dec. 1011/2010 que reglamenta la ley 26.485, en armonía con los dispositivos contenidos en la CEDAW, sus recomendaciones y en la de Belém do Pará.

Como he señalado en otras oportunidades y en supuestos similares al presente, las conductas violentas de la que fue objeto la actora fueron abordadas desde la interseccionalidad de factores que agravaron su vulnerabilidad como mujer y madre trabajadora y se materializaron en actos de violencia psicológica, llevados a cabo por empleadas de rango superior en el ejercicio abusivo del poder; por su parte, la actitud pasiva de la empresa respecto de su deber de seguridad e indemnidad dieron origen a un supuesto de violencia institucional y a la configuración de violencia laboral, por haber sido ejercida en el ámbito donde la actora cumplía sus tareas —arts. 5º, inc. 2º, 6º, incs. b) y c) de la ley 26.485 y su decreto reglamentario—.

Un aspecto que considero particularmente significativo, dado que pone de manifiesto el criterio mayoritario en la jurisprudencia de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, consiste en haber considerado como fuente de derecho internacional el convenio 190 y la recomendación 206 sobre la "Eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del Trabajo" —en trámite de ratificación por el Estado argentino— y expresar que dicha convención "recoge principios de validez atemporal y no reconoce fronteras" **(5)**.

En tal sentido, la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo en su actualización del año 2010 **(6)**, compromete a los Estados miembros a respetar y promover los principios y los derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios por cuanto existe un compromiso que deriva de su mera pertenencia a la Organización acerca de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad a la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales, entre ellos, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y desocupación.

En esta declaración de la OIT, si bien se hace referencia a convenios fundamentales que el Estado argentino ha ratificado desde hace mucho tiempo, en verdad la pertenencia y el principio de buena fe constituyen pilares sobre los que se asienta el compromiso internacional.

De manera que las consideraciones vertidas por la jueza respecto del convenio 190 que, como se expresó, aún no ha sido ratificado por el Estado argentino, en supuestos que involucra, cuestiones de género, resultan saludables y oportunas.

VI. La responsabilidad civil de la empleadora

La actora reclamó una indemnización por las consecuencias dañosas padecidas en virtud de la violencia laboral a la que fue sometida y que derivó en daños en su salud a la par de haber sido despedida en septiembre de 2009.

La idea de reparación del daño es un principio constitucional presente en la doctrina fijada en

(5) Al momento de escribir estos comentarios, últimos días de septiembre de 2020, el Convenio y la Recomendación, disponibles en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/, cuentan con media sanción del Senado y actualmente se encuentra en trámite ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, expte. 3561-D-2020.

(6) OIT, Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión, Ginebra, 18/06/1998 (anexo revisado, 15/06/2010), https://ilo.org/declaration/lang--es/index.htm, compulsada el 18/09/2020.

el caso "Aquino" y receptada, de acuerdo con la ley vigente al momento del distracto laboral en los arts. 1113, 1078 y 1749 del Cód. Civil derogado y actualmente en numerosos dispositivos del Código Civil y Comercial, en especial, los arts. 1738, 1740 y 1741, que tutelan, entre otros aspectos, las consecuencias de la violación de derechos personalísimos de la víctima y la integridad personal, así como la obligación de reparación plena de las consecuencias no patrimoniales e incluso el daño moral el cual, recordemos, posee rango constitucional (arts. 75, inc. 22, CN y 5º, apart. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054).

A esta forma de reparación aluden, entre otras, las recomendaciones 19 y 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Belém do Pará, art. 7º, inc. g), e incluso el convenio 190 y la recomendación 206 de la OIT, como se expresó, en vías de ratificación, que instruyen a los Estados miembros, como parte del deber de diligencia, para que, respecto de la mujer, proporcionen reparaciones adecuadas y proporcionales a la gravedad del daño sufrido incluyendo indemnizaciones monetarias. También se refieren a otros medios de reparación adicionales, que, bajo la forma de acciones positivas, se dirigen a personas físicas o jurídicas para modificar patrones socioculturales violentos arraigados en nuestra sociedad, conforme autoriza el art. 75, inc. 23, CN.

La ley 26.485 en el art. 35 establece que la parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, conforme a las normas que rigen la materia. La jueza, luego de un pormenorizado análisis, constató la concurrencia de los factores de atribución que posibilitaron responsabilizar civilmente a la empleadora conforme a la obligación de garantía prevista en el art. 1113, párr. 1º, del Cód. Civil, ello es: un acto antijurídico imputado a dependientas de la empleadora que ostentaban cargos superiores; la relación entre la función encomendada y el hecho dañoso y la relación causal entre el daño sufrido por la actora y la violencia ejercida sobre ella, ello sin perjuicio de dejar a salvo la posibilidad de que la condenada impetre la acción de regreso prevista en el art. 1123 del Cód. Civil.

Este aspecto del pronunciamiento permite efectuar algunas consideraciones vinculadas a la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo abordaje y por razones de espacio —se adelanta— es limitado y parcializado. En el art. 1753 se ha unificado los regímenes de responsabilidad civil contractual y extracontractual que abarca tanto los hechos dañosos provocados por personas vinculadas por el contrato de trabajo como cuando no exista esa relación entre las partes; se consagra la responsabilidad objetiva, no así la culpa del principal, ajena al factor de atribución de responsabilidad objetiva y por último, en virtud del art. 852 del Cód. Civ. y Com. que reenvía al art. 840, se posibilita la acción de regreso de la persona que abonó la indemnización contra la persona que causó el daño.

En el marco de las apreciaciones doctrinarias que realiza la Dra. Vázquez, se observa la aplicación de un criterio amplio y coincidente con la actual normativa civil que consagró la responsabilidad objetiva de la parte empleadora respecto de personas que se encuentran bajo su dependencia por daños que causen a terceros o de quienes se sirve para su cumplimiento, "cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas".

Por último y como un elemento más que fortalece su decisión, observó el incumplimiento de la empleadora respecto de la obligación de seguridad prevista en el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, en perjuicio de la indemnidad de la persona trabajadora. Recuérdese que sobre la empleadora pesa el deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas, juntamente con la prevención de daños en la persona trabajadora. Su responsabilidad nace, entre otros factores, de haber omitido implementar acciones para eliminar o evitar situaciones laborales que signifiquen una amenaza a la salud de las personas que integran la comunidad laboral **(7)**, en el presente caso, no se advierte medida alguna tendiente a modificar el accionar disvalioso de la persona o personas

(7) LÓPEZ, E. — PICASSO NETRI, L., "La obligación de seguridad del empleador y de las aseguradoras de riesgos del trabajo", en VÁZQUEZ FERREYRA, R. O. (dir.), Obligación de seguridad, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, Supl. Esp., ps. 38-48.

en quienes delegó sus facultades de dirección y de organización, conforme lo exigen los arts. 14 bis, CN, 7º, apart. II, inc. b), PIDESC, 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y 4º, apart. 1º de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

VII. La reparación del daño y su cuantificación

La magistrada para cuantificar el monto indemnizatorio, detalló los indicadores que valoró tanto para establecer el daño patrimonial por la incapacidad sobreviniente y los gastos por tratamientos terapéuticos y adicionó otro importe en concepto de daño moral, con ajuste a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Arostegui" **(8)** y si bien utiliza como cuantificación estimativa la fórmula "Vuotto - Méndez", deja en claro que no se apega a fórmulas matemáticas.

Este aspecto del pronunciamiento permite recordar que subsisten ciertas dificultades cuando se pretende medir el daño para establecer el monto indemnizatorio. Desde antaño, nuestro más alto tribunal ha indicado la necesidad de precisar la entidad del daño para obtener una razonable equivalencia que permita justificar el resarcimiento y el ejercicio de la prudencia en su fijación, la ponderación objetiva de la realidad económica y la expresión de las razones que justifican la decisión. En tal sentido, Fernández Madrid **(9)** señala que la idea de "equivalencia es la que genera mayores dificultades, pues puede transitar desde una equivalencia económica y rigurosa, a otra más flexible, ponderada en función de distintos elementos vinculados a la persona de la víctima, su programa de vida y a su inserción en la sociedad"; no obstante, como señala el autor citado, la Corte en el caso "Aquino" **(10)** fijó las pautas básicas de un sistema de reparación del daño padecido por la persona trabajadora.

La magistrada, entre otros elementos de valoración para cuantificar la indemnización y en el desarrollo del pronunciamiento, consideró la condición de la actora como madre y mujer trabajadora y como dato relevante respecto de la proyección de la incapacidad en la vida de relación, la exclusión de la comunidad laboral y su consecuente frustración de permanecer trabajando le acarreó la pérdida del salario de naturaleza alimentaria.

En este contexto, en el marco de las normas de responsabilidad civil y de las facultades que le otorga a la Magistratura el art. 165 del Cód. Proc. Civ. y Com., de aplicación al procedimiento laboral (art. 155, ley 18.345) para determinar el importe de los daños y perjuicios, se advierte que la jueza hizo uso de un criterio flexible al ponderar variables personales con perspectiva de género y en aras de corregir la relación asimétrica de poder, se orientó hacia el proyecto de vida de la trabajadora y la repercusión del despido discriminatorio como factor de exclusión del universo laboral.

En definitiva, en el pronunciamiento en comentario, es posible observar un desarrollo prolijo de etapas procesales y sustantivas, acorde con la obligación constitucional y convencional para juzgar con perspectiva de género.

La temática abordada da cuenta de la complejidad que presenta el ordenamiento jurídico respecto de la protección integral a la mujer, que obliga a realizar una interpretación armónica del plexo normativo, la doctrina y la jurisprudencia, nacional e internacional, respecto de actos de violencia en todas las esferas de actuación, en este supuesto, en el ámbito de las relaciones laborales.

Como aspecto imprescindible de la decisión adoptada, se advierte que, en resguardo de la responsabilidad internacional asumida por el Estado argentino, se ha determinado y justificado el derecho aplicable, culminando el proceso argumentativo al otorgar una indemnización para reparar los daños detectados.

(8) 29/04/2008, "Arostegui, Pablo M. c. Omega ART SA s/ accidente", Fallos 331:570.

(9) FERNÁNDEZ MADRID, J. C. — CAUBET, A., "Riesgos del trabajo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 82-87.

(10) Fallos 327:3753.

Jurisprudencia Anotada

EJECUCIÓN DE MULTAS EN EL ÁMBITO LABORAL

Sanción impuesta por el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción. Excepción de inhabilidad de título. Procedencia. Aptitud ejecutiva del título condicionada a la regularidad del procedimiento administrativo.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — Si bien es cierto que el art. 12 de la ley 18.695 habilita la ejecución de multas impagas con la presentación de un testimonio de la resolución condenatoria expedida por la autoridad administrativa competente, en el marco de un sumario originado en infracciones a normas legales o reglamentarias del derecho del trabajo, también lo es que la aptitud ejecutiva del título y, por consiguiente, la habilitación de la ejecución, se encuentra condicionada a la regularidad de los trámites relativos a la emisión de la respectiva resolución, lo cual también comprende una correcta notificación de sus términos a efectos de permitir no solo el agotamiento de las vías recursivos, dando de tal modo firmeza a la resolución, sino también, primordialmente, el eventual ejercicio de los recursos correspondientes.

2. — La excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada es procedente, pues, si bien es cierto que en un proceso ejecutivo no debería discutirse la causa de la obligación reclamada, cabe tener en cuenta, por un lado, que la regularidad de una ejecución como la presente remite en forma directa a la del procedimiento administrativo cumplido para la emisión del certificado, y por otro, que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de hacer una excepción a aquél principio cuando existe la seria posibilidad de que la condena se funde en una deuda inexistente y esta circunstancia resulte manifiesta de las constancias de la causa.

3. — La falta de cuestionamiento a la imposición de la multa que pudiera haberse verificado en sede administrativa, no resultaría oponible ni relevante si, como lo denunció la accionada al contestar la intimación de pago que se le efectuara, jamás fue pasible de inspección alguna de parte del IERIC, no se ha cumplido a su respecto el procedimiento administrativo que debe preceder a la emisión del certificado de deuda cuya ejecución se pretende y tampoco recibió notificación alguna de parte del Instituto, dado que la propia irregularidad sustancial que denuncia le habría impedido el ejercicio del oportuno derecho impugnatorio, circunstancia que no fue contrarrestada por la parte actora, quien al contestar el traslado de la excepción opuesta, sólo hizo hincapié en el cumplimiento de las formas extrínsecas necesarias para la ejecución de las multas, y no solo no desmintió el incumplimiento del trámite administrativo anterior a la ejecución, sino que tampoco intentó probarlo a través del aporte de algún elemento de juicio.

CNTrab., sala III, 31/08/2020. - I.E.R.I.C. Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción c. Copinar SRL s/ ejecución fiscal.

[Cita on line: AR/JUR/38318/2020]

CNT14.597/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 31 de 2020.

El doctor *Perugini* dijo:

La resolución dictada a fs. 71/72, que rechazó la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada a fs. 58 ap. IV, arriba cuestionada por esta última a tenor del memorial de fs. 77/81 con réplica de fs. 85/87, a mi ver con razón.

Para así concluir, he de tener en cuenta, como premisa desde la cual evaluar las cuestiones objeto de controversia, que conforme lo dispuesto en el art. 2° del decreto 1309/1996, el Instituto de Estadística y Registro de la Industria de la Construcción tiene facultades para instruir los sumarios y aplicar las sanciones previstas en el art. 17 del decreto 1342/1981, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la ley 18.695.

Si bien es cierto que el art. 12 de esa ley habilita la ejecución de multas impagas con la presentación de un testimonio de la resolución condenatoria expedida por la autoridad administrativa competente, en el marco de un sumario originado en infracciones a normas legales o reglamentarias del derecho del trabajo, también lo es que la aptitud ejecutiva del título y, por consiguiente, la habilitación de la ejecución, se encuentra condicionada a la regularidad de los trámites relativos a la emisión de la respectiva resolución, lo cual también comprende una correcta notificación de sus términos a efectos de permitir no sólo el agotamiento de las vías recursivos, dando de tal modo firmeza a la resolución, sino también, primordialmente, el eventual ejercicio de los recursos correspondientes.

Delimitado así el contenido y pertinencia formal de la defensa intentada por la demandada, considero

que en lo sustancial asiste razón en su planteo, pues si bien es cierto que en un proceso ejecutivo no debería discutirse la causa de la obligación reclamada, cabe tener en cuenta, por un lado, que la regularidad de una ejecución como la presente remite en forma directa a la del procedimiento administrativo cumplido para la emisión del certificado, y por otro, que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de hacer una excepción a aquél principio cuando existe la seria posibilidad de que la condena se funde en una deuda inexistente y esta circunstancia resulte manifiesta de las constancias de la causa (CNACivil y Comercial Federal" Sala (24/02/1998 "Municipalidad de Avellaneda c. Gas del Estado SA en liquidación", LA LEY 1999 F 78-DJ 1999-3-900-AR/JUR/1071/1998). En igual sentido, se ha afirmado, en criterio que comparto, que la posibilidad de plantear en juicios de ejecución fiscal la defensa de inhabilidad de título sustentada en la inexistencia de deuda ha sido admitida como medio de no privilegiar un exceso de rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales, en la medida en que la mentada inexistencia sea manifiesta y su constatación no requiera de mayores verificaciones ni presuponga el examen de cuestiones cuya acreditación exceda el ámbito limitado de este tipo de procesos (cfr. doct. CSJN, Fallos: 312:178; 318:1151, *in re* "Administración Federal de Ingresos Públicos c. Gervasini, Ernesto", sent. de 11/07/2007; doct. esta Cámara causas P-10-MP2 "Francano", sent. del 26/08/2008; P-400-DO1 "Fernández", sent. de 02/09/2008; P-289-AZ1 "Perrotta", sent. de 27/11/2008; P-776-BB1 "Peralta", sent. de 24/02/2009, P-1129-MP1 "Schulten", sent. de 26/02/2009, entre otras).

En este sentido, es claro para mí que la falta de cuestionamiento a la imposición de la multa que pudiera haberse verificado en sede administrativa, no resultaría oponible ni relevante si, como lo denunció la accionada al contestar la intimación de pago que se le efectuara (ver fs. 57/63), jamás fue pasible de inspección alguna de parte del IERIC, no se ha cumplido a su respecto el procedimiento administrativo que debe preceder a la emisión del certificado de deuda cuya ejecución se pretende y tampoco recibió notificación alguna de parte del Instituto, dado que la propia irregularidad sustancial que denuncia le habría impedido el ejercicio del oportuno derecho impugnatorio, circunstancia que no fue contrarrestada por la parte actora, quien al contestar el traslado de la excepción opuesta, sólo hizo hincapié en el cumplimiento de las formas extrínsecas necesarias para la ejecución de las multas, y no sólo no desmintió el incumplimiento del trámite administrativo anterior a la ejecución intentada, sino que tampoco intentó probarlo a través del aporte de algún elemento de juicio.

Por lo tanto, de compartirse mi voto, correspondería admitir la excepción de inhabilidad de título opuesta por la demandada, con costas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida y el modo de resolver.

La doctora *Hockl* dijo:

Por compartir sus fundamentos y conclusiones, adhiero al voto del doctor *Perugini*.

La doctora Diana Regina Cañal: no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, y oído el Sr. Fiscal General ante esta CNAT, el Tribunal, resuelve: 1. Revocar la resolución de fs. 71/72 y, consecuentemente, admitir la excepción de inhabilidad de título opuesta. 2. Imponer las costas por su orden. 3. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1ro de la ley 26.856 y con la Acordada 15/2013 de la CSJN. — *María C. Hockl.* — *Alejandro H. Perugini.*

Excepción de inhabilidad de título ante la ejecución por multas impagas al instituto de estadística y registro de la Industria de la Construcción (IERIC)

Emiliano A. Gabet (*)

El dec. 1309/1996 faculta en su art. 2º al IERIC ha instruir sumarios y aplicar sanciones según lo establece el dec. 1342/1981 reglamentario de la ley 22.250. Se trata en el decisorio aquí comentado el recurso contra la resolución que rechazo la excepción de inhabilidad de título opuesta por la empresa demandada.

El IERIC, si bien puede ejecutar las multas impagas con la presentación de un testimonio de la resolución condenatoria dictada en el marco de un sumario originado por la infracción a normas legales o reglamentarias del derecho del trabajo, ello será posible, si no existen cuestiones o elementos que obsten a la aptitud ejecutiva del título.

En otras palabras, todo el proceso que deriva en el dictado de la resolución que se intenta ejecutar debe ser llevado a cabo observando las formas entre las que se encuentra la notificación de esta a efectos de que se pueda ejercer los recursos correspondientes.

En el caso que se analiza, surge que la empresa no solo no fue pasible de inspección, sino que, asimismo, no se cumplió con el procedimiento que debe preceder la emisión del certificado de deuda, ni se notificó a la ejecutada de la resolución.

Cabe concluir —ante la ausencia total de respaldo sumarial del certificado de deuda—, que el rechazo de la excepción de inhabilidad de título en la primera instancia no encontraba fundamento y, por ello, la Cámara de Apelaciones correctamente resuelve hacer lugar a la excepción de inhabilidad de título.

La imposición de multas por infracciones no tiene un fin recaudatorio, por el contrario, es una sanción ante una infracción cuya determinación debe ser precedida de un sumario en el que se garantice el "debido proceso".

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJADOR DE BUQUE

Ley aplicable. Improcedencia del despido indirecto. Falta de consignación en la citación del trabajador del lugar y momento en que debía embarcar.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Atendiendo al marco jurídico en que debe encuadrarse la presente contienda, he de destacar que comparto la opinión doctrinaria que sostiene que en casos particulares como el de autos –trabajador de un buque-, la directriz general es la de la aplicación de las reglas de la LCT a todos los trabajadores no excluidos expresamente por su art. 2° y su aplicabilidad solo se encuentra condicionada a que las disposiciones de este régimen resulten compatibles "con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta". Tal premisa es aplicable a la gente de mar cuyo régimen laboral, más allá de su especificidad, entraña en esencia un estatuto especial que integra el derecho del trabajo.

2. — Si bien la accionada comunicó al actor que debía presentarse a embarque, y éste no lo hizo de modo que aquella decidió despedirlo haciendo invocación de lo dispuesto en el art. 991 inc. 5 del Código de Comercio, mal podría encuadrarse el incumplimiento del actor en el supuesto de injuria invocado por la empresa en tanto dicha normativa habilita el distracto frente a la no concurrencia "a bordo", lo que claramente no se verificó en el caso, puesto que no se indicó dónde y cuándo debía el actor abordar la embarcación, sino que simplemente se citó al trabajador en la sede administrativa de la firma.

CNTrab., sala VII, 07/10/2020. - Pelozo Cardozo, Félix Francisco c. Pesquera Santa Elena SA s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/44660/2020]

Causa N° 63.928/2013

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 07 de 2020.

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que desestimó en lo sustancial el reclamo del actor, por cuanto consideró que el despido decidido por la empleadora estuvo debidamente justificado; llega apelada por éste a tenor de la presentación de fs. 232/239 que obtuvo réplica de la contraria a fs. 241/242.

II. La parte actora critica el pronunciamiento de origen, sostiene que la magistrada *a quo* realizó una errónea interpretación del articulado contenido en el art. 991 del Código de Comercio, pues habría soslayado que, por un lado las causas que allí se explicitan —y que habilitan la desvinculación con justa causa del hombre de mar— estarían referidas exclusivamente "con motivo de la navegación" y por otra lado, que las mismas se circunscriben a los tripulantes "enrolados".

Según su entender, debe asimilarse la palabra "matriculados" que contiene el inc. 5 del artículo mencionado —vigente a la fecha de los hechos debatidos—, a los trabajadores inscriptos en el Libro de Rol, que da cuenta de la información del buque y del personal en él embarcado.

Sostiene que dicha disposición debe interpretarse a la luz de lo dispuesto por el art. 989 Cód. de Comercio respecto de comienzo de las obligaciones entre el armador y la tripulación.

Luego, refiere que la sentenciante se habría apartado de los principios rectores del derecho del trabajo contenidos en los art. 10 y 63 LCT, y que los hechos debatidos en autos debieron analizarse a la luz de los normado por el art. 244 LCT, destacando en el punto que la demandada no habría cumplido con el requisito de intimación, previo al despido.

Ahora bien, atendiendo al marco jurídico en que debe encuadrarse la presente contienda, he de destacar que comparto la opinión doctrinaria que sostiene que en casos particulares como el de autos, la directriz general es la de la aplicación de las reglas de la LCT a todos los trabajadores no excluidos expresamente por su art. 2° y su aplicabilidad sólo se encuentra condicionada a que las disposiciones de este régimen resulten compatibles "con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta".

Tal premisa es aplicable a la gente de mar cuyo régimen laboral, más allá de su especificidad, entraña en esencia un estatuto especial que integra el Derecho del Trabajo.

Desde esta óptica, no se observa incompatibilidad alguna, desde el miraje que propone el art. 2° de la LCT, que impida que el magistrado llamado a resolver una controversia vinculada con la extinción de esta especie de contrato de trabajo, valore la suerte del vínculo con apego a las pautas de los arts. 242 y 243 de la LCT y a los principios que los informan (Simo-

na, Ana "El trabajo de la gente de mar" en "Tratado de Derecho del Trabajo", Dir. Mario Ackerman; Coord. Diego Tosca, Bs. As., 2006, Tomo V, ps. 267/300).

Se trata de una integración normativa ajustada a derecho que no puede ser conceptuada como un soslayo al catálogo de injurias típicas que contiene el art. 991 del C. de Comercio. (Del voto de la Dra. Vázquez, en mayoría - CNAT, Sala VIII, Expte. N° 25.000/03, SD 34.571 del 31/10/2007, "Leliveld, Gustavo c. Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártica SA Pesantar y otro s/ despido" Vázquez - Morando - Catardo).

Señalado lo anterior, entiendo que en el caso, debe practicarse una interpretación de las constancias de la causa, al amparo del juego armónico de las normas generales y específicas que regulan el vínculo que se trata.

Partiendo de este enfoque, previo a exponer la solución que estimo corresponde en el caso, creo conducente poner de resalto que, a mi juicio, resultan desacertadas las disquisiciones que trae a consideración la actora —tanto en su memorial de agravios como al iniciar demanda— acerca de la redacción del articulado en análisis.

Digo ello, por cuanto que no resulta adecuado equipar los términos "matriculado" con "enrolado", puesto que el primero alude a la inscripción del trabajador ante la autoridad competente, luego de cumplidos los requisitos a tal fin (cfr. Arts. 104 y 110 Ley 20.094); mientras que el segundo se refiere a la anotación del trabajador en el Libro de Rol de la embarcación, donde se deja constancia, entre otras cosas, de los contratos de ajuste (cfr. Art. 85 Ley 20.094).

Despejada esta cuestión, advierto que un análisis minucioso de las posturas de las partes, tanto en el intercambio telegráfico como en los escritos constitutivos de la litis, y las constancias de probatorias de autos permiten la revisión de lo resuelto en origen.

En tal entendimiento, he de advertir que no llega cuestionado a esta alzada que la accionada remitió al actor una comunicación mediante la cual "comunicó" su eventual embarque en el Buque Magdalena y lo instó a presentarse en las oficinas de la empresa en la Ciudad de Buenos Aires el día 12/07/2011.

Tampoco luce discutido que el accionante no concurrió en la fecha señalada y que el día 19 de julio de 2011, la accionada procedió a despedirlo haciendo invocación de lo dispuesto en el art. 991 inc. 5 del Cód. de Comercio.

En este marco, considero oportuno poner de resalto que, si bien la accionada comunicó al actor que debía presentarse a embarque, lo cierto es que la citación fue para que concurriera a las oficinas de la firma, en tanto no surge del despacho postal, que se hubiera consignado puerto de embarque ni fecha de presentación "a bordo"; por lo que mal podría —en mi opinión— encuadrarse el incumplimiento del actor en el supuesto de injuria invocado por la empresa.

Nótese que la norma contenida en el art. 991 inc. 5° Cód. Comercio habilita el distracto frente a la no concurrencia "a bordo", lo que claramente no se verificó en el caso, puesto que como señalara *ut supra*, ni siquiera se indicó dónde y cuándo debía el actor abordar la embarcación, sino que simplemente se citó al trabajador en la sede administrativa de la firma.

Más allá de lo señalado y aun en el mejor de los supuestos de análisis para la postura defensiva, respecto de la aplicación al caso del artículo referido, he de destacar que, la conducta de la accionada, tanto al comunicar la citación, como al producir el despido debió dirigirse en un todo acorde con los preceptos contenidos en los arts. 62 y 63 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En tal sentido, entiendo que la demandada, junto con su comunicación del 06/07/2011 debió hacer saber al trabajador el apercibimiento que acarrearía su incumplimiento. Sin embargo no lo hizo, sino que procedió, a despedirlo sin más, amparándose en la normativa contenida en el Código de Comercio.

Esta actitud, en mi opinión, resulta contraria a la buena fe que debe regir aun al momento de extinción del contrato de trabajo (cfr. art. 63 LCT).

En el mismo orden, he de poner de resalto que al contestar demanda, alegó, que la conducta de trabajador revelaba un desinterés en mantener su fuente de trabajo, destacando que el buque y su tripulación "no pueden estar a la espera de que a algún tripulante se le ocurra comparecer a embarque cuando le quede cómodo para partir" (v. fs. 63); sin embargo en autos no surge demostrado que la falta de concurrencia del actor, frente a la genérica intimación, hubiera comprometido la partida del buque.

También calificó a la actitud del accionante como abandono de trabajo (v. fs. 63), pero sabido es que el art. 244 LCT, que regula esta modalidad extintiva, requiere para su procedencia, que el trabajador sea previamente intimado a retomar tareas; para lo cual resultaría necesario que la constitución en mora se efectuara una vez verificado el incumplimiento.

En el caso, la accionada se habría encontrado habilitada para practicar la intimación recién pasadas las 10.00 horas del días 12/07/2011; pero con posteriori-

dad a esa fecha sólo se halla la comunicación del despido (19/07/2011), mas ninguna intimación.

En resumen, entiendo que la decisión de la accionada de considerar disuelto en vínculo contractual con el actor, frente a la inasistencia a la citación, devino intempestiva y contraria al principio de continuidad previsto por el art. 10 LCT; por lo que no resultó ajustada a derecho (cfr. art. 242 LCT), con lo cual, propongo revocar lo actuado en origen en el punto y receptar el reclamo por despido arbitrario condenando a la accionada al pago de las indemnizaciones derivadas de la extinción sin causa (art. 245 LCT y 12 CCT 370/71).

Asimismo, en virtud de la Doctrina Plenaria fijada en autos "Gauna, Edgardo D. c. Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/ despido", 09/05/2011 que establece que: "El recargo previsto en el artículo 2 de la Ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la Ley 20.094"; y toda vez que la intimación practicada por el actor en fecha 26/10/2010 (v. fs. 171) alcanza para tener por acreditado el requisito adjetivo que impone la norma; propongo receptar el reclamo también en el punto.

Distinta suerte le cabe al planteo que introdujo la parte actora en el memorial de agravios, respecto de la integración del mes de despido, en tanto dicho rubro no integró la materia litigiosa (art. 271 y 277 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

III. En función de las consideraciones señaladas, el actor resultará acreedor de los siguientes rubros y montos, considerando la remuneración determinada en origen que no llega cuestionada ($15.020,98), los aspectos del pronunciamiento que lucen firmes, los que fueron recurridos, y las pautas que surgen del escrito de demanda:

En definitiva, el capital nominal de condena será fijado en la suma de $163.196,96 (pesos ciento sesenta y tres mil ciento noventa y seis con noventa y seis centavos) que devengará intereses de acuerdo a lo resuelto en primera instancia que no llega cuestionado a esta alzada.

IV. El resultado que vengo proponiendo permite realizar un pronunciamiento originario en materia de costas y honorarios, dejando sin efecto lo dispuesto en grado (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

A tal fin, teniendo en cuenta el principio general de la derrota que establece el art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propongo que las costas en ambas instancias sean soportadas por la demandada vencida en autos.

Con relación a los honorarios, he de señalar que teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 27.423, para justipreciarlos los honorarios de los profesionales, es necesario indagar en cada caso la época o momento en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esa circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable.

Ello así en concordancia con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente que se registra en el Fallo: 319:1915 (mantenido en Fallos: 320:31; 2349 y 2756; 321:146; 330, 532 y 1757; 325:2250), así como el reciente CSJN 32/2009 (45-E)/Cs1 Originario "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa" que guarda relación con lo dictaminado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Morcillo, Hugo H. c. Provincia de Buenos Aires s/ incost. decr.-ley 9020" de fecha 8 de noviembre de 2017.

Allí, respecto de la aplicación temporal de la nueva norma arancelaria —Ley 27.423 (BO del 22/12/2017), promulgada por Decreto 1077/2017, que contiene, en su Art. 7, una observación del Art. 64—, se concluyó que 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.

De tal modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, se realizaron en su magnitud estando en vigencia la Ley 21.839, el Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13° de la ley 24.432 (Dec.-Ley 16.638/1957) resulta acertado que sean las normas arancelarias allí contenidas, sean las tenida en consideración para fijar los honorarios.

A tal efecto, estimo adecuado regular los honorarios por su actuación en origen de la representación letrada de la actora, los de igual concepto de la demandada y de la perito contadora en el 16%, 14%, y 7%, respectivamente, del monto nominal e intereses de condena.

Por su actuación ante esta alzada, propongo fijar los honorarios a los letrados intervinientes en el 30% de lo regulado por su actuación en origen (cfr. ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Luis Alberto Catardo: no vota (art. 125 LO).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada y condenar Pesquera Santa Elena SA Industrial y Comercial a abonar al actor dentro del quinto día de notificada en la oportunidad prevista por el art. 132 LO y mediante depósito judicial en autos la suma de $163.196,96 (pesos ciento sesenta y tres mil ciento noventa y seis con noventa y seis centavos) que devengará intereses de acuerdo a lo resuelto en primera instancia. 3) Imponer las costas en ambas instancias a la demandada. 4) Regular los honorarios por su actuación en primera instancia de la representación letrada del actor, los de igual concepto de la demandada y del perito médico en el 16% (dieciséis por ciento), 14% (catorce por ciento) y 7% (siete por ciento), respectivamente, del monto nominal e intereses de condena. 5) Fijar los honorarios de alzada a los letrados intervinientes en el 30% de lo regulado por su actuación en origen. 6) 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 devuélvase — *Néstor Rodríguez Brunengo. — Graciela Carambia.*

El principio de buena fe no es unidireccional

El trabajo marítimo y un caso de abandono de trabajo

Alejandro Gabet (*)

Estamos ante una causa que, dependiendo de la óptica con la que se la analice, generará opiniones divididas. En el presente comentario, trataremos de analizarla de una forma crítica a efectos de que el lector haga su propio análisis. Nadie es el dueño de la verdad absoluta, y con base en el debate e intercambio de ideas se puede llegar a una conclusión más enriquecedora.

Observamos que la sentencia de primera instancia desestimó en lo sustancial el reclamo de la parte actora, ya que, consideró que el despido de la actora estuvo debidamente justificado. Por el contrario, en la Alzada se revoca el decisorio y se condena a la Pesquera demandada. Debemos señalar, que disentimos respetuosamente con el fallo en comentario, lamentando no contar con más material de la causa que la sentencia aquí analizada.

Surge que la demandada procedió a comunicar fehacientemente a la actora su eventual embarque en el Buque Magdalena instándolo a presentarse en las oficinas de la empresa en la Ciudad de Buenos Aires el día 12/07/2011. También se acreditó que el accionante no concurrió en la fecha mencionada, y no nos consta de la lectura del fallo que haya respondido la comunicación de su eventual embarque.

Interpretamos que la citación a las oficinas centrales en la Ciudad de Buenos Aires no es óbice para realizar algún tipo de disgregación de consignar puerto de embarque, atento a que la

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

Ciudad cuenta con uno de los puertos más importantes del país.

Lo que debemos rescatar, es que el actor no respondió, ni se excusó como exigiría toda acción de buena fe, principio rector del Derecho del Trabajo obligatorio para ambas partes.

Es importante señalar la necesidad de que, en el momento de zarpar, la dotación esté completa, no han sido derogadas, explícita ni implícitamente, por la ley general.

Ahora bien, además, debemos interpretar que el cuidado y preservación del contrato de trabajo también es de carácter bidireccional, y les corresponde a ambas partes del contrato de trabajo no —solamente al empleador— agotar todas las instancias ante de dar por concluido el mismo.

Tampoco se puede ser ajenos a la realidad social o económica al momento del distracto. Así se puede destacar que noticias periodísticas de la época señalan que la empresa demanda informó, "Estamos viendo qué hacer, pero si no obtenemos capital de otro lado, vamos a tener que vender un barco. No hay otra forma, o conseguís capital o te desprendes de activos. Y, eso después trae sus consecuencias, porque no es lo mismo una empresa con tres barcos que con dos" **(1)**. Situación política social que, por lo menos, debiera ser conocida en el mercado en que se desempeñan las partes.

Siguiendo con el correcto ejercicio del principio de Buena Fe, corresponde reiterar que en el comunicado remitido a la actora le estaban informando su eventual embarque en el Buque Magdalena, y si la actora hubiere tenido cualquier impedimento, debía haberlo comunicado fehacientemente. El silencio de la actora no se condice con la obligación de actuar con buena fe ni del interés de conservación del puesto de trabajo.

Interpretamos que lo resuelto en primera instancia es lo que más se ajusta a la presente causa con base en las situaciones fácticas que surgen del decisorio y, dadas las características de esta, pedimos al lector que luego de una exhaustiva lectura de este interesante fallo y sus matices elaboren sus propias conclusiones.

---

(1) Ver nota del 19/04/2011, "Pesquera Santa Elena también vendería activos para financiarse" en https://revistapuerto.com.ar/2011/04/pesquera-santa-elena-tambien-venderia-activos-para-financiarse/.

SUBCONTRATACIÓN Y DELEGACIÓN

Responsabilidad solidaria de un club por el despido de un trabajador en un concesionario gastronómico. Aplicación del art. 30 de la ley 20.744.

Con nota de Emiliano A. Gabet

> De acuerdo con la infraestructura de club demandado no parece posible pensar que, a los fines de cumplir con sus funciones como lugar de eventos deportivos, sociales, recreativos y de esparcimiento, pueda cumplir adecuadamente sus objetivos sin la existencia de un lugar de encuentro y de gastronomía. En función de ello, y habiendo otorgado en concesión la explotación de un espacio dentro de sus instalaciones, para proveer el servicio de bar, se encuentran reunidos los presupuestos del art. 30 LCT, por lo que debería responder solidariamente frente al trabajador.

CNTrab., sala VIII, 15/07/2020. - Agrizio, Gonzalo Miguel c. Jockey Club Asociación Civil y otro s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/27916/2020]

Expte. N° 8854/2014

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 15 de 2020.

El doctor *Pesino* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que admitió, en lo principal que decide, las pretensiones articuladas en el inicio, viene apelada por ambas accionadas y por el perito contador.

La demandada, Asociación Civil Jockey Club, se alza contra la decisión que la responsabilizó como empleadora del actor y la condenó por las consecuencias del despido, entre otros conceptos salariales y punitivos.

La queja de Larsa SRL se vincula con la valoración de la injuria en la que se fundó la decisión extintiva y de las restantes condiciones laborales.

El actor también se presentó, para que se admita la multa normada en el artículo 132 bis LCT y se eleven los honorarios de su letrado.

El perito contador, a su turno, se agravia por la regulación de honorarios que le fue fijada.

II. La responsabilidad de las co-accionadas, que en grado fueron encuadradas en los términos del artículo 29 LCT, fue establecida en forma directa con la Asociación Civil Jockey Club y, solidariamente, respecto del concesionario gastronómico.

En el relato de la demanda, se denunció la existencia de acuerdos de concesión entre el club y distintas sociedades gastronómicas, entre ellas Gast María SA, Gasbi SRL y Larsa SRL, que fue la inmediata sucesora. También se precisó, que la entidad social y deportiva se valió de "concesionarios", para eludir las responsabilidades derivadas de la relación laboral que realmente ostentaba.

Finalmente, se reclamó la responsabilidad del Jockey Club ya sea solidaria, en los términos del artículo 30 LCT o directamente, como verdadero empleador (ver fs. 8 vta. *in fine* y 9).

En principio, debería recordarse que la calidad de empleador y de responsable solidario, reconocen diversas plataformas fácticas, responden a múltiples consideraciones jurídicas y generan distintas consecuencias legales e indemnizatorias, por lo que resulta atendible el pedido indiscriminado de cualquier solución.

Llega firme a esta instancia, que el actor suscribió la cesión de su contrato laboral, aceptando que la relación que mantuvo con Gasbi SRL fuera traspasada a Larsa SRL. La documentación que lo acredita fue acompañada a fs. 69 y frente al traslado de fs. 91, el actor guardó silencio (ver notificación de fs. 94 y ss.).

Luego, la importancia de la existencia del restaurante dentro del ámbito de funcionamiento, del club, no ha sido motivo de discrepancia, atento a que los demandados han confirmado los dichos del actor, referidos a la vinculación entre ambos, a través de contratos de concesión.

La cuestión se limita entonces, a examinar si las concretas condiciones de trabajo coinciden con las formalmente registradas, que fueron calificadas como fraudulentas por el actor.

Llega firme a esta instancia que el accionante fue registrado por el concesionario demandado, así como por el cedente.

Se revela de tal modo, que se ha cumplido, a través de sociedades legalmente constituidas que justificaron su actuación empresarial a través de concretos acuerdos de concesión, la inscripción del actor de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 24.013.

Seguidamente, en referencia a la demostración del encubrimiento de la verdadera relación, el actor expuso que la misma entidad social, en otra sede, cubre la misma actividad (gastronómica) y otras, referidas al servicio de masajes, peluquería, etc., con empleados propios. El punto carece de relevancia a los fines de establecer que el actor fue empleado del club, porque hasta aquí, no se ha alegado ningún motivo que le hubiere impedido, en su sede principal, concesionar tal servicio.

En orden a las condiciones que el club le habría impuesto al concesionario, la enumeración, que se efectúa, casi no guardan relación con el trabajo del actor. Nótese

que sólo dijo en relación con el personal, que aquél tenía la facultad de elegir y prescindir del personal.

La afirmación, además de ser genérica y carecer del respaldo argumental, ha soslayado que, en el caso concreto, el actor nunca dijo haber sido contratado y/o elegido por el Jockey Club. Ni él, ni otros empleados. Tampoco describió quién le daba las órdenes, en representación del club o le pagaba.

Prácticamente, la totalidad de las regulaciones que cita, se vinculan con imposiciones de carácter comercial que se habrían impuesto al concesionario, sin relevancia alguna respecto de la prestación de tareas del actor.

A mayor abundamiento, cabe recordar que, al referirse a la causa del distracto, el actor dijo que, a partir del cambio de concesionario, Larpa SRL "procedió a colocar gente de su confianza en las distintas áreas de servicio y a ejercer una presión constante sobre el control de la caja que estaba a cargo del actor" (ver fs. 5 vta. de la demanda).

De ello se desprende con facilidad, que la elección del personal y el control del trabajo era ejercido por la concesionaria y no por la asociación civil Jockey Club, como se dijo al accionar.

En este contexto, no hay razones que habiliten desconocer la calidad de empleador de Larpa SRL y atribuírsela a la restante demandada.

Sin embargo, ello no exonera la responsabilidad de la concedente del servicio.

De acuerdo a la infraestructura de la Asociación Civil Jockey Club, no parece posible pensar que, a los fines de cumplir con sus funciones como lugar de eventos deportivos, sociales, recreativos y de esparcimiento, pueda cumplir adecuadamente sus objetivos sin la existencia de un lugar de encuentro y de gastronomía. En función de ello, y habiendo otorgado en concesión la explotación de un espacio dentro de sus instalaciones, para proveer el servicio de bar, se encuentran reunidos los presupuestos del art. 30 LCT, por lo que debería responder solidariamente frente al actor.

III. La causa del despido, cuya validación reclama Larpa SRL, no puede prosperar, en atención a la insolvencia argumental del escrito en tratamiento.

Su narración se extiende en consideraciones ajenas a los fundamentos del decisorio recurrido.

Se dijo al sentenciar, que los términos de la comunicación, extintiva, incumplieron las exigencias del artículo 243 LCT, toda vez que no surge de ella la identificación clara y precisa de la inconducta imputada al actor.

En contra de lo concluido, la recurrente, nada dice sobre las falencias distinguidas por la Señora Jueza de grado y se detiene en la interpretación de los dichos de los testigos, que ninguna relación tienen con lo decidido.

Ello implica que lo resuelto sobre la validez del despido, se encuentra al abrigo de revisión.

IV. Respecto de la fecha de ingreso, la cesión del contrato de trabajo, obrante a fs. 69, da cuenta de una antigüedad computable desde el 09/04/2001, que no fue impugnada por el actor, cuando se le dio traslado del documento.

Sumado a ello, los testigos que declararon a sus instancias, B. y T., dijeron haber ingresado a trabajar para las demandadas en 2008 y 2005, respectivamente (ver fs. 225 y 227). Es claro entonces, que no son idóneos como para conocer si el actor trabajó con anterioridad al año 2001.

En consecuencia, no existiendo otras medidas probatorias que sustenten esa pretensión, debería revocarse la fecha reconocida en grado, así como la aplicación de la multa del artículo 1 de la Ley 25.323, establecida en función de una irregularidad registral que no fue acreditada.

V. En cuanto concierne a las horas extras, el actor dijo que cumplía su trabajo de martes a domingos de 12 a 21 horas, más otros horarios que tenían que ver con eventos nocturnos y las demandadas lo negaron.

Los testigos que informaron conocer el horario fueron dos. Uno de ellos, T., declaró estar comprendido en las generales de la ley, por encontrarse tramitando un juicio contra los demandados. Su situación conspira contra su calidad de testigo, en el sentido de revestir la calidad de tercero, ajeno al resultado de la causa, porque está claro que un resultado favorable conseguido por el actor, en el presente, podría influir beneficiosamente en el resultado de su propio litigio. El otro testigo, B., dijo haber trabajado hasta principios de 2012, es decir que se fue alrededor de un año antes que el actor, que fue despedido el 14/01/2013. Y, agregó, que trabajaba sábados, domingos, algún viernes y feriados, de modo que no pudo saber qué horarios hacía el actor el resto de los días de la semana y, por último, habló de una jornada de 10 horas, que es superior a la indicada en la demanda.

De lo dicho se infiere que el actor, no ha probado el cumplimiento de horas trabajadas en exceso de la jornada legal y que, las diferencias otorgadas en su relación deberían dejarse sin efecto, así como su inclusión en la base de cálculo.

VI. En base a las consideraciones que anteceden y teniendo en cuenta que llega firme a esta instancia que la mejor remuneración percibida durante el último año de trabajo ascendió a $7.211,30.-, este será el monto salarial que defina los valores de los rubros que progresan.

Nótese al respecto, que la asociación civil Jockey Club, nada dijo en su recurso sobre el haber considerado y Larpa SRL, se limitó a decir que esa afirmación la agraviaba,

sin desarrollar una crítica adecuada ni presentar el monto por el que debería ser reemplazado.

La antigüedad, considerada desde abril de 2001, determina que los períodos a computar serán 12.

VII. Las multas fijadas en base a lo prescripto en los artículos 80 LCT y 2 de la Ley 25.323, deberían ser mantenidas.

La sanción por la falta de entrega oportuna de los certificados enunciados en el artículo 80 LCT, que sólo ha sido objetada por el club, por considerarse ajeno al cumplimiento de tal deber, tiene dos aspectos. Es razonable, en cuanto señala que no está obligado a la entrega de la documentación, atento a que su responsabilidad frente al actor no se deriva de su carácter de empleador, que es la condición que requiere la norma para imponer la carga de la entrega. No lo es, en cuanto pretende excluir de la condena que corresponde a su parte, el pago de la multa, debido a que la responsabilidad que le fuera asignada en los términos del artículo 30 LCT no excluye el pago de la penalidad en tratamiento.

La falta de pago, en tiempo y forma, de la indemnización por despido, autoriza a confirmar la procedencia de la multa consignada en el segundo artículo de la Ley 25.323 y, el hecho de que el concedente no hubiera despedido al actor no incide en su situación, ya que su condena se vincula con su calidad de responsable solidario, de conformidad con lo prescripto en el artículo 30 LCT.

VIII. La liquidación ajustada a lo resuelto en el presente asciende a $190.917,80.- que llevará intereses de acuerdo a lo consignado en grado.

Antigüedad	86.5 35,60
Preaviso	14.4 22,60
SAC sobre preaviso	1.20 1,88
Integración	3.95 4,58
SAC sobre integración	329, 55
Haberes del mes de despido	3.25 6,72
SAC proporcional	295, 55
Vacaciones proporcionales	248, 07
S.A.C. s/ vacaciones	20,6 7
Vacaciones 2012	6.05 7,50
S.A.C. s/ vacaciones	504, 79
Multa Art. 80	21.6 33,90
Multa Art. 2	52.4 56,39
Total	190. 917,80

IX. El recurso de parte actora, dirigido a obtener el pago de la multa del artículo 132 bis LCT, no rebate los fundamentos del rechazo de grado.

La extensa transcripción de normas, y jurisprudencia, no es útil para definir la extensión del reclamo, que fue la razón de la desestimación.

Su exposición, meramente retórica, no avanza en la descripción de las constancias y pruebas que habilitarían la imposición de la multa.

En esos términos, lo resuelto en grado debería ser ratificado.

X. En virtud de lo dispuesto en el artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación correspondería confirmar la distribución de costas establecida en grado y elevar las regulaciones de honorarios dispuestas.

En el caso de las costas, porque más allá de las modificaciones y de las cuestiones aritméticas, lo cierto es que las accionadas no han revertido su calidad de vencidas en lo sustancial del reclamo, por lo que, de acuerdo a la norma general prevista en el artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, deberían responder solidariamente por ellas.

En relación con los honorarios, teniendo en cuenta la importancia, mérito y extensión de las tareas desarrolladas por cada uno de los profesionales actuantes, y las pautas arancelarias de aplicación, se propone fijar los de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Jockey Club Asociación Civil y demandada Larpa SRL, por su total actuación en sede administrativa y judicial, así como los del perito contador, en el 16%, 14%, 14% y 6% de la suma de capital de condena e intereses.

XI. Por lo expuesto, propongo en este voto, se confirme la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena y se reduzca su capital nominal a $190.917,80.-, que llevará intereses de acuerdo a lo dispuesto en grado; se exima a la Asociación Civil Jockey Club de la obligación de entregar los certificados enunciados en el artículo 80 LCT; se impongan las costas de grado a cargo de las demandadas vencidas, en forma solidaria y se regulen los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Jockey Club Asociación Civil y demandada Larpa SRL, por su total actuación en sede administrativa y judicial, así como los del perito contador, en el 16%, 14%, 14% y 6%, respectivamente, de la suma de capital de condena e intereses; se impongan las costas de Alzada en el orden causado, atento el resultado obtenido por cada uno de los presentantes y se regulen los honorarios de los letrados firmantes de las memorias dirigidas a esta Cámara, en el 30% de los que a cada uno

les fueron fijados por la instancia anterior (artículos 68 y 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, 14 de la Ley 21.839 y concordantes de la ley 27.423).

La doctora *González* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto pronuncia condena y reducir su capital nominal a $190.917,80.- que llevará intereses de acuerdo a lo dispuesto en grado; 2) Eximir a la Asociación Civil Jockey Club de la obligación de entregar los certificados enunciados en el artículo 80 LCT; 3) Imponer las costas de grado a cargo de las demandadas, en forma solidaria; 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada Jockey Club Asociación Civil y demandada Larpa SRL, por su total actuación en sede administrativa y judicial, así como los del perito contador, en el 16%, 14%, 14% y 6%, respectivamente, de la suma de capital de condena e intereses; 5) Imponer las costas de alzada en el orden causado; 6) Regular los honorarios de los letrados firmantes de las memorias dirigidas a esta Cámara, en el 30% de los que les fueron fijados por la instancia anterior. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° de la Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente devuélvase. — *Víctor A. Pesino.* — *María D. González.*

Encuadramiento de la responsabilidad de los clubes por las deudas laborales de los concesionarios gastronómicos

Emiliano A. Gabet (*)

La responsabilidad de los clubes por las deudas laborales de los concesionarios gastronómicos es un tema álgido, pero que se ha encaminado en la jurisprudencia a resolver que dicha responsabilidad es de carácter solidario y no directa. En sí, como en todo caso que se judicializa, dependerá del modo que son planteados lo extremos fácticos y, a la postre, que se acredita en la causa.

Aquí nos encontramos que el actor nunca alegó haber sido contratado y/o elegido por el club, ni tampoco indicó quien le habría pagado, o dado órdenes en representación de dicha entidad. Es, por ello que, correctamente fue rechazado el requerimiento de la imputación de responsabilidad en forma directa al club como empleador.

En cuanto a la condena solidaria en los términos del art. 30, LCT, ella prospera atento que se considera que no parece posible que pueda el club cumplir sus objetivos —eventos deportivos, sociales, etc.— sin la existencia de un lugar de encuentro y de gastronomía. En cuanto a esto último, habría sido interesante poder contar con algún elemento y/o transcripción del estatuto del club que sustente dicha conclusión.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

Quien ha asistido a clubes sabe que puede ingresar —en la mayoría de ellos— con alimentos o bebidas ya sea para pasar el día, ver una competición, etc. Con esto quiero destacar que no puede generalizarse que todo club depende de la existencia de un local gastronómico.

Cabe preguntarse si la mayoría de las personas que van a un club lo hacen para comer, para realizar una actividad deportiva o para ambas cosas en forma indistinta. Avanzando un poco más en el análisis del fundamento dado, cabe preguntarse —siguiendo el hilo conductor de fallo en análisis— si el hecho de que en un club no existiera un comedor o restaurant obstaría a la asistencia —o produciría una merma— al mismo.

En caso de que estuviéramos ante un club de barrio, en el que a duras penas se puede mantener en pie la actividad deportiva (que muchas veces es única) y no tienen local gastronómico, según el criterio del fallo tendríamos que decir que está condenada al fracaso, ya que, nadie iría porque no pueden comer. Parecería que estamos ante el análisis del derecho al estilo de un pecado capital (la gula).

Si bien no todos los clubes son iguales, la mayoría realizan actividades recreativas, deportivas y sociales que no tienen vínculo con lucro alguno. Destaco esta situación porque lamentablemente estamos en una época —en realidad venimos de varias décadas— en la que todo se generaliza y todo es, o da igual.

A modo de conclusión, quiero resaltar que no se puede analizar —en la inmensa mayoría de los casos— la actividad de un club bajo el prisma de que estamos ante una empresa con fines de lucro. Parecería que ello, no se tuvo en cuenta en el fallo comentado.

Finalmente, el hecho de que el actor demandó al club, tanto como deudor solidario o en forma directa, como verdadero empleador no deja de ser, por decirlo de una manera, contradictorio. O se es una cosa, o no se es. Tal como hemos destacado en otras ocasiones, los fundamentos de uno u otro escenario son totalmente diferentes y, depende la forma en que fuera planteado, puede verse afectado el derecho de defensa de quien resulta demandado.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Extinción. Despido por justa causa. Pérdida de la confianza. Entidad bancaria. Denuncia de venta de seguros no solicitadas ni aceptadas por clientes. Ilegitimidad.

Con nota de Alejandro Gabet

Debe revocarse la sentencia que rechazó la demanda de despido por pérdida de confianza, ya que, si bien los datos que surgen de la auditoría interna coinciden con los registros del banco empleador, esta mención escueta no alcanza para validar la pertinencia de una sanción tan grave, sin al menos precisar específicamente a cuáles registros se remite con dicho comentario.

CNTrab., sala X, 25/08/2020. - M., J. J. c. Banco Patagonia SA s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/35992/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N° 66391/2017/CA1 (49879)

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 25 de 2020.

El doctor *Ambesi*, dijo:

I. Llegan los actuados a esta instancia con motivo del recurso de apelación que, contra la sentencia de fs. 175/179, interpuso el actor a fs. 180/183, con réplica de la demandada a fs. 187/189.

Por su parte, la perito contadora interviniente apeló la regulación de sus honorarios de grado por considerarlos reducidos (fs. 185).

II. El demandante se queja por el rechazo de la acción. Sostiene que la accionada no logró acreditar las circunstancias de hecho que le endilga para justificar el despido dispuesto. En esencia, el apelante critica la valoración efectuada por el magistrado de grado de la prueba rendida en autos, tanto sobre la investigación interna realizada por la empleadora como respecto de las declaraciones testimoniales arrimadas a la causa, sobre cuya base emitió el pronunciamiento ahora controvertido.

III. Arriba firme a esta instancia que la demandada extinguió el vínculo laboral existente entre las partes con fecha 02/06/2017, en base a diversas faltas atribuidas al Sr. M. que derivaron en la consiguiente pérdida de confianza que se le imputó al actor. En la misiva resolutoria la accionada menciona que "En atención a que el 29/05/2017 luego de una auditoría realizada en la sucursal Boedo para verificar la existencia de ventas de seguros no solicitadas ni aceptadas por los clientes de esta institución, se ha detectado que Ud. dio de alta seguros no solicitados, hecho fue corroborado revisando los formularios de ventas del mes de abril del corriente año por Ud. procesados, mes en el que se hallaron sólo 48 formularios de los 206 totales que debería haber. Además, siendo que se han hallado al menos tres casos de firmas que no se condicen con la del titular de la cuenta (clientes...), al menos cinco casos en los que los clientes desconocieron haber tomado el seguro (clientes...). Estas faltas importan un evidente incumplimiento de los deberes a su cargo y al código de ética del Banco... En consecuencia, por la violación de la confianza depositada en Ud. y teniendo en cuenta que su puesto como empleado bancario exige una confianza calificada, queda despedido por su exclusiva culpa por pérdida de confianza (art. 242 LCT)...", (fs. 51 y 95).

En este contexto, analizadas las constancias de autos, entiendo que le asiste razón al apelante, ya que no se ha probado de manera suficiente las circunstancias que motivaron la ruptura del vínculo.

Tal como lo he señalado en otras oportunidades, el sistema jurídico laboral de nuestro país se encuentra configurado a través de una matriz de decisiones que se reflejan en los actos (u omisiones) y comunicaciones emitidas por los sujetos de la relación. En el supuesto de la extinción por justa causa, el ordenamiento legal ha asignado a la esfera judicial la valoración final de la denominada injuria, obstructiva de la continuidad del contrato, la cual deberá ser practicada de manera prudente, de acuerdo a lo establecido en el régimen vigente y a las modalidades y circunstancias personales de cada caso (art. 242 LCT). Esto último, en palabras literales de la norma representa "según lo dispuesto en la presente ley", no es ni más ni menos que la visión sistémica que debe adoptar el juzgador al momento de evaluar este tipo de temas, en donde dicho mecanismo extintivo no deja de mantenerse conectado con el resto de los principios y reglas de la arquitectura así diseñada, como ser, los arts. 62, 63, 64, 65 y 67, entre otros, de la LCT.

En el presente asunto la empleadora, haciendo uso de sus atribuciones de organización y dirección, llevó a cabo una auditoria interna destinada a determinar los hechos y deslindar las responsabilidades inherentes a las circunstancias aquí ventiladas, a pedido del

gerente regional del área. De tal perquisición, según se afirma en el documento (ver fs. 48/50, acompañado también en la pericia contable a fs. 129/131), surge que "Sobre un total de 206 seguros gestionados por el Sr. M. en abril: —No se localizaron 158 formularios; —En 3 casos las firmas insertas en los formularios son apócrifas, según pericia caligráfica; —En 5 casos los clientes desconocieron haber tomado el seguro" (fs. 49/vta. y 130/vta.).

Ahora bien, respecto de los formularios faltantes, la propia auditoria refleja que, consultada la responsable administrativa, la citada respondió que "...los formularios son resguardados por los Oficiales, no teniendo control sobre los mismos. Si los Oficiales al finalizar la jornada no le entregaban los formularios, no era factible conocer la totalidad de altas que se habían gestionado" (fs. 49 y 130). Ello alude a una situación generalizada que no se limita a la conducta del accionante, extremo que luce corroborado en las declaraciones testimoniales de B. ("...los materiales de la oficina eran manipulados tranquilamente por cualquier empleado del banco porque estaban en cajones en el escritorio pero sin llave, uno podía agarrar la solicitud del cajón y usarla, biromes todo eso también en los escritorios..", fs. 139) y J. ("...los formularios, las lapiceras, todo el mobiliario todos tenían acceso a todo..", fs. 142), cuyas manifestaciones no fueron impugnadas oportunamente.

Luego, en relación a las firmas que habrían sido determinadas como apócrifas por pericia caligráfica interna, ninguna prueba ha ofrecido y producido la accionada al respecto. Además de no acompañarse dicho estudio, no se ha brindado en la instancia judicial oportunidad para evaluar su procedencia por expertos en la materia (ver punto VIII del responde a fs. 65 vta. /67). Esto, sin dudas, impacta de manera negativa en la fundamentación que pretende asentar la empleadora desde la comunicación extintiva. A igual resultado se arriba con lo que se refiere a los clientes que desconocieron haber tomado el seguro, según el contacto telefónico que se invoca haber mantenido con ellos. No obra constancia alguna de tales diligencias ni ratificación en esta sede de lo acontecido.

Este cuadro de falencias se completa con la mención en la auditoria de una solicitud de descargo que se habría pedido al trabajador (fs. 48 vta. y 129 vta.), sin que se haya comprobado la existencia de tal requerimiento en forma fehaciente en estos actuados. Cabe indicar que este elemento hubiera permitido apuntalar la posición de la empleadora, ya que hubiese sido una demostración de cumplimiento de las reglas de buena fe y colaboración recíproca que, como anticipé, también rigen en la faz resolutiva. De igual forma, no se acompañó en autos la constancia de notificación fehaciente al dependiente de las normas de ética que rigen la organización, las que tampoco han sido individualizadas en la comunicación del despido.

No escapa al presente análisis lo informado por la perito contadora, quien refiere que la auditoria interna en cuestión fue realizada y los datos que surgen de la misma coinciden con los registros del banco (fs. 136 vta./137). Empero, esta mención escueta no alcanza para validar en esta sede la pertinencia de una sanción tan grave como la adoptada por la accionada, sin al menos precisar específicamente a cuáles registros se remite con dicho comentario.

Por otra parte, las declaraciones de los testigos P., C. y C., propuestos por la demandada, no colaboran en este sendero. El primero se desempeña como gerente regional de la parte empleadora (fs. 160/161), mientras que el segundo realiza tareas como gerente de gestión y desarrollo de personas (fs. 162/163) y la tercera cumple funciones como jefa de investigaciones especiales para la entidad (fs. 163/164), circunstancias todas que obligan a un escrutinio estricto de sus ponencias, las que no logran superar el nivel de ajenidad o subjetividad que impera en las mismas.

En suma, a la luz de la plataforma fáctica delineada y de las pruebas acercadas a la causa, ponderadas bajo las reglas de la sana critica (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), cabe concluir que no se ha logrado probar en modo suficiente los antecedentes que sirvieron de fundamento para decidir el despido causado, el cual se observa en esta instancia injustificado.

Por lo tanto, no queda otra alternativa que revocar el pronunciamiento de grado, haciendo lugar a la demanda instaurada y determinando como monto de condena la cifra de $795.469,55 (pesos setecientos noventa y cinco mil cuatrocientos sesenta y nueve con cincuenta y cinco centavos), que surge de la liquidación practicada por la experta en su informe, descontado los rubros abonados por la accionada (fs. 137). La misma no ha sido impugnada por la empleadora y la observación formulada por el accionante a fs. 140/141 no merece ser admitida en razón de su generalidad.

Dicho monto llevará, desde la fecha del fallo de primera instancia (26/08/2019) los intereses fijados en el Acta N° 2658/17 (tasa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación) hasta su efectivo pago.

IV. La solución propuesta obliga a revisar lo decidido en materia de costas y honorarios (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo cual resta virtualidad a los agravios planteados en este tópico.

Las costas de grado se impondrán a la demandada en su condición de vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), regulándose los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contadora en el 16%, 11% y 7%, respectivamente, del monto de condena con más los intereses ya previstos (art. 38 LO y ccds. Normas arancelarias), debiendo calcularse también la incidencia del I.V.A según lo especificado en la instancia anterior.

V. Las costas de esta instancia serán impuestas a cargo de la demandada en razón de la solución del litigio (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), regulándose los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art. 38 LO y ccds. Ley arancelaria).

Por ello, de compartirse mi voto, correspondería: 1) Revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda de despido instaurada por J. J. M., condenando a Banco Patagonia SA a abonar a aquél, dentro del quinto día de aprobada la liquidación (art. 132 LO), la suma de $795.469,55 (pesos setecientos noventa y cinco mil cuatrocientos sesenta y nueve con cincuenta y cinco centavos), con más los intereses establecidos en el Acta CNAT N° 2658/17 (tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación), desde el 26/08/2019 hasta su efectivo pago; 2) Imponer las costas de grado a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), regulándose los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada y perito contadora en el 16%, 11% y 7%, respectivamente, del monto de condena con más los intereses allí previstos, debiendo calcularse también la incidencia del IVA según lo especificado en la instancia anterior (art. 38 y ccds. Normas arancelarias); 3) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art. 38 LO y ccds. ley arancelaria).

El doctor *Stortini* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El doctor Gregorio Corach: no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda de despido instaurada por J. J. M., condenando a Banco Patagonia SA a abonar a aquél, dentro del quinto día de aprobada la liquidación (art. 132 LO), la suma de $795.469,55 (pesos setecientos noventa y cinco mil cuatrocientos sesenta y nueve con cincuenta y cinco centavos), con más los intereses establecidos en el Acta CNAT N° 2658/17 (tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación), desde el 26/08/2019 hasta su efectivo pago; 2) Imponer las costas de grado a la demandada en su condición de vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), regulándose los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, demandada y perito contadora en el 16%, 11% y 7%, respectivamente, del monto de condena con más los intereses allí previstos, debiendo calcularse también la incidencia del IVA según lo especificado en la instancia anterior (art. 38 y ccds. Normas arancelarias); 3) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art. 38 LO y ccds. ley arancelaria). Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Daniel E. Stortini.* — *Leonardo J. Ambesi.*

Fallido distracto con sustento en la eventual pérdida de confianza

Alejandro Gabet (*)

La confianza en el contrato laboral reviste un grado de atención social que no puede ser degradada, ni siquiera mínimamente. No existe un término medio, se tiene o no confianza.

La ausencia de ella provoca la consolidación de una injuria, que se configura a partir de un determinado comportamiento injurioso y grave por parte del trabajador que puede llegar a impedir la prosecución del vínculo laboral.

Ahora bien, es sabido que nada impide que el empleador decida el despido con la invocación de una causa, pero tal acción lleva implícita la prevención que esta queda sujeta a la prueba de la injuria que se haya alegado, obrando siempre dentro del principio de buena fe.

Es oportuno recordar en el supuesto del párrafo anterior, que la misiva extintiva deberá ser autosuficiente en toda su extensión. Cuando el empleador ejecuta esta, no puede dejar lugar a dudas respecto a la causa, motivo del distracto.

Por ello, vale mencionar que en un supuesto caso sea necesario realizar una profunda investigación con el fin de confirmar los hechos y vislumbrar, como ocurrieron ellos, tal circunstancia no puede ser considerada en ningún caso como un silencio permisivo de las acciones cometidas.

Y llegado el momento donde supuestamente se pudo confirmar los hechos, nos deberemos sustentar en el principio de buena fe, ya que, el empleador debe brindar la posibilidad del descargo o una defensa aclaratoria del trabajador, dejando siempre una constancia fehaciente de tal solicitud.

Como en anteriores comentarios, señalamos la conveniencia de que las empresas cuenten con un "Manual de Derechos y Obligaciones" debidamente entregado a los trabajadores, correctamente recepcionado por ellos e incorporado a su legajo personal. Ello nos pone blanco sobre negro respecto a la conducta que las partes deben respetar en su relación laboral.

Conocer los hechos, investigarlos recogiendo las pruebas sumado al descargo del trabajador, brinda herramientas duraderas y no solo para un eventual proceso de desvinculación, sino para corregir los errores o desvíos en los procesos.

Ante situaciones en el que el "debiera" ser, presenta una desviación con la "realidad" es altamente probable que nos encontremos frente a un "problema".

Lo obtenido de un correcto proceso investigativo permite corregir los desvíos en los procedimientos, corregirlos o instaurarlos en caso de que no existan.

El correcto desenlace debe sustentarse en un proceso armónico que brinde soluciones duraderas al problema ante similares contingencias. Una causa judicial, se encierra en sí misma, y muy probablemente quede encapsulada sin ningún beneficio para la organización.

Lo resuelto en la presente causa en comentario resulta totalmente ajustado a derecho, aunque la injuria seguramente existió, pero surge que el aporte de pruebas fue pobre por parte de la demandada y no logra revertir la duda.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

Jurisprudencia Nacional

DESPIDO INDIRECTO

Desconocimiento de la naturaleza del vínculo. Trabajador monotributista. Ausencia de un horario fijo. Exclusividad. Injuria laboral suficiente. Legitimidad. Sanción por temeridad y malicia. Disidencia parcial.

1. — Es trabajador subordinado quien pone su energía de trabajo a disposición de otra persona o empresa, quien con su propia organización hizo converger aquellas energías hasta el logro de los fines que se propuso alcanzar, resultando indiferente para su determinación que los interesados la hayan denominado de otra forma o que, mediante apariencia ajena a su naturaleza, se pretenda excluir de la tutela de normas de orden público, como lo son las que rigen el contrato de trabajo en relación de dependencia.

2. — Las declaraciones de los testigos ofrecidos por la parte demandada no ayudan a sustentar la tesitura que postula la existencia de una locación de servicios, toda vez que declararon conocer a la actora trabajando en el local de propiedad de la demandada realizando tareas normales y habituales de la actividad y en los horarios en que el local abría sus puertas a la clientela, tal como lo denunció en el escrito de inicio la demandante y desde la fecha denunciada por la misma.

3. — Resulta irrelevante el hecho de que la actora facturara como monotributista, o que no tuviera un horario de trabajo fijo, dado que ello no es una nota tipificante del contrato de trabajo.

4. — Carece de relevancia que la trabajadora haya guardado silencio y omitidos reclamos durante el transcurso de la relación, pues tales circunstancias, no excluyen la dependencia.

5. — No resulta de vital importancia para la postura de la demandada el hecho de que la trabajadora pudiera prestar tareas para otros empleadores, pues la exclusividad no es una nota tipificante del contrato de trabajo.

6. — Para que se configure la "conducta maliciosa y temeraria" a la que alude el art. 275 de la LCT, resulta necesario que exista una inconducta procesal que, considerada con el rigor del ámbito penal, haga aplicable la sanción. No basta que una petición no sea resuelta favorablemente o que una defensa no sea acogida, es imprescindible tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones o defensas han sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio.

7. — La temeridad se configura cuando una parte sabe a ciencia cierta que no está asistida por la razón y, a pesar de ello, abusando de la jurisdicción compone un proceso del que se ha generar un daño a la otra parte (del voto del Dr. Pose).

8. — El comportamiento de la demandada, de cuestionar la existencia de relación laboral y de tener a la trabajadora en total clandestinidad, mediante defensas manifiestamente incompatibles, legitima la aplicación de sanciones por temeridad y malicia (del voto en disidencia parcial de la Dra. Vázquez).

CNTrab., sala I, 22/10/2020. - Chazarreta, Karina Vanesa c. Fornari, Ailin s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/60054/2020]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Causa N° 21438/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 22 de 2020.

La doctora *Vázquez* dijo:

I. El Señor Juez de Primera Instancia hizo lugar a la demanda orientada al cobro de indemnizaciones por despido y otros créditos de naturaleza laboral. Para así decidir, luego de valorar las pruebas producidas y los antecedentes el caso, concluyó que, entre las partes existió una relación laboral en los términos de los arts. 21 y 22 de la LCT y que la decisión de la trabajadora de considerarse despedida, debido al desconocimiento de la naturaleza del vínculo, resultó legítima.

II. Tal decisión es apelada por la parte demandada, a tenor de las manifestaciones vertidas en la memoria de fs. 189/204. Por su parte, a fs. 187, la representación letrada de la parte actora, objeta la regulación de sus honorarios por estimarla reducida.

El apelante se queja porque se determinó la existencia de relación laboral entre las partes, por el CCT aplicable, por la base salarial tomada para el cálculo de los rubros que resultaron procedentes, porque se hizo lugar a la indemnización por temeridad y malicia

(art. 275 LCT), por la aplicación de intereses punitorios y por lo resuelto en materia de costas.

III. Adelanto que, por mi intermedio, el recurso interpuesto por la demandada no tendrá favorable recepción.

No se discute en la causa que la Sra. Chazarreta prestaba tareas en el salón de estética femenina explotado por la demandada, que giraba con el nombre de fantasía "E.", sito en la calle ... de CABA. Tampoco se discute que allí la accionante realizaba distintos tratamientos corporales relacionados con la estética corporal, hasta que se consideró despedida el 30/12/2016. No obstante, ambas partes discrepan acerca de la naturaleza jurídica del vínculo que las unió, porque la accionante afirma que se trató de una relación de trabajo subordinado, mientras que la demandada insiste en que la actora era una trabajadora autónoma ligada por una locación de servicios.

Asimismo, la Sra. Chazarreta sostuvo que el vínculo nunca fue registrado por lo que hizo sucesivos reclamos verbales. Posteriormente, le fueron negadas las tareas, lo que la llevó a intimar telegráficamente a fin de obtener la dación de tareas y el registro de la relación laboral, sin obtener resultado favorable, situación por la que decidió extinguir el vínculo en los términos del art. 242 LCT.

Cabe tener en cuenta que es trabajador/a subordinado/a quien pone su energía de trabajo a disposición de otra persona o empresa, quien con su propia organización hizo converger aquellas energías hasta el logro de los fines que se propuso alcanzar, resultando indiferente para su determinación que los interesados la hayan denominado de otra forma o que, mediante apariencia ajena a su naturaleza, se pretenda excluir de la tutela de normas de orden público, como lo son las que rigen el contrato de trabajo en relación de dependencia (arts. 21, 22, 23 y conc., ley 20.744).

He sostenido en otras oportunidades que la relación de dependencia se prueba a través de una suma o haz de indicios, y la valoración de ellos permite determinar un aserto jurídico actual sobre hechos ocurridos en el pasado que resultan de las pruebas acumuladas en la causa, dado que nos encontramos ante un derecho imperativo, inclusive sobre lo que la o las partes del contrato creyeron convenir al momento de la celebración o la ejecución.

Los testigos V., ex —compañera de trabajo— y G. —cliente del salón E.— dieron cuenta de las tareas que realizaba la actora dentro del salón de estética de la demandada. En este sentido, ambos la ubicaron trabajando en dicho establecimiento, describieron sus tareas, la modalidad en que eran realizadas, el uso de ropa de trabajo acorde a las tareas y dieron suficiente razón de sus dichos, por lo que, teniendo en cuenta que tales declaraciones provienen de personas que tuvieron un conocimiento directo de los hechos, les otorgo pleno valor de convicción (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En efecto, la testigo V. (fs. 147) dijo que cuando ingresó en octubre de 2015, la actora ya estaba trabajando ahí..., que la actora hacia tratamientos corporales, faciales y masajes..., lo sabe porque trabajaba ahí y la dicente siempre veía que le pasaban tratamientos..., la actora trabajaba de martes a sábados de 9 a 20..., lo sabe porque la dicente entraba de 10 a 20 horas y la actora ya estaba antes trabajando..., que el horario de ingreso y egreso lo controlaba A., que ella las llamaba y le decía que vayan a ese horario..., lo sabe porque ella estaba ahí..., el lugar físico donde trabajaba la actora queda en la calle ..., las órdenes de trabajo a la actora se las daba A., lo sabe porque ella controlaba los turnos y le decía a qué hora tenía que atender..., el salario que percibía la actora era por comisión..., el salario se lo abonaba A., el salario se lo abonaba en efectivo..., lo sabe porque a todas les pagaba en efectivo y sabe que era a comisión porque a todas les pagaba por comisión, era depende lo que trabajaban..., la dicente trabajo en E. hasta marzo de 2016. Que cuando la dicente dejo de trabajar la actora seguía trabajando..., no sabe exactamente cuántos clientes atendía por día la actora, pero estaba todo el día trabajando y a veces atendía a dos a la vez y la dicente casi no la veía, la actora estaba trabajando desde que entraba hasta que se iba..., a la dicente también le pagaba en efectivo..., a la dicente le pagaban a comisión y por quincena. Que el pago no se documentaba..." G. (fs. 151) dijo que "...Conoce a la actora porque del lugar donde trabajaba..., el lugar quedaba en ..., entre 9 de julio y Tacuarí..., el lugar se llamaba esencia..., el dicente era cliente del lugar..., el dicente iba al local los martes y los jueves...., iba después del mediodía que a veces, depende en el horario que le daban..., iba dos veces por semana a veces los martes y los jueves o también los martes y los viernes..., los horarios se los daba A. por teléfono o a veces los acordaba cuando terminaba la sección..., el dicente conoce a la actora porque se fue a hacer masajes al lugar y que le recomendaron una masajista..., el dicente coordino cada dos días..., que se atendía con la actora y con otra chica que se llamaba C..., el dicente se atendía con la actora todos los martes..., el dicente se atendía los martes con una y los jueves o viernes con otra..., A. era la que dirigía el lugar y la que le daba las órdenes a la actora..., lo sabe porque el dicente la veía...,se comenzó atender en febrero del 2016..., el dicente pagaba al salir..., le pagaba a A. en un escritorio..., ahí coordinaba las otras visitas y cuando pagaba no le daban ningún comprobante de pago..., el local cuando entra puertas y ventanas de vidrios, a la derecha está el escritorio, a la izquierda tenias sillas y una

mesa ratona, continuando por la izquierda tenias dos boxes y uno más enfrentado de la derecha..., pasando para el fondo hay un patio, como las casas viejas hay un patio central, que sobre la mano izquierda una escalera que iba arriba pero no sabe a dónde..., a las mano derecha dos boxes más en los cuales el dicente se hacia los tratamientos que estaban intercalados... y de la pared del fondo, tenía los baños y una cocina...".

Por otro lado, las declaraciones de los testigos ofrecidos por la parte demandada, no ayudan a sustentar la tesitura que postula la existencia de una locación de servicios, toda vez que declararon conocer a la actora trabajando en el local de propiedad de la demandada realizando tareas normales y habituales de la actividad y en los horarios en que el local abría sus puertas a la clientela, tal como lo denunció en el escrito de inicio la Sra. Chazarreta y desde la fecha denunciada por la misma.

Más allá de las objeciones que merecieron todos los testimonios señalados, de ellos se desprende que Chazarreta prestaba tareas de manera subordinada para la demandada, quien además de abonarle el salario le impartía distintas directivas acerca de la organización de las tareas, tomaba los turnos, organizaba los horarios, etc. (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 LO).

Todas estas circunstancias de hecho, analizadas desde la técnica del "haz de indicios" (ver Perugini, Alejandro H., Relación de Dependencia, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2010, p. 121 y ss.), no deja resquicio para controvertir que la accionante incorporó orgánicamente su fuerza laboral para permitir el funcionamiento de una organización ajena para el logro de los fines de ésta y asumió el rol de medio personal de una organización empresaria ajena y esta inserción orgánica, estable y continuada autoriza, en el caso, la calificación jurídica de la relación como dependiente o subordinada.

Frente a ello, y en consonancia con el principio de realidad, pierden consistencia y relevancia las circunstancias de hecho sobre las que pone énfasis la demandada. En este sentido, resulta irrelevante el hecho de que la actora facturara como monotributista, o que no tuviera un horario de trabajo fijo, dado que ello no es una nota tipificante del contrato de trabajo. Asimismo, carece de relevancia que la trabajadora haya guardado silencio y omitido reclamos durante el transcurso de la relación (artículos 12 y 58 LCT) pues tales circunstancias, no excluyen la dependencia. Tampoco resulta de vital importancia para su postura el hecho de que la trabajadora pudiera prestar tareas para otros empleadores, pues la exclusividad tampoco es una nota tipificante del contrato de trabajo.

Esta Sala ha expresado en reiteradas ocasiones que "...para que resulte aplicable la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, no es necesario que el prestador de los servicios acredite el carácter subordinado de los mismos, siendo justamente éste el contenido de la presunción establecida en la norma para cuya operatividad basta, en principio, que se acredite la prestación de servicios (cfr. sentencia N° 89.921 del 14/11/2001 *in re* "González, Juan C. y otros c. Transportes Automotores Riachuelo SA s/ despido"). Al respecto, cabe memorar que el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontrastable de los hechos, por lo que ninguna relevancia tienen las manifestaciones que pudieren haber realizado las partes de buena o mala fe para calificar sus relaciones, o incluso, el silencio que el dependiente pudiera haber observado, durante el curso de la relación laboral. Así, ni el lugar de trabajo, ni el cumplimiento de horarios u otra serie de elementos netamente formales, resultan determinantes de la inexistencia de una relación laboral, cuando, como en el caso se trata de una prestación de servicios personales e infungibles a favor de otro, según sus órdenes e instrucciones y bajo su dependencia jurídico - personal..." (ver autos "Lotersztein, Manuel A. c. Totalmédica SA y otros s/ despido", SD 90.515 del 20/03/2015 y "Vega, Alejandra c. Danone Argentina y otros s/ despido", SD 93.682 del 18/06/2019 del registro de esta Sala).

Por último, señalo que el antecedente jurisprudencial del Alto Tribunal que el apelante intenta hacer valer en aval de su tesitura —"Rica" (Fallos: 341:427)— no resulta aplicable en el caso examinado, porque no se vislumbran circunstancias fáctico-jurídicas análogas al presente.

En suma, propongo desestimar la queja sobre el particular.

IV. La misma suerte tendrá la queja relacionada con la procedencia de las diferencias salariales reclamadas, como también lo atinente al encuadre convencional y a la base salarial tomada en grado para el cálculo de los conceptos que resultaron procedentes.

Analizadas las constancias probatorias de la causa, estimo que el encuadre convencional efectuado en grado ha sido correcto. Digo esto porque, en primer lugar, el CCT 734/15 es el invocado por la accionante en el inicio y la demandada en el responde, además de negar dicha circunstancia, omitió explicar cuál sería la norma convencional que habría debido aplicarse a la actividad que desarrolla en su establecimiento. Por otro lado, aún cuando del texto del CCT 734/15 surgiría que el mismo podría ser de aplicación a peluquerías, salones de estética y afines destinados a la atención de damas, lo cierto es que la actividad desarrollada en el local de la demandada se encuen-

tra comprendida dentro de las previstas en el CCT 734/15. Al respecto, corresponde recordar el fallo plenario de esta Cámara "Risso, Luis c. Química Estrella SA", del 22/03/1957, según la cuál para definir un conflicto de encuadramiento convencional, es decir, responder al interrogante acerca de qué convenio colectivo resulta aplicable a una relación laboral, lo relevante es determinar cuál es la actividad principal de la empresa o establecimiento, con la salvedad de los convenios de profesión, oficio o categoría cuando la patronal ha estado representada. En el caso, amén de que la Sra. Fornari expresó que era comerciante, la actividad del establecimiento que explota es brindar servicio de estética, en el cual la trabajadora realizaba tareas como masajista corporal, depilación, manicuría, etc. (ver testimonio de A., propuesto por la demandada), las cuales encuadran en la actividad relacionada con la salud y belleza estética, comprendida en el convenio colectivo denunciado por la actora y aplicado en origen.

Lo dicho echa por tierra el argumento de la apelante relacionado con la inaplicabilidad al caso de la norma convencional mencionada, pues tampoco se demostró que el salón E. atendiera igual cantidad de hombres y mujeres, sino que por el contrario, los testimonios aportados dejaron entrever que las clientas eran mujeres prácticamente en su totalidad. El hecho de que se atendieran algunos hombres, como el caso del testigo G. antes citado, en nada modifica la tesitura, pues no resulta inverosímil que un local de estas características y dedicado a esta actividad —la estética— haya podido atender excepcionalmente a varones.

En este contexto, y teniendo en cuenta que la trabajadora no se encontraba registrada como dependiente, coincido con lo dispuesto en grado que tal irregularidad registral, tornó aplicable la presunción prevista por el artículo 55 del mismo cuerpo legal.

En virtud de ello, conforme las facultades conferidas por el artículo 56 LCT, por remisión del mentado artículo 55 LCT, estimo que la base salarial tomada en grado para el cálculo de los conceptos que resultaron procedentes ($25.000), resulta razonable y equitativa de acuerdo a las escalas salariales establecidas para la actividad y a la época en que fueron prestadas las tareas, para la categoría de "Personal Técnico Especializado Cosmetóloga" y "Personal Técnico Especializado Masajista Corporal" (CCT 734/15) para el mes Nov./Dic de 2016 y Feb/2017 (artículos 55 y 56 LCT), en la cual corresponde categorizar a la Sra. Chazarreta. Lo dicho conlleva a la confirmación de las diferencias constatadas a favor de la demandante tal como fuera denunciado en el inicio y en la medida fijada en grado, resultando insuficientes los cuestionamientos expresados por la quejosa en relación a su cuantía, de acuerdo a los fundamentos expresados más arriba.

En nada modifica este temperamento, el hecho de que la demandada hubiera acompañado el detalle de las sumas facturadas por la trabajadora, pues las mismas constituyen anotaciones unilaterales de la empleadora que no encuentran sustento en ningún medio de prueba, máxime teniendo en cuenta que surgió de las testificales que la Sra. Chazarreta trabajaba todo el día, que tenía muchas clientas y que a veces atendía a dos personas al mismo tiempo (testimonio de V.) lo cual no se condice con el detalle de sumas facturadas mensualmente por la actora, que fuera aportado por la accionada en defensa de su postura.

Asimismo, corresponde confirmar la procedencia de la indemnización prevista por el art. 73 de la norma convencional, orientada a sancionar la existencia de una relación de trabajo precaria, tal como la que se configura en el trabajo fuera de registración como el de autos.

V. En otro orden de ideas, en cuanto a la procedencia de la sanción por temeridad y malicia cuestionada (artículo 275 LCT), considero que se encuentran reunidos los recaudos para su viabilidad. El comportamiento de la demandada, de cuestionar la existencia de relación laboral y de tener a la trabajadora en total clandestinidad, mediante defensas manifiestamente incompatibles, legitima lo resuelto en origen, por lo que propongo se desestime el agravio.

La queja relacionada con los intereses punitorios establecidos para el caso de incumplimiento del pago del capital de condena, no resulta atendible por no causar agravio actual.

Con respecto a la tasa de interés aplicada al capital de condena, objetada por la demandada por considerarla exhorbitante y desmedida, amén de que el apelante no especifica cuál sería la tasa de interés que considera adecuada, señalo que, como ya lo sostuve en reiteradas oportunidades, en los sistemas nominalistas como el argentino, la desvalorización del capital del crédito dinerario puede ser conjurado mediante el uso adecuado de la tasa de interés. Sobre esta línea argumental se emitieron numerosas sentencias de esta Sala (ver, entre otras, "Miño, Miguel Á. c. El Hogar Obrero Cooperativa de Consumo Edificación y Crédito Ltda.", SD 61.653 del 03/11/2011 y "Gómez, Juana M. c. Galeno ART SA s/ Indemnización por fallecimiento", SD 91.555 del 07/12/2016). De allí la necesidad de utilizar una tasa que sea hábil para reparar, tanto la depreciación del signo monetario, como los daños derivados de la mora.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 768 Cód. Civ. y Com. de la Nación, estimo que las tasas establecidas por las Actas 2601/14, 2630/16 y 2658/17 de esta CNAT, no resultan exorbitantes como se postula al apelar, teniendo en consideración la necesidad de mitigar el envilecimiento de la moneda y la alícuota de interés puro por la mora, por lo tanto corresponde confirmar este segmento de la decisión.

En suma, por todo lo hasta aquí dicho, propongo que la sentencia quede al abrigo de revisión.

VI. En virtud de todo lo expuesto, propongo mantener la distribución de las costas a la demandada en su carácter de objetivamente vencida en el reclamo de la accionante, y de la misma manera, atento el resultado del planteo recursivo, imponer las de alzada a la apelante vencida (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Teniendo en cuenta el mérito, la eficacia, la extensión de los trabajos realizados, el monto involucrado, las facultades conferidas al Tribunal por el art. 38 LO, arts. 6, 7, 8 y 19 de la Ley 21.839 y las normas arancelarias de aplicación vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (cfr. arg. CSJN, *in re* "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", sentencia del 12/09/1996, Fallos: 319:1915 y "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones Provincia de s/ acción declarativa" sentencia del 04/09/2018 considerando 3° y punto I de la parte resolutiva, Fallos: 341:1063), considero que los honorarios asignados a los profesionales intervinientes lucen adecuados, por lo que propongo su confirmación.

VIII. Por las labores realizadas en esta instancia, propicio regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que le fue asignado a cada uno por su actuación en la instancia anterior (arts. 16 y 30 Ley 27.423).

IX. Por lo expuesto, propongo en este voto: 1) Confirmar la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada; 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que les fue regulado a cada uno por su actuación en la instancia anterior.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Disiento con el voto de mi distinguida colega con relación a la sanción prevista en el art. 275 de la LCT.

Observo que el *a quo* expresó: "[r]especto de la sanción por temeridad y malicia pretendida, considero que se encuentran reunidos los recaudos para su procedencia. El comportamiento de la demandada, conforme se expusiera, amerita dicha condena, por lo cual, atento lo dispuesto por el art. 275 de la LCT, además de la condena precedentemente establecida, impongo una multa, a favor de la trabajadora, de $10.000, que formará parte de la condena y llevará los mismos intereses que los antes indicados, contados desde el momento en que quede firme la presente".

Adelanto que no coincido con las conclusiones transcriptas y en razón de ello, propicio hacer lugar al agravio de la demandada y revocar lo decidido en este sentido.

Digo así, pues esta Sala ya ha señalado que la temeridad se configura cuando el litigante conoce a ciencia cierta que no tiene razón valedera y no obstante, abusando de la jurisdicción, impone un proceso del que se ha de generar un daño a la otra parte; mientras que la malicia implica un ocultamiento doloso y la articulación de defensas que manifiestamente tienden a dilatar la tramitación del proceso.

Sobre tales bases, para que se configure la "conducta maliciosa y temeraria" a la que alude el art. 275 de la LCT, resulta necesario que exista una inconducta procesal que, considerada con el rigor del ámbito penal, haga aplicable la sanción. No basta que una petición no sea resuelta favorablemente o que una defensa no sea acogida, es imprescindible tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones o defensas han sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio. (*in re* "Benítez, María C. c. Organización Tauro SRL s/ despido", SD 86.803 del 05/07/2011 entre otras).

En virtud de lo expuesto, no encuentro verificado ninguno de los requisitos señalados, por lo que corresponde detraer del monto de condena la suma de $10.000.

II. Sin perjuicio de la modificación que se propone (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), sugiero mantener lo decidido en grado respecto a costas y honorarios, si bien estos últimos deberán ser calculados sobre el nuevo monto de condena más intereses.

III. Asimismo, en atención a la solución que se propone y sin perjuicio de la modificación que se propone, comparto lo decidido por mi colega preopinante con relación a las costas y honorarios de Alzada, ello en el carácter de objetivamente vencida en lo principal de la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

IV. En consecuencia, de compartirse mi propuesta, correspondería:1) Confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $496.752,65; 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que le fue regulado a cada uno por su actuación en la instancia anterior (arts. 16 y 30 Ley 27.423); 4) Hágase saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac.4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac.31/2020).

El doctor *Pose* dijo:

En nuestro sistema positivo, la temeridad se configura cuando una parte sabe a ciencia cierta que no está asistida por la razón y, a pesar de ello, abusando de la jurisdicción compone un proceso del que se ha generar un daño a la otra parte (CNTr. Sala I, 05/07/2011, "Benítez c. Organización Tauro SRL", DLSS 2011-2184; Sala II, 28/09/1990, "Orrego c. Rivera", DT 1991-A-70); a su vez, la malicia procesal se tipifica cuando un litigante utiliza el proceso en contra de sus fines, obstaculizando su curso y actuando de mala fe con el objeto de obtener una sentencia que no es la que corresponde o demorar su efectivo cumplimiento, existiría, en tales supuestos, un accionar ruin del litigante (Fenochietto y Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, ps. 189/90, Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. I, p. 342; Picón, "Reflexiones acerca de la reforma del art. 275 LCT", DLSS 2012-29; CNTr. Sala VI, 21/02/2001, "Morado c. Inca SA", DT, 2001-A-805) o un abuso desaprensivo de la jurisdicción (CNTr. Sala VIII, 24/11/2010, "Rodríguez López c. Rava sociedad de Bolsa SA", DT, 2011-5-1165).

La operatividad del instituto presupone lo siguiente: a) una declaración judicial expresa de temeridad y malicia empresaria por parte del magistrado actuante; b) la condición de vencido en el proceso, sea en forma total o parcial, siendo éste uno de los factores objetivos para graduar la sanción y c) la acreditación fehaciente de conductas obstruccionistas y/o dilatorias incompatibles con los principios de buena fe procesal y con la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN) pero la tipificación de tales inconductas debe hacerse con criterio penal (CNTr., Sala I, 29/12/2011, "Vetanco SA c. Ramírez Navarro", DT, 2012-5-1170; Sala III, 21/05/2010, "Aquino c. Bronco Mbarete SA", DT, 2010-8-2137) y con prudencia a fin de no cercenar el derecho constitucional de defensa en juicio (crit. Sardegna, "Ley", p. 916; Pirolo —dir.— "Derecho", T. IV, p. 704; CNTr., Sala I, 20/07/2001, "Victorio c. Medias Carolina", DT, 2001-B-2294; Sala IV, 30/04/2015, "Otegui c. Fundación Educar", BCNT. 352; Sala VI, 15/08/2018, "Balbuena c. Fravega SA"; Sala VII, 22/05/1998, "D'Elía c. OSSIMRA", DT, 1998-B-1852; Sala X, 30/09/2011, "Ortellada c. Damiani"; 28/08/2018, "Mangione c. Gago") ya que, en materia de sanciones por temeridad y malicia, rige el principio según el cual la duda se resuelve a favor del imputado (CNTr., Sala III, 24/08/2009, "Cancinos c. Atento Argentina", DT, 2009-B-1140), sin que pueda calificarse como temerario el accionar de quien contesta defendiéndose, aunque sea conocedor de su responsabilidad pues es lícita la búsqueda de un resultado atenuado (CNTr. Sala I, 05/07/2011, "Benítez c. Organización Tauro SRL", DLSS 2011-2184).

Por ello, adhiero a la propuesta de la doctora *Hockl*.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $496.752,65; 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que le fue regulado a cada uno por su actuación en la instancia anterior (arts. 16 y 30 Ley 27.423); 4) Hágase saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac.4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac. 31/2020). — *Gabriela A. Vázquez. — María C. Hockl. — Carlos Pose.*

DESPIDO POR EMBARAZO

Procedencia aun cuando la trabajadora perdió el embarazo. Indemnización por daño moral.

1. — El hecho de que la trabajadora hubiera sufrido un aborto espontáneo no enerva el derecho a la indemnización especial porque la ley no hace distinciones ni tampoco puede ser un obstáculo a las previsiones de la ley 23592 puesto que cuando se denuncia una discriminación por embarazo, el sujeto protegido es primordialmente la mujer, máxime cuando la presunción legal iuris tantum que establece el art. 178 de la LCT opera durante el lapso de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha probable de parto (período de sospecha) y no surge de autos ningún elemento idóneo que permita desvirtuarla.

2. — La actitud de la empleadora de despedir a la trabajadora a las pocas semanas de reincorporarse de una licencia médica que comprendió un hecho desafortunado como lo es la pérdida

de un embarazo, argumentando una causal genérica que tampoco fue precisada, denotó una actitud de mala fe de su parte que transgrede el principio consagrado en los arts. 62 y 63 de la LCT, lo que torna procedente el resarcimiento del daño moral.

CNTrab., sala I, 28/09/2020. – P. V. M. c. Argentina Collection Agency SRL s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/51033/2020]

Causa N° 44.732/2018/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 28 de 2020.

La doctora *Vázquez* dijo:

I. El Señor Juez de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda orientada al cobro de diferencias salariales, de la indemnización prevista por el artículo 182 LCT y de una reparación por daño moral. Para así decidir dijo, luego de valorar las pruebas producidas y los antecedentes del caso, que la relación laboral había estado correctamente encuadrada en el CCT 130/75; que el despido dispuesto por la empleadora, fundado en razones de reestructuración, obedeció a razones de embarazo, porque fue dispuesto dentro del plazo de 7 meses y medio anterior a la fecha de parto, y la demandada no demostró que obedeciera a causas distintas, sin que la circunstancia de que la trabajadora hubiese perdido el embarazo enervara la presunción legal. Finalmente, para diferir a condena una indemnización por daño moral puntualizó, sucintamente, que la tarifa del artículo 245 LCT no contiene en su quantum ningún elemento dirigido a reparar las consecuencias dañosas de un acto discriminatorio.

II. Tal decisión es apelada por ambas partes a tenor de las manifestaciones vertidas en las memorias de fs. 179/190 y fs. 194/198, ambas replicadas a fs. 200/204 y 206/209. Por su parte, el perito contador objeta la regulación de sus honorarios por estimarla reducida (fs. 192).

La demandada cuestiona que se difirió a condena la indemnización prevista por el artículo 182 LCT, la reparación por daño moral reclamado y lo resuelto en materia de costas. A su turno, la parte actora se queja porque no se hizo lugar al reclamo por diferencias salariales, que fundó en que la norma convencional aplicada a la relación laboral era incorrecta y por el rechazo de la indemnización prevista por el artículo 275 LCT. Asimismo, la representación de la actora apela la regulación de sus honorarios por bajos.

III. Trataré en primer término el recurso interpuesto por la parte demandada en el mismo orden en que fueron planteados los agravios, y adelanto que, por mi intermedio, el planteo no tendrá favorable recepción.

No se discute en la causa que la Sra. P.P. se desempeñó como telecobradora, realizando tareas de venta y cobranza telefónica en el servicio de call center, propiedad de la demandada, desde el 29/05/2017 hasta que fue despedida el 07/08/2018. Tampoco se encuentra controvertido que la actora cursó un embarazo cuya fecha presunta de parto era el 19/09/2018, circunstancia que notificara a la empleadora por telegrama del 25/04/2018; que el 01/06/2018 comenzó una licencia por embarazo de riesgo y que, contando con 20 semanas de gestación, el embarazo se interrumpió de manera espontánea. Asimismo, llega firme a esta instancia que la actora fue despedida unas semanas después de reintegrarse al trabajo, invocando la empleadora, en la comunicación extintiva, "causas de reestructuración".

IV. De manera liminar, en tema en debate se centra en determinar si corresponde presumir que el despido de la trabajadora obedeció a razones de embarazo en virtud de que fue dispuesto dentro de los siete meses y medio anterior a la fecha probable de parto. El magistrado de origen argumentó que, independientemente de que el embarazo se hubiera interrumpido, la presunción legal estaba activada de todos modos y correspondía condenar a la demandada a pagar la indemnización especial cuantificada por el art. 182 LCT porque el despido aconteció dentro del período de sospecha establecido por el artículo 178 LCT y la demandada no demostró que obedeciera a causas distintas.

La apelante insiste en su memorial que como el embarazo se interrumpió el período de protección ya no resulta eficaz porque se extinguieron las causas que dieron lugar a la previsión legal, argumento que además expuso al responder la misiva de la trabajadora en la ésta rechazaba el despido dispuesto. La quejosa cita jurisprudencia de otras salas del fuero y de otros tribunales en apoyo de su tesitura.

Cabe señalar que el artículo 178 de la LCT establece una protección especial en supuestos de embarazo o maternidad y consagra una presunción legal a favor de la trabajadora, pero precisamente por su carácter de *iuris tantum*, admite prueba en contrario, lo cual implica que la norma dispensa de prueba a la trabajadora, quien debe demostrar únicamente los presupuestos de aplicación, mientras que al empleador le corresponde acreditar que la desvinculación obedeció a causas distintas.

El segundo aspecto, de particular significado, consiste en que la presunción resulta aplicable cuando el despido operó dentro del plazo de siete meses y me-

dio antes o después del parto, es decir, quince meses de protección legal divididos en dos períodos iguales, cuyo límite es el día de parto. En el primer período, la mujer trabajadora debe comunicar su estado de embarazo y en este caso la protección se dirige a la mujer embarazada; en el segundo, la notificación se refiere al nacimiento con o sin vida, y en su caso la interrupción de la gestación, por lo que la protección va dirigida a la madre, ello así, por cuanto, "...la cobertura es exigible con mayor rigor en este caso porque la madre frustrada puede quedar por este motivo en precarias condiciones síquicas y físicas, que podrían agravarse si estuviera expuesta al despido.." (Fernández Madrid, Juan Carlos, 2001, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Bs. As., LA LEY, T. II).

Por otro lado, el artículo 177 de la LCT, en su tercer párrafo, dispone "...garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior". La preceptiva guarda sintonía con la importancia social de la maternidad que predica el Preámbulo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer —CEDAW—, que integra el bloque de constitucionalidad federal (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional); con la obligación asumida por el Estado de adoptar medidas encaminadas a proteger la maternidad (artículo 4°, ap. 2 CEDAW) y a lo dispuesto por el artículo 11, apartado 2° de la misma CEDAW, en el sentido que "...con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y, asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo...".

También es oportuno recordar que, al amparo del artículo 6°, inciso c) de la ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y su reglamentación por el decreto 1011/2010, el despido por razones de embarazo o maternidad constituye un acto de violencia laboral contra la mujer y viola sus derechos humanos.

La ley 26.485, llamada de Protección Integral a las Mujeres, también garantiza tanto los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) como los reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), ratificada por la ley 24.632. Esta última Convención es explícita al declarar en su artículo 3° que "...toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado" y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, señaló que "...en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*).

He tenido oportunidad de expedirme en un caso de aristas similares al presente, como vocal integrante de la Sala VIII, en el que expresé que el hecho de que la trabajadora hubiera sufrido un aborto espontáneo no enerva el derecho a la indemnización especial porque la ley no hace distinciones ni tampoco puede ser un obstáculo a las previsiones de la ley 23.592 puesto que cuando se denuncia una discriminación por embarazo, el sujeto protegido es primordialmente la mujer. Es que el ordenamiento de fondo pretende amparar con mayor fortaleza su derecho a trabajar y al tiempo que procura reparar los perjuicios que padece, no desatiende los fines represivos de una conducta que aspira a desalentar, por conducto de una medida de acción positiva que se dirige a lograr la igualdad de oportunidades (artículo 75 inc. 23 CN) (ver mi voto en Sala VIII, autos: "Brandi, Andrea M. c. Paramedic Emergencias Médicas SA s/ despido", SD N° 34.552 del 30/10/2007).

En este punto, no debe soslayarse que la presunción legal *iuris tantum* que establece el artículo 178 de la LCT opera, como ya dije más arriba, durante el lapso de siete meses y medio anteriores o posteriores a la fecha probable de parto (período de sospecha) y no surge de autos ningún elemento idóneo que permita desvirtuarla. Es decir que, más allá de que la trabajadora perdiera el embarazo, la presunción se encontraba activada porque el sujeto de tutela es la mujer trabajadora.

En el caso, la Sra. P. se reincorporó a sus tareas el 02/07/2018 y sostuvo que a partir de allí comenzó una seguidilla de persecuciones discriminatorias a fin de lograr su renuncia. Refiere la falta de pago de premios por productividad (ver recibos de mayo y junio de 2018 obrantes en sobre de fs. 4), la quita de clientes y de puntos de concertaciones de pago realizadas por ella, etc. Todo ello culminó con su despido invocando una causal que, además de genérica ("reestructuración"), no fue demostrada por la demandada. Si bien insiste la apelante que la desvinculación de la Sra. P. no tuvo esa motivación ilícita, en el memorial recursivo no individualiza ninguna prueba que avale su postura.

En virtud de lo expuesto, coincido con el temperamento adoptado en origen en cuanto a que el despido se concretó durante el plazo de tutela, que se activó la presunción prevista por el primer párrafo del artículo 178 de la LCT y que la demandada no desvirtuó la presunción legal. Por lo tanto, propongo confirmar lo resuelto en relación a la indemnización prevista por los arts. 178 y 182 LCT.

V. La misma suerte tendrá el planteo relacionado con la procedencia del daño moral reclamado.

Memoro que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria. Su traducción en dinero se debe a que no es más que el medio para enjugar, de un modo imperfecto pero entendido subjetivamente como eficaz por quien lo reclama, un detrimento que, de otro modo, quedaría sin resarcir. Siendo eso así, se trata de reconocer una compensación pecuniaria que haga asequibles algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral sufrido, el cual se encuentra receptado en los artículos 522 y 1078 del Cód. Civil (actual 1741 Cód. Civ. y Com. de la Nación) y adquirió rango constitucional a través del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, pues en el artículo 5 apartado 1 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley 23.054) encuentra la debida tutela.

En el caso, la actitud de la empleadora de despedir a la trabajadora a las pocas semanas de reincorporarse de una licencia médica que comprendió un hecho desafortunado como lo es la pérdida de un embarazo, argumentando una causal genérica que tampoco fue precisada, denotó una actitud de mala fe de su parte que transgrede el principio consagrado en los artículos 62 y 63 de la LCT. Tampoco logran beneficiar la postura patronal la prueba testimonial aportada por su parte. O. (fs. 153), expresó que la actora fue despedida por baja productividad, B. (fs. 155) expresó que estima que a la actora la despidieron por no alcanzar los objetivos y D. M. (fs. 151) dijo que cuando un equipo no llega a las metas generalmente la empresa decide la desvinculación sin causa del empleado, que el control de las metas son dos o tres meses. Dichas declaraciones no forman convicción respecto de la postura patronal pues de las mismas se infiere que la trabajadora podría haber sido despedida por baja productividad, es decir por no alcanzar los objetivos puestos por la empresa durante determinado período. Ello contrasta con lo expresado por el perito contador que informó que la actora logró alcanzar los premios por productividad desde julio de 2017 a abril de 2018, lo cual resta valor suasorio a las testificales (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. A mi modo de ver, resulta lógico considerar que si la trabajadora se había estado en uso de licencia médica por cursar un embarazo de riesgo desde el 01/06/2018, le iba a resultar dificultoso alcanzar los objetivos mensuales propuestos por la empresa toda vez que no había concurrido a trabajar por un mes (entre el 01/06/2018 y el 02/07/2018). Así, si la práctica habitual de la empresa era desvincular empleados/ as por baja productividad o "reestructurar" desafectando dependientes por dicha causa, era esperable exigirle como contrapartida de la regla general de buena fe, en el caso de la actora, en aras de mantener el vínculo laboral (artículo 10 LCT), que hubiese proporcionado un lapso razonable de tiempo para que pudiese alcanzar los objetivos propuestos, considerando que durante varios meses lo había logrado, teniendo en cuenta las circunstancia especiales por las que había transitado. En contraste, decidió despedirla argumentando una causa imprecisa, que ratifica que su obrar fue discriminatorio y con entidad para provocar en la trabajadora un sufrimiento espiritual que debe ser resarcido porque como bien se señaló el colega de la instancia anterior, ese perjuicio no se encuentra incluido en la cuantificación del artículo 245, LCT. Destaco por lo demás, que la discriminación de la mujer por embarazo constituye un acto de violencia de género, según el art. 6° de la ley 26.485 y la afectada está legitimada a reclamar una indemnización integral por las consecuencias dañosas que éste provoca (art. 35, ley 26.485).

Por ello, propongo desestimar la queja sobre este punto en particular.

VI. El recurso de la parte actora no tendrá favorable recepción. La accionante postuló en el inicio que la relación debió ser encuadrada en el CCT 688/14 y no en el CCT 130/75 y, en ese entendimiento se considera acreedora de diferencias salariales. La demandada sostuvo resultaba era aplicable el CCT 130/15 porque en el momento en que la trabajadora prestó tareas (mayo de 2017 a agosto de 2018), era éste el que se encontraba vigente para la relación.

Al respecto señalo que el CCT 688/14 fue celebrado el 24/11/2015 por la Asociación de Trabajadores de Centros de Contactos y Afines de Córdoba (ATACC) y la Cámara Argentina de Centro de Contactos para ser aplicado en la provincia de Córdoba.

Luego, el 24/11/2015, por pedido de ATACC, el MTEySS dictó la Res. 2105/2015 que extendía la aplicación de dicho convenio a las provincias de Córdoba, Chaco, Tucumán, Salta, Mendoza, San Luis, Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Posteriormente, dicha resolución fue recurrida por vía administrativa por distintas asociaciones y sindicatos, entre ellos, por el Sindicato de Empleados de Comercio de Capital Federal y el Sindicato de Em-

pleados de Comercio de Mar del Plata, en la causa "Federación Argentina de Empleados de Comercios y Servicios y otros c. Ministerio de Producción y Trabajo de La Nación y otro s/ otros reclamos" (Expediente N° 49.502/18) radicado ante el Juzgado Nacional del Trabajo N° 50 y el magistrado actuante dispuso cautelarmente la suspensión de la citada dicha Resolución (el 20/03/2019) y luego su nulidad (el 03/09/2019) decisión que habiendo sido apelada, está pendiente de sentencia ante la Sala VI de esta CNAT.

En ese marco, lo decidido en grado no merece reproche porque, en consonancia con lo que afirmara el Juez Grisolía en la instancia anterior, la resolución ministerial 2105/15 no se encontraba vigente al tiempo en que la actora prestó servicios para la demandada. Por lo expuesto, propongo se desestime la queja.

VII. Por último, respecto al rechazo de la indemnización establecida por el artículo 275 LCT, objetada por la actora, considero que lo resuelto debe ser confirmado. En el caso, no observo un uso desaprensivo de la jurisdicción —litigar con la conciencia de la sin razón— o la articulación de defensas claramente obstruccionistas con el fin de controvertir o dilatar una situación clara de derecho. La demandada despidió a la actora alegando una causal genérica durante el período de protección establecido por el art. 178 de la LCT, cuestiones de hecho que debía elucidar el Juez conforme a las pruebas producidas en la causa, y más allá del resultado obtenido, observo que la recurrente hizo ejercicio regular de un legítimo derecho como es el de defensa y debido proceso (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional).

VIII. Por último, los argumentos vertidos brindan adecuado sustento al pronunciamiento, razón por la cual omito el análisis de las demás cuestiones planteadas en tanto resultan inconducentes para la solución del litigio, pues he considerado aquello que estimé pertinente para la correcta solución del litigio. Tengo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 280:320) y, sobre tal base, no las encuentro eficaces para rebatir la valoración realizada precedentemente.

En suma y por lo hasta aquí dicho, propongo que la sentencia quede al abrigo de revisión.

IX. En cuanto a la forma de distribución de las costas cuestionada por la demandada, lo resuelto debe ser confirmado pues no encuentro elementos para apartarme de lo reglado por el artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación e idéntico criterio propongo para las costas de alzada, ya que la demandada resultó vencida en lo medular del litigio.

X. Teniendo en cuenta el mérito, la eficacia, la extensión de los trabajos realizados, el monto involucrado, las facultades conferidas al Tribunal por el art. 38 LO, arts. 6, 7, 8 y 19 de la Ley 21.839 y las normas arancelarias de aplicación vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (cfr. arg. CSJN, *in re* "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", sentencia del 12/09/1996, Fallos: 319:1915 y "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones Provincia de s/ acción declarativa" sentencia del 04/09/2018 considerando 3° y punto I de la parte resolutiva, Fallos: 341:1063), considero que los honorarios regulados a favor de los profesionales actuantes y perito contador, lucen razonables por lo que sugiero su confirmación.

XI. Por las labores realizadas en esta instancia, propicio regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que le fue asignado a cada uno por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423).

XII. Por lo expuesto, propongo en este voto: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada; 3) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes, por las tareas de Alzada, en el 30% a cada una de ellas de lo que les fue regulado por su actuación en la instancia anterior.

La doctora *Hockl* dijo:

Que adhiere al voto que antecede por compartir sus fundamentos y conclusiones.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada; 3) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes, por las tareas de Alzada, en el 30% a cada una de ellas de lo que les fue regulado por su actuación en la instancia anterior y 4) Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (art. 4°, Acordadas CSJN N° 15/2013 y 11/2014). — *Gabriela A. Vázquez. — María C. Hockl.*

DESPIDO INDIRECTO

Procedencia. Falta de entrega de los recibos de sueldo. Condena al pago de la indemnización prevista en el art. 10 de la ley 24.013. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT. Disidencia. Acción civil. Prueba de la situación de violencia que sufrió la trabajadora. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad solidaria del empleador y del autor material del acto de violencia. Responsabilidad civil de la ART.

1. — El despido indirecto es procedente pues la falta de entrega de los recibos de sueldos –por sí sola– constituye injuria suficiente para justificar el distracto.

2. — Corroborado en autos que la remuneración de la trabajadora accionante estaba conformada por el pago de comisiones de venta mensuales y acreditado que dichas comisiones no se encontraban registradas, abonándose clandestinamente, se encuentra acreditado el presupuesto que dispone el art. 10 de la ley 24.013 tornando procedente la multa allí prevista.

3. — La principal acreditación del hostigamiento de la trabajadora, y ambiente insano de labor, fue precisamente, la reacción de su superior hacia ella quien, ante el simple reclamo por diferencias salariales, la increpó violentamente estallando en ira, con la particularidad, que dicha reacción, fue de tal magnitud que, por sí sola, sería causal de la incapacidad psicológica que padece la accionante. De tal suerte, es que considero que vivenció un hecho de suma gravedad que le causó graves perjuicios, por lo que debe ser indemnizada con fundamento en las normas civiles.

4. — La inconstitucionalidad planteada por la parte actora en la demanda es procedente, porque si bien es válido que en el régimen de riesgos del trabajo se recurra a sistemas tarifarios, que por ser tales no establecen una reparación plena, no es admisible que ese régimen sea cerrado y excluyente, de modo que la víctima, por su sola condición de trabajador, esté impedido de acceder a otra vía legal para obtener una reparación integral que compete a cualquier ciudadano. En definitiva, propicio la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39 LRT, en este caso concreto.

5. — Serán solidariamente responsables la empleadora, como también el autor material del hecho violento y los maltratos, ello de conformidad con los arts. 1749 y 1753 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 9° de la ley 1225 de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que, no sólo no se guardó cierto "cuidado" en relación al trato que recibía la actora, sino que tampoco se tendió a evitar la "expansión innecesaria del riesgo", al que se veía expuesta la trabajadora.

6. — Acreditado que el quien fuera el superior de la trabajadora tuvo una reacción violenta desmedida contra ella, ante su reclamo laboral y que dicha reacción fue la causal principal de la incapacidad psicológica que aqueja a la dependiente, entiendo que resulto lisa y llanamente, en un incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador (art. 75 LCT), actitud que constituyó en un abuso del poder de dirección, de una forma que atento contra la salud psíquica de la dependiente –y la cual merece ser indemnizada-. (arts. 65, 66, 67 y ccts. LCT).

7. — La ART resulta es responsable en los términos del derecho común, por la incapacidad psicológica que padece la trabajadora a raíz del episodio violento y los maltratos recibidos de parte de un superior, toda vez que no sólo no probó haber realizado visitas, ni "recomendaciones" a la empleadora de la actora, como tampoco constan exámenes de ingreso ni periódicos a la actora, de modo que no cumplió con el fin de prevenir.

8. — No advierto que el requisito establecido en el decreto 146/01 desnaturalice el sentido de la norma reglamentada, dado que más allá de contemplar un tiempo razonable para la confección de la documentación correspondiente, solo establece una mera formalidad de fácil cumplimiento que en ningún caso obsta a la satisfacción de la obligación sustancial, que no es la obtención de una multa sino la efectiva entrega de las certificaciones correspondientes. De tal modo, y en tanto el accionante no formuló su requerimiento en los términos previstos en el decreto 146/01, la multa señalada en el párrafo que antecede no será procedente (del voto del Dr. Perugini).

9. — El decreto reglamentario Nº 146/01 resulta inconstitucional, porque dicho decreto exige al trabajador esperar un plazo de treinta días corridos, a partir de la extinción del contrato de trabajo para que el empleador haga entrega de los certificados de trabajo. Dicha requisitoria, que se impone al trabajador, constituye un exceso reglamentario en relación con la norma superior que reglamenta (art. 80 LCT, conf. art. 45 de la ley 25.345), pues se encuentra en

abierta contradicción con lo previsto en la materia por los arts. 28 y 99 inc. 2 de la CN, y torna inconstitucional el mencionado art. 3 del mencionado decreto (del voto en disidencia parcial de la Dra. Cañal).

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

La trabajadora fue protagonista de un episodio de violencia física y hostigamiento por parte de su superior luego de que realizara un reclamo laboral.

Referencias de la víctima:

Sexo: femenino

Actividad: Vendedora

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $36.000.-

Daño patrimonial

Daños varios: $180.000 (daño material)

Tasa de interés: Activa del Banco Nación desde el 18/07/2012, hasta el 31 de mayo de 2014, fecha en la que se aplicarán las tasas de la CNAT, por el periodo de vigencia correspondiente a cada una (Actas CNAT Nro. 2601, 2630 y 2658).

CNTrab., sala III, 25/09/2020. - B. I., M. d. J. c. M. L. R. y otros s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/51453/2020]

Causa N° CNT 42.903/2013/CA

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 25 de 2020.

La doctora *Cañal* dijo:

I. El Sr. Juez de anterior grado, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó solidariamente a M. L. R. y L. D. B., al pago de las indemnizaciones derivadas del despido y las multas previstas en los art. 80 LCT y art. 2 de la ley 25.323 (ver sentencia a fs. 351/362).

Contra tal pronunciamiento, se alzan la parte actora, y las demandadas Sra. R. y Sr. B., en forma conjunta, a tenor de los memoriales obrantes a fs. 241-I/252-I vta. y fs. 255-I/264-I, con sendas réplicas a fs. 265-I-274-I y 281-I/290-I, respectivamente.

Asimismo, el perito contador, apeló sus emolumentos, por considerarlos reducidos (ver fs. 253).

II. El Sr. Juez de primera instancia, rechazó las pretensiones patrimoniales, ejercitadas con base en la figura de lesiones psicofísicas y *mobbing*, en los siguientes términos:

"En otras palabras las pretensiones patrimoniales ejercitadas con base en la figura de lesiones psicofísicas y *mobbing* serán desestimadas ante la falta de prueba idónea corroborante de tales anomalías. Lo expuesto conduce a que deba desestimarse el reproche de responsabilidad patrimonial efectuado contra la codemandada Mapfre, máxime cuando el reclamo se funda en normas de derecho común y resulta imposible para la citada entidad prevenir actos de inconducta como los denunciados que pueden ser perpetrados en forma insidiosa o clandestina: el derecho es también el arte de lo posible".

Por otro lado, dijo, para hacer lugar al despido, que:

"Lo expuesto no implica que la demanda deba ser rechazada en su totalidad: la declaración de S. permite inferir que la accionante trabajaba una jornada completa jugando a su favor la presunción del art. 55 de la LCT (ver experticia contable, fs. 322/34) y, en consecuencia, la falta de entrega de los recibos de sueldo emitidos constituyó una justa causa de ruptura de la relación de trabajo porque se efectuaba dolosamente con la finalidad de ocultar las condiciones reales de trabajo".

"Bajo este contexto, la accionante resulta acreedora a $10.000 en concepto de indemnización por despido ($5.000 x 2); $5.416 en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso; $5.416 en concepto de integración del mes de despido, sueldo de julio y aguinaldo proporcional; $2.500 en concepto de aguinaldo devengado primer semestre; $1.643,05 en concepto de indemnización por vacaciones no gozadas ($5.000 x 14 x 6,5: 25 x 12 + sac); $15.000 por imperio del art. 80 de la LCT y $8.931 en virtud de lo estipulado por el art. 2° de la ley 25.323 (50% de la sumatoria de $10.000, $5.416 y 2.446)".

Los reclamos fundados en el art. 10 de la Ley 24.013 y en el cobro de diferencias salariales, fueron desestimados.

Por último, dispuso aplicar los intereses según la tasa activa impuesta por el Banco de la Nación Argentina a computar desde el autodespido, y hasta el 31 de mayo de 2014, y la tasa nominal anual para préstamos libre destino que otorga el Banco de la Nación Argentina con plazo de 49 a 60 meses desde el 1 de junio de 2014 y hasta su efectivo pago.

III. La actora, se queja por el rechazo del mobbing y la consecuente reparación del daño psicofísico esta-

blecido en autos, el cual, entiende, deberá hacerse extensiva a la ART demandada, toda vez que no se tuvo en consideración su culpa, en base a la acción del derecho común.

Asimismo, se queja por el rechazo de las diferencias salariales, la multa del art. 10 de la Ley 24.013 y el modo de realizarse la liquidación final.

Las personas físicas demandadas, por su parte, se quejan del despido acogido por el juzgador, ya que consideran que no existió una justa causa para corroborar el mismo.

Critican, asimismo, respecto del decisorio, que la condena se haya aplicado solidariamente al Sr. B.

Asimismo, reprochan que se las haya condenado a abonar la multa del art. 80 LCT, la del art. 2 Ley 25.323, el modo de practicar la liquidación, las tasas dispuestas por intereses y el modo en que se impusieron las costas del proceso.

IV. Ahora bien, previo a analizar las cuestiones puestas a debate de este Tribunal, entiendo necesario realizar un somero análisis de lo esgrimido por las partes en sus escritos iniciales.

La Sra. B. I., manifestó que ingresó a trabajar a las órdenes de la Sra. R. el 04/08/2011, para el desempeño de tareas de la categoría vendedora "B", del CCT 130/75. Ello, en una jornada de tiempo completo, de lunes a viernes de 09.00 horas a 18.00 horas, y lo sábados de 09.00 horas a 14.00 horas, denunciando una remuneración de $5.000.

Manifestó, que, desde el comienzo mismo de la relación, desempeñó tareas de venta con comisiones por sobre las mismas.

Denunció, en tal sentido, que su empleadora, si bien en los recibos de sueldo consignaba que se trataba de una contratación a tiempo completo, al momento de la registración laboral y posterior alta en la AFIP, la había registrado en un contrato a tiempo parcial, y con esa vara se le abonaba el salario registrado, abonándose el resto del mismo, así como las comisiones por venta, por fuera de todo registro.

En ese sentido, invocó la existencia de diferencias salariales, en cuanto a la duración de la jornada, y su real categoría, ya que esgrimió que se le abonada la correspondiente a la de vendedora "A", y a una jornada parcial.

Así la cosas, relató que desde el inició de la relación laboral, se le impuso como supervisor directo de sus tareas, al Sr. B., esposo de la Sra. R. Manifestó que esta persona comenzó con los malos tratos hacía su parte, quien le propinó todo tipo de improperios ante las tareas que ella efectuaba, y que recibía evasivas en forma constante, despectivas y pedantes. Al respecto, manifestó que el Sr. B. utilizaba frases de manera desmedida y sin "filtro" alguno, en terminologías irrespetuosas y degradantes.

Asimismo, contó que el Sr. B., mantuvo siempre desprecio para su parte, el que paulatinamente le fue generando un daño psicológico, el cual, culminó de estallar, con la violencia física ejercida por el Sr. B. hacía su persona, el día 17/07/2012.

Invocó que debía soportar dichos tratos, ya que si no acataba las órdenes tal como se lo imponía el Sr. B., se iba a quedar sin trabajo.

Esta circunstancia de soportar dicho maltrato, explicó que le generó diversas visitas a médicos y psicólogos.

En ese contexto, relató que con fecha 14/07/2012, decidió enviar el TLC N° 81912653, dirigido a la Sra. R., en los siguientes términos:

"Intimo al plazo 48 hs., hagan entrega de recibos de sueldo desde diciembre de 2011. Asimismo, intimo abonen diferencias salariales las cuales no fueron abonadas en tiempo y forma. Denunciando un sueldo de $5000.- Quedan Uds. Debidamente notificados. Caso contrario accionare legalmente".

Continuó relatando, que dicha misiva fue el detonante para que el Sr. B. estallara en su furia y dirija la misma contra su persona. Así, manifestó que ella continuó concurriendo a su puesto de trabajo, y tres días después, el Sr. B., ejerció una violencia física de sobre manera, que debió retirarse del local comercial, para ser atendida en el Hospital Pirovano por diversas lesiones, y que luego, se dirigió a la Comisaría N° 47 de CABA, en donde efectuó la denuncia policial, que dio inicio a una causa penal.

En este punto del relato, remarcó que el mobbing ejercido contra su persona, había pasado a un escalón superior y se había transformado en una violencia física ejercida directamente contra su persona.

Esta situación, a su entender, hizo imposible la continuidad del vínculo laboral, por lo que al día siguiente (18/07/2012), dispuso la finalización del vínculo, mediante misiva dirigida tanto a la Sra. R., como al Sr. B. Ello, en los siguientes términos:

"Ante su silencio mi anterior CD N° 28911647, de fecha 14/07/2012 y los sucesos de violencia física contra mi persona perpetrada por el Sr. L. D. B. en el día 17/07/2012 y ante su persona que avaló este desmedido y temerario accionar, es que me considero en si-

tuación de despido indirecto. Tales eventos hacen imposible la prosecución del vínculo laboral, por lo que intimo que abonen indemnizaciones emergentes, comisiones adeudadas, diferencias salariales, denunciando mi real fecha de ingreso 04/08/2011 con una remuneración normal y habitual de $5000. Todo bajo apercibimiento leyes 25.323 y 23.345. Su culpa. Asimismo, intimo hagan entrega certificado art. 80 LCT dejando constancia que accionare por estas causales, tanto sea en los fueros laborales como así también en los fueros penales. Quedan ustedes debidamente notificados".

Manifestó, asimismo, que hasta pasado un tiempo desde que dispuso su despido, el Sr. B. continuó amedrentándola, ya que viven en domicilios cercanos, especificando que hasta la amenazó con pegarle nuevamente, y la escupió.

Así las cosas, en cuanto a la acción por despido, reclama a la Sra. R., los rubros que lucen en la liquidación que practicó a fs. 37 vta. 38 vta., y fs. 42/44.

Luego, en cuanto a la acción civil, reclama a la Sra. R., al Sr. B., y a la ART, por el daño psicofísico que le ocasionó el mobbing seguido de violencia física al que fue sometida. A esos efectos, planteó la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley 24.557 y 26.773.

En cuanto a las lesiones físicas en particular, manifestó que sufrió severas cervicalgias y dorsalgias, a consecuencia del mobbing y la violencia física.

La Sra. R., contestó demanda a fs. 55/87, y luego de una pormenorizada negativa de los hechos expuestos por la Sra. B. I., manifestó que ésta, se trataba de una persona muy egoísta, caprichosa, y de carácter fuerte que intentó manejar a su arbitrio la relación laboral.

Relató que la trabajadora, tiene una imaginación muy frondosa, producto de los problemas psicológicos que la aquejaron desde niña, haciendo alusión a una personalidad neurótica hipocondríaca.

Luego, contó que su pareja, el Sr. B., nada tiene que ver con el emprendimiento del que resulta titular. Así, manifestó que con fecha 16/04/2012 nació su hija, y que, por tal motivo, cuando se veía imposibilitada de ir, su pareja en algunas oportunidades concurrió al local de la calle Campana, para darle una ayuda en la atención del mismo.

En cuanto a los pormenores de la relación laboral, manifestó que la actora comenzó a trabajar a sus órdenes con fecha 04/08/2011. Respecto de sus tareas, relató que cumplió las funciones correspondientes a la categoría "vendedora A", del CCT 130/75.

Luego, manifestó que la realidad, es que laboró en el horario reducido de lunes a viernes de 10.00 horas, a 16.00 horas, con una hora de descanso diario, y los días sábados de 10.00 a 12 horas.

Así las cosas, atento a la categoría y jornada que detentaba, sumando el presentismo y el adicional no remunerativo, la mejor remuneración del mes de junio de 2012, se elevó a $3.751,82. En cuanto a las comisiones por venta, negó la existencia de las mismas.

Asimismo, negó la existencia de mobbing, y del hecho violento denunciado por la actora. Así, manifestó que fue grande su sorpresa cuando recibió la misiva de la trabajadora, alegando un hecho que jamás existió. Expone que en ningún momento la misma explicó dónde ocurrió el supuesto hecho, ni a qué hora, ni en qué circunstancias, ni quiénes fueron los partícipes.

Por ello, fundamentó que no era necesario dar respuesta a la misiva intimidatoria, ya que no era dicho ámbito el adecuado para discutir las cuestiones que se deben debatir en el presente.

El Sr. B., por su parte, contestó la acción a fs. 92/106, interpuso excepción de falta de legitimación pasiva, manifestó que nunca hostigó ni amenazó a la actora, ni fue partícipe directo del inventado hecho invocado en la demanda.

Relató, que muy pocas veces concurrió al local de Campana, y solo para ayudar a su pareja en ciertas circunstancias. Ello, porque sus tareas como gerente de DRIFT SRL se lo impedían. Por lo tanto, esgrimió que ningún contacto y/o vínculo ha tenido con la accionante a excepción de las pocas veces que concurrió al local y pudo haberla visto.

Fuera de esas manifestaciones, adhirió a los términos de la presentación de la Sra. R.

Por último, la ART, a fs. 128/148, realizó una negativa de los hechos, reconoció el contrato de afiliación que la uniera con la Sra. R., y manifestó que su representada, ante una eventual incapacidad, respondería en los límites de la póliza, sin perjuicio de que el escrito de inicio carece de argumentaciones para hacer válido un reclamo. (ver vs. 128 vta.).

En ese sentido, entre otros fundamentos, expone que el acoso laboral o mobbing, se encuentra excluido de la cobertura.

V. Ahora bien, de un previo análisis de la prueba, surge que en la especie resultan aplicables ciertas presunciones.

En ese sentido, a fs. 200/203 contestó oficio el Correo Argentino, acreditando la autenticidad y recep-

ción de las cartas documentos enviadas por la actora. Destaco al respecto, que la misiva disruptiva fue recibida por la Sra. R., con fecha 16/07/2012, a las 12:46 horas (ver fs. 203).

Luego, dichas misivas no fueron contestadas por la empleadora, lo que gesta la aplicación de la presunción del art. 57 LCT.

En ese esquema, el art. 57 de la LCT establece que "constituirá presunción en contra del empleador, su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos días hábiles".

De la norma transcripta surge, en principio, el establecimiento de una presunción legal en contra del empleador cuando, efectuada la intimación por el trabajador, ésta no es contestada por el primero. Vale decir, la LCT prevé expresamente la situación del empleador, cuyo silencio frente a un reclamo concreto del trabajador, origina una presunción en su contra, que, en el supuesto de reclamo judicial, como ocurre en este caso, invierte la carga de la prueba.

La presunción del art. 57 de la LCT, es del tipo *iuris tantum*, que en el caso conlleva poner en cabeza del empleador, la carga probatoria de acreditar válidamente las situaciones comunes y propias del cumplimiento de la relación de trabajo, descriptas en la norma; desbaratando así, mediante prueba en contrario la presunción legal.

Asimismo, observo que la Sra. R., no puso a disposición del perito contador, los libros contables y laborales, resultando operativa la presunción 55 LCT, y, por ende, que deban tenerse por cierto los datos invocados por la trabajadora y que debían constar en los libros del art. 52 LCT. Ello, ya que observo en el dictamen presentado por el experto contable a fs. 322/334, que:

"Luego de haber concurrido infructuosamente al domicilio de ... sin hallar razón de la codemandada M. L. R., no han sido puestos a mi disposición ni los libros ni la documentación requerido, pese a la indicación en autos de que se encontraban en la calle ...

Y aunque la parte demandada, en su impugnación de fs. 337/338, manifestó que por ciertas desinteligencias no pudo poner los libros a disposición del perito, lo seguro, es que tampoco lo hizo posteriormente.

En consecuencia, se considera operativa la presunción prevista en el art. 55 de la LCT. Al respecto, cabe recordar, que, en su parte relevante, dicha norma establece que "la falta de exhibición a requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de controlador previstos por los arts. 52 y 54, será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador... sobre las circunstancias que debían constar en tales registros".

Por lo tanto, no se ha podido constatar la remuneración, la entrega de los recibos de sueldos, y, al no constar el registro horario desempeñado por la actora, tampoco se ha podido verificar fehacientemente la jornada y la remuneración, siendo la demandada reticente a brindar dicha información.

Agrego, asimismo, que del juego de las cargas probatorias ("burden of law"), se ha profundizado con la actual visión en el primer marco del paradigma del constitucionalismo social y, últimamente, con el de los derechos humanos fundamentales Aún más, con la concepción de la carga dinámica de la prueba, que coloca en la obligación de probar ya no exclusivamente a quien invoca un derecho, sino al que está en mejores condiciones de probar, cuestión que se tendrá en cuenta para analizar los pormenores del presente caso.

Bien sabemos, que toda presunción en su faz práctica no es otra cosa que la consecuencia que la ley o el magistrado —en las presunciones hominis— extraen de un hecho conocido para tener por cierto otro desconocido. Más aún, dentro del régimen de presunciones existen las legales, es decir, las impuestas por la voluntad legislativa, y las denominadas judiciales, simples u hominis que se forman por la experiencia y permiten aceptar como verosímil la relación entre un hecho y sus efectos, fundándose en razonamientos basados en la relación de causalidad. Trátese de una prueba vicaria, pero prueba al fin.

VI. Sentando ello, veamos qué acreditan, en la especie, las pruebas directas efectuadas.

A fs. 208/212, la Policía Federal Argentina, informó que: "se labraron actuaciones de prevención sumarial caratuladas lesiones, sindicadas bajo el número 2237/12, con intervención del Juzgado Nacional en lo Correccional n 10 a cargo del Dr. Fente, por ante la Secretaria n° 74 de la Dra. Galetti, hecho ocurrido el día 17/07/2012, resultando parte damnificada la Sra. B. I. M. D. J. y parte imputado L. D. B."

Asimismo, acompañó un certificado de la denuncia que efectuó la Sra. B. ante la Comisaría N° 47 de la Ciudad de Buenos Aires, en donde puede leerse: "... habiéndosele recibido denuncia por lesiones, suma-

rio N° 2237, ocurrido día 17/07/2012, en horas 10.00, en ... Cap. Fed.".

A fs. 217/226, el Hospital Pirovano, informó que la actora fue atendida en dicho nosocomio el día 17/07/2012 a las 11.30 horas. Del libro de consultorio (fs. 223), se observa que la Sra. B. fue trasladada por el SAME por una crisis. Puede leerse, en la parte que resulta inteligible, que: "paciente traída por same de día.....con crisis de..... refiere que..... agresiones física y verbalmente por el esposo de la dueña delante de..... y sus compañeros de trabajo.....".

Asimismo, consta a fs. 225, que un galeno del Hospital, le indicó:

"Atención médica. B. M. Crisis de Ansiedad. Reposo 72 h".

Estos informes, no resultaron cuestionados por las partes.

En cuanto a la prueba testimonial, en autos declaró un solo testigo, propuesto por la trabajadora. Así, la Sra. S., dijo a fs. 274:

"Que trabajó con la actora para R. y B., desde Agosto de 2011 fecha en que ingresó la actora, hasta diciembre de 2011, B. daba las órdenes comerciales hacían juntos el seguimiento de clientes la actora y testigo hacían el mismo trabajo se conectaban con proveedores organizaba las tareas de la testigo y actora, en los recibos de sueldo figuraba como empleador R., que sabe la actora tenía comisiones por ventas, las comisiones se las pagaban en efectivo pero no firmaban nada. B. con la actora tenía trato violento, esto lo vio la testigo porque estaban en la misma oficina y veía cómo la trataba, diariamente B. tenía maltrato verbal con la actora esto lo vio la testigo, con el resto de los trabajadores B. no era agresivo como era con la actora, la codemandada R. vio estos malos tratos porque estaban en el mismo lugar físico, B. estaba en la empresa de 09.00 a 18.00 horas, el horario de trabajo era de lunes a viernes de 09.00 a 18.00 y lo sábados de 10.00 a 14.00 horas, del trabajo se fue primero la testigo y se enteró por otro compañero que se había desvinculado la actora por una agresión verbal y física de B. a la actora, nunca hubo inspección de la ART en la empresa, y no había medidas de seguridad, sabe que la actora decía a diario que padecía mal trato de B. y había comenzado un tratamiento psicológico, refiere la testigo que día a día aumentaba el maltrato y sobre todo cuando reclamaban para regularizar la situación laboral, la actora era buena compañera de trabajo".

Dicho testimonio luce justificado, puesto que la declarante dio suficiente razón de sus dichos y no recibió cuestionamiento alguno Por lo cual, le reconozco plena eficacia probatoria a esta declaración. (arts. 386 y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En ese sentido, estas manifestaciones a los hechos de la litis, serán considerados y merituados adecuadamente más adelante.

Asimismo, dejo para el momento de estudiar la acción civil, el análisis de la pericial médica, siendo que, en estas condiciones, podemos comenzar a dilucidar las incógnitas que esta Sala deberá resolver:

En cuanto a la acción por despido; a.- ¿resultó justificado el despido dispuesto por la trabajadora?; en caso de que la respuesta fuese afirmativa; b.- ¿ cabe mantener las indemnizaciones del art. 232, 233, 245, y los rubros sueldos adeudados, SAC proporcional, vacaciones no gozadas, y la multa del art. 80 de la LCT y del art. 2 de la ley 25.323?; c.- ¿ corresponde modificar, y hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas, al pago de comisiones fuera de todo registro y multas de la ley de empleo?; d.- ¿resulta ajustada a derecho la base salarial tenida en cuenta para calcular el monto de condena?; e. ¿corresponde confirmar la condena solidaria al Sr. B.? f.- ¿corresponde confirmar las tasas dispuestas por el sentenciante de primera instancia, para contabilizar los intereses? g.- ¿corresponde confirmar el régimen de costas y las regulaciones de honorarios determinadas en la instancia anterior?.

En cuanto a la acción civil, por mobbing y violencia física; a. ¿acreditó la trabajadora el hostigamiento y el hecho violento denunciado y, las dolencias psicológicas determinadas en el peritaje, poseen relación causal con las tareas laborales?; en caso de que ello sea afirmativo, b.- ¿corresponde decretar la inconstitucionalidad de la ley 24.557, y condenar a ambas codemandadas, en los términos del código civil?; c.- ¿corresponde condenar solidariamente a la ART demandada?, d.- ¿cómo deben imponerse las costas de primera instancia?

VII. Por un correcto orden metodológico, trataré en primer término el despido dispuesto en la sentencia apelada.

Así, las personas físicas demandadas alegan que el Sr. Juez de primera instancia, consideró justificado el despido dispuesto por la Sra. B. I., basándose en una injuria que no mencionó en su misiva disruptiva. Ello es, la falta de entrega de los recibos de haberes.

Ahora bien, como vimos, la trabajadora con fecha 14/07/2011 intimó, entre otras cuestiones, a que se le hiciera entrega de los recibos de sueldos, cuestión que alegó, no sucedía desde diciembre de 2011. Luego, y atento, al hecho violento que dijo padecer, entendió que el vínculo laboral era imposible de mantener, y

precipitó su despido, con fecha 18/07/2011, y, en dicha misiva no volvió a intimar a la entrega de los recibos.

Ahora bien, resulta llamativa la queja de los accionados. Y dijo ello, porque en el segundo telegrama, puede leerse: "Ante su silencio mi anterior CD N° 282911647 de fecha 14/07/2012...". Es decir, pese a las circunstancias especiales que llevaron a la trabajadora a enviar esa misiva, y considerarse despedida, hizo expresa mención al telegrama anterior, en donde se reclamaba la entrega de los recibos, y que fuera recibido personalmente por la Sra. R., como se viera.

Luego, la presunción que pesa sobre su parte (art. 57 LCT), no logró ser revertida, ya que no acreditó que haya entregado los recibos de haberes desde diciembre de 2011 en adelante. Nótese que, en sus agravios, tampoco se hace mención a que se haya cumplido con su entrega, o indicación alguna para tratar de convencer a este tribunal de que dicha injuria no sucedió.

Así la cosas, siendo que la falta de entrega de los recibos de sueldos —por sí sola— constituye injuria suficiente para justificar el distracto, propició confirmar lo decidido en la sentencia de primera instancia en este punto, resultando procedente las indemnizaciones del arts. 232, 233, 245 LCT, sueldo julio, SAC 1° 2012, y vacaciones no gozadas.

VIII. Luego, observo que el Sr. Juez de primera instancia, en virtud del testimonio de la Sra. S., y la presunción del art. 55 LCT, tuvo por acreditado que la Sra. B. I. laboró una jornada completa, pero no hizo lugar a las diferencias salariales, porque las comisiones, eran pagadas en forma clandestina; y, agregó el sentenciante, que resulta contradictorio y de escaso engarce jurídico formular reclamos patrimoniales divergentes, persiguiendo, por un lado, el cobro de diferencias salariales impagas, y, por el otro, denunciar el pago clandestino de salarios.

Debo decir, que no comparto dicho criterio, ya que, no me resulta confuso y contradictorio el reclamo de la accionante, coincidiendo con los argumentos que expone en sus agravios en este punto. Así, resulta claro que por un lado la actora denunció que cumplía tareas de vendedora "B", según CCT 130/75, y en una jornada completa, pero que se le abonaba el sueldo según la categoría de vendedora "A", y correspondiente a una jornada parcial.

Por otro lado, manifestó que su salario también estaba compuesto por comisiones por ventas, cuyo pago era percibido fuera de todo registro, y, que, en los últimos meses de la relación laboral, pese a generarlas, ni siquiera las habría cobrado, provocándose también diferencias salariales por ese concepto.

Es decir, para la actora, su salario sería el correspondiente al de la categoría "B" del CCT 130/75, jornada completa, más comisiones por ventas, que denunció en una suma de $5.300 (ver fs. 37 vta.).

Luego, observo que, en ambas misivas intimatorias, denunció un salario de $5.000, y reclamó por diferencias salariales en el primer colacionado, y por diferencias salariales y comisiones impagas, en el último.

Así las cosas, y siendo que la Sra. R., manifestó que la actora laboraba una jornada parcial, como vendedora "A", y sin comisiones, denunciando que su mejor salario al mes de junio de 2012 era de $3.751,82, resulta claro que existió un reclamo sustancial basado en una diferencia de salario.

Sentada la controversia, respecto a la jornada y la categoría, encuentro acreditado que resultaron ser las invocadas por la trabajadora. Ello, atento a la presunción del art. 55 LCT, sobre los datos que deben consignarse en los libros del art. 52 LCT, que no fue revertida por las demandadas, quienes no produjeron prueba para acreditar el horario, ni la categoría por ella invocados.

Luego, también se encuentra acreditado el horario y la categoría directamente, con el testimonio de la Sra. S., quien sabe que ese era el horario, porque ambas hacían el mismo, y trabajaban juntas.

Respecto a la categoría, destaco que el CCT 130/75, dice: Art. 10°.- Personal de ventas: Se considera personal de ventas a los trabajadores que se desempeñen en tareas y/u operaciones de venta cualquiera sea su tipificación, y revistará en las siguientes categorías: a) degustadores; b) vendedores; promotores; c) encargados de segunda; d) jefes de segunda o encargados de primera

Por lo tanto, y siendo que la testigo manifestó que las tareas de ambas consistían en hacer el seguimiento de clientes y contactar con proveedores, se me hace factible que su tarea era evidentemente la de "vendedora-promotora", y no la de "degustadora", y, por lo tanto, le correspondía la categoría de vendedora "B".

Por lo aquí expuesto, siendo que la Sra. R. le abonaba el salario correspondiente a una categoría (vendedora "A"), y a una jornada parcial, cuando en la realidad la actora, laboraba una jornada completa, cumpliendo tareas correspondientes a la categoría "B", propicio hacer lugar a las diferencias salariales ocasionados por el incorrecto pago del salario respecto a la real jornada y categoría.

En cuanto a las comisiones, y en virtud, nuevamente, de la presunción prevista en el art. 55 de la LCT, era la empleadora quien debía probar que no existía el pago de comisiones, cuestión que entiendo que no logró, atento que ninguna prueba produjo al respecto. Dicha presunción, resulta vital, ya que de haber la demandada presentado los libros, el perito podría haber controlado si tenía personal trabajando a comisión.

Sumado, nuevamente, a la prueba testimonial producida en autos, ya la que la única testigo, dio cuenta de la existencia de las mismas, de que tanto ella como la actora las cobraban, y que se pagaban clandestinamente.

Por ende, propicio hacer lugar a que el sueldo de la actora, asimismo estaba conformado por comisiones por ventas, que se abonaban clandestinamente, y, que no fueron pagadas por el período enero 2012 - julio 2012. En atención a la presunción existente, y por no resultar irrazonable, propicio fijar el monto de las comisiones por ventas mensuales en el invocado por la actora, en $1.000.

En este punto, vale decir, con respecto a la queja respecto a la remuneración, tendrá favorable acogida la esgrimida por la trabajadora. Así, estima que corresponderá tener como base el sueldo de junio de 2012, informado por el perito, conformado por el básico de la categoría vendedora "B", los acuerdos de sumas no remunerativas del convenio, el presentismo y las comisiones por ventas, elevándose a la suma de $6.379,17 (ver pericial contable a fs. 323 vta./324).

No resulta óbice para considerar ese número que la accionada, haya denunciado un salario de $5.300, ello en virtud de lo normado por los art. 56 LCT, y art. 56 LO. Máxime cuando la propia Sra. R., para considerar la mejor remuneración que la abonó a la actora, también contempló los adicionales de convenio y el presentismo.

Por ello, propicio que la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el tiempo de prestación de servicios por parte de la Sra. B. I., a los fines de realizar la liquidación de los rubros por los cuales procede el despido, es la de $6.379,17.

Sentado ello, para considerar las diferencias salariales por categoría, jornada, y comisiones impagas del período enero 2012-junio 2012, estaré a la liquidación practicada por el perito (ver fs. 324 vta./325), elevándose a $26.516,91.

Asimismo, constatado el hecho de la deficiente registración (en la remuneración percibida), analizaré si corresponde el pago de la multa de art. 10 de la ley 24.013.

Como vimos, entiendo corroborado en autos que la remuneración de la Sra. B., estaba conformada por el pago de comisiones de venta mensuales.

Asimismo, tuve por acreditado que dichas comisiones no se encontraban registradas, abonándose clandestinamente, más precisamente, las correspondientes al período agosto 2011/diciembre 2012, que son las que la trabajadora, alegó percibir. Es decir, se encuentra acreditado el presupuesto que dispone el art. 10 de la ley 24.013.

Ahora bien, respecto a la multa en cuestión, en la sentencia definitiva N° 93.172, del 31/07/2012, dictada en autos "Roa, Norma A. c. Surmedic SA, y otros s/ despido", del registro de esta Sala, expuse mi postura en cuanto a que "(...) el art. 11 inciso "b" de la ley 24.013, entra en contradicción con su propia sustancia, porque si la pronunciada intención del legislador fue combatir el trabajo en negro, el control del mismo no puede estar en manos del trabajador en estos términos". Por lo que entiendo que el requisito impuesto, no resulta acorde a los lineamientos constitucionales.

Igualmente, entiendo que en la misiva disruptiva —y en atención a las particularidades del caso *ut supra* descriptas—, la Sra. B. intimó por el pago de diferencias salariales impagas.

Asimismo, puede observarse en el Acta ante el SECLO (fs. 4), que vuelve a reclamar por las multas provenientes de la Ley 24.013.

En virtud de estas consideraciones, corresponde modificar lo resuelto por el juez de anterior instancia, y en consecuencia, hacer lugar a las multas de la ley 24.013, adicionando la parte proporcional del SAC, pues el aguinaldo es un décimo tercer sueldo que percibe el trabajador, que, en su calidad de tal, se va devengando proporcionalmente todos los meses.

Ahora bien, siendo que a la actora se le abonaron por fuera de registro, comisiones por un total de $5.000 (agosto/diciembre 2011), será sobre ese monto (adicionándole el SAC), el cual se aplicará la multa del art. 10 de la Ley 24.013, elevándose a $1.354,04 (pesos mil trescientos cincuenta y cuatro con 04/100).

IX. Las personas físicas demandadas, se quejan, por la procedencia de la multa del art. 80 y la del art. 2 de la Ley 25.323.

Al respecto, tengo dicho que el mentado artículo dispone, que al momento de la extinción del contrato de trabajo, se entregue al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de éstos, constancias de los sueldos percibidos, y de los apor-

tes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de seguridad social.

De ello y en vinculación con la presente causa, se deriva que, la Sra. B., fue despedida en forma indirecta el 18/07/2012.

En dicha misiva de distracto, intimó a su empleador a que entregue los certificados del art. 80 LCT.

Luego, en el acta de audiencia de conciliación laboral, el trabajador expresamente reclamó la multa del art. 80 (ver fs. 4). Por lo tanto, encuentro cumplidos los requisitos establecidos por el Decreto 146/2001, dado que trascurrieron más de 30 días desde la finalización del vínculo, encontrándose el empleador en mora para la debida entrega del certificado de trabajo.

Sin perjuicio lo señalado, entiendo que el Decreto 146/2001 resulta inconstitucional.

En efecto, en este sentido me expedí como Juez de Primera Instancia, en autos "Coronel Olicino, María L. A. c. Jumbo Retail Argentina SA" (sentencia N° 2721 del 22/03/2010) y sostuve que comparto la jurisprudencia que tiene dicho que, el decreto 146/2001, que en su art. 3, reglamentando el art. 45 de la ley 25.345 expresa: "que el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o el certificado previstos en los ap. 2 y 3 del art. 80 LCT dentro de los 30 días corridos de extinguido el contrato de trabajo" constituye un claro exceso reglamentario, desde que el art. 45 de la ley reglamentada nada indica al respecto. El art. 80 LCT señala que el empleador está obligado a entregar certificados de trabajo cuando el trabajador lo requiriese a la época de extinción de la relación, y durante el tiempo de la relación cuando median causas razonables, y luego otorga un plazo de dos días hábiles desde el día siguiente a la intimación fehaciente al empleador, sancionándolo con una indemnización especial en caso de incumplimiento. Es por ello que a la luz del art. 99 inc. 2 de la CN que atribuye al Presidente de la Nación "expedir instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias", el art. 3 del decreto 146/2001 es inconstitucional (De voto del Dr. Capón Filas, en mayoría), CNAT Sala VI sent. del 02/04/2004 "Díaz, Andrés c. Carnicerías Fresco Meat SA s/ despido".

En el mismo sentido, "resulta inconstitucional el decreto 146/2001 que al reglamentar el art. 45 de la ley 25.345 exige al empleado esperar un plazo de treinta días corridos a partir de la extinción del contrato de trabajo, para que el empleador haga entrega de los certificados de trabajo. Dicha requisitoria que se impone al trabajador constituye un exceso reglamentario con relación a la norma superior que reglamenta (art. 45 ley 25.345). De acuerdo con lo dispuesto por el art. 99, inc. 2 de la CN, referido a los decretos reglamentarios, éstos no deben alterar el espíritu de la ley que reglamentan con excepciones reglamentarias, esto es, que el decreto reglamentario está jerárquicamente subordinado a la ley. El decreto no debe afectar la sustancia del texto legal. El decreto 146/2001 desnaturaliza la ley que reglamenta pues la requisitoria que el mismo impone al trabajador excede claramente lo que establece la norma superior que reglamenta" (del voto de la Dra. Ferreirós, en mayoría. En igual sentido se expidió en los autos "Daix, Odina E. c. La Tortería SRL s/ despido", SD N° 39.717 del 09/11/2006, Expte. N° 19.358/2005, Sala VII, SD N° 40.114 del 17/05/2007, Expte. N° 9533/2006, "Berns, Jésica L. c. Hoteles Sheraton de Argentina SA s/ despido").

Mismas argumentaciones merece la queja de la demandada, respecto a la multa del art. 2 de la Ley 25.323, destacando al respecto que la trabajadora en su misiva disruptiva, invocó dicha normativa, cumpliendo así con el único requisito impuesto en dicha norma.

Luego, la Sra. B. I. se vio obligada a litigar para hacerse de su crédito laboral, de carácter alimentario, y el cual, como se viera, resultara procedente, por lo cual, la multa resulta procedente.

Por lo tanto, auspicio a confirmar el fallo de anterior grado en este punto, haciendo lugar a la multa del art. 80 LCT y la del art. 2 de la Ley 25.323.

X. Sentado lo expuesto, corresponde realizar nueva liquidación, en atención a los nuevos rubros que entiendo procedentes y parámetros a aplicar:

Fecha de ingreso: 04/08/2011

Fecha de egreso: 18/07/2012

Remuneración: $6.379,17

Indemnización art. 245 LCT	$6.379,17
Indemnización por preaviso + SAC	$6.910,77
Integración mes de despido; sueldo de julio 2012 y SAC	$6.910,75
SAC 1er. 2012	$1.164,98
Vac. no gozadas 2012 y SAC	$2.128,50
Art. 80	$19.137,51
Art. 2°; ley 25.323	$8.069,59
Diferencias salariales	$26.516,91
Multa, art. 10, ley 24.013	$1.354,04
Total	$78.571,65

Así, el monto total por el cual prosperará la demanda en cuanto a la acción por despido, será de $78.571,65 (pesos setenta y ocho mil quinientos setenta y uno con 65/100).

XI. Ahora bien, respecto a estos rubros, se cuestiona la solidaridad del Sr. B.

Al respecto, debo decir que les asiste razón a los quejosos, pero por otros motivos, que resulta evidentes. Y digo esto, porque la Sra. B. I., inició la demanda por despido solamente contra la Sra. R. La demanda contra el Sr. B., fue por la violencia física y laboral que este habría ejercido contra la persona de la actora.

Lo que digo, no presta lugar a dudas cuando se analiza el objeto de la demanda (ver fs. 8), y una atenta lectura de la misma.

Por ello, ante el error in iudicando cometido por el juzgado de primera instancia, corresponderá remediar el mismo, revocando la condena solidaria del Sr. B., por la acción por despido, resultando la única obligada al pago por la liquidación practicada en el considerando anterior la Sra. R.

Atento a que este punto del relato, se evidencia que este cuestionamiento, resultó solo uno de los agravios de las personas físicas, que apelaron conjuntamente, y los cuales fueron rechazados (procedencia del despido, art. 80, art. 2 ley 25.323, cálculo de la indemnización), y ante el evidente error cometido en la sentencia de la primera instancia, esta decisión no acarreará la imposición de costas. Máxime cuando la trabajadora, no solicitó dicha condena.

XII. Por último, respecto a la tasa de intereses las quejosas solicitan que se aplique la tasa de intereses activa fijada por el Banco de la Nación Argentina.

Por su parte, la trabajadora, se queja de que se dispuso que la tasa activa Banco Nación, deberá contar desde el 31 de mayo de 2014, y desde el 1 de junio de 2014 la correspondiente a la tasa dispuesta en la Acta CNAT N° 2601. En ese sentido, rememora que el despido se configuró el día 18/07/2012, incurriendo en un grave error el juzgado de primera instancia al considerar que los intereses se devenguen desde el 31 de mayo del 2014.

Ahora bien, en cuanto a la tasa de intereses aplicada por la *a quo*, cuestionada por la demandada, entiendo que deberá confirmarse.

Ello, ya que, si bien es cierto que las actas de la CNTrab no son vinculantes, lo dispuesto en las mismas permite establecer una hipótesis de referencia propuesta por el cuerpo que recepta los cambios de la realidad económica plasmada en el cambio de las tasas en las diferentes actas. Máxime, cuando en el presente no se ha aplicado a los créditos que proceden, ninguna actualización para contrarrestar los efectos de la inflación.

Por lo que, de no admitirse la tasa de interés aplicada por el *a quo*, se correría el riesgo de que el monto indemnizatorio que reciba finalmente la actora no sea acorde con los procesos inflacionarios que aquejan a nuestra República.

En consecuencia, considero que corresponde confirmar la aplicación de los intereses en la forma dispuesta en la sentencia apelada.

Asimismo, si bien considero que corresponde emplear la actualización monetaria, lo cierto es que llega firme su no aplicación, dado que la parte actora lo consintió. Asimismo, la suscripta también hubiera aplicado la tasa dispuesta en el Acta N° 2601 en forma retroactiva, pero tampoco cuestionó dicho punto la trabajadora. Por lo tanto, y ante la evidencia de que los colegas que conforman el Tribunal, no comparten la aplicación de la actualización, voto por realizar un "obiter dictum" al respecto, a fin de arribar a un acuerdo con el Tribunal, con el objetivo de lograr posibles consensos.

Cabe recordar a tal fin, que el art. 125 de la LO en su segundo párrafo dispone que: "(...) las sentencias de la Cámara se dictaran por mayoría de votos (...)", y teniendo en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Rossi, Muñoz c. Agencia Noticiosa Saporiti SA" del 10 de abril de 1990 (T: 313, 475), que establece " (...) la circunstancia señalada priva a la resolución de aquello que debe constituir su esencia; es decir una unidad lógica— jurídica, cuya validez depende no sólo de que la mayoría convenga en lo atinente a la parte dispositiva sino también ostente una sustancial coincidencia en los fundamentos que permitan llegar a una conclusión adoptada por la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal (...)" —confr. Fallos: 304:590; 308:139, entre otros, ver asimismo Fallos: 273:289; 281:306 y causa B 85.XXII/"Brizuela, Gustavo N. — casación— (autos: "Brizuela, Gustavo N. c. Antonio R. Karam y otro s/ medidas preparatorias"); Fallos: 302:320; 304:590; 305:2218; Fallos: 330:331 causa "Piriz" de la CSJN de fecha 23 de marzo de 2010.

Finalmente, dejo a salvo que, en caso de que modificar alguno de mis colegas su decisión al respecto, la suscripta revería la tasa de interés moratorio.

Todo ello, en la consideración de aplicar la mejor tasa al momento del cálculo, como reflejo de la realidad para cada período, ello en consonancia con la situación económica, protegiendo al sujeto de pre-

ferente tutela, y conforme el mandato del art. 9 de la LCT y el principio de progresividad, y el art. 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Respecto a la fecha desde la que deben contabilizarse los intereses, entiendo que la redacción de la sentencia de primera instancia no brinda confusiones. Ello, ya que en la misma se dispone que la tasa activa del Banco Nación se aplicará desde el autodespido (que aconteció el 18/07/2012), y hasta el 31 de mayo de 2014, y desde el 1 de junio de 2014 según la tasa dispuesta en el Acta CNAT N° 2601; y, por supuesto, las que en futuro las reemplazaron, y por el período de vigencia de cada una (Actas CNAT N° 2630, y 2658).

En definitiva, corresponde confirmar la forma de contabilizar los intereses, dispuesta en la sentencia de primera instancia.

XIII. Definido ello, cabe tratar la acción civil interpuesta por la parte actora contra las personas físicas y la ART demandada, por mobbing y violencia física, y la incapacidad psicofísica que la trabajadora dice que padece a tal efecto.

Así las cosas, previó a ello quiero destacar la presencia en autos de otra presunción, relacionada específicamente con este reclamo. Así, en autos, no obra el examen pre ocupacional que la trabajadora debería haberse realizado al momento de ingresar a su trabajo. Ello, estima presumir que la Sra. B. I., ingresó a laborar en forma sana y apta para prestar sus labores a favor de la Sra. R.

A su vez, señalo que el fundamento vertido precedentemente es concordante con el voto en disidencia del Doctor Horacio Rosatti (ratificando la postura de esta Sala, en la que tuve el primer voto), emitido por la Corte Suprema de Justicia, el 9 de abril de 2019, en autos "Báez, Jorge G. c. Darlene SAIC y otro s/ accidente - acción civil".

Dicho esto, y por un estricto orden metodológico, previo a considerar la situación disvaliosa que denunció la trabajadora, analicemos la pericial médica efectuada en autos, y sus conclusiones.

En la presente causa, se presentó el dictamen psicofísico de la trabajadora a fs. 249/259, en el cual la experta, determinó que la Sra. B. I., presenta una incapacidad del 16% de la T.O.

Uno de los estudios complementarios solicitados, fue un psicodiagnóstico, acompañado por el actor a fs. 243.

De las observaciones clínicas realizadas por la licenciada, y de las entrevistas que tuvo con la actora, observo una descripción específica del episodio violento, que resultó en definitiva una de las causales del despido ya analizado. Así, en dichas entrevistas, la licenciada expuso que la Sra. B. manifestó:

"Manifiesta, en realidad, que el local se encontraba a cargo de la Sra. R. y que su marido, el Sr. B., se reputaba como su verdadero jefe dentro del local. Otorgándole órdenes de trabajo a todos los trabajadores. Así las cosas, según sus dichos, ella comienza a recibir de manera sutil y en forma constante, por parte del marido de la Sra. R., malos tratos que se expresaban a través de críticas, autoritarismo en el trato y agresividad verbal (insultos y degradaciones). A ello se suma que su empleador no le pagaba en tiempo y forma su sueldo, ocasionando en consecuencia una deuda de dinero. Debido a ello, la entrevistada decide intimar a su empleador para que el mismo le pueda pagar el monto adeudado, pero el desenlace de dicha situación culmina en agresiones físicas por parte del Sr. B. hacia ella. Es loable detallar lo que ha mencionado la entrevistada de aquella situación vivenciada, mencionando que acercándose al Sr. B., y teniendo ya el mismo conocimiento de la carta de intimación, el mismo decide reaccionar de manera violenta, diciéndole "que la iba a matar", luego la sacude, la agarra y la lanza contra una estantería. Frente a todo ello la examinada decide salir corriendo en busca de ayuda, pero debido al impacto de la vivencia, su estado de conciencia se torna confuso, no pudiendo en consecuencia en ese momento recordar dónde se encontraba la comisaría de la zona (cabe aclarar que la sujeto conoce la zona debido a que vive en la misma), así como tampoco logra decir su nombre frente al policía que la asiste (personal policial se acerca al observar una situación sospechosa y luego la trasladan al Hospital Pirovano), a ello se suman temblores y llanto, todo ello denota la crisis de angustia en la cual se encontraba la sujeto en aquel momento".

"Por otro lado, la examinada comenta que vive a pocas cuadras de su antiguo trabajo, y en relación a ello, ha mencionado que las agresiones recibidas no solo se han manifestado puntualmente en el área laboral, sino que se han presentado fuera de ese contexto, ya que encontrándose la misma deambulando cerca de su domicilio, se encuentra de manera sorpresiva con el Sr. B., quien desde su auto la "escupe", y según sus dichos atina a bajarse del auto".

En este punto, me permito remarcar que sería efectivo y clarificador para el juzgador, que los profesionales del derecho, en el líbelo de inicio circunstancien adecuadamente cómo sucedieron los hechos, y no tener que recurrir, para tomar conocimiento de los mismos, a la anamnesis de un psicodiagnóstico.

Continua el texto del psicodiagnóstico:

"...En cuanto al plano laboral, al poco tiempo se incorpora en un trabajo de similares características, el mismo también a cargo de un matrimonio, quienes eran los jefes de ella. La examinada comenta que era consiente de algunas similitudes entre el trabajo actual (en cuanto a tareas a realizar) y el anterior en el que se desempeñaba, pero en el mismo comenzó a tener dificultades, ya que no podía recibir órdenes de su "jefe hombre" porque ello la bloqueaba y paralizaba; denotando con ello que la situación actual rememoraba las vivencias traumáticas vividas anteriormente; ocasionando que su rendimiento bajara y ante lo cual decidiera renunciar, ya que sentía que la situación la desbordaba".

La licenciada concluyó que, a raíz del hecho de violencia descripto por la actora:

"...presenta ciertas dificultades para poder enfrentar situaciones nuevas, ya que las mismas le generan miedo y ansiedad intenso, poniéndose a la defensiva. Las situaciones nuevas asociadas con la vivencia mencionada en observaciones, (vivencia traumática) la desbordan, generando un alto monto de ansiedad y estado de alerta, que conlleva a actitudes de evitación. Durante la evaluación se ha evidenciado sentimientos de enojo y de irritabilidad acentuados. Así mismo de forma no tan manifiesta (latente) se observan componentes agresivos y destructivos en relación a las figuras masculinas, se infiere que ello se encuentre asociado a la situación vivenciada. De todo lo mencionado se evidencia cierto cuadro de depresión, con un lato monto de ansiedad y angustia, que ante determinadas situaciones puntuales ocasiona desorganización en su conducta y reacciones de huida y evitación".

Por ello, la licenciada evidenció que el cuadro descripto podría corresponder a una situación de 2.6.1 Neurosis de angustia moderada del 15% que es reactiva al hecho traumático.

Volviendo ahora a la pericial médica, observo que la actora en la entrevista previa realizó un relato similar al efectuado frente a la licenciada que efectuó el psicodiagnóstico.

En cuanto al aspecto psicológico, la experta determinó un 10%, remitiendo a los fundamentos del psicodiagnóstico, al que ya nos hemos referido. Para ello, considero el Baremo-Decreto 659/1996, una RVAN con manifestación depresiva grado II, punto este no cuestionado por la trabajadora.

Respecto a la parte física, estimó que la actora presenta cervicalgia por importante contractura de los músculos de dicha zona. Respecto a la relación causal, dijo que no existen constancias de lesión en área que invocó la peritada, aunque mencionó que pudiera tener relación con un ámbito laboral hostil. Ello, en los siguientes términos:

"Las contracturas musculares, en especial las de la zona cervical, guardan estrecha relación con situaciones conflictivas y de stress. Más allá del impacto en esa zona, que la actora refiere, al no haber constancia en los estudios solicitados de lesión traumática alguna, ésta debería descartarse como etiología de la misma. Lo que no puede descartarse es el factor moobing relacionado con su ámbito laboral hostil".

Es decir, por un lado, tenemos que se determinó un 10 % de incapacidad psicológica, relacionado con el ambiente de trabajo, y principalmente el hecho violento denunciado por la actora; y, por el otro, un 6% de incapacidad física, que podría estar relacionada con un supuesto mobbing, mas no, con la agresión física que alega la trabajadora (la cual, como vimos, las particularidades del hecho, se conocen recién en las entrevistas ante los profesionales actuantes, y no en el inicio de la demanda).

Debo decir que el presente dictamen, mereció la impugnación de la Sra. R., quien, a fs. 262/264, manifestó la omisión de habérsele corrido traslado del psicodiagnóstico, y luego, refuta las conclusiones del perito, por no estar de acuerdo con su punto de vista.

El Sr. Juez de primera instancia, a fs. 268, le hizo saber a la accionada, que el psicodiagnóstico se encontraba agregado en autos, y que podía ser constatado en cualquier momento, sin que ello mereciera manifestación alguna por parte de la impugnante. Es decir, se encuentra consentido.

Luego, no resultan suficientes sus argumentos para restarle valor probatorio al examen aquí analizado. Es que las conclusiones a las que se arriban, tanto respecto a la incapacidad psicológica, como física, surgen luego de efectuar todos los tests psicológicos, exámenes de estilo y estudios clínicos necesarios, resultando la entrevista clínica semiológica solo una parte de los elementos analizados. Por ello estimo, que las conclusiones del experto constituyen un estudio serio y razonado del estado actual de la actora, y que se fundan en sólidos argumentos científicos. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que será el juzgador quien determine si se condicen con la causal esgrimida por la trabajadora, pero lo cierto, es la Sra. B. I. presenta dicha incapacidad psicofísica.

Por lo que, a mi entender, las impugnaciones de la parte demandada y los pedidos de aclaración, resultan irrelevantes, y una mera disconformidad con lo informado por el experto, por lo que entenderé que la Sra. B., presenta una incapacidad psicofísica del 16%.

XIV. Dicho esto, debemos avocarnos, dadas las particularidades del caso, y previo a analizar el régimen sobre el cual puede hacerse efectiva la reparación de los daños padecido por una trabajadora, si en la especie existió un hostigamiento y una agresión verbal y física hacía la actora, por parte del Sr. B., esposo de la Sra. R.

Como vimos, la testigo S., quien laboró con la actora durante 3 meses (agosto-diciembre de 2011), manifestó que el Sr. B. maltrataba verbalmente a la actora, que dicho maltrato estaba dirigido específicamente hacía ella, y que sucedía diariamente. Todo esto, lo sabía por estaba en la misma oficina y lo veía. Luego, respecto al hecho que rodeo el despido, la declarante invocó que un ex compañero le habría hecho mención a que la Sra. B. I. se desvinculó por una agresión verbal y física del Sr. B.

¿Resulta suficiente dicho testimonio para acreditar un hostigamiento hacía la Sra. B. I. por parte del Sr. B., en el cual, ciertamente la testigo, no identifico en que consistían dichos maltratos?

Dicho esto, no comparto las incongruencias destacadas por el Sr. Juez de primera instancia en las declaraciones del testigo. Así, remarco que la misma no se confundió sobre quien aparecía como empleador en los recibos (precisamente identificó a la Sra. R.), ni tampoco que sus manifestaciones respecto al cobro de comisiones fuera de registro, se contradiga con lo manifestado por la actora en cuanto a los reclamos por diferencias salariales, como ya expuse al tratar el tema.

Por ello, entiendo suficiente este testimonio para acreditar que existió un maltrato diario, y personalizado por parte del Sr. B., hacia la Sra. B. I.

Quiero asimismo destacar que el Sr. B., al contestar demanda, manifestó que solamente en contadas ocasiones concurría al local para ayudar a su esposa, y principalmente a raíz del nacimiento de su hija el 16/04/2012, y que su tarea principal, era la de gerente de la firma Drift SRL. Pues bien, no solo no efectuó prueba el Sr. B. para acreditar sus dichos (ni siquiera diligenció el oficio solicitado a la IGJ), sino que por prueba directa se encuentra demostrado lo contrario.

Es que, la testigo S., en los tres meses que laboró desde agosto a diciembre de 2011, mencionó que el Sr. B. les daba las órdenes, y que "diariamente", trataba mal a la actora, y esto, en fecha anterior al supuesto nacimiento de su hija, en abril de 2014. Esta circunstancia, de que en realidad siempre se encontraba en el local y organizando el trabajo, me da una pauta de la mala fe del Sr. B., y, por ende, la Sra. R., y una presunción de lo manifestado por la trabajadora en su líbelo de inicio.

Se podría pensar, en una primera mirada, que dichos maltratos, no fueron los suficientemente significativos, ya que la Sra. B. I., en su primera misiva, nada dijo al respecto. Es más, su primer colacionado ni siquiera fue enviado bajo apercibimiento de finalizar el vínculo, y solo estaba destinado a que su contrato de trabajo se encauzara en forma adecuada a sus derechos.

Dicho esto, debemos tener cuidado en el presente caso, sobre la importancia que le daremos a la magnitud del hostigamiento y sus características, ya que, en el presente, y analizando la prueba rendida, el hecho principal, condicionante de la incapacidad que padecería la trabajadora, se relacionaría más con el hecho violento denunciado y acontecido el 17/07/2012, que, con el hostigamiento. Este último, solo acreditaría la presencia de un clima hostil de trabajo, y, por tanto, la peligrosidad en la que se encontraba la trabajadora, de sufrir en cualquier momento un acto violento por parte del Sr. B.

Por lo tanto, deberemos centrarnos en la ocurrencia de dicho evento.

Así, en atención a las pruebas, indicios y presunciones existentes, entiendo que el hecho violento sucedió, y fue de una magnitud tal, que implicó que la Sra. B. haya puesto fin a la relación laboral. Así, la prueba rendida en autos, me indica que, el 17/07/2012, concurrió al Hospital Pirovano, en donde refirió que su jefe, el Sr. B., la agredió física y verbalmente, y que un profesional de dicha institución le indico reposo por 72 horas, en atención a una crisis de ansiedad.

Luego, realizó una denuncia en la Comisaría N° 47, por lesiones, imputando de las mismas al Sr. B. Resulta indiferente aquí que la dirección que denunció la trabajadora en la dicha denuncia, ya que, si bien no se condice con la ubicación del local de la calle ..., lo cierto es que tampoco identificó que en dicho local aconteció el evento.

Luego de todo ello, el día siguiente, cursó el telegrama de despido.

En este contexto, no podemos olvidarnos de la presunción del art. 57 LCT. Es que, ante semejante denuncia del contrato de trabajo, el silencio de la patronal luce ciertamente sospechoso, y ratificador de los eventos acontecidos.

Así, resulta evidente, y adecuado, que dicha agresión se condice con la intimación de la trabajadora a que se le regularice su situación laboral. Es que, el

tipo de reclamo que efectuó la actora, resulto de lo más normal y habitual, como los que se ven a diario en los tribunales del trabajo, los cuales, vienen acompañados por el silencio de la patronal o la negativa de lo solicitado por la trabajadora.

Ahora bien, pero que dicho reclamo, el cual no fue enviado bajo ningún apercibimiento, haya sido seguido de un silencio absoluto de la patronal, que en el ámbito de trabajo se vio reflejado por una actitud desmedida por parte del Sr. B., da la pauta de que la relación laboral no se desarrollaba en un ambiente adecuada y sano para la trabajadora, el cual podría hacer eclosión en cualquier momento.

Es que, si ante el simple por reclamo por diferencias salariales, la trabajadora debió soportar el encono del Sr. B., quien increpó violentamente a la Sra. B. I., estallando en ira, podemos imaginarnos cuál era el trato normal dispensado por el demandado hacía la actora.

Pongo de resalto que si bien no existió testigo alguno que presenciase el momento del referido hecho, sí hubo una que testigo vio la existencia del maltrato diario y personalizado por parte del Sr. B. Ello, sumado a la prueba directa y no cuestionada por las demandadas, de la asistencia médica y denuncia policial del día del hecho, y presunciones, genera una duda más que razonable, a favor de la trabajadora, conforme art. 9 de la LCT, en vinculación con el hecho denunciado, y el ambiente de trabajo en el que se desempeñaba.

Duda que se acrecienta, cuando los demandados no produjeron prueba alguna, para corroborar lo contrario, ya que si bien, negaron el hecho, nada explicaron sobre las circunstancias en las finalizó el contrato de trabajo. Tampoco declaró ninguno de los testigos propuestos a su parte, que podrían haber explicado que la relación laboral, no presentaba las características, que aquí debemos tener como cierta.

En relación con los alcances de este principio "normativo" (calificación sobre la que volveré), del art. 9 de la LCT, cabe señalar que el legislador originario, previó un doble frente: Servía para resolver un dilema en la aplicación del derecho sustantivo, y también del adjetivo. Entre este último tipo de normas, quedan incluidas las cuestiones procesales.

La antigua reforma, se encargó de romper esta lógica, limitando su alcance sólo al derecho de fondo, lo cual no es inocente ni casual. Porque precisamente, es a través de las normas adjetivas, que violentando las previsiones del art. 28 de la Constitución Nacional, se logra alterar el sentido de las normas sustantivas. Con lo cual, más de una vez, el intérprete presentaba un procedimiento que funcionaba en perjuicio del trabajador, lo cual es violatorio del paradigma dominante de los derechos humanos fundamentales, y antes de él, del constitucionalismo social.

De todos modos, la suscripta nunca se vio enfrentada a este dilema, porque existe un principio de derecho común que reza: "Donde el legislador no distingue, nosotros no debemos hacerlo". Y, precisamente, la antigua redacción del art. 9 de la LCT reformado durante el Proceso, no hacía ninguna distinción.

Igualmente, hoy es posible soslayar la cuestión, porque la reforma de la ley 26.428, regresó la norma a su redacción en el sentido originario.

He dejado para el final lo del calificativo "normativo". He querido destacar en este punto, que no es lo mismo un principio de esta calidad, que uno jurisprudencial o doctrinario. Digo así, porque al ser normativo, no es disponible y, el intérprete, está obligado a aplicarlo.

En definitiva, la principal acreditación del hostigamiento, y ambiente insano de labor, fue precisamente, la reacción del Sr. B. hacía la actora. Con la particularidad, que dicha reacción, fue de tan magnitud, que, a mi entender, por si sola, sería causal de la incapacidad psicológica que padece la Sra. B. I.

De tal suerte, es que considero que la actora vivenció un hecho de suma gravedad que le causó graves perjuicios, por lo que debe ser indemnizada, lo cual se funda, no solo en los derechos de segunda generación de los cuales se nutre el derecho laboral, sino también en el más básico principio, vigente desde finales del siglo XVIII por el derecho internacional, de no dañar a otro (receptado en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional).

Destaco particularmente, que tienen y deben reprimirse toda actitud que atente contra la continuidad del vínculo laboral, como sucedió en la especie. Es que, como vimos, la intención de la actora no era romper el vínculo laboral, sino simplemente reclamar una deuda salarial; y que ante esa situación, la persona del empleador, que tiene la obligación legal (y moral) de seguridad frente al empleado (art. 75 LCT), no solo no contestó ninguna misiva, sino que también permitió el ataque verbal y posiblemente, físico, a la persona que —precisamente—, tenía el deber de prestar seguridad.

Luego, no puedo soslayar, que el hecho de marras, tiene que haber condicionado su psiquis, de una manera que se le dificultará enfrentar próximas situaciones laborales del mismo estilo, en donde deba entablar una relación con un nuevo empleador, o efectuar futuros reclamos, al tener que rememorar la situación

de violencia vivida. Situaciones estas, que como es de público y notorio, se presentan día a día en la realidad de las relaciones laborales. Es más, precisamente, la trabajadora le relató a la licenciada que efectuó el psicodiagnóstico, que ello le sucedió posteriormente, debiendo renunciar a su posterior empleo, por el hecho de que recibir órdenes nuevamente de un hombre, le rememoraba los hechos aquí acreditados.

Destaco particularmente, que la Sra. B. I., ingresó a laborar en forma apta psíquicamente, resultando la incapacidad determinada por la experta en medicina, relacionada con las particularidades en que se desarrolló la relación laboral, y el hecho violento que debió padecer, como bien se detalla en el psicodiagnóstico. De eso no me quedan lugar a dudas.

Por ello estimo adecuado que el 10% de incapacidad psicológica determinado por el experto, por el RVAN grado II que padece la actora, fue ocasionado por el hostigamiento, y principalmente el evento traumático que padeció el día 17/07/2012.

En cuanto al aspecto físico, debo decir que no encuentro un grado de causalidad adecuado respecto de los hechos debatidos en la especie.

Es que, el perito, invoca que no hay señales de traumatismo alguno, provocado por algún golpe, en el sentido que le relató la actora (fue empujada contra un estante).

Asimismo, de la historia clínica informada por el Hospital Pirovano, no surge curación o diagnóstico de ninguna lesión física.

Por otro lado, el experto aclara, que podría tener relación con un supuesto mobbing ya que la patología encontrada puede tener relación con situaciones de stress.

Al respecto, si bien entiendo corroborado en autos el hecho de violencia acontecido, y la incapacidad psicológica resultante del mismo, no encuentro en la especia acreditado que el hostigamiento haya sido de un grado tal, como ya he expuesto, que pudiera haber ocasionado dicha lesión que el perito entiende que podría resultar consecuencia del stress. Luego, siendo que el experto, eliminó toda posibilidad de relación de causalidad de la lesión física, con el hecho violento, no puedo más que rechazar la causalidad de dicha secuela, con los eventos de autos.

Por todo lo expuesto, entiendo que la Sra. B. I., presenta una incapacidad psicológica del 10 % de la T.O., relacionada con el hecho violento que padeció en su trabajo, y los maltratos que debió soportar, todo por parte del Sr. B., quien, en la realidad, cumplía el papel de empleador.

XV. Confirmada la existencia de un daño indemnizable, y que el mismo guarda vinculación con el trabajo, corresponde determinar el derecho, bajo cuyo régimen pueda hacerse efectiva una reparación.

Toda vez que la presente causa se resuelve en plena vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (01/08/2015), encuentro que el mismo le resulta aplicable en forma inmediata.

En virtud de lo cual, liminarmente, y haciendo expresa reserva de los argumentos sobre intertemporalidad articulados en el precedente, *in re* "Fiorino, Augusto M. c. QBE Argentina ART SA s/ accidente - ley especial", del registro de esta Sala III, de fecha 25 de abril de 2017, así como lo publicado por la suscripta en, "Aplicación inmediata de las normas con motivo del dictado del Cód. Civ. y Com. de la Nación o El fantasma de la interpretación objetiva" (Parte I: Doctrina Laboral y Previsional N° 383 (2017, Julio), ps. 615/635, Bs. As., Errepar; Parte II: Doctrina Laboral y Previsional N° 384 (2017, Agosto), ps. 729/755, Bs. As.; Errepar), cabe tener presente que la causa se resuelve en plena vigencia del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación (vigente desde el 1° de agosto de 2015), el cual encuentro aplicable en forma inmediata.

En relación con la aplicabilidad inmediata del Nuevo Cód. Civ. y Comercial de la República Argentina, ya he resuelto *in re* "Ortiz, Gustavo D. c. Compañía Argentina de Marketing Directo SA y otros s/ despido", expediente N° CNT 51.623/2011/CA1, sentencia del 30 de septiembre de 2015. En el mismo me referí al carácter de articulación adjetiva que poseen los códigos en relación con la Constitución Nacional, todo ello en conjunción con el principio de progresividad y el paradigma de los Derechos Humanos Fundamentales. Es que es la propia racionalidad del sistema la que ha forzado a integrar a los microsistemas de derecho privado a los dictados del derecho internacional de los derechos humanos. Así, sostuve: "Recordemos que toda reforma adjetiva, debe ser aplicada tan pronto como se convierta en derecho vigente, y, por cierto, los Códigos no constituyen ni más ni menos que la articulación adjetiva de los derechos consagrados en la Constitución Nacional, es decir, que ellos mismos son derecho adjetivo. La referida Constitución, se encuentra inscripta desde 1994, en el paradigma constitucional de los Derechos Humanos Fundamentales (art. 75, inc. 22)".

"El mismo consagra, a través del artículo 2.1 del PIDESC, el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte "se compromete a adoptar medidas, para lograr progresivamente, la plena efectividad

de los derechos aquí reconocidos". Y, por cierto, esta plena efectividad implica una labor legislativa y judicial".

"Así, en una interpretación auténtica, la Dra. Kemelmajer de Carlucci ha sostenido que "la afirmación que la facultad judicial del iuranovit curia sólo alcanza al derecho vigente al momento de la traba de la litis quizás no configure una falacia, pero ciertamente, no tiene respaldo; ya indiqué que esa situación procesal (traba de la litis) no siempre agota una relación sustancial; más aún, normalmente, no produce agotamiento, pues las figuras procesales, sin que esto disminuya su importancia, son, por lo regular, un instrumento para el ejercicio del derecho sustancial y, por lo tanto, no lo transforma ni modifica". (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1° de agosto de 2015", pub. en LA LEY, 02/06/2015)".

"Si bien abrevo en este criterio, no dejo de advertir que las relaciones que hoy se debaten en el Tribunal, siempre se encontraron amparadas en el paradigma normativo de los Derechos Humanos Fundamentales desde antes. Digo así, precisamente, por la vigencia del esquema constitucional radicado desde 1994".

"Tal es así, en cuanto a que esta interpretación es ajustada a la racionalidad del sistema que hoy luce receptada en un código, que esta Sala en forma reiterada ha resuelto cuestiones en el mismo sentido que lo ordena el código nuevo, simplemente por interpretar los principios derivados del paradigma vigente".

"Nótese, precisamente, que el art. 1° dedicado a las fuentes y su aplicación, establece que los casos que rige el Cód. Civ. y Com. de la Nación deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos. Luego, su interpretación, no constituye un tema menor, dado que el paradigma vigente alcanza plena operatividad en el uso que hacen los operadores jurídicos del mismo".

"En este mismo sentido, el Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone, que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (destaco) art. 2°".

"Este es el motivo por el cual, lo reitero, muchas de las decisiones de esta Sala, precisamente por el respeto al paradigma normativo, han anticipado las soluciones legales que hoy plasma el código, dado que por vía de interpretación de los referidos principios y valores, era posible llegar a iguales conclusiones".

"La misma autora sostiene, al prologar la obra comentada de Infojus que "precisamente el Cód. Civ. y Com. de la Nación que entrará en vigencia en agosto de 2015 pretende ser el factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado. Dicho de otro modo, las fuentes dialogan; las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al Cód. Civ. y Com. de la Nación como instrumento de integración al sistema. Piénsese, por ejemplo, en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13), todos se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc.".

"Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el Cód. Civ. y Com. de la Nación de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos.".

"Claro está, que esta 'nueva exégesis' se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones. Cabe señalar que esa tarea ya ha empezado, desde que no son pocos los jueces que invocan las nuevas normas como parte de la motivación en la que fundan la solución a la que llegan en decisiones anteriores a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación" (destaco).

En síntesis, concluyo que resultan aplicables al *sub lite*, las disposiciones establecidas en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

De todos modos, observo que ya con el anterior código, e inclusive como Juez de primera instancia, he sostenido con apoyatura en la jurisprudencia que cito a continuación, que comparto plenamente el criterio jurisprudencial según el cual el artículo 39 de la ley de riesgos, al desplazar la posibilidad del trabajador de accionar por la vía civil (con la sola excepción de la invocación del dolo), incurre en una flagrante discriminación (SD del Tribunal N° 4 de La Plata, *in re* "Colman, Hermes c. Lasalle, Rolando s/ daños y perjuicios", Expte. 3358, del 19 de junio del 97; Juzgado Nacional del Trabajo N° 27, SD N° 17.524, *in re* "Rivero, Mónica E. c. Techno Técnica SRL y otro"; Dictamen del Fiscal de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, N° 29.666, *in re* "Pérez, Liliana del Carmen c. Proinversora SA y otros s/ accidente - acción civil"; CNAT, Sala X, SD N° 8422, del 31 de julio del 2000, *in re* "Lizarraga, Juan E. c. Streitfeld, Jorge s/ accidente",

entre muchos otros). Ello, en razón del mismo fundamento que diera el Dr. Humberto Podetti cuando, como Procurador Gral. del Trabajo, dictaminara en el fallo plenario "Alegre".

Recordemos que allí se discutía si la reforma al artículo 1113 del Cód. Civil, quedaba o no comprendida en la opción consagrada por la ley 9688.

En esa oportunidad, el Dr. Podetti hizo un poco de historia en torno a la teoría del riesgo, a fin de demostrar el sin sentido de una respuesta negativa: los jueces franceses muchos años antes, en virtud de la explosión de las calderas en las galerías Lafayette, consideraron que no podían los trabajadores tener la carga probatoria ordinaria ante sucesos semejantes, porque su situación no era la misma de cualquier ciudadano.

Exigirles la prueba de la intencionalidad del patrono era absurda, no solo por lo leonina, sino también por lo inexistente. La culpa en este caso tenía otro origen, la responsabilidad por el riesgo creado, y debía existir por ello una presunción, quedando el *onus probandi* en cabeza del empleador para demostrar que obró con la diligencia debida.

Precisamente, el Dr. Podetti rescataba esa enseñanza para el presente de entonces: si los trabajadores no pudieran ejercer la opción por el nuevo artículo incorporado al Cód. Civil, a pesar de contar con un derecho especial (necesario ante la desigualdad de los contratantes, completamente diferente a la del común de los convencionales) estarían, contradictoriamente, peor que cualquier peatón ante un accidente de tránsito, gozando de menor protección.

Estas reflexiones cobran hoy todo su vigor ante el artículo 39 de la ley 24.557, cuando solo habilita responsabilidad civil únicamente ante la hipótesis de dolo, colocando a los trabajadores en una situación de desigualdad ante la ley completamente violatoria del artículo 16 de la CN.

Se agrega aquí, además, otro argumento que comparto y es el esgrimido en el precedente "Montiel, Julio J. c. Resind SA y otra s/ accidente de trabajo", del Tribunal N° 2 de San Isidro (del voto de la Dra. Ferreirós), según el cual "la culpa no puede dispensarse (…) y aunque la ley no ampara conductas dolosas, sí está avalando conductas culposas y que aquello que está prohibido para los particulares, ¿cómo no habría de estarlo, entonces, para el Legislador?".

Convengo entonces, con el criterio de que también resultaría de tal suerte violatorio el artículo de marras de las previsiones de los artículos 14 bis, 19 y 43 de la CN, al no permitir la reparación integral del infortunio para los trabajadores.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidente", se pronuncia el 21 de setiembre del corriente año. En el mismo dice que "resulta fuera de toda duda que el propósito perseguido por el legislador, mediante el artículo 39, inc. 1°, no fue otro que consagrar un marco reparatoria de alcances menores que los del Cód. Civil…no se requiere un mayor esfuerzo de reflexión para advertir que la LRT, al excluir, sin reemplazarla con análogos alcances, la tutela de los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil, no se adecua a los lineamientos constitucionales (…) a pesar de contar entre sus objetivos el de "reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales".

Considera que en el marco de la ley de riesgos no se ven cumplidas las previsiones del artículo 14 bis de la CN, manda que tiene cumplidos más de 50 años y que "a su vez, se ha visto fortalecida y agigantada por la singular protección reconocida en toda persona trabajadora en textos internacionales de derechos humanos que, desde 1994, tiene jerarquía constitucional".

Claramente refiere la Corte, que "es un hecho notorio que la LRT, al excluir la vía reparadora del Cód. Civil eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último (Fallos: 123:379), que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la ley 9688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915. Ahora bien, este retroceso legislativo en el marco de protección, puesto que así cuadra evaluar a la LRT según lo que ha venido siendo expresado, pone a ésta en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte "se compromete a adoptar medidas…para lograr progresivamente…la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2.1). La norma, por lo pronto, debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata".

"Luego, el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio alterum non laedere deban ser indemnizados sólo en los términos que han sido indicados (supra considerandos 6), vuelve al artículo 39, inciso primero de la LRT, contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo. Se olvida, así, que el hombre es el

señor de todo mercado y que éste encuentra sentido sí y sólo sí, tribula a la realización de los derechos de aquél (conf. Causa V.967 XXXVIII "Vizzoti, Carlos A. c. Amsa SA s/ despido", del 14 de setiembre de 2004)."

El sentido de lo expuesto, también constituye un criterio inveterado de esta Sala, lo que destaco.

Ahora bien, despejado el camino hacia el derecho civil, cabe evaluar económicamente si tiene sentido escoger esta vía y de resultar afirmativo, recién entonces verificar las pautas jurídicas en dicho marco.

Así, en el caso, es evidente que la aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo, conduce a un resultado peyorativo para el trabajador, respecto del que corresponde a cualquier otro damnificado, que sufriese iguales perjuicios y que fuera ajeno al vínculo laboral, pues dicha norma no contempla que la reparación debe ser plena, restituyendo la situación del damnificado al estado anterior del hecho dañoso (conforme el art. 1740 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación; no comprende el lucro cesante, la pérdida de chances, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (conforme el art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación); como tampoco presume los gastos médicos, farmacéuticos y de transporte (conforme el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo tanto, en mi criterio la inconstitucionalidad planteada por la parte actora en la demanda es procedente (ver fs. 20 y siguientes), porque si bien es válido que en el régimen de riesgos del trabajo se recurra a sistemas tarifarios, que por ser tales no establecen una reparación plena, no es admisible que ese régimen sea cerrado y excluyente, de modo que la víctima, por su sola condición de trabajador, esté impedido de acceder a otra vía legal para obtener una reparación integral que compete a cualquier ciudadano.

En definitiva, y por lo expuesto precedentemente, propicio la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39 LRT, en este caso concreto.

Luego, por como se verá seguidamente, los guarismos fijados por el derecho común, claramente resultan superiores a los derivados de la LRT, de modo que sin duda es pertinente emplear el primero (art. 2.1, PIDESC).

XVI. Acto seguido, y ya en el marco del derecho común, en el caso, la responsabilidad que asume la empleadora frente al trabajador, es la de los artículos 1722, 1753 y 1757 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En el caso de autos, observo que el art. 1753 establece que "el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

Asimismo, el art. 1749 dispone como sujeto responsable a "quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión".

Por su parte, el anterior Cód. Civil, disponía en su art. 1109 que "todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...". Asimismo, el art. 1113, 1° párrafo, dispone que "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado".

Así, no surgen dudas que ambos artículos identifican claramente al hostigador o victimario como responsable directo, por acción (en el caso de autos), respecto de los daños que sufrió la víctima.

Por último, cabe agregar que, inclusive, la ley 1225 de la Ciudad de Buenos Aires, denominada "Ley de violencia laboral", en su art. 9, determina la responsabilidad solidaria de la autoridad jerárquica del área. Así, dispone que dicha persona "que haya sido notificado de la existencia de hechos de violencia laboral es responsable por las actuaciones del personal a su cargo contra cualquier trabajador, salvo que acredite fehacientemente que tomó una acción inmediata y apropiada para corregir la situación. Asimismo, es responsable por los actos de violencia laboral por parte de personas que no estuvieran a su cargo hacia personas que sí lo estén cuando la violencia laboral se cometiera en ocasión de sus funciones y siempre que esté notificado de tales hechos, salvo que acredite fehacientemente que tomó una acción inmediata y apropiada para corregir la situación".

Por lo tanto, el deber de respetar los derechos y libertades de los demás, no se agota en la mera abstención de ejecutar una voluntad dañina, sino que se extiende al deber de guardar cierto cuidado o prudencia en los comportamientos, para evitar la expansión innecesaria del riesgo al que, con nuestros actos, exponemos a las demás personas. En tal entendimiento, todos tenemos derecho a un cierto cuidado por parte de los demás, y a demandar una indemnización por la

omisión de ese deber (artículos 1077, 1078 y 1109 del anterior Cód. Civil).

Justamente en el caso, no sólo no se guardó cierto "cuidado" en relación al trato que la actora, ni se tendió a evitar la "expansión innecesaria del riesgo", al que se veía expuesta la trabajadora. Por el contrario, esto era parte fundamental de su obligación. Recordemos que, en la especie, la Sra. R., guardó silencio a la intimación de la trabajadora, y en autos, se acreditó, que no resultó cierto que el Sr. B., solo concurriera en forma esporádica al local, permitiendo los maltratos diarios hacía la actora, avalando, en última instancia, el ataque que padeció la actora el 17/07/2012.

Por los montos que se fijarán, serán solidariamente responsables la Sra. R., por los fundamentos ya desarrollados, como también el autor material del hecho violento y los maltratos, el Sr. B., ello de conformidad con los arts. 1749 y 1753 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 9 de la ley 1225 de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, y siendo que en el caso de marras se ha corroborado, que el Sr. B., tuvo una reacción violenta desmedida contra la trabajadora, intencional y sin ningún tipo de intereses por la situación de la Sra. B. I., quien solo estaba realizando un reclamo laboral.

Esa situación, causal principal de la incapacidad psicológica que aqueja a la Sra. B., entiendo que resulto lisa y llanamente, en un incumplimiento del deber de seguridad por parte del empleador (art. 75 LCT).

Es que el empleador debe mantener indemne al trabajador respecto de los riesgos del trabajo que puedan afectar su salud psicofísica, ya que es un mandato de Ley.

Es que, y citando a Fernández Madrid "el trabajo se realiza por cuenta y a riesgo de otro el trabajador no debe sufrir daño alguno, ni moral ni material ni físico por el ejercicio normal de dicho labor, y, en su caso, debe ser adecuadamente resarcido"

En el presente, observo que la actitud del empleador, constituyó en un abuso del poder de dirección, empleado contra la Sra. B., de una forma que atento contra su salud psíquica —y la cual merece ser indemnizada—. (arts. 65, 66, 67 y ccts. LCT).

Es que, estando acreditado que el Sr. B., maltrataba a la actora, la Sra. R., debió haber arbitrado los medios necesarios, para cuidar a la trabajadora, lo que, sin lugar a dudas, hubiera evitado el hecho violento que aconteció el 17/07/2014. En vez de ello, se desligo del desligándose.

Ahora bien, comparto el criterio de que el incumplimiento del deber de seguridad —como en la especie—, es un factor de atribución de responsabilidad que se suma al riesgo creado por quien ha introducido el peligro y, consecuentemente, el empleador debe soportar la reparación del daño (Fernández Madrid, Carlos - Caubet, Amanda B., "Riesgos del Trabajo", Ed. Thomson Reuters, LA LEY).

Esto, es receptado en el art. 1749 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, cuando dice que: "Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

Por todo ello, en virtud de la normativa del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y de la LCT, ya analizadas, considero que corresponde hacer lugar a la acción civil presentada por la Sra. B. I., y deben ser condenados a reparar integralmente el daño sufrido en su trabajo, la Sra. R. y el Sr. B., en forma solidaria.

XVII. Luego, con respecto a la ART, lo dicho precedentemente, a su vez, habilita la responsabilidad de la misma en el marco de los arts. 1710 inc. b y 1716 del mismo cuerpo legal (anterior art. 1074 del Cód. Civil), por los referidos incumplimientos de seguridad e higiene, aunque por distinto factor de atribución.

En efecto, advierto que de la contestación de demanda de la ART no surge que la misma hubiese indicado haber realizado tarea alguna de prevención. Por el contrario, ni indicó fecha alguna de haber asistido al establecimiento, a fin de poder verificar el estado de salud de la trabajadora.

Al respecto, la testigo S., mientras el tiempo que laboró bajo las órdenes de la Sra. R., nunca vio su presencia.

A ello cabe agregar, que la ART no acompañó documental que acreditase haber cumplido con sus obligaciones a cargo.

Ahora bien, justamente, se verifica que la aseguradora, ni siquiera "intentó cerrar el círculo" que le permitiera exonerarse de su responsabilidad. Digo así, ya que la misma no sólo no probó haber realizado visitas —recordemos, una vez más, que no acompañó en la contestación de demanda constancias de visitas, ni "recomendaciones" a la empleadora de la actora, menos aún denuncias de incumplimientos a la SRT—, pues recordemos que para que esta pueda exonerarse de responsabilidad, debe concretarse la denuncia ante el órgano de contralor.

Además, tampoco constan exámenes de ingreso ni periódicos a la actora. En definitiva, la aseguradora no cumplió con el fin de prevenir.

Es que, el deber de seguridad, proporcionado por la aseguradora, es de cumplimiento ineludible, y de carácter "in vigilando" (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así, en materia de prevención, de manera precisa establece la nueva normativa, que las disposiciones de este Código son aplicables al daño y a su reparación (arts. 1708 y 1710). Esto nos lleva a las ART, porque el deber de seguridad proporcionado por la aseguradora, es de cumplimiento ineludible, y de carácter "in vigilando", en los términos del artículo 1074 del Cód. Civil anterior.

Sobre este punto sostuve, que "el deber de seguridad, excede el marco tradicional del contrato de seguro por accidente de trabajo, por lo tanto el empleador y la aseguradora, están obligados a implementar todas las medidas preventivas de los riesgos, que la naturaleza de la actividad exija aplicar, para procurar la indemnidad de las personas que bajo dependencia de la primera trabajan" (SD N° 93.318 del 23/11/2012, en autos "Barsola, Sebastián A. c. Industrias IM SRL y otro s/ accidente").

En el punto el nuevo código, deja zanjada la cuestión para el caso tan común, en el que las aseguradoras dicen que no tiene propiamente hablando a su cargo un deber de seguridad. Puesto que, tal como se refirió anteriormente, el nuevo código está diciendo en el art. 1711, último párrafo, que "no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución". ¿Qué significa? Que producido el daño, debe ser resarcido siempre, salvo las excepciones legales, lo que en principio torna responsable a todo empleador. Distinta es la posición de las ART, quienes de haber cumplido con las obligaciones legales y contractuales, podrían eximirse de responsabilidad. Este es el punto donde decimos que en el caso de las aseguradoras, no se trata de una obligación de medios, porque no existe tal cosa. Siempre hay un resultado querido, diferente según el tipo de relación.

Más concretamente, aun el artículo 1710 establece la obligación de prevención del daño, lo que es propio de toda ART.

Cabe memorar liminarmente, lo que tengo dicho sobre el punto, relativo a la falacia de las obligaciones de medio y resultado que, a esta altura del debate, constituye una falta de respeto intelectual.

Digo así, porque casi toda "obligación", en particular en organizaciones económicas tercerizadas como las que comúnmente observamos en nuestro tiempo (en donde algún segmento de la producción o de la relación está a cargo de más de un sujeto), se encuentra constituida por un conjunto de "obligaciones".

Pretender que algunas son de resultado y otras de medio, implica no haber comprendido el fenómeno, o intentar que se lo interprete incorrectamente.

Es el caso, solo por ejemplo, de la eventualidad, en donde la dadora de mano de obra tiene la obligación de verificar las condiciones en que trabaja la empleada que aporta (como puede ser si las condiciones de trabajo son adecuadas, etc.) y la receptora, y requirente de ese trabajador, debe a su vez indagar que la otra empresa haya cumplido con sus obligaciones, supliéndola si así no fuese, detrayendo lo abonado del precio del servicio tercerizado (pagar salarios, realizar retenciones y aportes, contratar una ART, etc.). Se trata entonces de un haz de obligaciones (arts. 136 y 26 LCT, 29 y 29 bis, así como es el caso del artículo 30, entre otros), donde unas obligaciones abrevan en las otras, pero cada quien tiene una obligación en concreto.

De modo que si queremos leerlo como un continuo, dependerá del observador cuál interprete como obligación final y, por lo tanto, califique como "resultado". Pero, en los hechos, cada quien se obliga a un resultado, que solo satisface con su cumplimiento.

El caso de las ART, también es el de una tercerización, en donde a fin de asegurar en lo posible un trabajo en condiciones de higiene y salubridad, en donde los niveles de accidentes se disminuyan, las mismas resultan contratadas con obligaciones concretas a su cargo.

De manera que si para el empleador, el resultado fuese que los trabajadores no se accidenten o padezcan una enfermedad profesional (como el caso de autos), y trabajen en las condiciones señaladas, para la ART lo es proveer los relevamientos, sugerir la forma en la que se debe dirigir los superiores a los operarios, frente a una problemática, capacitar al personal para brindar el modo de tratarse, señalar cuándo habrá de volver para verificar si se dio satisfacción a sus indicaciones, y, finalmente, denunciar ante la SRT si no se cumplió con sus señalamientos.

Y este conjunto, quiérase o no, es su "resultado", aunque el mismo esté en el camino del "resultado" que pretende el empleador. Son dos resultados diferentes, de dos sujetos distintos, derivados de obligaciones encastradas unas en las otras, lo que no convierte a unas en un medio, liberando de tal suerte a la ART si la empleadora no cumplió con las suyas.

La ART solo se libera si cumplió con su resultado.

Esto, lo he dicho hasta el hartazgo, tanto como juez de primera instancia, cuanto en esta Sala. Y antes de

avanzar sobre el nuevo código, formulo las pertinentes citas:

"En la hipótesis de las aseguradoras, la indicación de provisión de medidas de seguridad, de elementos mecánicos que sirvan como auxilio en las labores de esfuerzo, etc., así como la indicación de los factores generadores de riesgo en sí mismos, y del comportamiento a seguir, tanto como la verificación del cumplimiento de todo lo por ellos indicado, es el resultado que debe asegurar una ART. Reitero: indicar, sugerir, verificar y ante la indiferencia, denunciar, porque en caso de reticencia de la empleadora, este resultado se transmuta en el de denunciar a la Superintendencia. Nunca en dar por concluida su labor con un diagnóstico, y la indicación de qué corresponde hacer. Hechos estos que, por cierto, no se dan en la especie siquiera, como surge de los datos relevados" (conf. Sentencia de la Suscripta, N° 1476, del 25/06/2001, *in re* "Duarte Rodríguez, Lorenzo c. Magire SRL y otro" del registro del Juzgado N° 74; ver también SD N° 92.687 del 24/08/2011, en autos "Alarcón, Fernando J. c. Mapfre Argentina ART SA", del registro de esta Sala, en su nueva integración)".

En la hipótesis de las aseguradoras, prevención en la salud psicofísica de los trabajadores es su objetivo. Por lo tanto, la ART debió verificar las condiciones en que la actora se encontraba desarrollando sus tareas. Atento los graves malos tratos que sufrió la actora, la misma presentaba indicadores que permitían suponer que la misma estaba laborando en un ambiente hostil, y propicio a sufrir una agresión de la magnitud que finalmente padeció.

Ese es el resultado que debe asegurar una ART. Reitero: indicar, sugerir, verificar y ante la indiferencia, denunciar, porque en caso de reticencia de la empleadora, este resultado se transmuta en el de denunciar a la Superintendencia. Nunca en dar por concluida su labor con un diagnóstico, y la indicación de qué corresponde hacer. Hechos estos que, por cierto, no se dan en la especie siquiera, como surge de los datos relevados (conf. Sentencia de la Suscripta, N° 1476, del 25/06/2001, *in re* "Duarte Rodríguez, Lorenzo c. Magire SRL y otro" del registro del Juzgado N° 74; ver también SD N° 92.687 del 24/08/2011, en autos "Alarcón, Fernando J. c. Mapfre Argentina ART SA", del registro de esta Sala, en su nueva integración).

Luego, bajo este razonamiento, mal podría la ART verificar si la empleadora había cumplido o no con sus recomendaciones y eventualmente denunciar a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, cuando ella misma no habría satisfecho su obligación principal (art. 31, primera parte de la ley 24.557).

Por lo cual, la ART no logró acreditar en autos que haya cumplido acabadamente con su cometido, y por ende, que no tenga responsabilidad alguna con la enfermedad profesional de la actora.

Esta lógica es coincidente con el actual criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al decidir la causa "Torrillo, Atilio A. y otro c. Gulf Oil Argentina SA y otro s/ recurso de hecho" (T. 205, XLIV, del 31/03/2009), sostuvo que "no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto por el Cód. Civil, por los daños a la persona de un trabajador derivados de un accidente o enfermedad laboral...". Este argumento, es reiterado por el Alto Tribunal, en autos "Naval, Patricia E. por sí y en representación de sus hijos menores R. E. N. S. M. N. y M. A. I. S. M. N. c. Odipa SRL y otros" (N. 409.XLII; sentencia del 24/05/2011), en donde se modifica el antiguo criterio de la Sala en su anterior composición.

El decreto 170/1996 (BO 26/02/1996), reglamentario de la ley 24.557, impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores afiliados, en lo atinente a la determinación de la existencia de riesgos, y sus potenciales efectos sobre la salud de los trabajadores en el o los establecimientos del ámbito del contrato (art. 18).

Vale decir, que era obligación de la aseguradora detectar los posibles riesgos que presentaba cada puesto de trabajo, y cada una de las operaciones que debía realizar la trabajadora. No puede soslayarse que dicho decreto, también impone a las aseguradoras de riesgos del trabajo la obligación de realizar actividades permanentes de prevención de riesgos, y control de las condiciones y medio ambiente de trabajo, y que para cumplir con sus obligaciones deben contar con personal especializado en higiene y seguridad o medicina del trabajo, de modo que asegure la atención en materia de prevención de riesgos de sus afiliados (arts. 19 y 20).

Por el contrario, la aseguradora no acreditó en autos que hubiera prevenido a la empleadora sobre los riesgos que presentaba el mal trato que le generaron los superiores a la actora —como se vio precedentemente—. Ello, porque no sólo los empleadores están obligados a adoptar medidas para prevenir los infortunios laborales, sino que la aseguradora también es sujeto pasivo de esta carga.

El deber de seguridad, excede el marco tradicional del contrato de seguro por accidente de trabajo, por lo tanto la empleadora y la aseguradora, están obligadas a implementar todas las medidas preventivas de los riesgos, que la naturaleza de la actividad exija aplicar,

para procurar la indemnidad de las personas que bajo dependencia de la primera trabajan.

Si bien no se pretende que la ART pueda evitar todo accidente, lo que es materialmente imposible, se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación con sus obligaciones legales, es decir, actuar para procurar que los accidentes y las enfermedades no se produzcan. En concreto, se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, conforme la regla general establecida en el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (anterior art. 1109 del Cód. Civil).

Conforme lo expuesto precedentemente, advierto en la especie la existencia de un nexo causal adecuado, entre la responsabilidad de la aseguradora y el daño sufrido por el reclamante (conf. arts. 1710 inc. b y 1716 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Cabe reiterar, que en los presentes autos, no se acreditó que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo indicase al empleador que se debía generar un clima no generador de stress y hostil para con los operarios (en igual sentido, dispuse en la causa N° 22.651/2012/CA1 "Torancio, Etelvina I. c. PEI SA y otros s/ despido" Juzgado N° 4, sentencia definitiva del 12/04/2018, del registro de esta Sala, fallo este en el cual también se trató la responsabilidad de la ART respecto a un caso de hostigamiento).

En la especie, entiendo, aunque no comparto que puede parecer ilusorio, que la ART también deba verificar las condiciones de higiene y seguridad, en lo que a un ambiente hostil de trabajo se refiere. Sin embargo, en las sociedades modernas el hostigamiento laboral es una suerte de epidemia, derivada del rol de autoridad mal manejado que suelen ejercer los superiores jerárquicos.

En un milenio cargado de cursos de couching, de liderazgo, de fines de semana con el grupo de trabajo, incluyendo a las familias, a fin de lograr mejores relaciones en la empresa, francamente no puede admitirse que no forme parte de la higiene y seguridad en el trabajo, prevenir la existencia de ambientes hostiles de trabajo, o, admitir la ocurrencia de hechos disvaliosos, derivado del maltrato para con los trabajadores.

La respuesta que debió haber brindado la ART, más allá de verificar el estado de salud del personal, se encuentra en lo mismo que se ha resumido: directivas en torno al modo de tratar con los empleados, a fin de no afectar su salud, y relevamientos sobre la misma.

Nótese que, y relacionado con el deber de prevenir los siniestros —objetivo primordial de la ley que dio nacimiento al sistema de las aseguradoras de riesgos del trabajo—, nada hizo la ART. Es que, como hemos visto, la Sra. B. I., se desempeñaba en un ambiente hostil de trabajo, donde era maltratada diariamente por el Sr. B.

Si la ART, hubiera visitado el establecimiento, constatado el ambiente de trabajo, recomendado los cursos ya mencionados, efectuado los estudios psicofísicos iniciales y períodos sobre la trabajadora, podría haber advertido precisamente, la existencia de un ambiente hostil de trabajo, realizando nuevas recomendaciones y consideraciones al respecto, lo que pudiera haber evitado el hecho violento padecido por la trabajadora, el cual pudo haber ocurrido en cualquier momento.

Esta lógica, que puede parecer rigurosa para ciertas partes, a mi entender, es una interpretación lógica de los lineamientos normativos, constitucionales, y principios laborales.

Es que, dicho rigorismo que se le estaría exigiendo a la ART en el cumplimiento de sus obligaciones, no puede ceder en el presente, ya que, la aseguradora nada hizo, y hago énfasis en esto, ya que no existe ninguna actitud preventiva efectuada por la aseguradora, de que me permita resolver en sentido contrario.

Y no se me escapa que el presente puede resultar un caso límite, ya que precisamente, podría pensarse que el hostigamiento y los maltratos que padeció la trabajadora, no resultaron de una amplitud significativa, siendo el evento violento, la principal causa de la patología psicológica que aqueja a la actora

Asimismo, he rechazado la relación causal de la patología física, con el supuesto hostigamiento, por las razones expuestas.

Pero lo cierto, es que se ha acredita que existía un clima hostil de trabajo, y que la actora padecía maltratos diarios, lo que, evidentemente, la falta de control (sobre el estado de la trabajadora, y el ambiente de trabajo), dio pábulo para que los mismos continúen, aumenten y se potencien, haciendo eclosión en el hecho violente que, al decir, de la misma trabajadora, consistió en un estallo de furia del Sr. B.

No estoy diciendo aquí, que las actitudes que estimo prudente debería haber adoptado la ART, habrían evitado dicho acontecer, pero lo cierto, es que las probabilidades de haberlo prevenido hubieran existido. Pero en la especie, y reitero, nada hizo la aseguradora.

Caso contrario hubiera resultado si la ART, hubiera presentado los exámenes médicos de la Sra. B. I., relevamientos del lugar del trabajo, estudios pertinentes, planes de mejoramientos, etc., que hubieran permitido decidir a la suscripta un actuar preventivo de la ART, pero, nada de ello sucedió.

Por lo tanto, la ART debía verificar las condiciones de trabajo que hacen a la seguridad adecuadas, resultando inadmisible que ni ella ni la empleadora, supiesen cuáles eran. En el caso, relativas específicamente al modo de ejercer la cadena de mando, sin afectar psicofísicamente a los empleados.

Si bien no se pretende que la ART pueda evitar todo accidente, lo que es materialmente imposible, se trata de exigirle un comportamiento diligente en relación con sus obligaciones legales, es decir, actuar para procurar que los accidentes y las enfermedades no se produzcan. En concreto, se sanciona la inobservancia de la obligación general de conducirse con prudencia, cuidado y diligencia para evitar daños al trabajador, tal cual se expuso, conforme la regla general establecida en el artículo 1724 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Conforme lo hasta aquí expuesto precedentemente, advierto en la especie la existencia de un nexo causal adecuado, entre la responsabilidad de la aseguradora y el daño sufrido por el reclamante (conf. arts. 1710 inc. b y 1716 y concs. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Luego, tal como se sostuviera en la causa "Rivero, Mónica E. c. Tecno Técnica SRL s/ accidente acción civil", la Sala VIII de esta Cámara, en el voto del Dr. Billoch, "reputo que la conducta omisiva de la aseguradora, que implica negligencia en su obrar, trajo como consecuencia, en los términos del artículo 901 del Cód. Civil, el accidente de marras y torna aplicable la doctrina llamada teoría de la causalidad adecuada, que deviene como complemento de lo normado en los arts. 902 a 906 del Cód. Civil".

En este marco, adhiero a la jurisprudencia que sostiene que "la ART está obligada al control de cumplimiento de las leyes de higiene y seguridad y a brindar asesoramiento y ofrecer asistencia técnica a los empleadores; tiene a su cargo la obligación legal de supervisar las condiciones del caso (conf. Ferreirós, Errepar N° 212 de abril de 2002). A ello, debe añadirse, que la inconstitucionalidad responsabilidad civil y no la releva de la obligación de garantía; por lo que debe extendérsele la condena" (conf. CNAT, Sala VII sentencia del 25/03/2004 en autos "Moyano, Miguel c. Interacción SRT SA y otros s/ accidente", sentencia del 18/03/2002, "Rial, José c. Decker Indelqui SA y otro s/ accidente").

A su vez, la Sala II ha dicho, al confirmar la sentencia referida supra, que firmara como Juez de primera instancia (sentencia N° 1476 del 25/06/2001, del registro del Juzgado N° 74), que "los incumplimientos de las ART de las obligaciones impuestas por la ley 24.557 constituyen una conducta encuadrable en los términos del art. 512 del Cód. Civil, ya que se trata de una omisión de diligencias tendientes a prevenir la configuración de daños a los trabajadores" (conf. Sentencia N° 90.169 del 06/03/2002, en autos "Duarte Rodríguez, Lorenzo c. Magire SRL y otro").

También la Sala IX ha dicho que "la preceptiva sobre riesgos laborales introduce una suerte de delegación del control del acatamiento a las disposiciones sobre higiene y seguridad en cabeza de las aseguradoras, generando así una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto de imputación aunque, es claro, con alcances e intensidades diferenciadas, siendo aquella función "cuasi estatal" la que, en caso de omitirse o de cumplirse deficientemente, puede generar responsabilidad, más allá de cual sea, en concreto, el vínculo o nexo de causalidad necesario para efectivizarla" (conf. sentencia N° 9302 del 30/11/2001, en autos "Delgado, Daniel c. Ledesma SA y otro s/ accidente"). La misma Sala ha dicho que "si a pesar de la concertación de los Planes de Mejoramiento, la aseguradora no efectuó las medidas preventivas necesarias, pude afirmarse válidamente que incurrió en una conducta culposa (arts. 512 y concs. del Cód. Civil), rigiendo de este modo lo dispuesto por el art. 1074 del mismo cuerpo legal, ya que las omisiones indicadas ocasionaron un perjuicio" (sentencia Nª 11.000, del 30/10/2003, en autos "Domato, Mario c. Witchel SA y otro s/ accidente").

En igual sentido, "Los compromisos concretos que deben asumir estos sujetos deben interpretarse ampliamente en función del objetivo de prevenir adecuadamente los riesgos de trabajo. La ineficacia de las acciones destinadas a prevenirlos, incluidos los controles que debe efectuar la ART, constituye un incumplimiento que contribuye en la cadena causal a generar un daño en la salud de los trabajadores" (conf. CNAT, Sala VI, sentencia Nª 55.125 del 07/08/2002, en autos "Gutiérrez, Rosenda c. Todoli Hnos. SRL y otro s/ accidente").

Por lo tanto, el deber de respetar los derechos y libertades de los demás, no se agota en la mera abstención de ejecutar una voluntad dañosa, sino que se extiende al de guardar cierto cuidado o prudencia en los comportamientos, para evitar la expansión innecesaria del riesgo al que, con nuestros actos, exponemos a las demás personas. En tal entendimiento, todos tenemos derecho a un cierto cuidado por parte de los demás (el que claramente, no recibió la Sra. B. I.), y a

demandar una indemnización por la omisión de ese deber.

Justamente en el caso, no sólo no se guardó cierto "cuidado", ni se tendió a evitar la "expansión innecesaria del riesgo", al que se veía expuesto la trabajadora.

El problema con el efecto expansivo, precisamente, es que es mucho más fácil contagiar una conducta de maltrato, que una relativa, por ejemplo, a la higiene del medio laborativo. De manera que un jefe maltratador o abusador, imparte un "ejemplo" negativo que otros imitan, pasando a maltratar quienes no lo hacían, afectando así a los subordinados.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que el principio alterum non laedere tiene raíz constitucional (art. 19 de la ley Fundamental, en autos "Santa Coloma, Luis I. y otros c. Ferrocarriles Argentinos "del 05/08/1986); y aún más explícitamente, ha sostenido que "...los artículos 1109 y 1113 del Cód. Civil sólo consagran el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los "hombres" perjudicar los derechos de un tercero. El principio alterum non laedere, entrañablemente vinculado a la idea de la reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Cód. Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes, no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (conf. "Fernando Raúl Günther c. Nación Argentina", del 05/08/1986, CSJN, Fallos: 308:1118; SD N° 82.787 del 10/10/2001 en autos "Michelin, Juan C. c. Cemmex SA s/ daños y perjuicios", del registro de esta Sala, que comparto).

Y tal como lo expresé precedentemente, el artículo 14 bis de la Constitución Nacional dispone: "...El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...". Según Sagüés, esta norma constitucional es plenamente operativa, por lo que, a su criterio, tiene vigencia y exigibilidad por sí misma; por consiguiente, debe asegurarse el respeto a la dignidad del trabajador, sin admitir situaciones de hecho que puedan provocar algún desmedro físico o moral o que atenten contra la calidad humana del trabajador" (Sagüés, "Constitucionalismo social", en Vázquez Vialard, Antonio (dir) "Tratado de Derecho del Trabajo", T. 2, p. 809).

En consecuencia, auspicio condenar a la ART, a pagar por la reparación integral, reclamada con fundamento en el derecho común.

XIII. De tal suerte, para determinar el monto de condena fundado en la acción civil, corresponde considerar la edad de la víctima al momento del evento dañoso (julio de 2012 contaba con 30 años), el salario considerado para efectuar la liquidación por la acción por despido: $6.379,17, y la incapacidad determinada (10%), y demás datos personales y profesionales de la trabajadora, determinaré la reparación del daño.

La misma, conforme lo establece el art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación "debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie".

A su vez, el art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante, la pérdida de chances, las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Por su parte, el art. 1746 Cód. Civ. y Com. de la Nación determina que "la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad...".

Ahora bien, tanto como Juez de primera instancia, a cargo del Juzgado de Trabajo N° 74, cuanto como vocal de este Tribunal tuve oportunidad de manifestar en la sentencia N° 2570, del 23/02/2009, en autos "Santa Cruz, Guido N. c. Pinedo SA y otros s/ accidente - acción civil", que para calcular el daño material y a mero título indiciario, es decir indicativo, pero en el intento de alejarme en lo posible de toda discrecionalidad, he realizado un cálculo comparativo con la fórmula consagrada en "Vuoto, Dalmiro y otro c. AEG Telefunken Argentina SA", SD N° 36.010 del 16/06/1978, modificada en la causa "Méndez, Alejandro D. c. Mylba SA y otro s/ accidente - acción civil", SD N° 89.654 del 28/04/2008, del registro de esta Sala.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido a partir del fallo "Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL" (08/04/2008) la doctrina que para evaluar la reparación integral del daño fundado en el derecho civil que padece un trabajador, víctima de un accidente del trabajo, no se deben aplicar las fórmulas matemáticas, ni son válidos

los criterios comparativos con las indemnizaciones tarifadas de la Ley de Riesgos del Trabajo.

En la causa "Mosca, Hugo c. Pcia. de Buenos Aires", el Supremo Tribunal de la Nación sostuvo que "(...) para evaluar el monto del resarcimiento por la disminución de las aptitudes físicas y psíquicas no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados en la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan ser útiles como pauta genérica de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en el ámbito de la vida laboral de la víctima y en su vida de relación (Fallos: 320:1361 y 325:1156)".

Atento lo expuesto precedentemente, fijaré la medida del daño material en cálculos hodiernos, en la suma de $180.000 (pesos ciento ochenta mil).

Con relación al daño moral, cabe precisar que no se va a estimar en una proporción sobre el daño material, porque es de distinta naturaleza, aunque sí existe una vinculación con el mismo que repercute en su cuantificación, así como también los propios elementos de la causa y lo que dispone el sentido común.

Sobre este punto, ya me he expedido *in re* "Ayala, Antonia L. c. Fuerza Aérea Argentina y otro s/ accidente - ley especial, sentencia N° 93.305, del 20 de noviembre de 2012, registro de esta Sala: "En cuanto a la indemnización por daño moral, en un criterio que comparto la jurisprudencia ha dicho, que tiende a indemnizar, no la incapacidad resultante sino los sufrimientos que demanda la curación y los inconvenientes en la vida laboral y social (CNAT, Sala VII, Expte. N° 26.483/94 sent. 36.353, 09/10/2002, "Marcovich, Mario c. Femesa s/ accidente"; Fallo Plenario N° 243, en autos "Vieites, Eliseo c. Ford Motor Argentina SA", del 25/10/1982)".

"Ahora bien, considero que la reparación del daño moral debe tratarse de modo diferenciado respecto del daño psicológico, por entender que no son una y la misma cosa. Comparto en ello la jurisprudencia según la cual "el daño psíquico está referido, como el físico, a la incapacidad resultante del accidente. En cambio el daño moral tiende a indemnizar, no la incapacidad resultante sino los sufrimientos que demanda la curación y los inconvenientes en la vida laboral y social. El daño psíquico y moral son conceptos independientes y, por lo tanto, susceptibles de indemnización autónoma", como sostuviera en la sentencia N° 3127, del 2005, dictada en autos "Gallotti, Daniel R. c. Estado Nacional - Presidencia de la Nación - Secretaría de Seguridad Interior - Policía Federal Argentina s/ accidente", del registro de la Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 74".

"Luego, cabe destacar dentro del contexto indemnizatorio del código civil, que en los casos de infortunios laborales, la incapacidad del trabajador, suele producir a éste "un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.", y que, por el otro, "debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable" (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116). De ahí que "los porcentajes de incapacidad proporcionados por los peritos médicos —aunque elementos importantes que se deben considerar— no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (Fallos: 310:1826, 1828/29). "Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la perdida de "chance", cuando el accidente ha privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera" (Fallos: 308:1109, 1117; (Del voto de los ministros Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni; CSJN, A436XL, "Arostegui, Pablo c. Omega ART A y Pametal Peluso y Cía. SRL", 08/04/2008)".

"En esta inteligencia, me remitiré a la doctrina expuesta por Carlos Fernández Sessaregoque, respecto del daño al proyecto de vida, que "es la consecuencia de un colapso psicosomático de tal magnitud que, para la víctima, significa la frustración o menoscabo del proyecto de vida". Es decir, que el impacto es tan importante, que el "desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el campo de despliegue de su apuesta vital". Como lo expresa Milmaiene con precisión, el impacto psicosomático es tan vigoroso que ataca "el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido" (Milmaiene, José E., El daño psíquico, en "Los nuevos daños", Hannurabi, Buenos Aires, 1995, p. 71)".

"Así es, que el daño al proyecto de vida, compromete, seria y profundamente la libertad del sujeto a ser "el mismo", y no "otro", afectando su identidad, es decir, el despliegue de su personalidad (Fernández Sessarego, Carlos, Derecho a la identidad personal, Astrea, Buenos Aires, 1992). La valoración de este daño, es de suma importancia, porque incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión, puesto que afecta la manera de vivir del sujeto, frustra el destino de la persona, y hace perder el sentido mismo de su existencia".

"Por ello, podemos decir que el daño al proyecto de vida es un perjuicio cierto y actual, porque se materializa antes de la sentencia; sin embargo, las consecuencias estarán siempre presentes, en mayor o menor medida, durante el transcurrir vital del sujeto".

"Ahora bien, en la especie, el marco de la traba nos limita al reclamo del "daño moral, daño psicológico, pérdida de la chance, y daño físico y estético (el que ya fuera descartado)", con lo cual ante la evidencia de un perjuicio superior como sería el del proyecto de vida, corresponde reparar en una proporción adecuada los "daños" requeridos, y probados efectivamente".

"Como apunta Milmaiene, en estos casos "se anula todo proyecto de futuro", por lo que "nada de lo que se propone como compensación puede restituir la autoestima herida", debida a la "pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional". No podemos olvidar que el trabajo, no sólo es el modo como el ser humano se inserta en la comunidad, para obtener un beneficio económico, sino que además, el trabajo libremente seleccionado, por vocación, supone su realización existencial".

Entonces, considero que el daño moral es pertinente, por haber afectado a la actora, en su proyecto de vida, generándole sufrimientos y padecimientos.

Por lo tanto, fija en concepto de daño moral la suma de $36.000 (pesos treinta y seis mil) en concepto de daño moral (FP "Vieites", N° 243, pauta meramente orientativa, por las razones expresadas supra), lo que hace un total de $216.000 (pesos doscientos dieciséis mil).-. Cabe señalar, en principio, que dicho cálculo será tomado en forma indiciaria y que, si bien reitero, no comparto la obligatoriedad de los fallos plenarios, adhiero a dicha doctrina.

La suma, deberá ser abonada a la actora, por las demandadas, en forma solidaria, dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O, y se le adicionará intereses moratorios desde la fecha de extinción del vínculo laboral (18/07/2012), fecha que estimo como consolidación del daño psíquico que padece la actora.

Luego, siguiendo la lógica de las tasas que dispuso el sentenciante respecto al distracto, aunque no resulta mi criterio, pero atento que no fue apelado, deberá aplicarse la tasa activa del Banco Nación desde el 18/07/2012, hasta el 31 de mayo de 2014, fecha en la que se aplicarán las tasas de la CNAT, por el período de vigencia correspondiente a cada una (Actas CNAT N° 2601, 2630 y 2658).

Tampoco aplicaré la actualización monetaria sobre los créditos de la acción civil, atento que fue consentido su rechazo respecto al despido, como ya fuera explicado.

XIV. Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria, razón por la cual deviene abstracto el tratamiento de los agravios sobre el punto.

Propongo que las costas de ambas instancias respecto de la acción por despido, sean soportadas por la demandada Sra. R. atendiendo al resultado del litigio y los fundamentos jurídicos citados a lo largo del pronunciamiento (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Aclaro aquí que el rechazo de la acción por despido respecto al Sr. B., atento al error in iudicando, y los argumentos expuestos en el considerando respectivo, no traerá aparejada la imposición de costas, atento a que la controversia no se generó por culpa de la trabajadora.

Luego, con relación a la acción civil, las cosas de ambas instancias serán a cargo de la Sra. R., el Sr. B., y Mapfre ART SA, en forma solidaria, atendiendo al resultado del pleito, (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

XV. En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 22 y conc. de la ley 21.839, modificados por la ley 24.432, arts. 3 y 6 decreto ley 16.638/1957 y demás normas arancelarias vigentes, propongo por la acción con fundamentos en la Ley de Contrato de Trabajo, regular los honorarios de los letrados de la actora, de la Sra. R., y del perito contador en el 14% (catorce por ciento), 11% (once por ciento), y 8% (ocho por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses; y por la acción por accidente auspicio regular los honorarios de los letrados de la actora, Sra. R., Sr. B., Mapfre ART SA, perito médico, y perito contador, en el 14% (dieciocho por ciento), 11% (once por ciento), 8 (ocho por ciento), 11% (once por ciento), 8% (ocho por ciento), y 6% (seis por ciento) respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses.

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios de los profesionales representantes de la parte actora, y por las demandadas Sra. R. y el Sr. B., en forma conjunta, por sus trabajos ante la alzada, en el 35% (treinta y cinco por ciento), y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos ante la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado, en caso de co-

rresponder (arts. 6, 7, 8, 9, 14, 17, 19, 22, 37, 39 y concs. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 y demás leyes arancelarias vigentes).

Respecto del IVA esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos "Quiroga, Rodolfo c. Autolatina Argentina SA s/ accidente - ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación" (C. 181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio - adicionárselo a los honorarios regulados— implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

En consecuencia, voto por: Con relación a la acción por despido: I. Modificar parcialmente la sentencia apelada y elevar el monto de condena a $78.571,65 (pesos setenta y ocho mil quinientos setenta y uno con 65/100, suma a la que estará obligada a su pago únicamente la Sra. M. L. R., y con los intereses dispuestos en el considerando XII; II. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada Sra. R.; III. Regular los honorarios de los letrados de la actora, de la Sra. R., y del perito contador en el 14% (dieciocho por ciento), 11% (once por ciento), y 8% (ocho por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses. b) Con relación a la acción por accidente: IV. Revocar la sentencia apelada y por ende, hacer lugar a la demanda entablada con fundamentos las normas civiles por B. I., condenando a la Sra. R., al Sr. B. y a Mapfre ART SA, a abonar a la actora dentro del plazo de cinco días de notificados en la oportunidad prevista por el art. 132 LO y mediante depósito judicial, la suma de $216.000 (pesos doscientos dieciséis mil), suma que llevará intereses en la forma dispuesta en el considerando XVIII; V. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la Sra. R., el Sr. B. y Mapfre ART SA, en forma solidaria; VI. Regular los honorarios de los letrados de la actora, Sra. R., Sr. B., Mapfre ART SA, perito médico, y perito contador, en el 14% (dieciocho por ciento), 11% (once por ciento), 8 (ocho por ciento), 11% (once por ciento), 8% (ocho por ciento), y 6% (seis por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses c) Por ambas acciones; VII. Por su actuación ante la alzada, regular los honorarios de los profesionales representantes de la parte actora, y por las demandadas Sra. R. y el Sr. B., en forma conjunta, en el 35% (treinta y cinco por ciento), y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos ante la instancia previa. VIII. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El doctor *Perugini* dijo:

Por compartir en lo sustancial sus argumentos, y con la sola excepción de la condena vinculada a la falta de entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la LCT, adhiero al voto que antecede.

Sin perjuicio de ello, dejo a salvo mi opinión en cuanto a la inaplicabilidad de las disposiciones del Cód. Civ. y Comercial aprobado por la ley 26.994 respecto de hechos acontecidos y daños consolidados con anterioridad a su vigencia. No obstante, las consideraciones realizadas en el primer voto en torno a la responsabilidad del empleador por los hechos de sus dependientes o de aquellas personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones a la luz de las previsiones de los arts. 1109, 1074 y 1113 y concs. del Cód. Civil Ley 340, confieren sustento suficiente a la decisión de condenar civilmente a la empleadora, a su aseguradora, y al autor directo de las conductas de hostigamiento y maltrato verificadas en la causa, a resarcir económicamente la incapacidad psíquica ocasionada a la demandante en el desarrollo de sus tareas merced a las referidas circunstancias.

En cuanto al punto de discrepancia, he invariablemente señalado que no advierto que el requisito establecido en el decreto 146/2001 desnaturalice el sentido de la norma reglamentada, dado que más allá de contemplar un tiempo razonable para la confección de la documentación correspondiente, solo establece una mera formalidad de fácil cumplimiento que en ningún caso obsta a la satisfacción de la obligación sustancial, que no es la obtención de una multa sino la efectiva entrega de las certificaciones correspondientes.

De tal modo, y en tanto el accionante no formuló su requerimiento en los términos previstos en el decreto 146/2001, la multa señalada en el párrafo que antecede no será procedente.

Consecuente con ello, el monto de condena relativo al despido alcanzará a la suma de $59.434,14, más los intereses señalados en el voto que antecede.

La doctora *Hockl* dijo:

En lo que es motivo de disidencia entre mis distinguidos colegas, adhiero al voto del doctor *Perugini*.

Por ello, el Tribunal resuelve: Con relación a la acción por despido: I. Modificar parcialmente la senten-

cia apelada y elevar el monto de condena a $59.434,14 (pesos cincuenta y nueve mil cuatrocientos treinta y cuatro con 14/100), suma a la que estará obligada a su pago únicamente la Sra. M. L. R., y con los intereses dispuestos en el considerando XII; II. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada Sra. R.; III. Regular los honorarios de los letrados de la actora, de la Sra. R., y del perito contador en el 14% (dieciocho por ciento), 11% (once por ciento), y 8% (ocho por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses. b) Con relación a la acción por accidente: IV. Revocar la sentencia apelada y por ende, hacer lugar a la demanda entablada con fundamentos las normas civiles por B. I., condenando a la Sra. R., al Sr. B. y a Mapfre ART SA, a abonar a la actora dentro del plazo de cinco días de notificados en la oportunidad prevista por el art. 132 LO y mediante depósito judicial, la suma de $216.000 (pesos doscientos dieciséis mil), suma que llevará intereses en la forma dispuesta en el considerando XVIII; V. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la Sra. R., el Sr. B. y Mapfre ART SA, en forma solidaria; VI. Regular los honorarios de los letrados de la actora, Sra. R., Sr. B., Mapfre ART SA, perito médico, y perito contador, en el 14% (dieciocho por ciento), 11% (once por ciento), 8 (ocho por ciento), 11% (once por ciento), 8% (ocho por ciento), y 6% (seis por ciento), respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses c) Por ambas acciones; VII. Por su actuación ante la alzada, regular los honorarios de los profesionales representantes de la parte actora, y por las demandadas Sra. R. y el Sr. B., en forma conjunta, en el 35% (treinta y cinco por ciento), y 25% (veinticinco por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos ante la instancia previa. VIII. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. *— María C. Hockl. — Alejandro H. Perugini. — Diana R. Cañal.*

DIFERENCIAS SALARIALES

Categoría laboral. Gerente general. Viajante de comercio. Rechazo.

1. — Estando reconocido por el propio actor, su cargo de Gerente General, ocupando la mayor jerarquía dentro de la organización, resulta que estaba entre sus obligaciones el hacer cumplir con las normas legales, incluyendo las laborales.

2. — Debe rechazarse el encuadramiento del actor como viajante de comercio, ya que, más allá de reconocer en la demanda haberse desempeñado en el cargo de Gerente General, no explicó en qué forma se desempeñaba como "viajante de comercio", cómo concertaba los negocios, cuándo lo hacía y tampoco acompañó la lista de clientes a quienes supuestamente les vendía.

3. — El carácter de viajero es ajeno al accionante, ya que ocupó una posición gerencial, de máxima responsabilidad por la cual era remunerado mediante un salario mensual, no intermediaba en los actos concretos de ventas, sino que establecía las condiciones generales de negociación y supervisaba la actividad de las distribuidoras en el proceso de comercialización.

CNTrab., sala VIII, 17/07/2020. - Castro Rey, Cristian Martín c. Wahl Argentina SRL y otros s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/32855/2020]

COSTAS

Se imponen a la actora.

Expte. N° 6065/2012

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 17 de 2020.

El doctor *Catardo* dijo:

I. Las partes han apelado el pronunciamiento que obra a fs. 1720/1742 conforme los memoriales que lucen a fs. 1749/1765, a fs. 1766/78. También se quejan respecto de la imposición de costas.

Por su parte, disconformes con las regulaciones de honorarios estipuladas en grado se alzan las representaciones letradas de la parte actora y demandada de acuerdo a las presentaciones y argumentos que esbozan en las presentaciones de fs. 1764 punto XIX y fs. 1769 punto V y 1781 y las peritos traductoras de portugués e inglés y la contadora a mérito de los escritos de fs. 1744, 1746 y 1783.

II. Por una cuestión metodológica, trataré en primer término el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

En lo sustancial, el juez de la anterior instancia rechazó la demanda en lo principal, condenando exclusivamente a la codemandada Wahl Argentina SRL al pago de determinadas diferencias salariales. Salvo en lo que respecta a las diferencias salariales, sobre cuya improcedencia me referiré "infra", la sentencia apelada se encuentra al abrigo de todo reproche.

Me explico: como palabra liminar respecto al planteo del inicio cabe memorar que el accionante ha demandado a las empresas Wahl Clipper Corporation y Professional Line Product Inc. (en adelante WCC y PLP respectivamente) en su calidad de cuota-partistas de la codemandada principal Wahl Argentina SRL. Luego de fundamentar su postura en que ambas sociedades serían las socias de la codemandada principal y que no existiría separación absoluta ni independencia, introduce la necesidad de admitir la "teoría de la penetración" de la sociedad, para poder llegar a quienes la controlan, fundando sus reclamos en el art. 31 de la LCT.

De la secuela procesal no surge aplicable al caso el planteo deducido. Y ello por cuanto tanto la agitada "teoría de la penetración" como el art. 31 de la LCT requieren que existan maniobras intencionales que evadan las normas locales, es decir, que exista fraude legal. Wahl Clipper y Professional Lien no fueron empleadores del actor y el reclamo hacia las cuota-partistas extranjeras debió canalizarse como un planteo de solidaridad con respecto a lo reclamado a la codemandada principal. La prueba testimonial rendida excluye el escenario planteado en el escrito fundamental. Los contactos y directivas que el accionante recibía de funcionarios de WCC lo explicitan sobradamente los testigos deponentes en autos. Por su parte, el testimonio de P. da cuenta de que WCC le pedía informes al actor, le daba lineamientos de gestión, directivas, fijaba su remuneración y señala que el actor viajaba a reuniones de gerentes en la casa matriz. Es por ello, que el Sr. Castro Rey tenía que discutir su remuneración con representantes de WCC, mantenerla permanentemente informada a dicha empresa y requerir autorización en la toma de algunas decisiones que hacían a la esencia del negocio. En definitiva, es legal que los socios le fijen al actor (gerente de la SRL que a su vez es el gerente general) su remuneración, su plan de acción, se aprueben determinadas decisiones y controlen la marcha del plan. Había un accionar comercial entre ambas sociedades: WA es la distribuidora de WCC en Argentina ya que compra mercadería de WCC y la importa a nuestro país para luego comercializarla. A su vez, WA vende servicios regionales a WCC por los cuales le facturaba. Entre estos servicios se encontraba las tareas desarrolladas por el actor en beneficio de la región respecto de las cuales se facturaba a WCC una parte del costo laboral. Y en el caso del Sr. Castro Rey, se encuentra probado en el punto 9 de la pericia contable, que WA facturó a WCC por ventas y que las mismas son los servicios prestados. Explicó la experta que el libro IVA Ventas no refleja el concepto facturado y que no tuvo acceso a las facturas, lo que complementa con la declaración de P. que explica que WA facturaba a WCC el 80% del salario del actor y todos los gastos de viaje, junto con otros gastos que debían ser reembolsados por la región. También expresó que el actor estaba registrado en el libro sueldos de WA, que son hojas móviles en reemplazo del Libro Ley 20.744 y que WA le facturaba a WCC el 80% del salario del actor porque a partir de inicios del 2007 su gestión cambió, ya que se iba a avocar a temas de Latinoamérica y se contrató a una persona al inicio de este período para ocupar su lugar por unos cuantos meses y luego quedó Andrea Leonardi en este puesto de gerente local o de gerente administrativa... esta declaración es consistente con las de los otros testigos de la demandada. Así, H., B., W. y R. fueron contestes en explicar que WCC confió a WA la realización de ciertas actividades de marketing y desarrollo de internet y que por dichos servicios que WA proporcionó a WCC facturó por los gastos operativos a nivel regional, y que en este contexto, WCC pagó por todos los gastos relacionados con los servicios del actor como empleado de WA y específicamente, por sus servicios prestados como Director de América Latina.

A su tiempo, la testigo H. d. C. declaró que WA es subsidiaria de WCC, que es una empresa americana, y que WA es una empresa argentina (respuesta a la pregunta N° 8) ratificando que el empleador del actor era WA (respuesta a la pregunta N° 11). Por su parte, de las declaraciones rendidas en Estados Unidos por los testigos H., B., W. y R. surge que la relación entre WA y WCC se ajustó a una relación normal entre subsidiaria y controlante, y que en modo alguno se puede imputar un comportamiento reprochable bajo los baremos del art. 31 de la LCT. Expresa que WC confió a WA la realización de ciertas actividades regionales relacionadas con la gestión regional, y también ciertas actividades de marketing y desarrollo en internet. Que por dichos servicios que WA proporcionó a WCC, WA facturó por los gastos operativos a nivel regional, y que en este contexto WCC pagó por todos los gastos relacionados con los servicios prestados como Director de América Latina. Se relata con precisión, que las funciones principales del accionante para WA incluyeron el monitoreo, realización y organización de la operación de la empresa, la elaboración de los informes requeridos para la sociedad matriz, la elaboración del presupuesto y metas anuales, redacción de las listas de precios, junto con el departamento de ventas: análisis de los costos y cobranzas, toma de decisiones sobre contratación de personal, entre otras...

Cabe señalar, que las declaraciones recibidas del extranjero fueron realizadas por exhorto diplomático y en cumplimiento de la respectiva jurisdicción, es decir Brasil y Estados Unidos, y tienen a mi juicio plena validez probatoria, ya que salvo la declaración de R., no fueron impugnadas por la actora. El cuestionamiento a la testigo resulta más brillante que sólido por cuanto la misma solo mantiene una relación de amistad con la familia que es dueña de las acciones de WCC pero no tiene litigio personal con el actor y su

declaración es coincidente, aun con ciertos reparos, con los demás testimonios rendidos.

A mayor abundamiento, y estando reconocido por el propio actor, su cargo de Gerente General desde febrero de 2007, ocupando la mayor jerarquía dentro de la organización, resulta que estaba entre sus obligaciones el hacer cumplir con las normas legales, incluyendo las laborales. Dijo en su demanda haber efectuado reclamos en varias oportunidades tendientes a su regularización, sin haber indicado en el escrito fundamental cuándo y a quién.

Salvo su despacho del 03/09/2010, no surge de autos prueba alguna de haber efectuado algún reclamo. Tampoco incluyó ni hizo incluir en los balances anuales, como rubro a previsionar, la pretendida deuda por la que hoy acciona, firmando los balances y actas de gerencia, que se han acompañado como prueba documental. También guardó silencio respecto de su petición de cobrar un 4% sobre las ventas, lo que implica que nada tenía que reclamar al menos desde 2007 hasta 2010. Los testigos del actor I., E., M. y B. desconocieron como era la remuneración del accionante, y ni ellos ni los de la demandada han hecho referencia a la existencia de un pacto con el actor por el pago de comisiones. Por el contrario, los testigos confirman la inexistencia de pacto alguno y G. reconoció la autenticidad del informe contable realizado en los Estados Unidos, basado en la contabilidad de WCC, dando cuenta que los funcionarios afectos a ventas regionales no cobraban comisiones, sino bonos anuales. Por su parte, en este aspecto, la testigo P. explicó que el bono recompensaba la gestión para Latinoamérica y R., de WCC, le indicaba el monto del sueldo y bono a pagar. También los testigos de la accionada han explicado que el accionante tenía un sueldo fijo y un bono anual en base al desempeño y que no tenía acordado comisiones.

Respecto del supuesto encuadramiento como Viajante de Comercio, tanto en grado como en esta instancia, el mismo resulta improcedente. En efecto, al reconocer en la demanda haberse desempeñado en el cargo de Gerente General y Director de Ventas en América Latina y sin mencionar nada más al respecto, el actor desliza al final de TCL una cita al art. 14 de la Ley 14.546. Pero más allá de los fallos citados en el inicio, no ha explicado en qué forma se desempeñaba como "viajante de comercio", cómo concertaba los negocios, cuándo lo hacía y tampoco acompañó la lista de clientes a quienes supuestamente les vendía. Lo que no expresó en su demanda lo acompañó como prueba documental al que a la postre parece ser una suerte de declaración jurada de operaciones concertadas por el accionante sobre las cuales pide el reconocimiento de la comisión. Pero adviértase que el actor no efectúa una declaración jurada sobre dicho listado ni haber concertado las ventas allí contenidas por lo que no se ha cumplido con la carga de la declaración jurada que exige la Ley 14.546.

Hay que recordar que de la experticia contable (respuestas a los puntos y 6 de la parte actora) se puntualiza que las planillas del actor pretenden corresponderse a todas las ventas de WA y acompaña en el Anexo III las ventas efectivamente registradas en la contabilidad de WA. Pero en manera alguna puede deducirse que de dichos listados surjan ventas concertadas por el accionante. Precisamente, los testigos P., L., R. y G. ratifican que las citadas ventas de WA eran realizadas por otras personas, incluyendo G., E. y R.

Concluyendo, las ventas denunciadas por el Sr. Castro Rey en su planilla no se refieren a ventas en Latinoamérica sino en la República Argentina y dichas ventas han sido realizadas, según la secuela procesal, por personas del área de ventas de WA y no por el actor. No está de más recordar, a esta altura de mi convicción, que el actor ocupó una posición gerencial, de máxima responsabilidad por la cual era remunerado mediante un salario mensual y un bono anual y por lo tanto debe rechazarse la categoría de viajante que agita toda vez que no intermediaba en los actos concretos de ventas, sino que establecía las condiciones generales de negociación y supervisaba la actividad de las distribuidoras en el proceso de comercialización. De toda óptica, el carácter de viajante es ajeno al accionante.

Las argumentaciones hasta aquí vertidas brindan adecuado sustento al pronunciamiento, razón por la que se omite el análisis de otras cuestiones que resultan irrelevantes para la resolución del litigio, pues no harían variar la conclusión arribada y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio (conf. Fallo del 30/04/1974 en autos "Tolosa, Juan C. c. Cía. Argentina de Televisión SA", LA LEY, Tomo 155, p. 750, número 385), doctrina reiterada en múltiples ocasiones que exime al juzgador de tratar todas las cuestiones expuestas por los litigantes y de analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (Fallos: 272:225; 274:113; 280:320 y 144:611, entre otros).

En razón de todo lo expuesto, no encuentro argumentos válidos para apartarme de lo decidido en origen. Propongo, en consecuencia, desestimar los agravios articulados por la actora y confirmar la sentencia de grado en los puntos aquí cuestionados.

III. En este orden, corresponde tratar los agravios interpuestos por la demandada.

a) En cuanto a la presunta temeridad y malicia agitada por la quejosa respecto del accionante, comparto los argumentos del magistrado que me precediera y agrego que la calificación de la conducta de las partes como temeraria y maliciosa requiere la concurrencia en forma indubitable del elemento subjetivo que revele la intención de perturbar el curso del proceso con articulaciones dilatorios o desleales, pero no se puede utilizar esa figura para reprimir la presunta ignorancia del derecho o la equivocación en el planteo de defensas y recursos.

Por lo dicho, sugiero desestimar el agravio sometido a consideración.

b) Se agravia porque el Judicante ha fallado "extra petita" al diferir a condena una diferencia inexistente. Y ello es cierto por cuanto el actor en su demanda nunca reclamó el pago de una diferencia originada en el monto depositado por WA y lo efectivamente liquidado por la demandada. El reclamo fue por diferencias entre lo que pagó la accionada y lo que el accionante consideraba su liquidación final, ello en base a una mayor remuneración y a un cálculo de despido indirecto que no prosperó. Del anexo I de la experticia contable, surgen los conceptos pagados al accionante aunque no haya constancia de la acreditación bancaria en la cuenta sueldo de $18.653,19, se omitió tener en cuenta que dicho monto corresponde a los haberes de septiembre de 2010 (conforme anexo I) y dichos importes fueron transferidos a la cuenta sueldo del actor con fecha 24/09/2010. Nunca la perito indicó que existiera la falta de pago de algún concepto.

Por lo tanto, teniendo también en cuenta que el accionante no pidió lo que en definitiva fuera erróneamente materia de condena, se impone el rechazo de las mentadas "diferencias". Así también lo decido.

Los restantes agravios vertidos por la demandada aparecen suficientemente contestados en el desarrollo del presente pronunciamiento a cuyos argumentos me remito "brevitatis causa".

IV. En atención al resultado de los recursos, corresponde emitir un nuevo pronunciamiento en materia de costas y honorarios (art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo que torna de tratamiento inoficioso que me expida sobre las quejas al respecto.

V. Por las razones expuestas, propongo en este voto: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada y, en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta en todas sus partes; 2) Dejar sin efecto lo resuelto en grado en materia de costas y honorarios; 3) Imponer las costas de primera instancia a la parte actora en su carácter de objetivamente vencida en el pleito y toda vez que no existe mérito para apartarse del principio general del art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; 4) Confirmar los honorarios regulados en grado por lucir razonables en relación a la importancia, el mérito y la extensión de las tareas desarrolladas y pautas arancelarias de aplicación (art. 6°, 7°, 19 de la Ley 21.839, articulo 38 de la Ley 18.345 y artículo 13 ley 24.432 y art. 3 Dec. 16.638/1957); 5) Imponer las costas de Alzada por su orden atento el resultado de los recursos (art. 68 y 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 6) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa.

El doctor *Pesino* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar parcialmente la sentencia apelada y rechazar la demanda interpuesta en todas sus partes. 2) Dejar sin efecto lo resuelto en grado en materia de costas y honorarios. 3) Imponer las costas de primera instancia a la parte actora. 4) Confirmar los honorarios regulados en grado. 5) Imponer las costas de Alzada por su orden. 6) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Luis A. Catardo.* — *Víctor A. Pesino.*

OPONIBILIDAD DE LA AFECTACIÓN DEL BIEN DE FAMILIA

Deudas laborales. Bien inmueble del empleador. Inoponibilidad de la afectación solo respecto de los créditos nacidos con anterioridad a la constitución.

1. — Cuando se trata de ejecutar algún bien del empleador que está afectado a las disposiciones de la ley 14.394, no comienzan —tal como lo afirma la actora— en el momento de celebrarse el contrato de trabajo bajo cuyo amparo se hubieran devengado los créditos, pues si el trabajador tomara en cuenta la posición económica del empleador para concertar con él contratos de empleo, el mismo criterio deberá llevar a postular que la posterior venta por el empleador de cualquier inmueble de su propiedad es una injuria laboral o bien inválida si no cuenta con la conformidad de los trabajadores preexistentes.

2. — Es evidente que el bien que se pretende ejecutar no puede ser agredido en función de todos los items admitidos en autos, sino que resulta determinante el momento en que cada crédito se gestó y dado que surge de las constancias de autos que la constitución del bien data del 23/02/2012 no cabe sino coincidir con lo resuelto en grado en cuando a que dicha constitución es anterior al nacimiento de los créditos exigibles a partir del distracto ocurrido el 06/03/2012. Dicho momento es, a criterio del Tribunal, el que cabe considerar al resolver la oponibilidad del citado bien de familia con respecto a la procedencia de los conceptos indemnizatorios por ser tal circunstancia la que determina el derecho del trabajador a reclamar el crédito que pudiera tener contra su empleadora con motivo de la desvinculación.

CNTrab., sala X, 25/08/2020. - Rivarola, Hermelinda María c. Luraschi, Mónica Viviana s/ despido.

[Cita on line: AR/JUR/37546/2020]

Expte. N° 54188/2012/ CA2 (40.585).

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 25 de 2020.

Considerando:

I. Cabe señalar en primer término que dada la naturaleza de la cuestión debatida y las aristas particulares que la rodean, se estima que tal como se decidiera en grado la controversia planteada supera la regla prevista por el art. 109 de la LO por lo que cabe considerar configurada una situación de excepción al principio de inapelabilidad de conformidad con lo establecido en el art. 105 inc. h) LO.

En el caso de autos con base en la liquidación practicada a fs. 341, aprobada a fs. 344, el 03/11/2017 se decretó embargó sobre el inmueble perteneciente a la demandada sito en la calle ... CABA por la suma de $297.594,64 ($253.272,03 por capital y $44.322,60 por honorarios) más $60.000 previsionados para intereses y costas (ver fs. 351/vta.).

Trabada la medida, se advirtió que del informe de dominio obrante a fs. 419/423 se desprendía que dicho bien se encuentra afectado como bien de familia desde el 23/02/2012 (cfr. fs. 351 vta. y 421 vta., asiento N° 5).

Frente a ello la demandante sostuvo que esto le resultaba inoponible por considerar su crédito de fecha anterior a la constitución invocando la existencia de telegramas que intimaban a registrar el vínculo, de fecha 15/02/2012 (cfr. fs. 426). En cambio, la ejecutada afirmó su oponibilidad y solicito el levantamiento del embargo por entender que la demanda se entabló y fundó en una causa posterior a la afectación, esto es el despido ocurrido el 06/03/2012 según sentencia de autos.

II. La señora juez de grado compartiendo el dictamen del señor fiscal Domínguez declaró inoponible a la actora la afectación únicamente respecto de los créditos objeto de condena nacidos con anterioridad al 23/02/2012 (esto es haberes de enero, SAC 2011 y una parte proporcional de las diferencias salariales reconocidas) y desestimó la ejecución respecto de los rubros nacidos con posterioridad a dicha fecha.

Tal decisión no conformó al demandante quien sostiene que la distinción efectuada es errónea “pues pone a la fecha del distracto como divisoria de aguas, como si realmente los derechos de mi mandante hubieran nacido con él y pudieran escindirse por interpretaciones rebuscadas en vez de considerarlos como integrantes de un único bloque con asiento en una sola causa.” Sostiene que en el caso la “causa fuente” de la obligación fue la celebración del contrato de empleo y que al momento de la contratación fue cuando se tuvo en cuenta el contenido del patrimonio y la garantía e insiste en la existencia de intercambio telegráfico anterior a la constitución del bien de familia.

III. El Tribunal considera que corresponde mantener lo decidido en la etapa anterior.

Cabe destacar que para determinar si la afectación del inmueble resulta oponible al acreedor debe tenerse en cuenta la fecha de nacimiento del crédito emergente. La afectación de un inmueble al régimen de bien de familia debe juzgarse en orden “al tiempo en que se ha generado dicho crédito”, circunstancia que debe analizarse en cada caso en particular, y todo ello para dilucidar si la afectación del inmueble es anterior o posterior al nacimiento del crédito que se reclama para precisar, si es —o no— oponible al acreedor. Así lo disponía la hoy derogada ley 14.394 y también la nueva regulación vigente a partir de los artículos 244 y siguientes del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Específicamente el art. 249 establece “Efecto principal de la afectación. La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación”.

Así, la jurisprudencia estableció, con criterio que se comparte, que las deudas laborales cuando se trata de ejecutar algún bien del demandado que está afectado a las disposiciones de la Ley 14.394, no comienzan —tal como lo afirma la actora— en el momento de celebrarse el contrato de trabajo bajo cuyo amparo se hubieran devengado los créditos. Si el trabajador tomara en cuenta la posición económica del empleador para concertar con él contratos de empleo, el mismo criterio deberá llevar a postular que la posterior venta

por el empleador de cualquier inmueble de su propiedad es una injuria laboral o bien inválida si no cuenta con la conformidad de los trabajadores preexistentes (CNAT, Sala III, SI 74.224 del 24/06/1997, "Morel Ruiz de Leguizamon, Gabina c. Beraja, Salmon s/ despido").

En igual sentido, se ha dicho que no puede considerarse a los efectos que pretende la actora la fecha del comienzo de la relación laboral "dado que el origen de los créditos que se ventilaron en autos, no se produjo a partir del ingreso del trabajador, sino del momento en que se desarrollaron los hechos que dieron marco a la aplicación de las normas que los establecen" (CNCiv. Sala H en LA LEY 1998-B-141-96784; CNCom. Sala A en LA LEY 1999 E, 125-99287 y, en igual sentido, CNAT Sala X, SI N° 9378 del 28/03/2003, in re "Guerrero Caballero, Félix c. Báez, Romero P.").

Que, en esas condiciones, es evidente que el bien que se pretende ejecutar no puede ser agredido en función de todos los "items" admitidos en autos sino que resulta determinante el momento en que cada crédito se gestó y dado que surge de las constancias de autos que la constitución del bien data del 23/02/2012 no cabe sino coincidir con lo resuelto en grado en cuando a que dicha constitución es anterior al nacimiento de los créditos exigibles a partir del distracto ocurrido el 06/03/2012. Dicho momento es, a criterio del Tribunal, el que cabe considerar al resolver la oponibilidad del citado bien de familia con respecto a la procedencia de los conceptos indemnizatorios por ser tal circunstancia la que determina el derecho del trabajador a reclamar el crédito que pudiera tener contra su empleadora con motivo de la desvinculación. No se trata de desconocer el carácter declarativo y no constitutivo de los pronunciamientos judiciales pues el derecho de la actora a cobrar las indemnizaciones por despido y las fundadas en la ley 24.013 no se originó al momento de celebrarse al contrato de trabajo o efectuar requerimientos sino en el caso luego de perfeccionarse el despido y hacerse efectivos los apercibimientos respectivos es decir, en una fecha posterior a la mencionada afectación del bien. Obsérvese además que la propia actora en oportunidad de practicar liquidación calculó intereses desde el 06/03/2012 lo que implica que consideró en tal momento la exigibilidad de dichos conceptos.

En tal entendimiento, el Tribunal considera que corresponde desestimar la pretensión recursiva de la parte actora y confirmar lo resuelto en la anterior instancia a fs. 437.

IV. Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la resolución de fs. 437; 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión planteada; 3) Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach. — Leonardo J. Ambesi.*

Jurisprudencia Provincial

TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO

Continuidad del vínculo entre los codemandados. Discordancia acerca de la manera y la fecha de finalización de la relación laboral. Horas extra.

1. — La conclusión que tuvo por no acreditada la transferencia del establecimiento entre los demandados resulta absurda, pues la sola referencia al contenido de las copias del informe remitido por el Ministerio de Trabajo, en contraposición con los restantes elementos de juicio de la causa —incluidas las manifestaciones de las partes en sus escritos constitutivos—, no se exhibe como un sustento válido de la decisión impugnada; máxime si se tiene en cuenta que el propio codemandado reconoció dedicarse a la industria del plástico, al igual que la otra empresa codemandada.

2. — El hecho de que las partes coincidieran en señalar que la industria dejó de explotar el establecimiento donde laboraba el actor no implica que estuvieran de acuerdo respecto a la fecha o al modo en que finalizó la vinculación entre ellas, ni revela su voluntad inequívoca de ponerle fin al contrato de trabajo en los términos previstos por el art. 241, LCT.

3. — El hecho de que el dependiente percibiera una remuneración superior a la fijada por la norma convencional, además de carecer de un desarrollo que le dé sustento, no resulta un motivo válido para desestimar el reclamo por el cobro de horas extra impagas.

SC Buenos Aires, 14/07/2020. - Alemán, Diego Martín c. Industrias Tordán S.R.L. y otro/a s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/25886/2020]

COSTAS

Se imponen a la vencida.

Causa L. 121.662

Buenos Aires, julio 14 de 2020.

Antecedentes:

El Tribunal de Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de San Martín, con asiento en dicha ciudad, admitió parcialmente la acción deducida, imponiendo las costas del modo que especificó (v. fs. 306/315).

Se interpuso, por la parte actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 323/339 vta.).

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. En lo que interesa, el actor promovió demanda contra Industrias Tordán SRL y el señor Jorge Alberto Valenzuela (v. fs. 25/37).

Alegó haber ingresado a trabajar para Industrias Tordán SRL el día 3 de noviembre de 2008 en el establecimiento de la calle ... de la localidad de Caseros, de lunes a viernes, en el horario de 6 a 16 hs. Sostuvo que sus labores encuadraban en la categoría de "oficial especializado" del Convenio Colectivo de Trabajo 419/05 (v. fs. 25 vta. y 26).

Manifestó que en el mes de marzo del año 2015 el socio gerente de la firma les comunicó a los empleados que la empresa no continuaría con sus actividades en dicho establecimiento y que se haría cargo el señor Jorge Alberto Valenzuela, quien a partir del mes de abril de ese año comenzó a usar y explotar las instalaciones de la calle ... y bajo cuyas órdenes siguió cumpliendo iguales funciones a las que desempeñara para su antecesora (v. fs. 26 y vta.).

Indicó haberse considerado despedido en septiembre de 2015 con motivo de la conducta asumida por los demandados frente a sus reclamos (v. fs. 26 vta./28 vta.).

Postuló la existencia de una transferencia del establecimiento entre los codemandados y peticionó —con sustento en los arts. 225 y 228 de la Ley de Contrato de Trabajo— su condena solidaria al pago de los rubros salariales e indemnizatorios reclamados (v. fs. 28 vta./29 vta.).

I.1. Al contestar la demanda, Industrias Tordán SRL admitió que el actor estuvo vinculado a la firma por una relación de trabajo, aunque negó las modalidades denunciadas por aquel (fecha de ingreso, jornada, categoría y salario). Sostuvo que la empresa dejó de explotar las instalaciones de la calle ... en mayo de 2015, oportunidad en la que se acordó con el demandante su desvinculación a partir de junio de ese año. Desconoció tener alguna relación con el señor Valenzuela y/o que le hubiera transferido el referido establecimiento (v. fs. 70/76 vta.).

I.2. En su responde, el señor Jorge Alberto Valenzuela negó cualquier tipo de vínculo con la coaccionada o ser el titular del establecimiento de la calle ... de Caseros, así como también que el actor hubiera sido su dependiente. Refirió que, aunque se dedicaba a la industria del plástico, tenía una sola explotación industrial a su cargo en la localidad de San Martín (v. fs. 135/139 vta.).

I.3. Luego de señalar que no estaba discutida en autos la prestación de servicios del actor para la codemandada Industrias Tordán SRL, el *a quo* situó la controversia en torno a las modalidades de dicha vinculación (fecha de ingreso, categoría laboral, jornada y remuneración), así como a la cuestión relativa a la existencia de una transferencia del establecimiento a favor del señor Jorge Alberto Valenzuela (v. vered., fs. 306 y vta.).

Destacó que las partes también coincidían en que a partir del mes de mayo del año 2015 el demandante ya no se desempeñaba para Industrias Tordán SRL, por cuanto en esa fecha había concluido la explotación que esta llevaba adelante en las instalaciones de la calle ... de la localidad de Caseros (v. vered., fs. 306 vta.).

Puntualizó que al absolver posiciones la firma accionada reconoció el horario de trabajo alegado por el dependiente (lunes a viernes de 6 a 16 hs.), del que resultaba que este realizaba dos horas extra semanales. Tuvo también por verificada la remuneración denunciada en el escrito inicial ($69 la hora y $13.800 mensuales) en virtud de la presunción contenida en el art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo (v. vered., fs. cit.).

En cambio, consideró que el inicio del vínculo debía situarse en la fecha que figuraba en el recibo de haberes (el día 9 de mayo de 2009; v. fs. 22), a la vez que juzgó que las declaraciones testimoniales no habían sido suficientes para corroborar el encuadramiento de las tareas en la categoría "oficial especializado". No obstante, refirió que el valor del salario denunciado ($69) coincidía con el correspondiente tanto a la categoría de oficial de mantenimiento como de oficial especializado (v. vered., fs. cit.).

En ese orden, habida cuenta de que el dependiente manifestó haber percibido la cantidad de $13.800 al menos desde el mes de septiembre de 2013 (v. fs. 32) y en vista de la considerable mutación de las escalas salariales previstas en el Convenio Colectivo de Trabajo 419/05 aplicable (v. fs. 240/250), juzgó que no existían a su favor diferencias por horas extra o categoría durante el período reclamado (v. vered., fs. 306 vta. y 307).

Luego, concluyó que la transferencia del establecimiento a favor del señor Jorge Alberto Valenzuela no había sido acreditada. En este sentido, ponderó que aunque al absolver posiciones la coaccionada industrias Tordán SRL —por intermedio de su representante— admitió la aludida transferencia, en tanto dicha confesión producía, de un lado, la eximición parcial de su responsabilidad por la ruptura del contrato de trabajo y, del otro, la incorporación de un responsable solidario por sus obligaciones —equivalente en sus efectos a la contratación de un seguro de responsabilidad contractual—, no cabía asignarle valor probatorio (v. vered., fs. 307).

Refirió también que de las copias de las actas labradas por el Ministerio de Trabajo (agregadas a fs. 190/201) surgía que el accionante se encontraba en el referido establecimiento cuando fueron confeccionadas (en fechas 1 de abril de 2015 y 14 de agosto de 2015), pero también que la actividad desarrollada en ambas ocasiones era diferente: industrial manufacturera y reciclamiento cuando la explotación estaba a cargo de Industrias Tordán SRL y comercial, inmobiliaria y turística cuando su titular era el señor Valenzuela. Sostuvo que este elemento le restaba todo valor a la confesión ficta del codemandado Valenzuela respecto a la posición número diez del pliego de fs. 34 (v. vered., fs. cit.).

Como consecuencia de ello, juzgó que en el caso existieron dos relaciones laborales sucesivas e independientes.

En torno al vínculo entre el demandante y el señor Valenzuela tuvo por ciertos los datos denunciados en demanda (conf. art. 55, LCT). De tal modo, fijó la fecha de ingreso en mayo de 2015 —lo que resultaba de haber referido a una sucesión de empleadores y no a una explotación conjunta—; estableció la ausencia total de registro y la remuneración devengada en $13.800. Sin embargo, destacando la ineficacia de la prueba oral (testimonial y confesional), entendió que no podía tenerse por demostrado que la jornada del actor excediera la máxima legal (v. vered., fs. 307 y vta.).

Agregó que sin perjuicio de que parecía contratuitivo que la explotación por la sociedad demandada finalizara un día y al siguiente el actor comenzara a prestar servicios en el mismo establecimiento para el señor Valenzuela, no había existido algún tipo de negocio jurídico entre las partes. Destacó que los datos de la última vinculación resultaban de la operatividad de una presunción legal (art. 55, LCT) y no de pruebas producidas en la causa. Luego de restar eficacia a los testimonios oídos (alcanzados por las generales de la ley), adjudicó carácter de prueba en contrario al informe del Ministerio de Trabajo de fs. 190/201 (v. vered., fs. 307 vta.).

Concluyó que el contrato con la codemandada Industrias Tordán SRL se había extinguido en los términos del art. 241 segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello, dado que las partes coincidían en que su finalización se produjo en mayo de 2015 cuando la empresa dejó de explotar el establecimiento donde laboraba el actor, manifestando así su voluntad inequívoca de ponerle fin al contrato de trabajo. En otro orden, expresó que la relación con el señor Valenzuela quedó disuelta por la denuncia justificada del trabajador (v. vered., fs. 307 vta. y 308).

Sobre tales bases, ya en la sentencia, admitió la demanda instaurada por Diego Martín Alemán y condenó al señor Jorge Alberto Valenzuela al pago de la suma que determinó en concepto de salarios adeudados del mes de agosto del año 2015, proporcional del sueldo anual complementario y vacaciones por igual período, indemnizaciones derivadas del despido y las previstas en los arts. 2 de la ley 25.323, 8 y 15 de la ley 24.013 y 80 de la Ley de Contrato de Trabajo. Asimismo, declaró procedente la demanda contra Industrias Tordán SRL por los rubros correspondientes al proporcional del sueldo anual complementario y vacaciones del año 2015, con más la multa contenida en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (v. fs. 310/312 vta.).

II. La parte actora interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia violación de los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28 y 33 de la Constitución nacional; 10, 15, 27 y 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14, 29, 30, 225, 228, 232, 233, 241 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo; 726 del Cód. Civil y Comercial; 34 inc. 4, 278 y 279 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; 12, 34, 55 y 63 de la ley 11.653; 1 inc. "b" del decreto 16.115/33; 4 de la ley 14.250 y de la doctrina legal que cita (v. fs. 323/339 vta.).

II.1. Cuestiona la decisión del *a quo* vinculada al momento y modo de extinción del contrato de trabajo entre el actor y la codemandada Industrias Tordán SRL (v. fs. 327/331).

No sin dejar de señalar el equívoco del tribunal de grado en la fecha indicada en el punto 4.2 de su sentencia (abril de 2013), sostiene que incurrió en absurdo y violación al principio de congruencia al establecer que la disolución del contrato entre el accionante y la referida empresa se produjo en el mes mayo de 2015, cuando la propia demandada reconoció que la relación con el actor se mantuvo vigente hasta junio de ese año (v. fs. 327 vta./328 vta.).

A contrario de lo resuelto, postula que su parte nunca manifestó haber dejado de prestar servicios para Industrias Tordán SRL en mayo de 2015. Ratifica haberse considerado injuriado y despedido a su respecto el 3 de septiembre de 2015, sin esgrimir que a esa época la coaccionada hubiera cesado en su explotación del establecimiento de la calle ... de Caseros. Agrega a ello que de todos modos este último hecho resulta independiente de la extinción de su contrato (v. fs. 328 vta.).

Afirma que el juzgador incurrió en errónea aplicación del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sostiene que dicho supuesto no fue invocado por la accionada ni tampoco se verifica su configuración en la especie, por cuanto la empleadora invocó un acuerdo de desvinculación cuya existencia no demostró (v. fs. 329/331).

II.2. Objeta que se consideraran no acreditadas las diferencias salariales denunciadas (v. fs. 331/334).

Alega que aun en el razonamiento del juzgador de origen que tuvo por verificado el cumplimiento de horas extra (dos semanales) y la remuneración denunciada ($69 por hora y $13.800 mensuales), existen diferencias salariales a su favor (v. fs. 331/332).

Refiere que la remuneración mensualmente percibida por el actor ($13.800) no incluye el incremento del 50% que le correspondía por las horas suplementarias laboradas y no abonadas por la empleadora. Agrega que el hecho de que su remuneración fuera superior a aquella que le correspondía de acuerdo al Convenio Colectivo de Trabajo 419/05 no obsta a la existencia de diferencias salariales por horas extra (v. fs. 332).

Sostiene además que si —como quedó acreditado— el accionante laboraba de lunes a viernes, en el horario de 6 a 16 horas, aunque superara solo en dos horas la jornada máxima semanal, excedía en una hora el límite diario, por lo que se advierte que realizaba cinco horas extraordinarias a la semana. Con tal parámetro practica liquidación del crédito que entiende tiene a su favor (v. fs. 332 vta./333 vta.).

II.3. Entiende que a partir de lo antes expuesto queda acreditada la deuda de la coaccionada por diferencias salariales y haberes de los meses de mayo, junio y julio de 2015 y comprobados los motivos de injuria esgrimidos por su parte, resultando procedente el reclamo deducido por el cobro de los aludidos rubros y de las indemnizaciones derivadas del despido, como así también las previstas en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 y 8, 9, 10 y 15 de la ley 24.013 (v. fs. 334/335).

II.4. Controvierte que se desestimara la responsabilidad solidaria de los codemandados (v. fs. 335/338 vta.).

Alega que el señor Valenzuela expresamente admitió dedicarse a la industria plástica y por ello resulta absurda la conclusión del tribunal respecto a que su actividad era comercial, inmobiliaria y turística. Agrega que el *a quo* no tuvo en cuenta lo informado por el Sindicato Unión Obreros y Empleados del Plástico (v. fs. 250) con relación a que el señor Jorge Alberto Valenzuela estaba inscripto como empleador en la entidad gremial, lo que indica que, tal como él manifestó, su actividad era la industria del plástico (v. fs. 335/336).

Censura por incongruente la definición sobre la realización por los accionados de actividades diferentes. Explica que dicha circunstancia no fue motivo de controversia, porque ambos admitieron dedicarse a la industria del plástico (v. fs. 336 y vta.).

Reprocha que se le restara valor probatorio a la absolución de posiciones del representante de Industrias Tordán SRL y a la confesión ficta del codemandado Valenzuela. Sostiene que, de la correcta apreciación de este elemento de juicio, junto con las restantes circunstancias que indica, se corrobora el supuesto de transferencia de establecimiento alegado por su parte (v. fs. 337/338 vta.).

III. El recurso prospera

Por razones de índole metodológica habré de alterar el orden de los agravios traídos por el recurrente.

III.1. De la lectura de los antecedentes del caso se advierte que llega firme a esta instancia la decisión de origen en cuanto tuvo por demostrada la existencia de una relación de trabajo entre el actor y el señor Jorge Alberto Valenzuela, así como las circunstancias en que se produjo su extinción.

La crítica se dirige esencialmente a objetar que no se considerara verificada una continuidad en el vínculo con los codemandados y, asimismo, la fecha y modo en que se juzgó disuelta la vinculación con la empresa Industrias Tordán SRL.

III.2. Como fue anticipado, tras descartar que en el caso hubiera operado una transferencia de establecimiento entre los demandados, el tribunal de grado consideró verificada la existencia de dos relaciones laborales sucesivas e independientes entre el actor y cada accionado respectivamente.

En ese marco, entendió que no estaba controvertido en autos que el señor Alemán trabajó para Industrias Tordán SRL, como tampoco que dicha empresa dejó de explotar el establecimiento donde aquel laboraba en el mes de mayo del año 2015, circunstancia que a juicio del *a quo* resultó demostrativa de la voluntad inequívoca de las partes de ponerle fin en ese momento al contrato de trabajo que las unía, de acuerdo a los términos del art. 241 segundo párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo.

III.3.a. En mi opinión, asiste razón al recurrente cuando denuncia que la conclusión que tuvo por no acreditada la transferencia del establecimiento entre los demandados resulta absurda.

En efecto, la sola referencia al contenido de las copias del informe remitido por el Ministerio de Trabajo agregadas a fs. 190/201, en contraposición con los restantes elementos de juicio de la causa (incluidas las manifestaciones de las partes en sus escritos constitutivos), no se exhibe como un sustento válido de la decisión impugnada.

No obstante la aptitud que pudiera asignarse a la prueba oral producida en la causa (confesional y testimonial), se advierte que el solo hecho de que en las evocadas actas de fs. 190/191 se hubiera consignado una distinta actividad para cada demandado no resulta, por sí solo, un dato suficiente para respaldar la conclusión alcanzada por al *a quo*.

Máxime si se tiene en cuenta —como lo dice el interesado— que el propio codemandado, señor Valenzuela, reconoció dedicarse a la industria del plástico, al igual que la empresa Industrias Tordán SRL (v. responde, fs. 135 y vta.).

Se observa así que no surge del fallo valoración alguna que evidencie la jerarquización, ponderación y comparación de la prueba que ha sido aportada, ni las conclusiones fácticas que de ello pueden derivar, y que son esenciales para sustentar la correcta decisión que es dable aguardar de un adecuado pronunciamiento judicial (causas L. 51.266, "Delgado", sent. de 27/04/1993; L. 119.459, "Luna", sent. de 06/12/2017; L. 108.109, "Vanucci", sent. de 29/05/2013 y L. 120.586, "Boldt", sent. de 06/11/2019).

La escueta expresión que contiene el pronunciamiento de grado no es el resultado del necesario análisis de los planteos formulados, lo que se traduce en la falta de un examen fáctico y probatorio respecto del tema sometido a juzgamiento, que dista de constituir un fundamento suficiente para decidir el caso, evidenciando el absurdo denunciado.

En tales condiciones —reitero— acierta el recurrente al impugnar este aspecto del fallo, toda vez que la decisión a la que se arribó en la instancia ordinaria se encuentra desprovista de un adecuado sustento y dista de constituir una derivación razonada a la luz de las constancias objetivas de la causa.

III.3.b. Luego, habida cuenta de que la anterior decisión condujo al *a quo* a desplazar el análisis referido a la continuidad de la relación del actor con los codemandados y a determinar que el vínculo con Industrias Tordán SRL se extinguió en los términos del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, habré de abordar el planteo formulado al respecto.

También en este aspecto considero acertada la crítica.

Resulta claro que el hecho de que las partes coincidieran en señalar que Industrias Tordán SRL dejó de explotar el establecimiento donde laboraba el actor en mayo del año 2015 no implica que estuvieran de acuerdo respecto a la fecha y/o al modo en que finalizó la vinculación entre ellas, ni revela —como lo entendió el juzgador— su voluntad inequívoca de ponerle fin al contrato de trabajo en los términos previstos por el art. 241, segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo.

En este sentido, de lo reseñado emerge que el actor sustentó su pretensión en la existencia de una única y misma relación ininterrumpida, cuya finalización —adujo— aconteció al considerarse despedido el 3 de septiembre de 2015. De igual modo surge que la propia empresa codemandada expresó que su vínculo con el trabajador se disolvió por mutuo acuerdo recién en el mes de junio de 2015.

No pudo entonces válidamente el *a quo* considerar que las partes estaban contestes en que el vínculo se extinguió en mayo de 2015, cuando la codemandada cesó en la explotación del establecimiento donde laboraba el actor. Al hacerlo, se desentendió de los hechos controvertidos en el caso.

Cabe concluir que también en este aspecto la decisión de origen presenta aquel error grave, grosero y fundamental que caracteriza al vicio de absurdo, concretado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa (causas L. 118.276, "Borrelli", sent. de 07/03/2018 y L. 119.926, "Sivori", sent. de 10/04/2019).

III.3.c. A tenor de lo dicho en los apartados anteriores, deben devolverse las actuaciones al tribunal de grado para que —integrado con otros jueces, renovando los actos procesales que estime necesarios y atendiendo a la postura asumida por las partes— evalúe nuevamente la cuestión vinculada a la invocada existencia de una transferencia del establecimiento entre los codemandados. Eventualmente, la decisión a la que se arribe implicará una nueva cuantificación de los rubros que integran la condena y la redefinición de sus alcances subjetivos.

También, en caso de corresponder, deberá volver a pronunciarse en torno a la disolución de la relación del accionante con Industrias Tordán SRL y sobre los rubros reclamadas con sustento en el distracto, quedando sin efecto la condena impuesta a la firma coaccionada.

III.4. Sin perjuicio de lo antes resuelto, considero que debe además prosperar el agravio dirigido a rebatir la conclusión del tribunal vinculada al reclamo por horas extra.

El *a quo* estableció —en conclusión firme— que el actor cumplía dos horas extra semanales; sin embargo, juzgó que ante la considerable mutación que habían sufrido las escalas salariales del convenio aplicable (CCT 419/05) durante el período reclamado, no existían diferencias salariales por horas extra a favor del accionante.

Tal decisión se exhibe inconsistente.

En efecto, esa sola referencia o incluso el hecho de que el dependiente percibiera una remuneración superior a la fijada por la norma convencional, además de carecer de un desarrollo que le de sustento, no resulta un motivo válido para desestimar el reclamo por el cobro de horas extra impagas.

Se configura así nuevamente en la decisión cuestionada el error grave, grosero y fundamental que caracteriza al vicio de absurdo, concretado en una conclusión incoherente y contradictoria en el orden lógico formal o incompatible con las constancias objetivas que resultan de la causa (causas L. 115.518, "Colotta", sent. de 29/06/2016; L. 119.966, "Diehl", sent. de 03/05/2018 y L. 120.951, "Gigena", sent. de 04/09/2019; e.o.).

Lo expuesto autoriza a revocar la decisión de grado también en este aspecto. Los autos deben volver a la instancia de origen para que —con otra integración— determine el crédito correspondiente a dicho concepto.

IV. En virtud de lo dicho, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y revocar la decisión de grado con el alcance establecido en los puntos III.3. y III.4. de la presente. Los autos deben ser devueltos a la instancia de grado para que —con nueva integración, renovando los actos procesales que estime necesarios y atendiendo a la postura asumida por las partes— dicte el pronunciamiento que corresponda, de conformidad con lo que aquí se ha resuelto.

Costas de esta instancia a la vencida (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la afirmativa.

Los doctores *Kogan* y *Pettigiani*, por los mismos fundamentos del doctor *Genoud*, votaron también por la afirmativa.

El doctor *de Lázzari* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Genoud* y, por sus mismos fundamentos y con el mismo alcance, doy el mío por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la sentencia impugnada con el alcance establecido en los puntos III.3. y III.4. del voto emitido en primer término. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de grado para que, nuevamente integrado, renovando los actos procesales que estime necesarios y atendiendo a las posturas asumidas por las partes, dicte el pronunciamiento que corresponda. Costas de esta instancia a la vencida (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/20) 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 3971/20). — *Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Eduardo N. de Lázzari.*

Novedades Legislativas

DECRETO 39

Coronavirus (COVID-19) – Ampliación de la emergencia pública en materia ocupacional – Norma complementaria del dec. 34.

Fecha: 22/01/2021

Publicación: BO 23/01/2021

Síntesis: Se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 la emergencia pública en materia ocupacional declarada por el Decreto 34/2019 y ampliada por los Decretos 528/2020 y 961/2020, prorrogándose la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor y la de efectuar suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, por el plazo de noventa días corridos contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto 891/2020.

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-03652265-APN-DGD#MT, las Leyes Nros. 24.241, 24.557, 26.122, 26.773, 27.348 y 27.541, los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 34 del 13 de diciembre de 2019, 260 del 12 de marzo de 2020, 297 del 19 de marzo de 2020, 329 del 31 de marzo de 2020, 367 del 13 de abril de 2020, 529 del 9 de junio de 2020, 875 del 7 de noviembre de 2020, 891 del 13 de noviembre de 2020, 961 del 29 de noviembre de 2020, 1033 del 20 de diciembre de 2020 y el Decreto N° 590 del 30 de junio de 1997 y sus respectivas normas modificatorias y complementarias, y

CONSIDERANDO:

Que la protección preferente de las trabajadoras y los trabajadores es una garantía que la CONSTITUCIÓN NACIONAL incluye en el artículo 14 bis y que, en idéntico sentido, normas internacionales incorporadas en el artículo 75, inciso 22, obligan a adoptar medidas robustas de mayor intensidad en contextos excepcionales que ponen en riesgo el propio tejido del sistema de relaciones laborales.

Que aún se encuentran vigentes medidas de apoyo y sostén para el funcionamiento de las empresas que continúan con problemas en el contexto de emergencia, mientras que otras unidades productivas se encuentran en un proceso de recuperación, por lo que los Decretos de Necesidad y Urgencia Nros. 329/20, 487 del 18 de mayo de 2020, 624 del 28 de julio de 2020, 761 del 23 de septiembre de 2020 y 891/20, mediante los que se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor, resultan herramientas de política laboral para permitir la preservación de las relaciones de trabajo.

Que, asimismo, por los citados decretos también se prohibieron las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, quedando exceptuadas de dicha prohibición las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) y sus modificatorias.

Que en ese marco, se dispuso también que los despidos y las suspensiones que se hubieran adoptado en violación a lo establecido en el artículo 2° y en el primer párrafo del artículo 3° de los aludidos decretos, no producirían efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones entonces vigentes.

Que esta crisis excepcional exige prorrogar la oportuna adopción de medidas de idéntica índole, asegurando a los trabajadores y a las trabajadoras que esta emergencia no les hará perder sus puestos de trabajo.

Que, en el marco de las obligaciones asumidas por la REPÚBLICA ARGENTINA en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde prorrogar las medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ella y para su familia.

Que la duplicación de las indemnizaciones por despido sin justa causa prevista en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 34/19, a diferencia de las medidas destinadas a la prohibición de despedir y suspender por falta o disminución de trabajo o fuerza mayor, se sustentó en la emergencia pública en materia ocupacional, declarada mediante dicho decreto con anterioridad a la existencia de la pandemia y ante la crítica situación económica y social a la que alude la Ley N° 27.541.

Que dicha norma tuvo como finalidad aventar el temor de las trabajadoras y los trabajadores a perder el empleo y ver deterioradas sus condiciones de vida, lo cual ha sido contemplado, con posterioridad, para prohibir los despidos sin expresión de causa o por las causales de falta o disminución de trabajo o fuerza mayor.

Que, ante los indicios objetivos de reactivación económica, se justifica una adecuación cuantitativa

por medio de la fijación de un tope en la parte correspondiente a la duplicación, que mantiene la intensidad de la tutela en los trabajadores y las trabajadoras de menores ingresos y constituye un razonable instrumento en las particulares vicisitudes por las que atraviesa el mercado de trabajo.

Que por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20 se dispuso que la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 se consideraría presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6° de la Ley N° 24.557, respecto de las trabajadoras y los trabajadores dependientes excluidas y excluidos mediante dispensa legal del cumplimiento del aislamiento social, preventivo y obligatorio ordenado por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 297/20 y sus normas complementarias, con el fin de realizar actividades declaradas esenciales.

Que, conforme lo previsto por el artículo 5° del precitado Decreto N° 367/20, el financiamiento de las prestaciones otorgadas para la cobertura especial de la presunta enfermedad profesional COVID-19 será imputado en un CIENTO POR CIENTO (100 %) al FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES creado mediante el Decreto N° 590/97.

Que en orden a la situación epidemiológica verificada en el ámbito específico del Sistema de Riesgos del Trabajo resulta prudente prever la futura adopción de medidas concretas tendientes a la capitalización del mentado Fondo con el fin de garantizar adecuadamente el financiamiento de la cobertura de la enfermedad COVID-19 padecida por los trabajadores y las trabajadoras por ella alcanzados y alcanzadas.

Que los principios de solidaridad y esfuerzo compartido conllevan, en el contexto de la emergencia sanitaria actual del país, la necesidad de implementar acciones eficaces destinadas a preservar las condiciones de vida y de trabajo de todos los sectores laborales en riesgo.

Que, asimismo, en los casos de trabajadoras y trabajadores de la salud, dicho decreto estableció en su artículo 4° que se considera que la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada salvo que se demuestre en el caso concreto la inexistencia de este último supuesto fáctico.

Que, posteriormente, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 875/20, se incorporó a la presunción establecida en el mencionado artículo 4° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20, a los miembros de fuerzas policiales federales y provinciales en cumplimiento de servicio efectivo.

Que, en función de la evolución de la epidemia en las distintas jurisdicciones del país y tomando en cuenta parámetros conocidos respecto de la cantidad de casos de contagio registrados por rama de actividad laboral durante el transcurso de la pandemia de COVID-19, resulta necesario y socialmente justo incorporar a la cobertura especial y transitoria prevista en el referenciado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20 a todos los trabajadores y todas las trabajadoras expuestos y expuestas al agente patógeno respectivo.

Que, dado el alcance mundial de esta crisis sanitaria, resulta pertinente destacar que la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (O.I.T.) ha llevado a cabo un análisis pormenorizado sobre las disposiciones fundamentales de las normas internacionales del trabajo pertinentes en el contexto del brote de la COVID-19, publicado el 27 de marzo de 2020, sosteniendo que las patologías contraídas por exposición en el trabajo a dicho agente patógeno podrían considerarse como enfermedades profesionales.

Que, en ese marco, diversos países han declarado que la afección por la COVID-19 producida por la exposición de los trabajadores al virus SARS-CoV-2 durante la realización de sus tareas laborales, reviste carácter de enfermedad profesional. Así sucedió, por ejemplo, en España, Uruguay y Colombia.

Que las medidas que se establecen en el presente decreto son razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrenta nuestro país y se adoptan en forma temporaria, toda vez que resultan perentorias y necesarias para proteger la salud de determinados sectores de la población trabajadora particularmente vulnerable.

Que en virtud de lo expuesto, deviene imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los Decretos de Necesidad y Urgencia dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 99, inciso 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la citada ley determina que la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los Decretos de Necesidad y Urgencia, así como para elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, en el plazo de DIEZ días hábiles.

Que el artículo 22 de la Ley N° 26.122 dispone que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resolu-

ciones, y que el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que han tomado intervención los servicios jurídicos competentes.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 99, incisos 1 y 3 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Por ello:

El Presidente de la Nación Argentina en Acuerdo General de Ministros decreta:

Art. 1° - Amplíase hasta el 31 de diciembre de 2021 la emergencia pública en materia ocupacional declarada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 34/19 y ampliada por sus similares Nros. 528/20 y 961/20.

Art. 2° - Prorrógase la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de NOVENTA días corridos contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 891/20.

Art. 3° - Prorrógase la prohibición de efectuar suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de NOVENTA días corridos contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto N° 891/20.

Quedan exceptuadas de esta prohibición y de los límites temporales previstos por los artículos 220, 221 y 222 de la Ley de Contrato de Trabajo, las suspensiones efectuadas en los términos del artículo 223 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) y sus modificatorias, como consecuencia de la emergencia sanitaria.

Art. 4° - Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2° y en el primer párrafo del artículo 3° del presente decreto no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales.

Art. 5° - Durante la vigencia de la emergencia ocupacional, en los casos de despidos sin justa causa no cuestionados en su eficacia extintiva, la trabajadora afectada o el trabajador afectado, tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente, en los términos del citado Decreto de Necesidad y Urgencia N° 34/19.

Art. 6° - A los efectos de establecer el cálculo de la indemnización definitiva, en los términos del artículo 5° del presente decreto, el monto correspondiente a la duplicación no podrá exceder, en ningún caso, la suma de PESOS QUINIENTOS MIL ($500.000).

Art. 7° - Por el término de NOVENTA días corridos contados a partir de la vigencia del presente decreto, la enfermedad COVID-19 producida por el virus SARS-CoV-2 se considerará presuntivamente una enfermedad de carácter profesional -no listada- en los términos del apartado 2, inciso b) del artículo 6° de la Ley N° 24.557, respecto de la totalidad de las trabajadoras y los trabajadores dependientes incluidas e incluidos en el ámbito de aplicación personal de la Ley N° 24.557 sobre Riesgos del Trabajo y que hayan prestado efectivamente tareas en sus lugares habituales, fuera de su domicilio particular.

Cuando se trate de trabajadoras y trabajadores de la salud y de miembros de fuerzas de seguridad federales o provinciales que cumplan servicio efectivo y durante el plazo indicado por el artículo 4° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367 del 13 de abril de 2020, modificado por el artículo 34 del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 875 del 7 de noviembre de 2020, la Comisión Médica Central (C.M.C.) deberá entender que la contingencia guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico.

Serán de aplicación a su respecto las normas contenidas en los artículos 2° y 3° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20.

El financiamiento de estas prestaciones será imputado al FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES creado mediante el Decreto N° 590/97 de acuerdo a las regulaciones que dicte la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO y deberá garantizarse el mantenimiento de una reserva mínima equivalente al DIEZ POR CIENTO (10 %) de los recursos de este último, con el objeto de asistir el costo de cobertura prestacional de otras posibles enfermedades profesionales, según se determine en el futuro.

Art. 8° - Facúltase al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL a disponer la prórroga del plazo previsto en el artículo 7° del presente decreto así como también a modificar el monto de la suma fija destinada al financiamiento del FONDO FIDUCIARIO DE ENFERMEDADES PROFESIONALES.

Art. 9° - Las disposiciones de los artículos 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del presente no serán aplicables a las contrataciones celebradas con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 34/19, ni al Sector Público Nacional definido en el ar-

tículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias, con independencia del régimen jurídico al que se encuentre sujeto el personal de los organismos, ni a sociedades, empresas o entidades que lo integran.

Art. 10. - El presente decreto entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 11. - Dese cuenta a la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 12. - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - de Pedro - Solá - Rossi - Guzmán - Kulfas - Basterra - Meoni - Katopodis - Losardo - Frederic - González García - Arroyo - Gómez Alcorta - Trotta - Bauer - Salvarezza - Moroni - Cabandie - Lammens - Ferraresi.

RESOLUCIÓN 1103 (M.T.E. y S.S.)

Coronavirus (COVID-19) – Trabajadores exceptuados del deber de asistencia al lugar de trabajo durante la suspensión de clases en escuelas – Inaplicabilidad del art. 3° de la res. 207 (M.T.E. y S.S.).

Fecha: 22/12/2020

Publicación: BO 24/12/2020

Síntesis: Se dispone que a partir del 1 de enero de 2021 y por el lapso durante el cual se extienda el receso escolar de verano en cada jurisdicción, no será de aplicación lo establecido en el art. 3° de la res. 207/2020 (M.T.E. y S.S.).

VISTO:

El EX-2020-89675726-APN-DGD#MT, el Decreto N° 1033 del 20 de diciembre de 2020 y la Resolución MTEySS N° 207 de fecha 16 de marzo de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que mediante el Decreto N° 1033/20 se estableció la medida de "distanciamiento social, preventivo y obligatorio" desde el día 21 de diciembre de 2020 hasta el día 31 de enero de 2021, inclusive, en los términos que surgen de la citada norma.

Que por la Resolución N° 207/20, en el marco de la emergencia pública en materia sanitaria, se dispusieron una serie de medidas tendientes a regular la dispensa del deber de asistencia al lugar de trabajo.

Que asimismo, en función de la Resolución N° 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación que dispuso la suspensión del dictado de clases presenciales, en la norma citada precedentemente se consideró justificada la inasistencia del progenitor, progenitora o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolecente.

Que ante el inminente inicio del receso escolar de verano en las distintas jurisdicciones, corresponde fijar el temperamento a adoptar durante dicho lapso.

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, ha tomado la intervención que le compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las facultades conferidas en los artículos 23 septies de la Ley de Ministerios N° 22.520, sus modificatorias y complementarias, en concordancia con la Emergencia Sanitaria dispuesta por Ley N° 27.541 y por el artículo 12 del Decreto N° 260/2020.

Por ello:

El Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social resuelve:

Art. 1° - Dispónese que a partir del 1° de enero de 2021 y por el lapso durante el cual se extienda el receso escolar de verano en cada jurisdicción, no será de aplicación lo establecido en el artículo 3° de la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N° 207/20.

Art. 2° - Regístrese, etc. - Moroni.

Dossier

El pensamiento de Jorge J. Sappia: su incidencia en el derecho del trabajo, colectivo, de la seguridad social y procesal

Emiliano A. Gabet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría.— III. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente Dossier analizaremos el pensamiento del Dr. Jorge J. Sappia **(1)**. La cita de los artículos de doctrina abarca en gran parte aquellos que se encuentran publicados en la base online de la editorial.

El Dr. Sappia tiene una amplia experiencia tanto en el ámbito público, privado y académico. Pocos cuentan con dicho bagaje y se ve claramente reflejado en la reseña que aquí realizamos que su conocimiento del derecho del trabajo resulta integral.

En ocasión de los 100 años de la creación de la Organización Internacional del Trabajo —en la que ha participado en su momento en la reunión anual que se lleva a cabo en Ginebra como miembro de la delegación argentina— ha destacado que dicho organismo "... mediante el sistema de convenciones y recomendaciones, aquellas obligatorias para quienes las ratifican, la OIT ha avanzado en dos aspectos que interesa señalar. Por un lado, se generó una corriente de pensamiento jurídico-laboral unificadora de conceptos, por lo que hoy es posible afirmar que con matices propios de cada idiosincracia nacional los países del mundo exhiben una importante cuota de similitud en sus legislaciones laborales. Esto adquiere importancia desde dos perspectivas distintas. Una atiende a que esa cierta igualación favorezca la migración de los trabajadores, en un mundo globalizado y sin distancias entre las distintas naciones. La otra expone una circunstancia favorable al relacionamiento comercial entre los distintos países, pues al desaparecer las diferencias de trato legislativo hacia los trabajadores, debieran desaparecer también las posibilidades de dumping social. Dicho esto, en tenor optimista, pues es obvio que esa situación, a partir de los procesos de delocalización, promovidos por los países centrales, no aparece como un incentivo a la mejora de la realidad objetiva de los empleados de los Estados periféricos, sino todo lo contrario..." **(2)**.

Conocedor como pocos del sistema sindical argentino (se desempeñó como Ministro de Trabajo en la Provincia de Córdoba y, también, fue

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

(1) Abogado (UNC). Titular del Estudio Jurídico Sappia y Asociados en Córdoba. Exprofesor adjunto de Derecho del Trabajo, Facultades de Derecho y Ciencias Económicas (UNC). Profesor consulto (UNC). Consultor externo OIT en misiones realizadas en América Latina.

(2) SAPPIA, Jorge J., "Organización Internacional del Trabajo: A cien años de su creación". Publicación: El Derecho - Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 01/06/2019. Cita Digital: ED-DCCCXL-369.

designado Viceministro de dicha cartera a nivel Nacional) realizó un profundo análisis de este —en el marco de una ponencia del año 2013 **(3)**— concluyendo que encontraba "... en el esquema del sindicato más representativo la respuesta adecuada para movilizar un rearmado de las organizaciones sindicales en América Latina, desestimando el modelo del sindicato único —al estilo brasileño— y la atomización de Colombia o Guatemala. En ese sentido, rescato el 'modelo sindical argentino', como lo denominara Néstor Corte hace muchos años, como el que ha acreditado una significante experiencia de eficacia en la defensa de los intereses y derechos de los trabajadores. No creo que sirva de razonamiento para la controversia respecto del modelo calificarlo como escasamente democrático, lo cual se ha hecho reiteradamente. Mucho menos efectiva, resulta la imputación de corrupción que se le ha endilgado otras veces. La verificación de que alguno de esos hechos, o los dos, haya aparecido, no invalida el sistema, a la luz de la situación objetiva de protección de los derechos laborales que se constata en el país. Para perfeccionar el sistema, bastaría que se promoviera una reforma legislativa que incorporara alguna de las observaciones de la Organización Internacional del Trabajo, para otorgar un mayor ámbito de acción a los sindicatos minoritarios. Estos, efectivamente, deben tener cabida en el orden jurídico laboral, con derechos explícitamente conferidos por la ley, pero la potestad de negociar colectivamente debe preservarse solo para los sindicatos más representativos. Señalo enfáticamente que la utilización eufemística de una poco feliz expresión de la ley actual argentina, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reconoce a los sindicatos minoritarios la facultad de representar intereses colectivos, implica otorgarles de soslayo el derecho de celebrar acuerdos que expresen, en la práctica, verdaderos convenios colectivos. No hay intereses colectivos que no se resuelvan en otro lugar que en la negociación colectiva. Todo lo demás involucra intereses individuales o pluriindividuales. Corresponde al Parlamento argentino dar una respuesta vigorosa al avance judicial sobre el modelo sindical, preservando el sistema actual, pero modernizándolo y haciendo posible que un sindicato minoritario alcance la condición de más representativo, a partir de un mecanismo más ágil y más transparente de desplazamiento de la personería gremial, de modo que se aventen las imputaciones y las críticas..." **(4)**.

Si hablamos de actualidad laboral, la pandemia por COVID-19 se encuentra al frente de los titulares hace ya un año. El Dr. Sappia no ha sido ajeno al análisis desde la óptica del derecho del trabajo destacando en entrevistas dadas a los medios que "... estamos en una economía de guerra y no cabe otra actitud que la solidaridad..." destacando la necesidad de una ayuda estatal "... para que a la vez la empresa la gire a los trabajadores. Y, en tanto se haya aminorado la furia de este virus, ningún empleador debería tomar decisiones que impliquen despidos y la finalización del contrato de trabajo..." concluyendo que no había que "... tomar medidas drásticas que pongan en riesgo la supervivencia laboral. Esto es una cuestión de actuar con sentido común, responsabilidad, sensatez y solidaridad..." **(5)**.

Esta introducción es una breve cita del pensamiento del Dr. Sappia que a continuación encontrarán ampliado abarcando temas relativos al Derecho Individual, colectivo, riesgos del trabajo, procesal e internacional.

II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

II.1. Derecho individual

II.1.a. La potestad de controlar del empleador

Como dice Livellara, el empleador tiene plena potestad de controlar. Bien señala el autor que ese control puede ser genérico o técnico, según se trate de verificar que el trabajador concurre a su prestación, que cumple con la tarea encomendada o que lo hace con la eficacia requerida. Siempre y en

(3) XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCA, 30 y 31 de octubre y 1º de noviembre de 2013.

(4) SAPPIA, Jorge J., "El modelo sindical en la realidad actual". Publicación: El Derecho - Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2014-289. Fecha: 01/05/2014. Cita Digital: ED-DCCLXXIV-661.

(5) Ver "Qué dice la Ley de Contrato de Trabajo ante las suspensiones", Cadena 3, 19/03/2020. Entrevista de Fernando Genesir y Adrián Simioni al Dr. Jorge J. Sappia. Link: https://www.cadena3.com/noticia/resumen-3/que-dice-la-ley-de-contrato-de-trabajo-ante-las-suspensiones_255371.

todos los casos con atención de la prescripción del art. 68 citado. Está claro, entonces, que la normativa plantea un condicionamiento central en punto a la potestad otorgada al empleador para controlar a sus dependientes. Ese condicionamiento es la preservación de la dignidad del trabajador. En la cuestión relativa a los controles personales aparecen comprendidos aspectos tan sensibles como los que refieren a la intimidad del trabajador o a su salud, según describe Caparroz. Sobre todo, y en relación con el primero de esos tópicos, cuando se trata de establecer, en el ámbito de la utilización de elementos informáticos, los límites entre lo que es propio y personalísimo del empleado y aquello que pertenece a la empresa. La invocación de esa temática excede este análisis, que apunta a los controles personales vinculados a las cámaras de seguridad, pero hacerlo tiene por fin señalar su trascendencia. La Ley de Contrato de Trabajo dedica tres artículos a nuestro motivo. Tengo la convicción de que el art. 70, LCT, que viene sin cambios desde 1974, tuvo su origen en la necesidad de preservar el patrimonio del empleador, pues alude a los controles personales destinados a la protección de los bienes del empleador. Coincido en esa afirmación con Navarro, quien expone que "la finalidad primera tenida en mira por el legislador al autorizar la implementación de sistemas de control ha sido evitar 'robos hormiga'". Pero también es oportuno apuntar que en momentos en que se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo, no era posible tener una visión sobre los medios técnicos aptos para controlar un ámbito de trabajo, tal como ocurre hoy. Al respecto cabe hacer presente que la utilización por la parte empresaria de distintos métodos audiovisuales de contralor de los trabajadores ha sido motivo de objeciones fundadas en la necesidad de preservar la privacidad del dependiente. Sostengo que aquella finalidad atribuida al art. 70 ha recibido una modificación con la sanción del nuevo texto del art. 71, incorporado por la ley 27.322. Me ocuparé más adelante de esta cuestión. Con criterios similares, la doctrina nacional se ha pronunciado sosteniendo que es preciso, en relación con los controles personales, encontrar un punto de adecuado equilibrio entre la necesidad del empleador de proteger su patrimonio y la necesidad del trabajador de ver protegida su intimidad. Es lo que Caparroz define como la razonabilidad del sistema, negando procedencia a mecanismos que emanen de un mero capricho o una curiosidad del principal acerca de investigar el comportamiento o actitudes del empleado. Los controles personales, siempre en relación con el art. 70, LCT, deben salvaguardar la dignidad del trabajador, lo cual quiere decir que resulta inadmisible para la ley cualquier método que aparezca como vejatorio, roce la privacidad o la intimidad del trabajador. O, simplemente, que se evidencie como escasamente respetuoso de su personalidad. En ese mismo orden de ideas, la norma postula que los controles deben practicarse con discreción, lo cual debería interpretarse en el sentido de evitar exhibiciones o publicidades innecesarias. Un elemento más impone que el contralor se hará por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Esto indica que toda la planta estará sometida al control sin excepciones de ninguna índole. Es importante poner de relieve que la alusión a ese tipo de medios no impide que se haga uso del control por medios no automáticos, sino que está refiriendo la situación que se deriva de la implementación de una determinada técnica. El último párrafo del art. 70, LCT, prevé que los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo. No pareciera fuera de lugar postular un cambio de esa regla, en el sentido de que quien controla sea del mismo sexo del controlado. El art. 71, contrariamente a lo ocurrido con el precedente, ha sufrido varias modificaciones. En 1974, el texto original de la ley 20.744 había consagrado el art. 76 con el siguiente texto: "Los controles referidos en el artículo anterior, así como los relativos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por estos". La norma de facto, denominada ley 21.297, le otorgó esta redacción: "Los sistemas, en todos los casos, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad de aplicación". Hoy, merced a la reforma introducida por la ley 27.322, el art. 71 se lee así: "Los controles referidos en el artículo anterior, así como los referidos a la actividad del trabajador, deberán ser conocidos por este". Es obvio que el texto reciente reproduce el original, corrigiendo el defecto redaccional al reemplazar "estos" por "este". Pero también lo es que reintegra al art. 70 la amplitud que tuvo antes. Es decir, no solo la norma debe mirar a la protección de los bienes del empleador, si no que si este extiende el control a la tarea que cumple el dependiente, debe hacérselo conocer. Las tres redacciones transcriptas exhiben el mismo defecto, pues imponen dar cuenta de los controles al trabajador o a la autoridad de aplicación, sin de-

cir en qué momento debe hacerse la notificación. Mi opinión es que debería requerirse que la puesta en conocimiento del empleado sea previa a la implementación del control, para que aquel pueda expresarse al respecto o, en el mejor de los casos, pedir las aclaraciones necesarias. Ello porque se hace más difícil actuar sobre hechos consumados, cuando la resistencia a un método de control aplicado puede ser causa de una fricción innecesaria entre las partes del contrato laboral. La ley 27.322 suprimió, equivocadamente a mi criterio, la puesta en conocimiento de la autoridad administrativa del trabajo con respecto a los métodos de control. Si bien la doctrina había asumido que esa comunicación del empleador a la autoridad no era previa a la puesta en acto del sistema, siempre estaba presente la posibilidad de comunicar la situación. Ahora desaparecido ese requisito, si bien se mantiene la facultad inspectora de la autoridad de aplicación para verificar que la metodología empleada no lesione la dignidad del trabajador, se diluye inadecuadamente la presencia de la policía del trabajo. No quiero dejar de recordar que el texto original de la Ley de Contrato de Trabajo contenía el art. 78 (hoy art. 72) que, además, de exigir la aprobación previa de la autoridad administrativa del trabajo, prescribía que esta debía efectuar una consulta con la organización sindical representativa de la actividad de que se tratare. La aprobación es un tema que merecería algún tipo de examen en alguna futura y necesaria reforma del artículo. Ello porque, así como está concebido el art. 72, la facultad que confiere a la autoridad administrativa del trabajo para verificar que el sistema de control no afecte en forma manifiesta la dignidad del trabajador es, como mínimo, un absurdo. *A contrario sensu* podría sostenerse que, si la afectación de la dignidad del dependiente es solapada, está todo bien.

SAPPIA, Jorge J., "Los controles personales y el uso de cámaras de seguridad", LLC 2019 (febrero), 1. Cita Online: AR/DOC/116/2019.

II.2. Empleo público

II.2.a. Reflexiones sobre el empleo público nacional y provincial

Tratando, entonces, de ordenar las consideraciones precedentes para darle un contenido más aproximado a una proposición, haré algunas reflexiones a modo de conclusión. En primer lugar, remarco que el Estado empleador diverge del empleador privado, por su naturaleza jurídica y por su finalidad específica, que es ejercer actos de gobierno en beneficio de la comunidad toda, sin detenerse en aspectos particulares o sectoriales. Pero a la vez pongo de manifiesto que los trabajadores de uno y otro dador de trabajo, tienen reconocimiento su derecho a una serie de elementos protectorios de su trabajo, a partir del pregón del art. 14 bis de la CN cuando enuncia: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...". La Carta Magna, no diferencia a los trabajadores públicos y privados salvo cuando se refiere a la cuestión de la estabilidad, por lo cual no cabe inferir otra cosa que las condiciones dignas y equitativas de labor, la jornada limitada, el descanso y las vacaciones pagados, la retribución justa, el salario mínimo, vital y móvil, la igualdad de la remuneración por igual tarea, la participación en las empresas y los derechos sindicales son iguales para todos. El segundo elemento que interesa poner de relieve es aquel que indica que el derecho a la estabilidad absoluta y la protección contra el despido arbitrario no es de carácter absoluto, sino que admite las excepciones que reglamentan el ejercicio de los derechos constitucionales, por eso el orden jurídico nacional admite contratos de tiempo limitado y por razones especiales sin que jueguen las protecciones a la estabilidad. Pero esto tiene valor, en la medida que tales contrataciones se ejecuten conforme a las normativas que regulan las excepciones. La tercera fase de estas conclusiones apunta a señalar que ningún empleador privado ni empleador estatal, está autorizado a recibir la prestación de servicios de ninguna persona, sin que esa relación merezca la calificación de contrato de trabajo o de empleo público, respectivamente. El Estado legislador ha sancionado el art. 23 de la LCT, por el cual crea una presunción que otorga carácter de contrato a trabajo a cualquier vínculo donde se advierta que hay una prestación de servicios subordinados. No importa para llegar a ese concepto que las partes hayan firmado un contrato revistiendo su vínculo de cualquier otro ropaje jurídico, o hayan adoptado actitudes reñidas con el nexo laboral, como la inscripción del falso contratante como trabajador autónomo. No se entiende que para caracterizar a un contrato de empleo público se recurra a un exceso ritual, como la exigencia del acto admi-

nistrativo expreso por el cual el Poder Ejecutivo expresa su voluntad de incorporar a un agente a su plantel. En un plano el Estado indaga en la verdad real para calificar el nexo entre el empleador privado y el trabajador, despreciando incluso la voluntad de las partes expresadas en un elemento documental y en otro, actuando como patrono, acude a un subterfugio de naturaleza legal para escapar de la obligación protectora que le ha impuesto al sector privado. En este señalamiento de una conducta dual de parte del Estado, cabe poner de manifiesto la res. 1/2005 SGGP, dictada el 07/11/2005, que reglamenta el ingreso de personal contratado a prestar servicios en la Administración pública nacional, en ocasión de un incremento extraordinario de tareas o inexistencia de personal afectable a esos servicios. Pero también, se admite que se contraten trabajadores que no requieren mayor calificación, de apoyo y/o de mantenimiento de bienes y equipos, de apoyo administrativo, técnicos especializados, profesionales, de asesoramiento, de coordinación de programas de trabajo u otros a especificar. La mitad de los eventuales contratados irá a cubrir actividades o tareas habituales y permanentes de la administración y podrán ser contratados sin que se plantee el requerimiento del acto administrativo expreso, con lo cual esos empleados se verán privados del derecho a la estabilidad en sus empleos, si persiste la actual tónica jurisprudencial. El orden jurídico laboral nacional impone en la Ley de Contrato de Trabajo, en los arts. 12 sobre irrenunciabilidad, 13 relativo a la sustitución de las cláusulas nulas y 14 sobre nulidad por fraude laboral, un sistema que tiende a quitar la venda o el enmascaramiento de las falsamente invocadas relaciones no laborales, para dejar al descubierto que sí lo son. Aparece como una discriminación intolerable que esto no se traslade al ámbito público mediante una ley. En cuarto lugar, pongo el acento en que la buena voluntad que parece presidir el ánimo de los jueces que han mandado a pagar las indemnizaciones de la Ley de Contrato de Trabajo a los empleados públicos contratados en violación a las normas que rigen la materia, no sirve pues contradice el orden jurídico nacional a partir de dos conceptos básicos. Por un lado, se hace mérito de la Constitución Nacional, pero se admite que la Administración discrimine a trabajadores que son empleados públicos, negándoles tal calificación porque su ingreso a la administración proviene de un contrato, que, para colmo, no fue cumplido. Debería comenzarse el análisis por exigir al Estado empleador que sea el primero en cumplir las leyes que dicta. Por el otro lado se recurre a la ley laboral para cuantificar un resarcimiento al trabajador contratado cesanteado —o lo que es lo mismo sin renovación contractual— cuando la ley 20.744 excluye taxativamente a los empleados públicos de su ámbito de validez personal, salvo las dos hipótesis relativas al acto expreso de inclusión o la integración al régimen de convenios colectivos. Es decir, que al interior de tales fallos se connota una visión ajena al orden jurídico, una forzada interpretación de la norma, expresión de una corriente bastante acendrada en nuestro medio, por la cual se verifica una intención legisladora en el trasfondo de muchas sentencias judiciales. Es decir, un intento de construir el derecho, quizá con una óptica de solidaridad, pero sobre la base de contrariar el orden jurídico establecido Sin embargo, debo poner énfasis en que la Corte en "Madorrán", para hacer efectiva la protección constitucional, descalificó un convenio colectivo, el de los empleados de la Aduana, en tanto ese pacto nacido de la autonomía del sindicato respectivo y de la voluntad de un organismo del Estado nacional no fue respetuoso de la estabilidad del empleado público. Es hora de interrogarse sobre si es posible declarar la inconstitucionalidad de un convenio colectivo, como no lo es declarar la ilicitud de los contratos por los cuales se hace ingresar empleados públicos, disfrazados de contratantes civiles de locación de obras o de servicios, pasantes que no aprenden nada, o simplemente trabajadores traídos a la administración para tareas imaginarias que nunca realizarán porque serán destinados a funciones permanentes y ordinarias mediante contratos de prórrogas interminables. En toda esa parafernalia de subterfugios administrativos subyace la intención de no transparentar el ingreso a la administración, dejando privado de una efectiva protección de sus derechos a un sector ponderable de la sociedad, que acude al empleo público por razones de necesidad, no de finalidad como cité al principio, para ganarse la vida. En quinto lugar, quiero hacer mérito de las opiniones vertidas en algunos de los fallos que he citado, donde se descalifica el reclamo del contratado, endilgándole violación de la doctrina de los actos propios con base en que firmó el contrato, imputándole que luego no puede ignorarlo.

Existe una profusa jurisprudencia en los tribunales laborales de todo el país que ha desestimado las defensas patronales que han pretendido fundar la violación de las leyes laborales en la aceptación de los hechos por los trabajadores, incluso el consentimiento prestado bajo firma. ¿Por qué si los contratados son trabajadores a los que alcanza el principio protectorio consagrado en el art. 14 bis de la CN, se les impone dejar de lado el principio de irrenunciabilidad? Es la respuesta que la teoría del acto administrativo expreso, para avalar la entrada al universo estatal, le está debiendo a la sociedad. La proposición de esta comunicación es la de reclamar de los poderes legislativos de la Nación, de las provincias y de los municipios, el dictado de normas que prohíban estos abusos y de sus poderes judiciales que los castiguen en nombre de los derechos constitucionales de los trabajadores públicos.

SAPPIA, Jorge J., "Visión nacional y provincial del empleo público", LLC 2009 (julio), 593. Cita Online: AR/DOC/2925/2008.

II.2.b. Alcance de la prescripción constitucional en punto a la protección de la estabilidad del empleado público

En la respuesta a la primera pregunta tomo como guía de la exposición la afirmación de Ivanega, cuando al referirse al concepto de estabilidad con relación al empleo público afirma "... que, comprende el derecho del agente público a conservar su empleo, el nivel escalafonario alcanzado, promocionar en la carrera administrativa, siempre que se respeten las condiciones de ingreso y promoción establecidas en el régimen jurídico aplicable, y mientras no existan causas legítimas para extinguir la relación jurídica". La autora citada sostiene, con la mayoría de la doctrina, que los agentes públicos están protegidos por el principio de estabilidad absoluta o propia y que su desvinculación sin una causa legítima implica la obligación del estado de la reincorporación en las condiciones de empleo vigente al tiempo de aquella determinación, admitiéndose —con excepción de las justas causas acreditadas en sumario— como lícita la separación del empleado público por supresión del cargo, tal como lo reglamenta el art. 11 de la ley 25.164 y 29 del Convenio Colectivo de Trabajo de la Administración Pública Nacional, aprobado por dec. 214/2006. Sobre esta base concluye diciendo: "... [A] nuestro entender la Administración no puede disolver el vínculo sin justa causa, pues hace a la legalidad del acto y a la vigencia del principio de transparencia que justifique su actuación; lo que hace dudar acerca de la constitucionalidad del art. 245 de la LCT en su aplicación a los empleados públicos". En el mismo sentido, me había pronunciado en XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo. No obstante, lo categórico de esta expresión, se ha señalado que el derecho del agente público a la estabilidad no es absoluto, de modo que se convierta en un terreno vallado al impacto del propio interés público, en tanto los derechos que confiere la Constitución están sometidos y condicionados a las leyes que reglamenten su ejercicio. Con este pensamiento se ha expedido largamente la Corte Suprema de Justicia de La Nación, en numerosos decisorios en los que se justificó la determinación del Poder Ejecutivo de poner fin a una relación de empleo público. El argumento sirvió incluso para convalidar las leyes de prescindibilidad o similares con las que los gobiernos de fuerza desahuciaron a numerosos empleados públicos que les eran, o los consideraban subjetivamente, desafectos. No obstante, hubo un leve cambio de dirección cuando la Corte dictó sentencia de "Madorrán", declarando la inconstitucionalidad de la norma incorporada por un Laudo Arbitral, al plexo convencional que regulaba las relaciones laborales de las partes, según la cual un empleado de la Aduana, en el caso la actora, podía ser privado de su puesto de trabajo mediante el pago de una indemnización. "La interpretación brindada por el alto tribunal en 'Madorrán' sobre los alcances de la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público resulta auspiciosa". Sin embargo, como expone una vez más Ivanega, tal pronunciamiento "... no entra en mayores especificaciones acerca de si están comprendidos en esa interpretación, todos los empleados públicos o solo aquellos que adquieren el carácter de permanentes, de acuerdo con las exigencias legales; y si, en todos los supuestos de disolución del vínculo, debe mantenerse en el cargo al agente público". Es decir que "Madorrán", no alcanza a resolver el problema de las contrataciones ilegítimas en el sector público, las que siguen languideciendo respuestas contradictorias y ajenas a la recta inteligencia del orden jurídico constitucional. Este es el criterio que expresaron los fallos recaídos en "Ramos" y "Sánchez", en los cuales la Corte, sin atender a la situación de los trabajadores públicos contratados irregularmente, resolvió en el primer caso otorgar una indemnización fundada en que la contratación del empleado

había sido producto de una desviación de poder y al segundo le negó todo derecho a la permanencia, aduciendo que la prestación de servicios ordinarios y habituales de la administración, durante ocho años, no le otorgaban al agente, condición de estable, pues había sido contratado como transitorio. Todo el desarrollo precedente permite advertir que la preocupación acerca de la estabilidad del empleado público atinge a la preservación o no del puesto de trabajo, pero no se arrima a considerar si el concepto resulta omnicomprensivo de otras situaciones, tales como la rebaja del sueldo, el traslado del lugar de trabajo, o la modificación *in peius* de la categoría.

SAPPIA, Jorge J., "El alcance de la estabilidad del empleado público", DT 2012 (mayo), 1142. Cita Online: AR/DOC/1115/2012.

II.2.c. Estabilidad de los empleados del Estado Nacional

La segunda reflexión que me provoca el decisorio en análisis y no menos importante que la primera, es que advierto en toda la secuencia del litigio una notoria ignorancia del precedente "Madorrán" (CS, 03/05/2007, "Madorrán María Cristina c. Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", DT, 2007-A, 557). Recuerdo que en ese pronunciamiento nuestro más Alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma contenida en el Convenio Colectivo de Trabajo que define las relaciones laborales de la Aduana Nacional con sus empleados, en cuanto admite el despido sin causa de tales agentes e impone a la empleadora estatal el pago de una indemnización en los términos de la Ley de Contratos de Trabajo. A juicio de la Corte el convenio nunca pudo alzarse contra el dispositivo constitucional que declara amparada en el más alto nivel, la estabilidad propia del empleado público, conforme lo establece el art. 14 bis, primer párrafo de la CN. "Madorrán" implicó un importante avance en relación con el reconocimiento de los postergados derechos de los empleados públicos, al elevar a la máxima categoría la protección de su estabilidad. A partir de este decisorio, la ANSeS no pudo despedir a la actora sin expresión de causa, y si lo hizo no cabía otra solución que su reinstalación y el pago de los salarios dejados de percibir por la injuria estatal. La ausencia de una consideración de esa naturaleza en el fallo bajo examen revela el desapego del Tribunal por el precedente vinculante de la Corte e indiferencia por una ajustada interpretación del derecho de los trabajadores del sector público. Por eso respondo a la pregunta del título, señalando que sí tienen estabilidad los empleados del estado nacional, como la tienen los de los estados provinciales y municipales, en tanto la Ley Fundamental ha considerado a todos y no ha discriminado a ninguno. Bueno sería que esta afirmación fuera compartida por todos los que tienen en sus manos resolver las cuestiones atingentes a los servidores públicos.

SAPPIA, Jorge J., "¿Los empleados del Estado Nacional tienen estabilidad?", LLGran Cuyo 2012 (febrero), 32. Cita Online: AR/DOC/214/2012.

II.2.d. Contratados en el sector público

No tengo dudas de que, si hay un sector de personas que, teniendo un empleo formal, comparten las penurias de los trabajadores informales, por su histórico abandono legal y jurisprudencial, son los llamados contratados del sector público. Tuve oportunidad de aludir a ese universo al presentar la ponencia oficial sobre el tema en el XVIII Congreso Nacional de la Asociación Argentina de derecho del trabajo y la Seguridad Social, realizado en Salta en octubre de 2008. En aquella contribución, comencé por sostener una visión optimista sobre el futuro que aguardaba a los contratados del sector público, luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictara la sentencia en "Madorrán". El conocimiento de los fallos recaídos en "Ramos" y "Sánchez", me sugiere que las cosas siguen igual que antes y como siempre. Es que existe en nuestro país, una inveterada costumbre que lleva casi medio siglo, en función de la cual los gobiernos nacional, provinciales y municipales, sin excepción y sin distinción de banderías políticas, han echado mano de la figura del contratado, para incorporar a sus respectivas administraciones personal que no responde a las condiciones que habitualmente todos los estatutos del empleado público, y los convenios colectivos que rigen en la Administración Pública nacional, reservan para los trabajadores que se incorporan al sector público, mediante un contrato, sin que medie un concurso y por un tiempo determinado. Es decir, sujetos a que su vínculo se extienda por un lapso limitado, pero que cumplen funciones por otro ilimitado. Este ardid, puesto que no es otra cosa, le permite al gobernante evitar que se le acuse de aumentar excesivamente la planta de personal, y contar con mano de obra a la que no le atribuye estabilidad, sino que cuenta con la posibilidad

de prescindirla en cualquier momento sin ninguna obligación adicional. La jurisprudencia —con algunas excepciones en los últimos tiempos— ha venido sosteniendo en forma pacífica que los empleados del sector público incorporados merced a un contrato de tiempo limitado, no adquieren derecho a la estabilidad en sus empleos, puesto que su ingreso a la administración no se refleja en un instrumento público que denote la voluntad de las partes, pero especialmente del Estado, de que esa persona se integre a la planta de personal permanente. Falta el acto administrativo expreso según el cual la Administración debería disponer que una persona determinada ingrese al ámbito público de la mano de una decisión manifiesta de voluntad de que así sea. Se ha dicho reiteradamente que el constituyente de 1957 otorgó al empleado público el beneficio de la estabilidad, para sustraerlo a la reiterada situación en la cual se veían envueltos, según la cual se convertían en botín de guerra político de cada cambio de gobierno. Sin embargo, esa corruptela no ha sido erradicada de nuestro suelo, pues aparecieron los contratados, esa especie de empleados públicos sin estabilidad, que suscriben contratos para ingresar a la Administración, supuestamente para realizar tareas extraordinarias o no habituales por un tiempo limitado y que terminan haciendo lo mismo que los agentes de planta permanente por un lapso que puede llevar años. Dije que Madorrán hizo crecer la esperanza de que los contratados del sector público pudieran algún día ser considerados empleados públicos. Los casos Ramos y Sánchez, dictados los dos el 6 de abril de 2010 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pareciera que expresan una dirección contraria.

SAPPIA, Jorge J., "Contratados en el sector público", DT 2010 (septiembre), 2281. Cita Online: AR/DOC/5251/2010.

II.3. Riesgos del trabajo, salud, higiene y medioambiente laboral

II.3.a. Necesidad que los decisorios judiciales examinen en toda su dimensión las argumentaciones de las partes

La arbitrariedad acusada se evidencia en que el tribunal de segunda instancia "cuantifica los rubros de la condena, sin proporcionar cálculo alguno que le otorgue sustento válido, admitió el porcentaje de incapacidad determinado por la perita médica sin atender y dar apropiadas respuestas a las serias objeciones que la recurrente había planteado respecto de las consideraciones y conclusiones del dictamen pericial que no fueron contestadas por la experta". Este párrafo demanda una primera reflexión en el sentido de la necesidad de que los decisorios judiciales examinen en toda su dimensión las argumentaciones de las partes, en los escritos iniciales, en los alegatos, pero también en todas las incidencias del desarrollo pleitístico, como las que se dieron en el caso según la Corte, respecto de las apreciaciones críticas hacia los medios de prueba utilizados. Aquí el Máximo Tribunal pone en evidencia que la sala *a quo* no meritúo las observaciones dedicadas por la parte demandada al dictamen pericial, incurriendo en una omisión que desnaturalizó el pronunciamiento. En este juicio la cuestión no es menor en tanto la pericia dictaminó que el actor padecía un total 26,44% de incapacidad laboral por causa de un golpe en el dedo meñique de la mano izquierda. Ese número estaba compuesto por un 14% de incapacidad con motivo de la disminución de movilidad en el dedo meñique, 10% de incapacidad por reacción vivencial anormal neurótica y 2,44% por factores de ponderación. Relata la Corte que el apelante impugnó la determinación de la perito, en cada acto de la secuela del juicio, manteniendo firme esa postura basada en un elemento que, a juicio del Máximo Tribunal, y debo decir del mío propio, resultó dirimente. La tabla de evaluación de incapacidades del dec. 659/1996, reglamentario de la ley 24.557, fija en un 5% de la total obrera la incapacidad derivada de la pérdida —amputación— de todo el dedo meñique. O sea, un porcentaje menor al veinte por ciento del que otorgó la pericia por un golpe. Para el fallo, ante "esta pauta normativa el grado de incapacidad fijado en autos por la perito, se presenta *prima facie* irrazonable y desmesurado. Máxime si se tiene en cuenta que el reclamante con anterioridad ya había sufrido un siniestro en el mismo dedo que le había producido su fractura". He ahí, en esa frase, la razón última del pronunciamiento, es decir, la tacha de ausencia de razonabilidad y mesura.

SAPPIA, Jorge J., "A propósito del resarcimiento de un accidente de trabajo", LA LEY del 29/07/2019, 8, LA LEY 2019-D, 161; DT 2019 (octubre), 2497. Cita Online: AR/DOC/2215/2019.

II.3.b. Informe pericial no es vinculante

Si bien resulta imprescindible y necesaria la participación de los peritos en aquellas materias en las que el juez no tiene, y no debe tener por otra parte, versación, no es menos cierto que la opinión de los expertos, más allá de las disposiciones procedimentales que exponen la cuestión, bajo ningún punto de vista puede resultar vinculante y menos imperativa para el magistrado, como ocurre en el caso de autos, donde se advierte una aplicación mecánica del dictamen pericial, pese a las objeciones de parte que se registran en el expediente. En ese sentido rescato que la Corte señala con acierto "que es apropiado recordar que aun cuando el porcentaje de incapacidad debe valorarse adecuadamente a efectos de fijar las sumas resarcitorias, existen otros que tienen también decisiva incidencia en los que la alzada no ha reparado, entre ellos las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas y los específicos efectos que estos puedan tener en su vida laboral". No estaría de más señalar que el tribunal *a quo* no indagó acerca de si el actor seguía trabajando, en dónde, cómo y en qué condiciones. Menos determinó si el actor era diestro o zurdo, por no citar dos elementos a ponderar para resolver los efectos reales del daño, entre muchos otros.

SAPPIA, Jorge J., "A propósito del resarcimiento de un accidente de trabajo", LA LEY del 29/07/2019, 8, LA LEY 2019-D, 161; DT 2019 (octubre), 2497. Cita Online: AR/DOC/2215/2019.

II.3.c. Sentido común de las decisiones judiciales

Debería, en mi criterio, indagarse si es posible considerar que en el fallo de segunda instancia se haya utilizado aquella idea, que en un determinado momento y en una determinada sociedad contribuye a formar lo que podríamos denominar el estado de situación de un concepto colectivo respecto de ciertos hechos, lo que cotidianamente denominamos sentido común. No se visualiza que una decisión judicial que manda a resarcir un golpe en un dedo meñique con más de dos millones de pesos, más sus intereses, acredite responder a ese precepto. Es más, me atrevería a sostener que, si al pensamiento colectivo acudimos, a los ojos del ciudadano común, la opinión sería ampliamente negativa. Si esto es así, debo entrar a considerar algo que se vincula con la función judicial, en tanto sus miembros integran uno de los poderes del Estado, y como tal, obligados a cuidar del bien común. Quien esto escribe ha visto personalmente a trabajadores de un sector vulnerable del mundo obrero —los mineros— autoprovocarse daños para intentar una indemnización por incapacidad, movidos por la posibilidad de obtener una reparación millonaria. Todos sabemos de las necesidades acuciantes que se encuentran en el mundo del trabajo, que pueden llevar a la búsqueda de soluciones de cualquier tipo, por lo que aparece prudente evitar estimularlas. Está en la capacidad de ponderación, la objetividad y la prudencia de los magistrados encontrar el justo equilibrio haciendo gala de sentido común, como es exigible a cualquier persona.

SAPPIA, Jorge J., "A propósito del resarcimiento de un accidente de trabajo", LA LEY 29/07/2019, 8, LA LEY 2019-D, 161; DT 2019 (octubre), 2497. Cita Online: AR/DOC/2215/2019.

II.3.d. Facultades no delegadas

El art. 75, inc. 12 de la CN establece sin lugar a duda que el Congreso Nacional es quien debe dictar el Código de Trabajo, en cuerpos unificados o separados. De más está afirmar, entonces, que son las leyes de la Nación y sus reglamentos las que determinan las condiciones relativas a la formación de la relación de trabajo, las condiciones de su ejecución y las que consagran los derechos y obligaciones de las partes del vínculo laboral. Va de suyo que conforme los arts. 121 y 122 de la CN, las provincias no conservan aquellos poderes de los que se han desprendido y delegado a la Nación. Es el caso de la legislación laboral. Con apoyo en el concepto expuesto en el párrafo precedente se advierte que la resolución en cuestión se atribuye capacidad para interpretar normas, como sucede con la invocación de enfermedades profesionales, omitiendo respetar que la Ley de Riesgos del Trabajo confiere esa facultad en forma exclusiva al Poder Ejecutivo Nacional. Y más trascendente aún, también se advierte este dislate cuando la resolución se adjudica la potestad de modificar las disposiciones que integran la Ley de Contrato de Trabajo, que obviamente es materia del Parlamento nacional. Entonces, puedo afirmar sin hesitación que la res. 4618 de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de Mendoza

expresa obviamente un ejercicio inconstitucional, violatorio de la Carta Magna nacional.

SAPPIA, Jorge J., "Una resolución administrativa provincial de dudosa constitucionalidad", PDT 2019 (marzo), 510; LLGran Cuyo 2019 (abril), 10. Cita Online: AR/DOC/154/2019.

II.4. Derecho colectivo

II.4.a. Capacidad y legitimación para negociar colectivamente

Tomando palabras de Ramírez Bosco, en el t. VIII del Tratado dirigido por Ackerman, es dable afirmar que si bien desde el lado de los trabajadores debe contarse una representación que asuma la definición de colectiva, para que pueda producir una negociación que connote consecuencias de generalidad para todos los trabajadores involucrados, también debe relevarse del otro lado una representación empresarial de extensión coincidentemente colectiva, no por el número que la integra, sino por los efectos que su actuación despliega. El autor citado, enseña que existen algunos objetivos que es necesario acreditar en punto a la conceptuación de parte en la negociación colectiva. Ellos son: La representación formal de los que ejercen la tarea de la negociación, lo que implica que el negociador debe hacerlo con instrumentos aptos para conferirle la capacidad de representar. Ello va de la mano de otro concepto integrador del rol del negociador y que es que un negociador que no ha precisado el alcance de su mandato no puede confluir a precisar el alcance de lo que negoció. O sea que nadie puede entregar más de lo que tiene. La exigencia de la representatividad, lo cual supone la demostración que el negociador no es alguien que solo fue designado para acometer la función, sino que asume en la realidad la condición de ser quien expresa la opinión de los que dice representar. Esto apunta a la legitimación sustancial de la convención colectiva que se celebre y a obtener el acatamiento espontáneo de su contenido. La unificación del agente de negociación es otro de los elementos que el autor que sigo reclama para la constitución del sujeto negociador. Alude obviamente a la necesaria unidad funcional de la parte sindical, para posibilitar alcanzar el acuerdo que pone fin a las negociaciones. Puede ser por acuerdo, o por una determinación legal. Esta a su vez recurre a un esquema proporcional a los trabajadores representados, como es el de los trabajadores del sector público que veré más adelante en nuestro país, o el de países como España, Francia o Bélgica para la formación de convenios de ámbito superior. Pero también debe admitirse, como ocurre en Argentina respecto del sector privado, la negociación por el sindicato con personería gremial, expresión del sindicato más representativo. Debería requerirse, además, la acreditación de la necesaria representatividad de ese negociador patronal, para asegurar con ello la legitimidad del convenio alcanzado, en punto al acatamiento de sus normas por los empleadores aludidos, cuando se trata de un acuerdo de actividad, rama o grupo de empresas. El remedio ya aplicado al amparo de la primera redacción de la ley 14.250 y repetido ahora en ese plexo por causa de la ley 25.877, que acude a la decisión del Ministerio de Trabajo para formar la representación empresarial, no parece cubrir esa expectativa.

SAPPIA, Jorge J., "La capacidad y legitimación para negociar colectivamente", DT 2010 (noviembre), 3119. Cita Online: AR/DOC/7365/2010.

II.4.b. Negociación colectiva en la crisis

El planteo acerca de analizar el sistema de negociación colectiva en la crisis, se me ocurre una cuestión abstracta o de biblioteca, si situamos el examen en el plano nacional, ya que, históricamente Argentina ha pasado sistemáticamente de una crisis a otra sin solución de continuidad. De modo tal, que en nuestro ámbito hablar de negociación colectiva, es situar la temática en el plano de la crisis. La invocación de la circunstancia crítica ha sido reiteradamente utilizada como una manera de explicar porque la negociación colectiva no ha tenido en nuestro país, el desarrollo que se registra en otros países, básicamente los europeos. Sin embargo, hay otras razones que exceden el marco de la crisis que han contribuido a esa falta de actividad negocial. En ese sentido cabe citar la prohibición de discutir convenios colectivos durante la última dictadura que asoló a la nación, como también el estado de perplejidad que se abatió sobre el sindicalismo cuando el experimento privatizador y flexibilizante de los noventa produjo la mayor explosión de desempleo que registra nuestra historia. Una segunda señalización que debe hacerse respecto de elementos que se han exhibido impeditivos de una

adecuada actividad negociadora, es la equivocada idea, en mi opinión, que la negociación colectiva, solo es patrimonio del sector sindical y que el empresarial solo actúa en reacción ante la instancia de los trabajadores. Es que sostengo que en la negociación colectiva ha de verse un sistema que sirve a la mejora de la situación de los dependientes tanto como al desarrollo de la actividad productora de bienes y servicios, lo cual indica que el convenio es también tema del interés de la empresa. Esta reticencia de los empleadores a ser impulsores de la negociación colectiva es otra de las causas que han restado al sistema la posibilidad de un mayor desarrollo en la Argentina. Quizá cabría proponer una tercera razón de la falta de un nivel de negociación más rico, y es que, en la concepción del sistema de relaciones laborales, tal como lo conocemos ha primado una excesiva dependencia de las decisiones del Estado. Los sujetos de la negociación han hecho depender en demasía la actividad negociadora de las determinaciones oficiales, producto de un sistema estatal inclinado a ejercer un notorio intervencionismo, teñido las más de las veces de evidente paternalismo. Sí admito que hubo breves momentos sin evidencia de crisis, en los que ha sido más simple o más fácil negociar que en otras circunstancias, pero no más que eso.

SAPPIA, Jorge J., "Negociación colectiva en la crisis", DT 2010 (febrero), 427. Cita Online: AR/DOC/4367/2009.

II.4.c. Servicios esenciales

¿Qué son los servicios esenciales? Una primera aproximación a esa temática consiste en distinguirlos de los servicios públicos, aun cuando generalmente aquellos son parte de estos. Públicos —en mi opinión— son los servicios cuya prestación debe asegurar el Estado, para el normal desenvolvimiento de la población, bien que los preste por sí o que sean llevados a cabo por personas privadas, sea mediante sistema de concesión o simplemente por iniciativa privada. La ley 25.877, siguiendo los criterios y principios de la OIT, expuestos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y por el Comité de Libertad Sindical (CLS), ha determinado que son servicios esenciales los servicios sanitarios y hospitalarios, poniendo de manifiesto un claro ejemplo de prestaciones estatales y privadas. También lo son la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. Sobre estas menciones no puede haber duda alguna, sin perjuicio de señalar que la ley nacional omitió consignar entre los servicios esenciales a varios que la OIT tiene definidos como tales, a saber: la policía y las fuerzas armadas; los bomberos; los servicios telefónicos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de establecimientos escolares. Con relación a estas omisiones de nuestra regulación, interesa poner de relieve que, respecto de la policía y las fuerzas armadas, el Comité de Libertad Sindical no enfatizó en la obligatoriedad de los países miembros de aplicar el Convenio 87 a rajatabla para esos dos sectores, dejando la cuestión librada al criterio con que cada nación la analice. Argentina ha venido descartando el reconocimiento de los derechos sindicales para policía y fuerzas armadas y buena parte de la doctrina ha pensado que otorgárselos, tratándose empleados públicos armados, podría constituirse en un serio peligro para la paz social. Sin embargo, me parece que en el país han ocurrido hechos que deben ser ameritados con objetividad y por eso he cambiado mi opinión que me enrolaba en la tesis expuesta, y me he pronunciado a favor de la sindicalización de la policía, determinación que ha contado luego con la aquiescencia de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en un fallo que con voto de la Dra. Graciela González, presidenta de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo, ordenó al Ministerio de Trabajo inscribir al sindicato policial de Córdoba, cuyo nombre otorga carátula al juicio. Sostengo que los hechos de diciembre de 2013 demostraron la conveniencia de asegurar una prestación mínima de los servicios policiales y que ello no se puede lograr si no existe un sindicato con quien negociarla. Afirma Héctor Omar García que la referencia a los bienes e intereses de la persona humana o del conjunto de la población, representa el criterio que mayor grado de objetividad y menor desconfianza expresa, como justificativo de la limitación al ejercicio de la huelga, pues eso es el aseguramiento de prestaciones mínimas que requiere la norma. Esa consideración, se asienta en un concepto que ha elaborado el Comité de Libertad Sindical de OIT, que de algún modo expone una definición del concepto, planteada desde la idea que se trata de situacio-

nes cuyo desprecio es insostenible en cualquier lugar y en cualquier momento. Alude a circunstancias aptas para poner en peligro la vida, la salud y la seguridad de toda la población o parte de ella. Esto no es óbice para que en cada país y frente a cada realidad, pueda aplicarse esta regla de modo diferente, como bien lo ha dicho también el Comité de Libertad Sindical. Pongo como ejemplo el caso de los trabajadores de las máquinas barre nieve en el norte de Canadá, a quienes se les prohíbe el ejercicio de la huelga, tomando en consideración que durante la anoche una nevada puede alzar una capa de dos o más metros de altura e impedir todo tipo de funcionamiento de la sociedad.

SAPPIA, Jorge J., "La huelga y los servicios esenciales", DT 2015 (mayo), 941, DJ 01/07/2015, 8. Cita Online: AR/DOC/1232/2015.

II.4.d. Contribuciones de solidaridad

Toselli sostuvo que las contribuciones de solidaridad establecidas exclusivamente a no afiliados y con el objetivo de contribuir a fines permanentes de la entidad sindical crean una tensión entre la libertad sindical negativa, individual y colectiva, y el reconocimiento de los efectos beneficiosos de la actividad sindical respecto del sujeto no afiliado a la entidad sindical negociadora. Advierto que las expresiones recogidas precedentemente respecto de las cuotas de solidaridad, establecidas al interior de los convenios colectivos, por el consenso de los signatarios de esos acuerdos, o sea las representaciones de los trabajadores y de los empresarios, han desplegado efectos hacia trabajadores que no habían conferido condición representativa a la organización sindical actuante, en tanto se habían abstenido de integrarse a esta, ejerciendo el derecho a la libertad sindical negativa individual. Es que ha tenido una influencia gravitante en el sentido de legitimar la imposición de esos aportes a los no afiliados la opinión vertida por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, en su Informe Nº 138 de 1976, en el que declaró que "La cuota de solidaridad fijada en un Convenio colectivo y aplicable a los trabajadores no afiliados, aunque como sistema no esté cubierto por las normas internacionales del trabajo, no parece en sí mismo incompatible con los principios de libertad sindical". No obstante, esa expresión de la OIT, las opiniones recogidas en torno de esta cuestión revelan una suerte de consenso respecto de la necesidad de limitar de algún modo la extensión de la cuota, tal como se ha visto. Si se toma en cuenta que el Convenio Nº 87 de OIT, sobre Libertad Sindical, se advertirán los alcances de su texto, en cuanto la norma internacional alude a trabajadores y empleadores. El art. 2º expresa: "Los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción, y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas". A su vez el texto del art. 3º, es el siguiente: "1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal". Si bien es cierto que los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical aluden mayoritariamente a la situación de las entidades sindicales de trabajadores, no es menor cierto que la Convención ha incorporado a los empleadores. De modo tal que no se advierten inconvenientes que la interpretación orientada a definir pautas interpretativas de las disposiciones legales o convencionales dirigidas a los trabajadores, puedan ser dentro de los márgenes de cada particularidad, aplicables a los empleadores, siguiendo la concepción que emana del convenio cuyos arts. 2º y 3º he transcripto. Sobre esta base de análisis me propongo plantear si las contribuciones dispuestas en un convenio colectivo, según las cuales los empleadores deben oblar sumas de dinero a favor de las organizaciones sindicales de trabajadores, pueden excluirse de los criterios explicitados más arriba como aptos para desplegar efectos respecto de los aportes de trabajadores no afiliados a los sindicatos signatarios de convenios. Es decir, que me pregunto: Las contribuciones de origen convencional puestas en cabeza de los patronos para ser destinadas a ingresar al patrimonio sindical ¿están exentas de acreditar razonabilidad en su extensión temporal y justeza en la determinación de su cuantía? Tengo para mí, sobre la base de la Convención Nº 87 de la OIT, que otorga derechos en forma paritaria a trabajadores y empleadores,

que la respuesta a este interrogante debería ser por la negativa. Esto es que debería aplicarse un criterio similar a trabajadores y empresarios. Esa igualación resultaría en el establecimiento de un trato no discriminatorio y parejo para las partes de la relación laboral. Esto adquiere mucha más trascendencia si se observa que a diferencia del sector sindical, donde mayoritariamente los trabajadores están agrupados en los sindicatos que con personería gremial celebran o renuevan convenios colectivos, en el sector patronal no ocurre lo mismo. Es común observar que una cantidad ponderable de medianas y pequeñas compañías, la gran mayoría en el país no activa en las representaciones empresariales que discute los convenios, pero recibe el impacto de lo que en ellos se acuerda, por efectos de la disposición del art. 4º de la ley 14.250, que abstrae como elemento determinante del alcance del ámbito de validez personal la condición de afiliados de los trabajadores y empleadores. Es cierto que existen algunos fallos que aceptan la inaplicabilidad del convenio a empresas no afiliadas a la entidad representativa de los empleadores [7], pero esto no exhibe basamento normativo ni adquiere característica de corriente jurisprudencial. Ayuda a la persistencia de ese estado de situación, la indefinición del art. 2º de la ley 14.250, que no ha concitado su decreto reglamentario y, por ello, se mantiene una nebulosa acerca de la constitución de la representación de los empleadores en los supuestos de desaparición o pérdida de la capacidad representativa de aquellas organizaciones de patronos que suscribieron los viejos convenios, producto de un desacertado cuanto anacrónico concepto nostálgico y restaurador. En este terreno es posible visualizar que existen algunas situaciones irritativas, cuando se advierten normas convencionales acordadas con la participación en soledad de grandes empresas, que han fijado altas contribuciones patronales a favor de los sindicatos, que desequilibran la capacidad de las pequeñas empresas para hacer frente a estos estipendios. Debería, entonces, estudiarse la posibilidad de desplegar los mismos criterios aplicados a favor de los trabajadores, respecto de los empleadores, en punto a una limitación de tales contribuciones.

SAPPIA, Jorge J., "Cuotas y contribuciones de solidaridad", DT 2016 (abril), 885. Cita Online: AR/DOC/1043/2016.

II.5. Derecho internacional del trabajo

II.5.a. OIT

Desde el Convenio Nº 1 de 1919, limitando la duración de la jornada laboral, la OIT ha contribuido sin lugar a duda a afianzar el camino hacia la dignidad en el trabajo. Ese mismo año se adoptaron los convenios sobre protección de la maternidad y el trabajo nocturno de mujeres. Señaló los distintos convenios sobre edad mínima para el empleo, la Convención de 1925 sobre Accidentes de Trabajo y todas las que establecieron la protección de la gente de mar, evoco las que determinaron los sistemas de vacaciones pagadas y el Convenio Nº 81 sobre Inspección del Trabajo, para no citar sino algunas a modo de ejemplo. Pero evidentemente donde se agiganta la labor de la OIT es con los convenios destinados a erradicar el trabajo forzoso, el trabajo infantil, a eliminar la discriminación, a promover el derecho a asociarse y a negociar colectivamente las formas y condiciones de ejecución del trabajo. A partir de las convenciones y las recomendaciones adoptadas por la Conferencia anual de la organización, se ha establecido una trama normativa que ha provocado dos consecuencias significativas. En primer lugar, se ha constituido un orden jurídico laboral supranacional del que no resulta fácil evadirse a los países miembros. De un modo u otro, deben adecuarse a los dictados de la organización para presentarse ante la sociedad mundial. En segundo lugar, los pronunciamientos de los órganos de control se han erigido en un método de seguimiento de las conductas laborales de los estados. No se me escapa que las sanciones que sobre la base de las decisiones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical, acuerda la Comisión de Normas de la Conferencia Anual, revisten una caracterización obvia y solamente moral, pero los efectos de las condenas golpean bajo la línea de flotación del prestigio de las naciones y se sienten cuando de acuerdos comerciales se trata. No es lo mismo negociar pactos de cooperación en el plano comercial, arrastrando la presencia de una comisión de encuestas de OIT, que estando fuera del orden del día de la Conferencia, por no connotar cuestionamientos de los órganos de control. No puedo omitir referencia a mi experiencia personal. En 2001 tuve el honor de presidir la Comisión de Normas, en la Conferencia Anual. Allí, los

países propuestos para analizar sus conductas y eventualmente recibir sanciones me atosigaron de ruegos, reclamos y peticiones para admitir su salida del orden del día. El temor a la condena de OIT era patético. Como lo comprobé también, en cada misión que la Oficina Internacional del Trabajo, me encargó en la mayoría de los países latinoamericanos. Así las cosas, considero insoslayable enaltecer la contribución de la OIT a la conformación de un estatuto de dignidad universal para las personas que trabajan y también para aquellas que se encuentran en la búsqueda de un empleo. Pero es necesario, reforzar esa labor, fortaleciendo la organización, promoviendo su inserción como modelo normativo a seguir, y tomando en cuenta los pronunciamientos que tienden a mejorar la condición laboral, como ha sido el Informe de 2019 sobre un Futuro del Trabajo Más Prometedor. Quizá sea nuestro país una avanzada en ese sentido, a partir de la reforma constitucional de 1994, que elevó a condición supralegal a las convenciones de la OIT, que apuntan a la dignidad de la persona humana. Así se enmarca la regulación del trabajo por cuenta ajena y aún por cuenta, alcanzando a todos los que se ganan la vida trabajando.

SAPPIA, Jorge J., "Reflexiones con motivo del centenario de la OIT", DT 2019 (noviembre), 35. Cita Online: AR/DOC/3183/2019.

II.6. Derecho procesal

II.6.a. Cosa Juzgada Administrativa Laboral

Cabe concluir señalando que la resolución que homologa un acuerdo individual o pluriindividual celebrado en sede administrativa, solo adquirirá condición de cosa juzgada administrativa cuando se verifiquen las siguientes circunstancias: a. Formales. — Que el acuerdo se haya celebrado con la participación del funcionario administrativo en su concepción, elaboración y terminación. — Que el funcionario dicte una resolución homologando el acuerdo, debidamente fundada, describiendo las circunstancias del caso. — Que el funcionario actuante acredite ser competente para el acto. b. Sustanciales. — Que, si el acuerdo es transaccional, se acredite que ha versado sobre cuestiones realmente dudosas o litigiosas, que coloquen la contienda en el ámbito de la incertidumbre. — Que, si el acuerdo es conciliatorio, se acredite que se ha alcanzado una justa autocomposición de derechos e intereses. — Que en ningún caso se configure algunas de las causales de nulidad prefiguradas en el art. 954 del Cód. Civil. — Que en ningún caso se demuestre que hubo violación del art. 12 de la LCT.

SAPPIA, Jorge J., "La cosa juzgada administrativa laboral", LA LEY del 05/09/2013, 1, LA LEY del 05/09/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 715; DT 2013 (octubre), 2471. Cita Online: AR/DOC/3169/2013

III. Bibliografía (6)

SAPPIA, Jorge J., "Régimen laboral de la industria de la construcción: Ley 22.250 y disposiciones complementarias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982.

SAPPIA, Jorge J. — FONSECA, Hugo A. — MEDINA MAILHO, Ricardo E. — PIÑA, María E., "Empleo y flexibilidad laboral: Leyes 24.465, 24.467 y sus reglamentaciones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1996, 1ª ed.

SAPPIA, Jorge J. — PÉCORA, Rosalía A., "Estatutos particulares en el derecho del trabajo argentino", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2017, 1ª ed.

(6) Las obras citadas se encuentran para su consulta en su mayoría en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

¿La defensa de los activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del SIPA?

Comentario a la ley 27.574

Nadia García (*)

Sumario: I. ¿Qué es el Fondo de Garantía de Sustentabilidad?— II. Las reformas introducidas por la Ley 26.425 y el dec. 2103/2008.— III. La ley 27.260.— IV. La ley 27.574.— V. El FGS, el COVID-19 y ¿la defensa de los activos?— VI. Evolución de la composición del FGS.— VII. Fondo fiduciario público.— VIII. Conclusiones.

I. ¿Qué es el Fondo de Garantía de Sustentabilidad?

I.1. Sus orígenes

La ley 26.222 dispuso la libre opción jubilatoria en el derogado Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y habilitó la posibilidad de volver al régimen de reparto. En este contexto la ley incorporó a la ley 24.241 el art. 30 bis que dispuso que aquellos afiliados que tuvieran en sus cuentas de capitalización individual menos de $20.000 pasarían al régimen previsional público, y como consecuencias, las AFJP deberían transferir el saldo dentro de los 90 días, salvo que el beneficiario exprese su voluntad de permanecer en el régimen de capitalización.

Como consecuencia el dec. 313/2007 en su art. 3º, estableció que dichas transferencias debían realizarse en especie a favor del Régimen Previsional Público, como contribuciones a la Seguridad Social - Aportes Personales, siendo recursos propios del sistema, y la inversión sería administrada por el Banco de la Nación Argentina. A estos fines el dec. 897/2007 crea el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Régimen Previsional Público de Reparto (FGS).

El art. 1º del decreto establece su creación y enumera su finalidad. Así el FGS tendría las siguientes finalidades:

"a) Atenuar el impacto financiero que sobre el régimen previsional público pudiera ejercer la evolución negativa de variables económicas y sociales.

"b) Constituirse como fondo de reserva a fin de instrumentar una adecuada inversión de los excedentes financieros del régimen previsional público garantizando el carácter previsional de estos.

"c) Contribuir a la preservación del valor y/o rentabilidad de los recursos del Fondo.

"d) Atender eventuales insuficiencias en el financiamiento del régimen previsional público a efectos de preservar la cuantía de las prestaciones previsionales".

(*) Doctora en Derechos Humanos y Previsión Social (U. San Carlos de Guatemala). Magíster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social (U. de Alcalá de Henares y OISS). Posgraduada de la UBA. Docente de grado y posgrado en la Facultad de Derecho de la UBA, UADE, UNTREF, entre otras. Directora del Instituto de Seguridad Social de la Fundación Patagónica de Estudios en Derecho

Surgía con claridad que el FGS tenía una única finalidad ser un fondo anticíclico y de resguardo del sistema previsional, resaltando siempre su carácter previsional.

El FGS estaría integrado por los recursos propios percibidos por la ANSeS que al cierre de cada ejercicio anual resulten de libre disponibilidad. Los bienes que reciba el Régimen Previsional Público, como consecuencia de la transferencia de los saldos de las cuentas de capitalización ya mencionado, las rentas provenientes de las inversiones que realice y cualquier otro aporte que establezca el Estado Nacional mediante su previsión en la Ley de Presupuesto correspondiente al período que se trate.

En cuanto a las inversiones el art. 4º del texto original del dec. 897/2007 disponía que los recursos podían ser invertidos entre otros instrumentos financieros, en cuentas remuneradas del país o del exterior, o en la adquisición de títulos públicos o valores locales, o internacionales de reconocida solvencia, y/o cualquier tipo de inversión habitual en los mercados financieros.

Por último, y en cuanto a las posibilidades del Fondo el art. 11 le permitía financiar a la ANSeS en el pago de beneficios únicamente si durante la ejecución de un presupuesto se presentaren situaciones de contingencia, o coyunturales que requieran su utilización. La reglamentación dispondría las situaciones contempladas.

En ningún caso, los recursos podrían utilizarse para financiar cuestiones distintas al pago de beneficios.

II. Las reformas introducidas por la ley 26.425 y el dec. 2103/2008

La ley 26.425 crea el Sistema Integrado Previsional Argentino y elimina el régimen de capitalización. Como consecuencia, el FGS pasa a llamarse Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS).

En las finalidades del FGS se introduce el llamado "Círculo virtuoso" que habilita la utilización de los recursos del fondo al desarrollo sustentable de la economía nacional, para lograr el crecimiento económico sostenible, el incremento de los recursos del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), garantizando la preservación de los activos del fondo.

En cuanto a los recursos del FGS como consecuencia de la eliminación del régimen de capitalización integrará el fondo los bienes que reciba el SIPA con motivo de la transferencia de los saldos de las cuentas de capitalización.

En materia de inversiones el decreto modifica el art. 4º, y elimina la posibilidad de invertir en instrumentos o cuentas del exterior, debiendo ser siempre nacionales.

III. La ley 27.260

La ley 27.260 crea el Programa Nacional de Reparación Histórica (PNRH) destinado a recomponer los haberes previsionales, mediante acuerdos transaccionales celebrados entre la ANSeS y los beneficiarios, que versaron sobre haberes y retroactivos en caso de que hubiera correspondido.

Para atender los gastos que demande el Programa el art. 28 de la ley dispone que el pago de las sumas correspondientes a reajuste del haber y el pago de acreencias a que tuviera derecho, respecto de quienes hubieran homologado judicialmente los acuerdos, *podrá* ser atendido con lo producido del FGS, y en el caso que el producido resulte insuficiente, podrá disponerse la realización de activos (art. 28, inc. a).

El inc. c) del art. 28 habilita a utilizar el producido del FGS, para afrontar las diferencias mensuales entre los haberes reajustados en virtud de acuerdos homologados judicialmente y los haberes que hubieran percibido de no alcanzar el acuerdo.

Por último, se prevé que en caso de no alcanzar los recursos del FGS, los gastos serán cubiertos con los recursos del SIPA previstos en el art. 18, de la ley 24.241, esto es aportes, contribuciones más impuestos de afectación específica al SIPA y los que fije anualmente la Ley de Presupuesto.

Respecto del art. 28 resulta necesario destacar algunas cuestiones:

1) Cuando la ley refiere a los recursos aplicables omite mencionar los recursos provenientes del gravamen creado por esta ley aplicable a las

personas que se acojan al sinceramiento fiscal y que conforme el art. 51 tenía como destino la ANSeS para atender el PNRH.

En este entendimiento el principal recurso del Programa fue omitido del art. 28 y era precisamente el gravamen derivado del blanqueo, luego el art. 28 dispone que "podrá" utilizarse el FGS y si este resultara insuficiente se acudirá al SIPA.

2) No parecía lógico que la principal fuente de financiamiento del PNRH sea un recurso agotable como el gravamen, ya que, de imputarse las diferencias mensuales eternamente al PNRH necesariamente se terminaría agotando el gravamen y sería necesario utilizar el FGS. Esto por cuanto las diferencias reconocidas en los haberes se devengarán mes a mes y serían ajustadas por movilidad. Siempre sostuvimos que lo más razonable era afrontar las diferencias mensuales con el SIPA, ya que, lo que se estaba abonando no es otra cosa que un haber previsional reajustado y que requiere una fuente de financiamiento permanente y específica como lo es el art. 18 de la ley 24.241 destinado al pago de las prestaciones.

La utilización del FGS fue objeto de planteos de inconstitucionalidad que se encuentran apelados ante la CS **(1)**.

Como consecuencia de estas modificaciones la ley 27.260 va a establecer tres cuestiones más: 1) nuevos topes a las inversiones del Fondo y un plazo de 4 años para readecuar las inversiones, 2) va a modificar el art. 8º de la ley 26.425 habilitando el uso de los recursos del FGS, no solo para el pago de los beneficios del SIPA, para los gastos que demande el Programa y 3) por último, elimina la prohibición de invertir en el exterior.

Manteniendo las críticas a la utilización del FGS para afrontar gastos corrientes, es necesario remarcar que no se utilizaron los recursos de dicho fondo hasta el año 2019, siendo suficiente los recursos derivados del gravamen **(2)**. Sin embargo, esto ocurriría inexorablemente si no se modificaba la ley. La modificación y con ello la imposibilidad de utilizar el FGS para seguir abonando las sumas reconocidas por el PNRH vino de la mano de la ley 27.574.

IV. La ley 27.574

La ley de denominada de "Defensa de los Activos del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del SIPA", dispone en su art. 1º que la ANSeS, para la utilización del FGS, deberá priorizar las inversiones que tengan impacto directo en la economía real promoviendo la sostenibilidad del sistema previsional y de la economía en general. El artículo impone inversiones con impacto en la economía, pero sin desfinanciar al fondo. Se trata de un equilibrio difícil de lograr. Distintas inversiones del Fondo fácilmente cumplen el requisito de impactar en la economía real, sin embargo, no resulta tan fácil asegurar su sustentabilidad y el mantenimiento de sus activos.

La ley en su objetivo de blindar el Fondo elimina la posibilidad de usarlos para afrontar los gastos del PNRH y dispone que los recursos que demande el PNRH deben ser cubiertos en su totalidad, sin poder fijar límites, con los recursos enumerados por el art. 18 de la ley 24.241 y las partidas específicas que se dispongan.

Como consecuencia se modifica nuevamente el art. 8º de la ley 26.425, volviendo al uso exclusivo de los recursos del SIPA para el pago de los beneficios del SIPA y para las operaciones previstas en el art. 77, segundo párrafo de la ley 24.241, siendo inversiones permitidas las previstas en el art. 74 de la ley 24.241 y rigiendo las prohibiciones del art. 75 y las limitaciones del art. 76 en ambos casos de la ley 24.241. Se prohíbe nuevamente la inversión de los fondos en el exterior.

V. El FGS, el COVID-19 y ¿la defensa de los activos?

Luego de blindar en apariencia la utilización de los recursos, el art. 4º dispone que el FGS "asistirá financieramente para el pago de los beneficios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) con el fin de compensar el impacto eventual en los recursos previsionales ocasionados por la pandemia de COVID-19 durante el ejercicio 2020".

"El Ministerio de Economía (ME) y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) deberán calcular dicho impacto y determinar el monto total de la asistencia financiera".

(1) CFed. Seg. Social, sala 3ª, "Fernández Pastor, Miguel Ángel c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos", 05/06/2018,AR/JUR/19550/2018 .

(2) https://www.cronista.com/finanzasmercados/En-octubre-se-agota-la-plata-del-blanqueo-para-pagar-a-los-jubilados-20200819-0043.html.

A los efectos de determinar este impacto, se considerarán los efectos de la pandemia COVID-19 sobre la recaudación de los recursos impositivos que forman parte de los ingresos de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS).

Acá se desdibuja el supuesto blindaje, la conjunción de los arts. 4º y 5º establecen que el FGS financiará el pago de beneficios del SIPA compensando el impacto negativo que el COVID-19 haya tenido sobre la recaudación de recursos previsionales. El ME y la ANSeS deberán estimar dicho impacto, la norma no indica de qué forma, sin embargo, sabemos que los recursos se vieron afectados en parte por la baja del consumo que afectó la recaudación de distintos impuestos y por distintas normas que disminuyeron e incluso suspendieron el pago de aportes y contribuciones con destino al SIPA.

El art. 5º establece que dicha asistencia será integrada en especie con títulos públicos nacionales. Para aquellos lectores distraídos los activos del FGS en títulos públicos resultan de préstamos otorgados por el FGS al Estado y a cuyo vencimiento deben ser devueltos. Con motivo de esta asistencia el estado ya no efectuará dichas devoluciones, ya que, el FGS transferirá dichos títulos a la ANSeS. La operatoria prevista en la norma no resulta transparente afecta el mentado blindaje y desfinancia el fondo, a esto hay que sumar que desde el ejercicio 2011 ANSeS incumple con lo dispuesto en el art. 3º del dec. 2103/2008 que establece que el FGS se financiará con los recursos percibidos por ANSeS que resulten de libre disponibilidad, sin embargo, estos no son transferidos afectando ilegalmente una de sus fuentes **(3)**.

VI. Evolución de la composición del FGS

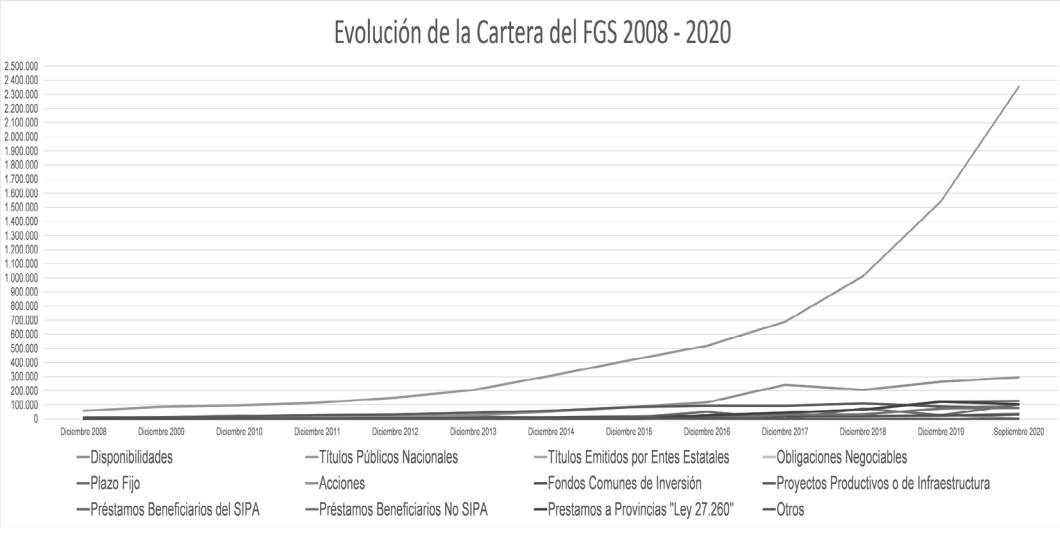
A continuación, se muestra la composición del FGS (en miles de millones) desde sus orígenes, a simple vista se advierte una mayor participación de los títulos públicos nacionales dentro de las inversiones del fondo alcanzando a septiembre de 2020 el 70,92% de total de los activos.

Evolución de la Cartera del FGS 2008 - 2020
(en miles de millones)

	Diciembre 2008		Diciembre 2009		Diciembre 2010		Diciembre 2011		Diciembre 2012		Diciembre 2013		Diciembre 2014		Diciembre 2015		Diciembre 2016		Diciembre 2017		Diciembre 2018		Diciembre 2019		Septiembre 2020	
	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%	$	%
Disponibilidades	5.711	5,71%	4.075	2,90%	13.672	7,70%	4.098	2,06%	9.897	4,06%	9.104	2,77%	5.406	1,15%	12.313	1,86%	7.813	0,89%	8.602	0,72%	14.195	0,86%	28.745	1,20%	3.967	0,12%
Títulos Públicos Nacionales	58.722	58,68%	87.296	62,10%	96.729	54,48%	115.131	57,94%	151.070	61,93%	205.503	62,59%	306.724	65,04%	415.421	62,68%	519.114	59,30%	688.717	57,27%	1.012.157	61,41%	1.542.256	64,58%	2.354.913	70,92%
Títulos Emitidos por Entes Estatales	626	0,63%	732	0,52%	752	0,42%	575	0,29%	552	0,23%	1.428	0,43%	2.818	0,60%	3.823	0,58%	5.667	0,65%	17.425	1,45%	33.466	2,03%	71.883	3,01%	100.834	3,04%
Obligaciones Negociables	1.504	1,50%	2.309	1,64%	1.746	0,98%	1.268	0,64%	7.205	2,95%	7.802	2,38%	9.122	1,93%	9.758	1,47%	10.058	1,15%	10.361	0,86%	11.949	0,72%	19.634	0,82%	39.098	1,18%
Plazo Fijo	9.164	9,16%	9.574	6,81%	14.726	8,29%	23.437	11,80%	14.908	6,11%	15.996	4,87%	11.213	2,38%	8.552	1,29%	50.895	5,81%	1.531	0,13%	74.677	4,54%	26.893	1,13%	103.022	3,10%
Acciones	8.147	8,14%	13.551	9,64%	22.864	12,88%	16.107	8,11%	15.665	6,42%	27.540	8,39%	51.432	10,91%	83.801	12,64%	117.835	13,46%	242.287	20,15%	206.312	12,52%	264.152	11,06%	295.797	8,91%
Fondos Comunes de Inversión	3.250	3,25%	1.833	1,30%	3.001	1,69%	4.798	2,41%	5.613	2,30%	7.826	2,38%	12.651	2,68%	17.639	2,66%	22.617	2,58%	20.397	1,70%	20.131	1,22%	24.984	1,05%	32.072	0,97%
Proyectos Productivos o de Infraestructura	2.242	2,24%	8.400	5,98%	19.483	10,97%	27.827	14,00%	31.921	13,08%	44.677	13,61%	59.088	12,53%	85.468	12,90%	94.419	10,79%	93.775	7,80%	109.969	6,67%	88.960	3,73%	78.309	2,36%
Préstamos Beneficiarios del SIPA	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	1.174	0,48%	2.630	0,80%	6.052	1,28%	15.801	2,38%	16.071	1,84%	43.132	3,59%	65.078	3,95%	123.501	5,17%	128.065	3,86%
Préstamos Beneficiarios No SIPA	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	30.614	2,55%	32.108	1,95%	75.373	3,16%	79.122	2,38%
Prestamos a Provincias "Ley 27.260"	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	0	0,00%	26.942	3,07%	44.330	3,69%	67.614	4,10%	120.897	5,06%	105.152	3,17%
Otros	10.712	10,70%	12.803	9,11%	4.571	2,57%	5.460	2,75%	5.947	2,44%	5.818	1,77%	7.062	1,50%	10.162	1,53%	4.050	0,46%	1.408	0,12%	298	0,02%	504	0,02%	91	0,00%
TOTAL FGS	**100.079**		**140.573**		**177.544**		**198.701**		**243.951**		**328.324**		**471.569**		**662.738**		**875.380**		**1.202.579**		**1.648.154**		**2.387.780**		**3.320.442**	

Elaboración propia. Fuente: http://fgs.anses.gob.ar/subseccion/informes-3

(3) https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/informe_020_2015.pdf; https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/informe_097_2017.pdf; https://www.agn.gob.ar/sites/default/files/informes/Informe_143_2019.pdf.



VII. Fondo fiduciario público

Por último, y respecto a los puntos sobresalientes de la ley que nos ocupa el art. 12 constituye el fondo fiduciario público denominado Programa de Inversiones Estratégicas cuyo objeto será invertir en sectores estratégicos para el Estado nacional fomentando la generación de empleo como política de desarrollo económico en pos de la sostenibilidad de la economía real. Como en todo fideicomiso, existen Fiduciante, Fiduciario, Fideicomisario y beneficiario, en este caso en particular se agrega el Comité creado específicamente.

Conforme el art. 13 tendrán el siguiente significado: "a) Fiduciante: es el Estado nacional en cuanto transfiere la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos al fiduciario con el destino exclusivo e irrevocable al cumplimiento de la presente ley y del contrato de fideicomiso respectivo; b) Fiduciario: es el Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE) como administrador de los bienes que se transfieren en fideicomiso con el destino exclusivo e irrevocable que se establece en la presente norma, cuya función será administrar los recursos del fideicomiso de conformidad con las pautas establecidas en el contrato de fideicomiso y las instrucciones dispuestas por el comité ejecutivo del fideicomiso y/o quien este designe en su reemplazo; c) Comité ejecutivo del fideicomiso: es el encargado de fijar las condiciones, impartir instrucciones y/o autorizar en forma previa las actividades a cargo del fiduciario y efectuar su seguimiento; d) Beneficiario: es el fiduciante, en los términos establecidos en el contrato respectivo u otros que determine el Poder Ejecutivo nacional; e) Fideicomisario: Es ANSeS-FGS como propietario final de los bienes fideicomitidos al vencimiento del fideicomiso".

El fondo fiduciario público tendrá una duración de veinte [20] años, contados desde la fecha de su constitución mediante la celebración del correspondiente contrato de fideicomiso y a su vencimiento la propiedad de los bienes fideicomitidos quedará en poder de la ANSeS-FGS en su carácter de fideicomisario.

En cuanto a lo más relevante la ANSeS-FGS invertirá hasta la suma de pesos cien mil millones ($100.000.000.000) en el fondo fiduciario público. Esta inversión podrá ser suscrita en efectivo o en especie, de acuerdo con lo que determine el comité ejecutivo.

Se establecen a continuación, algunos requisitos respecto de los valores que integre el FGS, en tanto no podrán tener un rendimiento menor al resultante de aplicar una tasa nominal anual del uno por ciento (1% TNA) sobre el capital ajustado por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) que elabora el Banco Central de la República Argentina (BCRA). Los intereses serán

pagaderos anualmente y la amortización de capital será al vencimiento.

Las inversiones que realice la ANSeS-FGS en el fondo fiduciario público serán computadas como parte del inc. 1º del art. 74 de la ley 24.241 y sus modificaciones.

VIII. Conclusiones

La ley 27.574 vino a impedir lo que muchas veces se anticipó ocurriría inevitablemente, la realización de los activos del Fondo. Esto hubiera ocurrido por la simple razón que la fuente de financiamiento prevista para el PNRH se agotaría y en virtud de lo dispuesto por la ley 27.260 ANSeS podría acudir al fondo para dicho financiamiento, lo que hubiera llevado a la desaparición del fondo por la continuidad del pago de los reajustes mensuales derivados del PNRH y la aplicación sobre ellos de la movilidad.

La ley impide eso, ahora ¿Blinda completamente el FGS?, entiendo que no. Tal como está planteada la ley habilita la utilización de este para afrontar el pago de los beneficios del SIPA, con el fin de compensar el impacto eventual en los recursos previsionales ocasionados por la pandemia COVID-19 durante el ejercicio 2020.

No existe reglamentación, ni cálculo de dicho impacto a la fecha **(4)**, que ponga en números el impacto a compensar, tampoco se comprende la utilización del término eventual si se tiene en cuenta que la ley es de fines de noviembre. ¿El impacto es real o eventual?, ¿la palabra eventual, permitiría seguir financiando déficit más allá del producido en el ejercicio 2020 si tiene como causa la pandemia? En este punto la ley deja demasiados interrogantes para tratarse de una ley cuyo objetivo es la defensa de los activos, pero pueden ser remediados con una reglamentación clara y precisa.

Por último, y si hablamos de defender los activos, es necesario recordar, y por ello, reclamar los recursos que conforme la legislación debió integrar el Fondo y no lo hizo. Me refiero a los recursos de libre disponibilidad que en cada ejercicio debía transferirle ANSeS al Fondo y no lo hace desde el ejercicio 2011.

Conforme la Real Academia Española defender implica entre otras cosas mantener, conservar y sostener, esperemos ser capaces de mantener sus activos, de conservar y respetar su finalidad y de garantizar su sustentabilidad para que sea, lo que debe ser, un patrimonio de los jubilados y pensionados argentinos.

---

(4) El dec. 1041/2020 (BO del 28/12/2020) únicamente reglamenta los arts. 11 y 23. Art. 11: Establécese que la reanudación del cobro de las cuotas Créditos ANSeS se hará desde el 1º de diciembre de 2020, a partir de la cuota siguiente que correspondía abonar al tomador o a la tomadora del crédito cuando quedó suspendido el pago, respetando las condiciones financieras originales en las que el crédito fue otorgado, con las modificaciones acordadas que hubieran favorecido al deudor o a la deudora, sin que se efectúe capitalización ni se devenguen intereses en los créditos vigentes cuyos cobros hayan sido suspendidos a partir del 1º de enero de 2020 hasta la fecha de su efectiva reanudación. Art. 23: Serán considerados y consideradas funcionarios públicos y funcionarias públicas alcanzados y alcanzadas por el dec. 196/2015, los Directores designados y las Directoras designadas por o a propuesta del Poder Ejecutivo Nacional, en aquellas sociedades cuyas acciones integran la cartera de inversiones del Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino (FGS).

La noción de justicia social en el derecho previsional

Romina Villanueva (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto de justicia social.— III. Derecho previsional.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo tratará de abordar desde un punto de vista historicista y filosófico el concepto de Justicia Social, su relación con el Bienestar General y la Seguridad Social. Para ello, se analizará la Seguridad Social y su emancipación del derecho laboral, a fin de entender los orígenes del principio *in dubio pro iutitia socialis* como una derivación del de *pro-operario*. Por último, será necesario correlacionar todo lo enunciado para develar la importancia y vigencia de esta prerrogativa en nuestra realidad, no solo previsional, sino reconociéndola más como una cuestión político-social que compromete a todas las ramas del derecho.

II. Concepto de justicia social

II.1. Conceptualizaciones en torno a la justicia

Es necesario, en primer lugar, brindar un repaso histórico alrededor de la noción de Justicia, ya que, las formas en que ella fue entendida hizo trascender diferentes discursos en torno a lo social.

El "hecho social" **(1)**, como concepto **(2)** se desarrolló a finales del S. XIX. Sin embargo, la llegada de este deriva, no solo del desarrollo del "ser social" **(3)** que, con la Revolución Industrial, se interpreta más a nivel de masa para diferenciarlo de las élites sociales empoderadas, sino también y, fundamentalmente, de la relación que según el paradigma en que nos situemos, se adopte de la idea de lo Justo con lo Social. Por esto resulta conveniente realizar un pequeño repaso sobre la evolución del concepto de Justicia para dimensionar los alcances actuales del binomio Justicia Social.

II.1.a. Escuela de Atenas

— *Platón*: Justicia implica que cada uno haga lo suyo, que cada quién haga su trabajo **(4)**.

— *Aristóteles*: En general, la concibe en términos de igualdad proporcional, pero considera la existencia de tres tipos de Justicia: la justicia distributiva (una especie de derecho natural), la correctiva (las leyes positivas de los pueblos) y la reciprocidad **(5)**.

II.1.b. Posiciones Teleológicas

— *Santo Tomás de Aquino*: Idea de justicia, como dar a cada uno lo suyo. Ella, como una virtud natural del hombre, quien conserva el poder

---

(*) Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, egresada en 2009; Doctoranda en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino; Profesora adjunta a la Materia Jubilaciones y Pensiones de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña en el ámbito de la Relatoría I, de la Sala II, de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

(1) Concepto creado por Émile DURKHEIM en su libro "Las reglas del Método Sociológico" (en francés, "Les règles de la Méthode Sociologique"), publicado por primera vez en 1895, París, Francia.

(2) Se refiere al concepto del hecho social brindado por el autor citado precedentemente, dado que el hecho social en sí, se desarrolla como tal mucho tiempo antes, aproximadamente a fines del S. XVIII y principios del S. XIX, a consecuencia de los actos desarrollados en masa, considerada esta como el conjunto de personas que agrupadas se empoderan.

(3) El hombre es un ser social por naturaleza, frase brindada por Aristóteles alrededor de 384-322, a.C.

(4) PLATÓN, "La república o el estado", Ed. Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1964.

(5) ARISTÓTELES, "La política", Ed. Nuestra Raza, Madrid. Disponible su consulta online en: http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/politicaAristoteles.pdf.

de practicarla o no. La justicia es "distinta de cada una de las otras virtudes porque dirige todas las virtudes del bien común".

— *San Agustín:* Vincula la Justicia con un Don de Dios, como voluntad divina.

— *Luigi Taparelli:* "La justicia social debe igualar *de hecho* a todos los hombres". Autor jesuita del S. XIX, donde este término pasa a tener mayor importancia y significación, transformándose en un hiperónimo;

II.1.c. Contractualismo

— *Hobbes*: Justicia es la "tercera ley de la naturaleza", se deriva del pacto social, y atañe a la obligación de los hombres de cumplir los pactos celebrados, los que serían vanos sin este cumplimiento y se mantendría el derecho de todos los hombres a todas las cosas, es decir, su concepción de situación de "guerra" (Leviatán, 1651).

— *Locke*: La justicia para los seres humanos consiste en vivir en libertad, en igualdad, bajo el imperio de la razón y del derecho a la propiedad obtenida por el trabajo, sin propiedad no se puede elegir ser justo.

II.1.d. Ilustración

— *Hegel:* El hombre tiene la particularidad de que sabe, conoce, tiene conciencia de la existencia de su ley, y por esto puede y debe obedecerla verdaderamente, teniendo gran relevancia la costumbre que la crea, como parte de un sistema.

— *Kant:* Creación del universo y el hombre, deriva de un ser supremo, sin embargo, la Razón es un elemento exclusivamente humano (Libre albedrío y responsabilidad). Al entregar al hombre la facultad de manejar los valores éticos y morales, propicia una Justicia más humana en donde, además, de los antecedentes jurídicos, se considera la Equidad, como elemento importante para juzgar y aplicar las sanciones correspondientes, debiendo el Estado (ya no más absoluto) cuidar el ejercicio de las libertades particulares y propender al bien común.

II.1.e. Positivismo

— Esta línea de pensamiento pone al individuo y a la sociedad como objetos de estudio. Enmarcando el inicio de las corrientes nihilistas.

— *Kelsen*: La justicia es ante todo una característica posible, pero no necesaria de un orden social.

— *Von Ihering:* Justicia va a depender del sistema de intereses de la vida real que se encuentre sobre la base (Empirista).

II.2. La justicia social a lo largo del tiempo. Su desarrollo

Sentadas las principales teorías en torno de lo Justo resta ahora describir el desarrollo e importancia dedicada a la cuestión social.

Para ello, habrá que acudir a los acontecimientos históricos para saber qué fenómenos sociales hicieron proliferar este concepto. A fin de no extender demasiado el relato sobre estos sucesos, corresponde acotar el estudio a lo transcurrido a partir de mediados de S. XVIII y más aún, a principios del XIX. Durante estos períodos, circunscribiremos el análisis a tres países en particular como son Alemania, Inglaterra y Estados Unidos de América **(6)** haciendo especial hincapié en la proliferación del derecho de la Seguridad Social.

En cuanto a ello, resulta meritorio el cambio de paradigma que se provoca por la aproximación a la producción en masa, dejando atrás el sistema feudal, coadyuvado por la crisis en el sistema monárquico-aristócrata. Lo ocurrido con la Revolución Francesa **(7)** no es menor, ya que, logra el ascenso al poder de una pequeña élite burguesa que controlaba la economía y la sociedad, más no las tierras, lo político, ni lo jerárquico; en desmedro del poder realista y eclesiástico hasta ahí dominante en torno a estas últimas tres cuestiones.

(6) Se realiza el análisis sobre estos tres no casualmente, ya que, fueron pioneros en la proliferación, reconocimiento de incipientes derechos sociales y, más precisamente, los primeros en atender cuestiones de cobertura/asistencia social.

(7) Se inició con la autoproclamación del Tercer Estado como Asamblea Nacional en 1789 y finalizó con el golpe de estado de Napoleón Bonaparte en 1799,

El cambio es radical, la Ilustración como fundamento, pone el énfasis en la razón, la valoración y el pensamiento; el hombre es central, se transforma en un principal protagonista **(8)**. Su ideal es la naturaleza a través de la razón, construido sobre axiomas, elevando a la Ética como una categoría fundamental, con una visión panteísta sobre la relación Dios-Naturaleza **(9)**.

La llegada de la Revolución Industrial **(10)**, genera la proliferación de muchedumbres que se trasladaban del campo a las ciudades en búsqueda de un empleo. Ello, trae aparejado más a nivel de la previsión social, la emancipación de diferentes alternativas para solucionar las problemáticas urbanas que comenzaban a ganar importancia. En Inglaterra, el sistema de asistencia no bastará para llevar adelante las necesidades que ya, de ser personales se volvían grupales, además de múltiples. En consecuencia, estos "estados" comenzaron a financiar, como en el caso del citado país, a través de la creación de un sistema de seguros contra la enfermedad y el desempleo con ayuda de patrones y trabajadores, las contingencias sociales, extendiéndose en 1925, dichos seguros a los riesgos de vejez (ya no más solo de ancianos pobres) y muerte.

En el caso de la confederación germánica "... el principal peligro de la época era la activa militancia de la clase obrera industrial en rápido crecimiento, con su ostensible proclividad a las ideas revolucionarias, y principalmente, las que provenían de su compatriota recientemente fallecido, Karl Marx" **(11)**. Quien utiliza el método dialéctico de Hegel, para analizar las contradicciones en la historia de la humanidad y, más específicamente, aquellas entre el capital y el trabajo, ideas que desarrolla de la mano de la economía política. Lo social, lo viene a describir como una relación de fuerzas donde el hombre se encuentra alienado y el trabajo será algo forzado a realizar, un medio, a fin de lograr satisfacer necesidades externas a lo laboral.

El vigor e incitación en la proliferación de estas ideas, más aún las comunistas o anarquistas, determinó la instauración de un verdadero sistema de previsibilidad, el cual fue propiciado por el canciller prusiano, Otto von Bismarck, a fin de prestar coberturas direccionada a los trabajadores efectivamente ocupados y cotizantes, estableciéndose beneficios en función del aporte y retribuciones del afiliado, vinculados con la actividad profesional que desarrollan, sus riesgos, siendo su objetivo inmediato la sustitución de los ingresos del trabajo que el individuo deja de obtener por causas que no le son imputables **(12)** y mediatamente, atenuar de dichos clamores.

Estos dos precedentes sentaron las bases para el advenimiento de la *Social Security Act* de los Estados Unidos, que estableció un sistema de subsidios, no muy pacíficamente aceptada por las políticas de economía clásica que allí imperaban y contrarias a la redistribución de la renta, garantizando, modestamente, en un principio, beneficiar a los ancianos y a los hijos menores de familias de escasos recursos.

Si bien nos alejamos un tanto de nuestra consigna, resultó necesario pasar revista por estos tres hitos incipientes especialmente en materia de seguridad social, para poder tenerlos en mente a lo hora de dimensionar el concepto de justicia social que se va desarrollando y qué sucesos lo fueron encuadrando.

II.3. Definiciones al respecto

Si bien este concepto se puede decir que encuentra su raigambre en las ideologías teleológicas, como una forma de generar cierto beneplácito con el prójimo y espacios de ayuda o asistencia mutua entre conciudadanos; como se vio, posteriormente ha sido adoptado por diferentes sistemas ideológicos, mayoritariamente llevados a cabo en los Estados, como una manera de hacer proliferar demandas sociales que, de no ser atendidas ponían en peligro la subsistencia de los poderes imperantes.

Sin embargo, existen posiciones divergentes relacionándola íntimamente con la llamada jus-

(8) Primordialmente, en la cuestión social.

(9) Posición desarrollada por el filósofo Baruch Spinoza,

(10) Período histórico que se genera entre la segunda mitad del S. XVIII y principios del XIX en Gran Bretaña y Europa Continental,

(11) GALBRATH, John K., "Historia de la Economía", p. 229.

(12) PAYÁ, Horacio F. (h.) — MARTÍN YÁNEZ, María Teresa, "Régimen de Jubilaciones y Pensiones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 3ª ed., t. I, p. 8.

ticia distributiva aristotélica que, con el devenir de los hechos sociales, insta a los estados a tomar una serie de medidas a fin de distribuir la renta lo más equitativamente posible (entiéndase como una conjunción entre la posición de la escuela ateniense con la significación de renta brindada postrevolución francesa e industrial).

Se puede aseverar también, adelantando la opinión, que hoy se ha transformado en un hiperónimo, ya que, engloba diversos conceptos o problemáticas múltiples, además, de heterogéneos a nivel institucional, como ser: igualdad social, igualdad de oportunidades, estado de bienestar, pobreza, resguardo de contingencias, incapacidades, discapacidades, distribución de la renta, como ya se citó, entre incontables otros; y subyace a él, una puja social de actores activos-empoderados **(13)**.

Para citar algunos autores que abordan el tema se puede decir que *giustiziasociale* o Justicia Social ha sido originariamente acuñado en el año 1840 por el sacerdote jesuita Luigi Taparelli D'Azeglio **(14)**. Allí enseña que la Justicia Social debe igualar de hecho a todos los hombres en lo tocante a los derechos de la humanidad **(15)**. Su pensamiento basado en el derecho natural supone una sociedad que crea necesidades más no las jerarquías que le son dadas, compuesta de un poder político con la obligación de cooperar con el bien común. La idea de comunidad tiene una simbología fuerte en su discurso, creando las bases de lo que luego, modernamente, se llamará sistema-comunidad internacional.

Si nos detenemos a pensar la época en la que Taparelli escribe y lo confrontamos con los sucesos históricamente acaecidos, conforme fuera relatado anteriormente, no parece resultar aislada ni muchos menos su posición. Como se ve, el concepto viene directamente de la mano de la aparición de desigualdades sociales que se hacen más evidentes con la llegada de la Revolución Industrial o creación de la sociedad de masas, como sujeto propio de derechos, entendiendo qué unidos mancomunadamente logra más objetivos que cada ser aislado persiguiendo su propio objetivo personal.

En 1861, el concepto lo adopta el filósofo, economista-político inglés John Stuart Mill quién termina por instaurarlo como un concepto clave para explicar diversas problemáticas sociales. Este autor, influenciado por Bentham, parte de la idea del utilitarismo hedonista, donde la felicidad es un bien intrínseco a la humanidad y esta tiende a la felicidad con acciones más o menos proclives a ella, siendo eficaces la que sí la consiguen.

Pero la primera definición concreta u organizada en un tomo es brindada por la Encíclica entre 1962-1965, considerando que "existe justicia social cual la sociedad posibilita que cada persona, asociación o pueblo, disponga de los medios necesarios según la naturaleza y condición, para poder desarrollarse plenamente; a esto se lo denomina bien común" **(16)**. Conllevando este último, tres elementos esenciales: respeto a la persona, bienestar social, desarrollo y paz (como estabilidad); considerando que la autoridad está llamada a garantizar la justicia social para la búsqueda del bien común.

Sin adelantarnos tanto a la cuestión, cabe resaltar que no escapa a esta autora, la utilización que se ha hecho muchas veces de este concepto, siendo destinado a solapar cuestiones de discriminación social inaceptables, posibilitando formas de intervención estatales que en vez de integrar aislaban parte de la sociedad en la medida de los fines que se perseguían, bajo el rótulo de admitir acciones proclives a mancomunar a todos en pos del bienestar general. Así fue adoptado por la socialdemocracia alemana (en el período 1933-1945) para garantizar derechos sociales que después justificaron acciones socialmente reprochables. Tampoco escapa la dificultad de conseguir los fines que se propone, que, como se dijo, son múltiples, más aún en países de los llamados tercermundistas o subdesarrollados, en los cuales distribución de la renta resulta acotada con la cantidad de demandas sociales a sol-

(13) Para ello, ver la publicación de la autora en la Revista El Derecho del día 07/05/2019 titulado: "Relaciones colectivas y seguridad social", ISSN 1666-8987, nro. 14.623, año LVII, ED 282, Buenos Aires, ps. 1-4.

(14) TAPARELLI D'AZQGLIO, Luigi, "Ensayo teórico del derecho natural apoyado en los hechos", Livorno, Italia, 1843.

(15) Ibidem nota 12, t. I, p. 355.

(16) "Encíclica Gaudium et Spes (alegría y esperanza)", emitida en el transcurso del Concilio Vaticano II (1962-1965) - Ref. (GS 26,1;74,1).

ventar, ceñido a la idea de la división internacional del trabajo que se convino post segunda guerra **(17)**. Esto no quita que no se persiga y sea considerado socialmente, como un prioritario fin, que necesita de medidas políticas estructurales para su consecución, teniendo, como eje o miras el bienestar general.

III. Derecho previsional

III.1. Reseña histórica

Ya se desarrolló anteriormente una breve reseña de lo acontecido en los albores de la previsión social, resta ahora develar lo transcurrido con posterioridad a esos hitos históricos.

No debemos pasar por alto, en primer lugar, las dos Guerras Mundiales, y los problemas sociales que trajeron aparejados para los países confrontados, como niños huérfanos, hambrunas, ciudades desbastadas, escasez de empleo, entre muchos otros; así como tampoco la crisis económico-mundial de 1930.

De estos sucesos mundiales, en Inglaterra deriva en 1940 que el entonces, ministro de trabajo, Ernest Bevin, le solicita a William Beveridge redacte una serie de recomendaciones en torno a las coberturas, sobre lo que él ya venía trabajando sin un hilo de especificidad y, a fin de proponer un modelo de reconstrucción social de país para el período posterior a la guerra. Su elaboración es lo que se ha dado en llamar *Informes Beveridge*. El Primero de 1942, denominado *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*, o "Informe al Parlamento acerca de la seguridad social y de las prestaciones que de ella se derivan", tuvo como objetivo la previsión de gran parte de las contingencias sociales (a saber, enfermedad, desempleo, jubilación, muerte, entre otras), pero más allá de ello recomendó que el sistema debía ser solventado por todos y para todos, garantizando situaciones básicas de vida por debajo de las cuales nadie inmerso en un contrato social, debiera existir **(18)**. El Segundo Informe de 1944, *Full Employment in a Free Society*, "Trabajo para todos en una sociedad libre", tuvo más que ver con una mirada economicista de la cuestión, siguiendo los lineamientos derivados de una lógica de economía keynesiana, a fin de garantizar un sistema de seguridad social eficaz y perdurable que indefectiblemente necesitaría una economía de pleno empleo.

Todo ello, hizo proliferar este derecho de la seguridad social, no por beneplácito estatal, sino como consecuencia, de las confrontaciones sociales, para paliar aún mayores, dado el activismo social que desplegaron los diferentes actores políticos empoderados (agrupaciones, sindicatos, actores colectivos, entre otros); sin embargo, en un principio este se desarrolló, como parte otro derecho que ya se encontraba en boga, el Laboral.

Tampoco debemos pasar por alto el Tratado de Versalles, tratado de paz qué, además de terminar oficialmente con el Estado de Guerra dispuesto por los países enfrentados en la Primera Guerra Mundial, funda antes la Organización Internacional del Trabajo [OIT **(19)**] el 11 de abril de 1919, como una manera de invitar a los países (y sus actores sociales) a resolver sus conflictos y diferencias ideológicas por medio del diálogo, la concertación, creando un organismo internacional denominado Confederación Internacional del Trabajo, encargada de canalizar las dicotomías atinentes al ámbito laboral a través de concilios, entendimiento, respeto mutuo y sobre todo diálogo, como ya se dijo. En cuanto a esto cabe destacar lo mencionado en la primera oración de su Preámbulo:

"Considerando que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social" **(20)**.

Más allá de todo ello, tema sobre el que volveremos más adelante y volviendo con la Seguridad Social, hay otros autores que la distancian de lo laboral, relacionándolo más con el derecho a la vida en que se funda, que tiene toda persona humana y se reconoce por su cualidad de trabaja-

(17) FERRER, Aldo, "De Cristóbal Colón a Internet: América Latina y la globalización", Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p. 87 (Colección popular).

(18) "Social Insurance and Allied Services", Reino Unido 1942, más conocido como Primer Informe Beveridge.

(19) Ó ILO (por sus siglas en inglés, International Labour Organization).

(20) Link de referencia: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907.

dor **(21)**. Según otros, el aporte activo de su trabajo a la sociedad es la justificación y la medida del requerimiento **(22)**. La medida del beneficio pues estará dada en función de desempeñar o no una actividad profesional y habitual **(23)**.

De todo ello, surge la relación que desde un primer momento han tenido el derecho del trabajo y el de la Seguridad Social, encontrándose esta última inmersa dentro de aquel por largo tiempo, tanto así, que incluso en nuestros días diversas universidades dictan ambas materias a la par, brindando prioridad al primero.

Razones no han faltado para que así ocurriera, por cuanto el derecho del trabajo analiza la relación laboral subordinada, y se erigieron a la vida del derecho muchas importantes instituciones de la Seguridad Social, lo hicieron como complemento del trabajo subordinado, referidas exclusivamente a los trabajadores dependientes **(24)**. Más allá, que contemplaba, como ya se dijo, otras contingencias no derivadas del trabajo, orfandad, vejez, muerte, etcétera.

Krotoschin, expresamente describe **(25)**: "En el principio de la seguridad social fue la crisis económica. En el principio del derecho del trabajo moderno fue la crisis espiritual y moral de una sociedad en transformación", concepto que no ha de ser seguramente muy compartido, ya que, el derecho del trabajo se originó en una crisis fundamentalmente económico-social, no por espiritualismos, utilizando la seguridad social, al igual que aquel, como instrumento a la economía. El mismo autor lo dice: "No puede hablarse seriamente de absorción (del derecho del trabajo por la seguridad social), sino a lo sumo de coincidencia de fines" **(26)**.

Otros autores han opinado que lo previsional forma parte del derecho económico **(27)** o del derecho social **(28)**. Esto se deriva principalmente, del art. 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **(29)**, posición que se sigue más precisamente en España.

Como se ve, el Derecho de la Seguridad Social comenzó a transitar sus primeros pasos de la mano de lo laboral, sin embargo, ya no existen dudas de su independencia y autonomía, más allá de que en muchas universidades se siga estudiando en forma solapada de aquel derecho al trabajador. Evidencia de todo ello, es la doctrina de los autores que en nuestro país se ha desplegado en este sentido desarrollando obras autónomas, bien diferenciadas de lo laboral, incluso antes de mediados del S. XX y más aún con la creación de tribunales específicos de Seguridad Social **(30)**, más contemporáneamente.

"Ya no existe duda de que la Seguridad Social no solamente ampara al trabajador en relación de dependencia, sino que tiende a amparar a toda la población" **(31)**. O sea, la Seguridad Social resguarda a todos, también al trabajador, pero en mayor medida se puede decir que ampara en general a los hombres en virtud de las contingencias que el transcurso de la vida los someta, qué, según el beneficio que se otorgue, se va a requerir encontrase o no trabajando. Ahora veamos, cómo la garantía de *in dubio pro operario* laboral, prospera en lo previsional como *in dubio pro iutitia socialis* y qué significancia adquiere.

III.2. Principio in dubio pro iutitia socialis

Adentrándonos directamente en este principio que nos convoca, es preciso determinar su raigambre y operatividad.

(21) MARTI BUFFIL, Carlos, "Derecho de Seguridad Social. Las prestaciones", Madrid, 1964, p. 22.

(22) ETALA, Juan José, "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 28.

(23) DUPEYROUX, Jean Jacques, «Securité Sociale», París, Dalloz, 1965, p. 31.

(24) Id. nota 14, p. 62.

(25) Citado por Etala en "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 64.

(26) Id. nota 14, p. 65.

(27) DE FERRARI, Francisco, "Los principios de la Seguridad Social", Montevideo, 1955, ps. 101-106. Citado por Etala en "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 67.

(28) STAFFORINI, Eduardo, "Derecho Procesal Social", Buenos Aires, 1955, p. 27. Citado por Etala en "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1966, p. 68.

(29) "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

(30) Ley 23.473, BO 15/12/1986.

(31) Id. nota 15, p. 67.

Para ello, corresponde acudir al Preámbulo de nuestra Carta Magna que, al delimitar su objeto, dispone:

"... [P]romover el bienestar general..." **(32)**.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal de la Nación al respecto ha sostenido:

"Desde antiguo este Tribunal ha sostenido que 'el objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad' [CS, Fallos: 289:430 **(33)**]. (CS, 'Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional', 04/09/2007, consid. 15, párr. 2º, del voto del Dr. Maqueda)".

Sin embargo, es la doctrina quien en mayor medida ha contribuido con su desarrollo. Así tenemos:

"Las desigualdades surgidas, como consecuencia de la aplicación de una ley previsional, no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" **(34)**.

"Resulta indiscutible que en caso de duda habrá que optar en virtud de la regla *pro homine*, a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos.

"De ello deviene una serie de principios que se aplican en los distintos ámbitos del derecho de fondo y el derecho procesal, tales como: *in dubio pro-reo, in dubio pro-operario, in dubio pro administrado, in dubio pro-legitimación, in dubio pro-vida del proceso, in dubio pro prueba*, etcétera **(35)**.

"La noción de dignidad humana o dignidad del ser humano ha hallado campo fértil en la jurisprudencia sobre Justicia social. En efecto, sería el principio de *in dubio pro justitia socialis* el que permitiría interpretar normas tales que se aseguren 'las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad'" **(36)**.

En igual sentido debemos citar las posiciones filosóficas al respecto que han sentado diferentes autores.

Así uno de los principales exponentes que no podemos pasar por alto en el tratamiento de este concepto es el de Rawls, que lo desarrolló a partir de pensarlo como una "discriminación positiva". Así este autor, al abordar una concepción igualitaria de la justicia, platea la existencia de dos principios en la posición original de la que parte **(37)**. Ellos son:

"Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

"Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos,

"b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos" **(38)**.

(32) Ley 24.430 "Constitución de la Nación Argentina".

(33) CS, autos "Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación", Buenos Aires, 13 de septiembre de 1974.

(34) SANTIAGO, Alfonso, "Bien Común y derecho Constitucional", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 204.

(35) GRILLO IRIDE, Isabel María, Id SAIJ: DACF040088, Buenos Aires, 2004, link de referencia: http://www.saij.gob.ar/iride-isabel-maria-grillo-derecho-tutela-judicial-efectiva-dacf040088-2004/123456789-0abc-defg8800-40fcanirtcod.

(36) SACRISTÁN, Estela, "El concepto de dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Prudentia Iuris, 84, Buenos Aires, 01/05/2017, ps. 41-72.

(37) RAWLS, John, "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de la Cultura Económica, México, 1979, 1ª reimp., FCE Argentina, Buenos Aires 1993 (Traducción de María D. González).

(38) Ibidem, p. 82.

Siguiendo esta línea el autor sintetiza que estos:

"[D]os principios (...) expresan una concepción igualitaria de la justicia (...)" **(39)**.

"... [Y], a fin de anticiparse a la posible objeción que una justicia así analizada conduce a una sociedad meritocrática, hace hincapié en:

"Primeramente podemos observar que el principio de la diferencia da algún valor a las consideraciones particularizadas por el principio de la compensación (...) Así, el principio sostiene que con objeto de tratar a igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dones naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad (...) Ahora bien el principio de la compensación no debe proponerse como el único criterio de la justicia, ni como el objetivo exclusivo del orden social, (...) sino ponderado en comparación con otros principios.

"El principio de la diferencia implica en definitiva que la distribución natural, no es ni justa, ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Estos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a estos hechos (...) En la justicia como imparcialidad los hombres convienen en aprovecharse de los accidentes de la naturaleza y de las circunstancias sociales, solo cuando el hacerlo sea para el beneficio común. Los dos principios son una manera equitativa de afrontar las arbitrariedades de la fortuna, y las instituciones que los satisfacen son justas, aunque en otros aspectos sean seguramente imperfectas" **(40)**.

"Este principio de la diferencia expresa una concepción de reciprocidad. Es un principio de beneficio mutuo (...) De aquí se deduce que se debe tratar de que los menos favorecidos tengan confianza en el sentido de su propia valía, lo cual limita las formas de jerarquía y los grados de desigualdad permitidos por la justicia (...) Estas observaciones deberán ser suficientes para delinear la concepción de la justicia social que expresan los dos principios para las instituciones" **(41)**.

Los comunitaristas realizan diversas críticas a las teorías de Rawls diciendo principalmente que no tiene en cuento los intereses sociales, como forma de bienestar general. Los neoliberales que no tiene los individuales que tiendan a la justicia con escasas intervención pública.

Amartya Sen, sostiene:

"El contrato social se negocia por medio de los intereses de una cantidad de grupos que no son parte directa del contrato, como los extranjeros, las generaciones futuras y la misma naturaleza" **(42)**.

Más contemporáneo a nuestra época la Dra. Sibylle Raasch, lo revisa como:

"Necesario proceso de aprendizaje colectivos por el que deben transitar las sociedades modernas a fin de paliar las discriminaciones que la vida en sociedad les presenta" **(43)**.

Así desarrollado, este principio resulta marcado por las épocas, los hechos históricos que iban delimitando dichos pensamientos, tanto de los que han aportado a su significación, como los que lo han criticado en unos u otros sentidos. En cuanto a ello un especializado en la materia ha destacado:

"Si asumimos que toda teoría ética se compone de dos partes, una teoría del bien —cuál es o cuáles son los bienes valiosos— y una teoría de lo que es correcto —qué es lo que debemos hacer—, el 'consecuencialismo' subordina la teoría de lo correcto a la teoría del bien: debe hacerse aquello que maximice el bien (en el caso del utilitarismo, debe maximizarse el bienestar general). El 'deontologismo', en cambio, considera que lo correcto es independiente de lo bueno y, más aún, considera que lo correcto tiene primacía sobre lo bueno" **(44)**.

(39) Idem, nota 37, p. 122.

(40) Idem, nota 37, ps. 123-125.

(41) Idem, nota 37, ps. 125-131.

(42) SEN, Amartya K. — NASSBAUM, Martha, "The Quality of Life", Clarendon Press, Oxford, 1993.

(43) SIBYLLE RAASCH, "Der EuGH zur Frauenquote, in: Kritische Justiz 4/1995", ps. 493-498; Optionale Arbeitszeiten statt Normalarbeitszeit, in: R. HOFFMANN — J. LAPEYRE (hg.), Arbeitszeit (en alemán), ob. a la sentencia del caso "Kalanke".

(44) GARGARELA, Roberto, "Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política", Ed. Paidós, México, p. 23.

Todos ellos, han contribuido al desarrollo de este principio que se encierra como una categoría *sui generis*, englobando diversas materias, alcances —hiperónimo— y siendo utilizado por defecto, o sea en virtud de la falencia de otros principios más estrictamente impuestos para resolver determinadas tesituras. Por ello, cuando uno lo aborda pareciera no estar hablando de nada y de todo a la vez, es la simpleza y la insistencia del lector en su desarrollo y abordaje, la que terminará posibilitando la comprensión de la magnitud de su significancia. Ahora bien, habiendo dejado todo esto dicho soy de la idea que si bien todas las aristas del derecho (y más aún las públicas) deben tender a él, es en la Seguridad Social donde están dadas las condiciones más proclives a su desarrollo y consecución de sus fines más específicos. Veamos ahora cómo se viene empleando en la actualidad.

II.3. Su vigencia y relación con la Previsión Social Argentina

Como se señaló en el punto I.1. la creación de la OIT fue el primer vestigio de la utilización, aplicabilidad, necesidad y reconocimiento pleno, de este principio a nivel internacional. Establecerlo ya desde su preámbulo devela la importancia dedicada por el organismo como la única posibilidad de arribar a la paz universal y permanente, determinándolo, como el primero y primordial cometido al que deberán tender los acuerdos tripartitos **(45)**.

El 11 de abril pasado se ha conmemorado el primer centenario de la creación de la OIT, principal atención se ha puesto a la historia de la justicia social, su vigencia y significancia como principal motor a seguir desarrollando para la concreción de los fines sociales, por la Organización. En su sitio web oficial se puede ver lo siguiente:

(46)

(45) Las principales dicotomías venían dadas por la relación capital y trabajo, por lo que la creación de la OIT, era a fin de pacificar estos ámbitos tan conflictivos, invitando principalmente al diálogo. Sin embargo, aquella incipiente organización debió atender cuestiones mucho más profundas que las laborales que ya se encontraban en boga, no viniendo a paliar dicha dicotomía sino, tender a la derivada de Desarrollo social vs. Capital, posibilitando la atención de necesidades muchos más extensivas que las meramente laborales. Aún hoy la OIT podría reivindicarse como una organización de justicia social, no obstando la importancia de todo lo aprehendido en su transcurso.

(46) En su página oficial, a saber: https://www.ilo.org/100/es/, la OIT celebra sus 100 años invitando a emprender un viaje virtual a través de su pasado, presente y futuro, haciendo especial hincapié en la justicia social. Imagen sacada del portal al que se hace referencia, con especial atención a "impulsar la justicia social". Se recomienda su consulta.

De ello se extrae que la OIT no lo configura como un concepto estanco, sino que lo vuelve dinámico en su desarrollo y, de sus aspiraciones deviene la idea de enrolar toda una serie de medidas tendientes a la consecución de sus fines que, en el caso de este organismo, será la conjunción de las fuerzas laborales, empresariales y estatales para el desarrollo del trabajo decente.

La ONU, asimismo, en el año 2007, estableció el día 20 de febrero como el Día Internacional de la Justicia Social, como forma de ser justos. Esto ya no solamente a nivel laboral sino, como un fin en sí mismo, para ser seriamente abordado y tomado en consideración por las sociedades contemporáneas.

El Dr. Maqueda, por el voto de la disidencia en el caso "Cahais, Rubén O. c. ANSeS s/ reajustes varios", recientemente ha sostenido:

"(...) [B]ajo la impronta de la justicia social, la Argentina otorgó jerarquía constitucional a los derechos sociales al reformar su Constitución Federal en 1949. A la luz de este valor comunitario, su texto sujetó el reconocimiento de los derechos sociales a dos principios señeros: por un lado, que la justicia social es un objetivo que se logra por etapas y que no admite retrocesos para avanzar hacia el perfeccionamiento del bienestar del hombre asegurando su dignidad; por el otro, que los derechos del trabajador alcanzan a la totalidad de los habitantes de la Nación (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1949, p. 312).

"Que, en este marco de reconocimiento de las reivindicaciones de las clases trabajadoras, la Constitución de 1949 incluyó un decálogo de derechos de la Ancianidad en el apart. 111 del art. 37: derecho a la asistencia, a la vivienda, a la alimentación, al vestido, al cuidado de la salud física, al cuidado de la salud moral, al esparcimiento, al trabajo, a la tranquilidad y al respeto.

"Al fundar la necesidad de dictar este artículo con el objeto de distribuir más justamente los beneficios del trabajo, Arturo Sampay advertía la necesidad de hacer frente a "la angustiosa ansia contemporánea por una sociedad en la que la dignidad del hombre sea defendida en forma completa. La experiencia del siglo pasado y de las primeras décadas del presente demostró que la libertad civil, la igualdad jurídica y los derechos políticos no llenan su cometido, si no son completados con reformas económicas y sociales que permitan al hombre aprovecharse de esas conquistas. Si se sume al hombre en la miseria, le resulta muy difícil la virtud, y si no cuenta con una economía estable que le dé seguridad para el mañana y confianza en el porvenir —el derecho a la seguridad social, como ahora se llama— pierde todo estímulo para ocuparse en la vida pública y está obligado a someterse a la voluntad de quien es económicamente más fuerte, con lo cual queda relegado al margen de la vida social" (Informe del despacho de la mayoría de la Comisión revisora de la Constitución —6— CSJ 928/2005 [41-C]/CSl R.O. Cahais, Rubén O. c ANSeS s/ reajustes varios. Opinión en el debate en general, cumplido por el Dr. Arturo-Enrique Sampay (8 de marzo de 1949), 'Las Constituciones de la Argentina [1810-1972]', Editorial Universitaria de Buenos Aires, t. 1, p. 494).

"Que, la Constitución reformada en 1957 se hizo eco de estas conquistas sociales al acuñar las normas que en el art. 14 bis establecen los derechos de la seguridad social en nuestro país. La idea fundamental que emerge de este texto —al reconocer la movilidad de las jubilaciones y pensiones— es la de procurar a los trabajadores un derecho a reclamar legítima e incuestionablemente al Estado los medios para atender a sus necesidades cuando en razón de su avanzada edad evidencien una disminución de su capacidad de ganancia.

"Que esta Corte no ha sido ajena a los conceptos que inspiran el constitucionalismo social: hace ya casi cuarenta años, señaló en el precedente 'Berçaitz' (CS, Fallos: 289:430) la jerarquía constitucional del principio *in dubio pro justitia socialis,* según el cual 'las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad'" **(47)**.

Concluye el magistrado, a fin de justificar la aplicación de la tasa activa publicada por el BCRA como una forma de compeler al estado

(47) CS, Fallos: 340:483. Sent. Def. del 18/04/2017.

a respetar los derechos previsionales históricamente negados por la aplicación del *principio in dubio pro iutitia socialis,* que:

"(...) [L]a aplicación de una tasa de interés inferior, como la pasiva —confirmada en 'Spitale' por este Tribunal—, constituye un incentivo para que persista la conducta disvaliosa de retardar la satisfacción plena de un reclamo de contenido vital y alimentario promovido por personas que transitan por una condición —de adultos mayores— que exige una solución con las características señaladas a los efectos de cumplir con los mandatos que la Constitución Nacional impone a las autoridades de la Nación respecto de los derechos de la seguridad social (arg. acordada 14/2014, punto 3º y CS, Fallos: 339:740)".

Por ello, si bien este principio ha sido principalmente desarrollado en forma pretoriana o jurisprudencial, no ha de obstar a ello lo establecido por nuestra Constitución Nacional en materia previsional en el art. 14 bis, ni en lo que respecta a la atribución de funciones del Congreso Nacional en su art. 75, inc. 19:

"19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con *justicia social".*

Así también, sus incs. 23 y 24:

"23. 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.

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

"24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Resultando exigible así este principio no solo por todo lo expuesto, sino por lo legal y expresamente establecido por los pactos internacionalmente celebrados que, al haberles reconocido jerarquía constitucional en el año 1994, adquieren fuerza supra legal. Así es pues el caso de las disposiciones de la OIT citadas y de lo que, en materia previsional, solo por dar otro ejemplo, incorpora el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

"Art. 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

Surgiendo de todo lo desarrollado la plena vigencia y exigibilidad de esta prerrogativa cada vez más reconocida y amparado por todo el campo jurídico-político social, no solo nacional, sino también el internacional.

IV. Conclusión

De todo lo expuesto, a modo de síntesis surgen las siguientes conclusiones en torno a la noción de justicia social:

1. Su desarrollo en el pensamiento filosófico está acotado por la relación que, de lo social se propenda a la justicia (y viceversa). Así como también, la medida en que los diferentes pensamientos han direccionado su desarrollo en uno u otro sentido marcado por los acontecimientos históricamente acaecidos y la intervención que los actores activamente empoderados han afirmado como luchas que tiendan al bienestar general.

2. La dificultad en su planteamiento y conceptualización deviene dada por lo que en este trabajo se describió como hiperónimo. Este concepto al encerrar múltiples cuestiones, multiculturalismo, integración, colaboración, acciones positivas, pro inclusivas, entre miles de temáticas y derechos que encierra, ejerce una clase de todo y nada. Esto no debiera resultar un obstáculo, ya que, muchas veces nos enfrentamos con desafíos similares en otras disciplinas. Sin embargo, justamente esta ambigüedad ha permitido su uso en el sentido de otorgar tanto como restringir de-

rechos sociales. Por ello, urge la reivindicación de la justicia social en nuestra época, tal como lo pregona la OIT haciendo de ella un concepto necesario, proclive ya no solamente al trabajo decente, que pueda implicar beneficios en sentido restrictivo del término, sino propenso a la paz universal.

3. Relacionado con lo anterior, su realización será tal en la medida que se desarrollen acciones tendientes o afines con el bienestar general. La no regresividad desempeñará un juego importante en la valoración de esos actos, configurando un límite a la imposición de aquellas poco tendientes al desarrollo social o ejerciendo barreras e imposibilitando el logro de las conquistas ya reconocidas.

4. Sus fines no serán otros que los tendientes a aportar los mayores beneficios para el mayor número de personas, proclives con la resolución de problemas socialmente coyunturales, o de base que al pacificarse logren establecer nuevos parámetros de luchas sociales por la conquista o pacificación de las anteriores.

5. Sin embargo, por utópicas que parezcan estas consignas, se podrá establecer índices que objetiven su despeño en determinado período espaciotemporal, donde la estratificación, desigualdad, accesibilidad al sistema social, información, etcétera, proporcionarán los datos necesarios que tiendan a los resultados que busquemos.

6. Por último, y como se dejó sentado a lo largo de todo el trabajo, si bien la política es un lugar importante desde el que deben partir sus tesituras, lo es en y con relación a la Seguridad Social. Los problemas inmersos en este concepto se instauran dentro del gran prisma de derechos atacados socialmente y que los Estados como tales se obligan nacional e internacionalmente a resolver. Desde una perspectiva más amplia tenida en miras de la Seguridad Social, se puede transitar a fin de atomizar diferentes alternativas con demandas y soluciones disímiles muchas veces entre sí que las tenidas en miras como una solución a nivel global que se detenga en verdades parciales que discriminen al resto priorizando unas sobre las otra en cuanto a su atención. Por ello, lo que en definitiva se propende y propone es tratar los derechos constitucionalmente reconocidos desde la perspectiva que se derivan, pero dentro de un conglomerado que permita crecer a todos a la vez, masiva y colectivamente, sin hacer derivar la prioridad de unos en desmedro de los otros (p. ej., no resulta aconsejable dar prioridad a resolver problemas de política económica en desmedro de resolver los atinentes al acceso a una vivienda digna, ambos de raigambre constitucional), siendo el canal para encauzarlos, integrarlos, correlacionarlos y direccionarlos la Seguridad Social con eje en la justicia social.

Por ello, los problemas sociales son atendibles desde la Seguridad Social, siendo sus competencias las más proclives a comprender la real dimensión de los conflictos generales que la justicia social le plantea; haciendo necesaria a la política, pero solo en la medida en que, habiendo analizado, estudiado los conceptos de la previsión social, su disciplina, objeto de estudio, prerrogativas y devenires históricamente acaecidos, se hace posible enfrentar los dilemas tan complejos que este hiperónimo nos plantea.

Representación de los menores en las audiencias de las comisiones médicas con motivo de la indemnización por fallecimiento del trabajador/ trabajadora (casos mortales)

Karina A. López (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Por qué corresponde el pago de la indemnización a los familiares del trabajador/trabajadora.— III. Evolución histórica de la indemnización por fallecimiento derivado de la contingencia laboral.— IV. El engranaje normativo y la protección de los intereses y el patrimonio de los menores.— V. La representación de los menores y la protección de sus intereses.— VI. La forma de pago de la cuota parte de la indemnización correspondiente a los menores.— VII. Conclusión.

I. Introducción

En el presente trabajo se pretende abordar la problemática que surge respecto de la participación de los menores en las audiencias del servicio de homologación de las comisiones médicas, como beneficiarios de la indemnización por fallecimiento del trabajador/trabajadora como consecuencia del accidente o enfermedad profesional (Casos mortales).

Este tema resulta de interés, dado que en la práctica está generando cierta polémica, tanto al momento de establecer quienes estarían en condiciones de representar a los menores en el proceso ante las comisiones médicas, como quienes estarían habilitados o no al momento del cobro de la indemnización convenida en la audiencia establecida por el art. 19 de la res. SRT 298/2017, reglamentario de la ley 27.348, así como la modalidad de dicho pago.

El abordaje de este tema será desde la óptica de la Ley de Riesgo del Trabajo, la Convención de los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y el Código Civil y Comercial de la Nación.

II. Por qué corresponde el pago de la indemnización a los familiares del trabajador/trabajadora

Es sabido que cuando se produce el deceso del trabajador/trabajadora como consecuencia de un infortunio laboral debe otorgarse una indemnización a sus derechohabientes, ello atento que es necesario compensar a la familia del trabaja-

(*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Sucesorio (UBA). Docente de CPO de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en los cursos de: "Alimentos a los hijos y la convención de los derechos del niño" y "Violencia de género y violencia familiar. Responsabilidad por daños".

dor, por el daño sufrido y el desequilibrio económico generado.

Asimismo, no debe perderse de vista que la principal obligación es la de prevenir el daño en la salud del trabajador/trabajadora, quien realiza su labor no siempre por gusto, sino que lo hace porque lo necesita, porque en realidad la gente trabaja para que le paguen por su tarea. En definitiva, el trabajador/trabajadora aporta a la relación laboral todo lo que tiene, es decir, ponen a disposición del empleador nada más ni nada menos que su persona, porque no puede separase la persona de su trabajo.

Es por esto que no puede dejarse de indemnizar a la familia del trabajador/trabajadora.

III. Evolución histórica de la indemnización por fallecimiento derivado de la contingencia laboral

Desde la primera ley regulatoria de los riesgos del trabajo sancionada a principio del siglo XX se preveía la reparación económica por el fallecimiento derivado de la actividad laboral, así lo menciona el art. 8º de la ley 9688 (Promulgada: el 21 de octubre de 1915), asimismo, determinaba que quienes debían recibir la indemnización legal eran los derechohabientes.

Luego de la modificación que sufriera la norma, se estableció en el mismo art. 8º que se considerarán derechohabientes, a los fines de esta ley, las personas enumeradas en el art. 38 de la ley 18.037 (t.o. 1976) y sus modificatorias, quienes concurrirán en el orden de prelación y condiciones allí señaladas. La mitad de la indemnización corresponde a la viuda o al viudo, si concurren hijos, nietos o padres del causante en las condiciones de las citadas disposiciones legales; la otra mitad se distribuirá entre estos por partes iguales, con excepción de los nietos, quienes percibirán en conjunto la parte de la indemnización a que hubiere tenido derecho el progenitor fallecido. A falta de hijos, nietos o padres, la totalidad de la indemnización corresponde a las personas enumeradas en el inc. 1º del art. 38 de la ley 18.037 (t.o. 1976) y sus modificatorias, según el caso.

Es decir, que la primigenia Ley de Riesgos del Trabajo ya remitía a la ley previsional para determinar quienes estaban facultados para reclamar el cobro.

A su vez el art. 9º de la ley 9688 establecía que la indemnización por fallecimiento del trabajador/trabajadora se entregaría a los causahabientes del accidentado fallecido, si fueran capaces y a los representantes necesarios del accidentado o sus derechohabientes, si fueren incapaces o aquel no tuviere cumplida la edad de dieciocho [18] años.

El artículo de la ley 24.028 (Promulgada: diciembre 5 de 1991) repitió la fórmula de su predecesora y agregó en el art. 11 sobre forma de pago que: "(...) En caso de fallecimiento del trabajador el pago de las indemnizaciones previstas en el inc. a) del art. 8º podrá ser hecho directamente a los causahabientes del trabajador, con intervención de la autoridad administrativa del trabajo".

La actual, aunque modificada, ley 24.557 sobre Riesgos del Trabajo refiere en su art. 18 que, los derechohabientes del trabajador accederán a la pensión por fallecimiento prevista en el régimen previsional al que estuviera afiliado el damnificado y a las prestaciones establecidas en el segundo párrafo del apart. 2º del art. 15 de esta ley, además, de la prevista en su art. 11, apartado cuarto. Es decir, que hacen una diferenciación entre los sistemas, por un lado, serán acreedores del beneficio que otorga la seguridad social y por el otro percibirán la indemnización regulada en el sistema laboral.

Asimismo, al momento de establecer quiénes serán considerados derechohabientes, lo hace, tal como sus predecesoras, remitiendo a la ley previsional, en este caso al art. 53 de la Ley 24.241, que, además, de enumerarlas, establece un orden de prelación y condiciones. Asimismo, la Ley de Riesgos del Trabajo introduce una ampliación en el límite de edad para los hijos, elevándola hasta los veinticinco [25] años en caso de tratarse de estudiantes a cargo exclusivo del trabajador fallecido. Y agrega el dec. 1278/2000 que en ausencia de las personas enumeradas en el art. 53, accederán los padres del trabajador en partes iguales; para el caso que hubiera fallecido uno de ellos, la prestación será percibida íntegramente por el otro. Si ambos padres hubiesen fallecido, la prestación corresponderá, en partes

iguales, a aquellos familiares del trabajador fallecido que acrediten haber estado a su cargo, a saber: a) los parientes por consanguinidad en línea descendente, sin límite de grado; b) los parientes por consanguinidad en línea ascendente, sin límite de grado; c) los parientes por consanguinidad en primera línea colateral hasta el tercer grado.

La res. conj. 590/1996 SAFJP y 184/1996 SRT Bs. As., del 28/08/1996, estableció que las Comisiones Médicas creadas por la ley 24.241 adecuaron su estructura de acuerdo con las nuevas funciones que les asigna el art. 50 de la ley 24.557.

Entre ellas, la relativa a la Tramitación de derechohabientes (art. 53):

a) Pensión por Fallecimiento. Derechohabientes.

La ley 24.241 establece en su art. 53 que la limitación de edad establecida en el inc. e) para revistar como derechohabientes (18 años), para hijos solteros, hijas solteras e hijas viudas, no rige si estos se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha del fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho [18] años de edad.

A la vez que determina que corresponde a las Comisiones Médicas dictaminar la incapacidad para el trabajo de los derechohabientes mencionados.

Para ello se realizará una "evaluación de incapacidad del derechohabiente" y se dictaminará la incapacidad del derechohabiente a la fecha de fallecimiento del afiliado, tal como lo establece la ley.

Se emitirá un dictamen el cual establecerá el porcentaje de disminución de su capacidad laborativa, no de invalidez, por lo tanto, no corresponde el uso de factores complementarios.

Atento que el beneficio que se otorga es distinto del Retiro por Invalidez, no incluye los tratamientos de rehabilitación psicofísica, recapacitación laboral y tratamiento médico de probada eficacia.

Este beneficio es de carácter definitivo, por lo cual no se citará nuevamente al beneficiario.

IV. El engranaje normativo y la protección de los intereses y el patrimonio de los menores

Que el tít. I de la Ley 27.348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos del Trabajo dispuso que la intervención de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales constituye la instancia única, con carácter obligatorio y excluyente de cualquier otra, para que el trabajador afectado, contando con el patrocinio letrado que garantice el debido proceso legal, solicite u homologue la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y el otorgamiento de las prestaciones dinerarias en forma previa a dar curso a cualquier acción judicial eventualmente promovida ante los tribunales locales, y fundada tanto en la ley 24.557 como en la opción por la vía del derecho civil que se encuentra contemplada en el art. 4º, parte final, de la ley 26.773.

En este orden de cosas se dictó la res. 298/2017, reglamentaria de la Ley 27.348 Complementaria de la Ley sobre Riesgos Del Trabajo. Dicha resolución establece en su art. 19 entre otros supuestos que cuando se produjese el fallecimiento del trabajador, y estuviese acreditada la condición de los derechohabientes, la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART), el Empleador Auto asegurado (EA) o el Empleador No Asegurado (ENA) podrán presentar ante el Servicio de Homologación de la Comisión Médica Jurisdiccional competente una propuesta de convenio a celebrarse con los derechohabientes del trabajador/trabajadora fallecido.

Hasta aquí tenemos normativa que corresponde a la esfera laboral pero que para complementarse remite a la norma previsional.

Tal como se mencionó al principio de esta redacción, el tema central de esta versa sobre la representación de los derechohabientes menores y la forma de pago de las indemnizaciones que les correspondieren atento su condición.

Ahora es el turno de dar intervención a la Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescente, publicada en el Boletín Oficial del 26/10/2005, la cual encuentra su fuente legislativa en la Convención sobre los Derechos del Niños, la cual goza de jerarquía constitucional, y cuyo finalidad es lograr que se lo tenga al menor como partícipe

de los procesos que lo afectan, para lo cual la ley prevé que contará con patrocinio letrado especializado, también conocido como abogado del niño, a fin de asegurar que sus intereses se encuentren resguardados, evitando de esta forma todo tipo de discriminación y perjuicio.

V. La representación de los menores y la protección de sus intereses

Teniendo como norte la protección de los intereses de los menores y atendiendo que en las audiencias que se celebran en el servicio de homologación de las comisiones médicas en las cuales son parte los menores, atento su calidad de derechohabientes, resulta interesante resaltar que en la actualidad ellos está siendo representados solo por el progenitor supérstite, o en caso de ausencia de este por el tutor, quien si bien se presenta con letrado patrocinante; porque así lo dispone la normativa vigente, dicho profesional sería patrocinante del progenitor y/o del tutor, mas no del menor.

En cuanto a los derechohabientes adolescentes, es decir, aquellos quienes cuentan con edad y grado de madurez suficiente como para ser parte del proceso, tal como lo describe el art. 25 del Cód. Civ. y Com., el cual distingue entre Menor de edad y adolescente. Determinando que es menor de edad la persona que no ha cumplido dieciocho años. Asimismo, refiere que este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Consecuentemente el articulado faculta a los menores que cuentan con edad y grado de madurez suficiente para ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, para lo cual deberán intervenir con asistencia letrada, ello de conformidad con el art. 26 del Cód. Civ. y Com.

Otro hipotético a considerar es el de los menores que título profesional habilitante. Puesto que en este caso la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización y tendrá la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión, aun así, seguirá siendo derechohabiente atento que la ley no distingue entre el hijo menor de edad que trabaja, del que no lo hace, a mayor abundamiento se transcribe el inciso correspondiente del art. 53 la ley 24.241, el cual establece que: En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho [18] años de edad. En este contexto y contrariamente a la habilitación que tienen para trabajar, administrar y disponer de los bienes que han adquirido con su trabajo, en la audiencia de acuerdo de las comisiones médicas, deberán estar representado por su representante legal y el abogado que este elija, en lugar de poder presentarse por derecho propio y con un abogado de su elección.

En este orden de comentarios, quisiera destacar que a su vez las Dras. Graciela Cristina Ignacio y Silvina Cerra, han puesto de manifiesto los siguientes conceptos, que refuerzan la importancia de la participación de los adolescentes acompañados por el correspondiente patrocinio letrado en los procesos judiciales o administrativos y trámites de mediación en los cuales se ven afectados sus intereses.

"Representación en procesos judiciales o administrativos y trámites de mediación. Como la actuación por derecho propio como parte en un juicio (incluidas la designación y remoción del abogado, y mediación previa) suponen el ejercicio de actos que son una especie dentro de los actos jurídicos en general (Palacio) se requiere una suficiente capacidad de obrar; la cual el menor no tiene hasta sus 13 años.

"La ley presume que el hijo adolescente (art. 25) cuenta con suficiente madurez para intervenir en el proceso junto con sus padres, o actuar solo con asistencia letrada con autorización de sus padres (art. 645, inc. d). Si uno de los padres no lo autoriza, podrá autorizarlo el juez contemplando el interés familiar y valorando la madurez del menor, sus motivaciones y que esté libre de presiones, mediante el trámite previsto especialmente por las normas procesales (arts. 780, CPCN y 818, Cód. Proc. Civ. y Com. Pcia. Bs. As.) (Zannoni - Mizrahi)".

Se considera que el adolescente tiene suficiente capacidad para intervenir directamente en procedimientos administrativos en defensa de propios derechos subjetivos e intereses (art. 3º, dec. 1759, regl. ley 19.554) sin autorización paterna ni dispensa supletoria (Gordillo). El menor de 16 años puede celebrar contrato de trabajo y actuar en juicio laboral en defensa de sus derechos (arts. 32 y 33, LCT) lo que comprende los trámites del SeCLO; y hacerse representar por mandatario cumpliendo las normas de protección de niños, niñas y adolescentes (art. 27, ley 26.061 y CDN).

Tampoco necesitará autorización paterna ni judicial supletoria para la defensa judicial de sus derechos vinculado al ejercicio de su profesión ni de los bienes que con sus frutos adquiera (art. 30), ni vinculada a los tratamientos de salud conforme su capacidad progresiva (art. 26) y estar su consentimiento como paciente, previo haber sido informado plena y adecuadamente por el médico que habrá de intervenir.

Considerando el derecho del niño a ser escuchado (art. 12.1, CDN) tiene derecho a un abogado que lo asista (art. 27, inc. c, ley 26.061) para proporcionarle asistencia y orientación jurídica. Se ha denominado "abogado del niño", y como figura diferente del Ministerio Público, puede recaer en el Defensor Oficial o ser designado por los padres o por el adolescente, según sus circunstancias. El derecho a asistencia letrada no se circunscribe solamente al caso de contraposición de intereses con sus padres (Rodríguez, Laura).

Los padres no podrán oponerse a su actuación cuando haya alcanzado la capacidad progresiva para ejercer derechos, si bien la tajante distinción por edades a veces resulta excesiva y a veces insuficiente (Borda)" **(1)**.

Por otra parte, las mentadas doctas distinguen que en el caso de los actos de administración es necesario contar con: "el consentimiento expreso de ambos progenitores y del hijo adolescente, esto es, aquel que haya cumplido 13 años. Esta participación del joven en el proceso en el que se involucra su persona y sus bienes no hace sino reafirmar su condición de sujeto de derecho, distinto de sus padres, y el ejercicio de su capacidad progresiva (arts. 5º y 12, CDN, y arts. 3º, 24 y 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)" **(2)**.

Los supuestos planteados si bien son a título ejemplificativo, ellos guardan sustento con una problemática tan actual como real, la cual surge cuando el representante legal del menor resulta ser un progenitor ausente, abandónico, que ha interrumpido voluntariamente la comunicación con sus hijos porque simplemente ha formado otra familia, del mismo modo podría tratarse de un progenitor violento quien ha visto interrumpido el régimen de comunicación con sus hijos, como consecuencia de una medida de restricción de acercamiento, como también podría tratarse de un deudor alimentario, entre muchos otros supuestos. ¿Entonces, ante estos posibles casos, cuál sería la garantía de que el progenitor pudiese estar velando por los intereses del menor?

Por otra parte, el Ministerio público tampoco estaría representando los intereses económicos de los menores en las instancias administrativas o pre judiciales, toda vez que, a diferencia de lo que ocurría en el Código Civil de Vélez Sarsfield, el art. 103 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, referido a la actuación del Ministerio Público, establece que la mentada actuación respecto de las personas menores de edad, los incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

Mientras que, para el ámbito extrajudicial, prevé que el Ministerio Público actúa solo ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

La Dra. Yuba describe en el comentario del art. 103 del Cód. Civ. y Com.:: "Los nuevos paradigmas en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, la noción de autonomía progresiva, el dictado de

(1) IGNACIO, Graciela C. — CERRA, Silvina, "Código Civil y Comercial de la Nación", Graciela Medina (dir.) — Julio C. Rivera — Mariano Esper (coord.), Ed. La Ley, 2014, ps. 1677-1678.

(2) IGNACIO, Graciela C. — CERRA, Silvina, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., p. 1691.

leyes nacionales como la ley 26.061 (Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), ley 26.579 (sobre Derechos de los Pacientes), ley 26.579 (Mayoría de Edad), ley 26.657 (Salud Mental), la sanción de la Convención de los Derechos del Niño y su incorporación, junto con otros tratados de Derechos Humanos en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 22 y 23), como el dictado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378) han tenido una recepción en el actual Código unificado, haciendo del mismo, tal como se expresa en los Fundamentos del Proyecto de la Comisión de Reformas, un Código de la Igualdad, para una sociedad multicultural, con vigencia del paradigma protectorio y no discriminatorio" **(3)**.

A la vez que esboza la siguiente reflexión: "Todo este escenario jurídico, que también venía siendo receptado por la jurisprudencia, influyó en la redacción del Código unificado (un código destinado a la persona en concreto, no en forma abstracta, con una tradición humanista), aludiendo a la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, a la importancia del derecho a ser oído del niño, niña o adolescente, o persona protegida o vulnerable, a que sea tenida en cuenta su opinión, según edad y grado de madurez, a la noción de autonomía y capacidad progresiva, como también a la incorporación del adolescente en dicho contexto eliminándose la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad, manteniéndose la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales en protección de las personas (Lorenzetti, Kemelmajer de Carlucci, Highton).

Y continúa diciendo: "En virtud del cambio operado a partir de la aplicación de los paradigmas mencionados, donde el niño, niña, adolescente, se erige como sujeto de derechos, se ha pasado del mecanismo de las 'capacidades' hacia el de la 'personalidad' (Plovanich) aludiendo al complejo de derechos que se le reconoce desde el ordenamiento jurídico al hombre, en cuanto persona desde una dimensión ética". De modo que la capacidad jurídica, es una consecuencia de la personalidad (Plovanich). Rivera sostiene: "En primer lugar resulta a todas luces evidente que todas las personas son titulares de ciertos derechos que no se limitan a la celebración de actos jurídicos para establecer relaciones jurídicas. Así todas las personas (niños, ancianos, discapacitados, aborígenes, mujeres, hombres, sin excepciones) gozan de los derechos que hacen a la dignidad de la persona y pueden hacer valer esos derechos frente a otros particulares y frente al Estado, quien asume incluso obligaciones para hacer eficaces las declaraciones programáticas del ordenamiento. Pero, además, se advierte que el ejercicio de tales derechos no requiere que el sujeto tenga una capacidad atribuida en función de la edad.

"En materia de actuación del Ministerio Público, existen también modificaciones como consecuencia de los cambios de paradigmas citados, que inciden no solo en cuestiones terminológicas, sino en la función y carácter del mismo" **(4)**.

Me permito citar un párrafo de este comentario de la doctrinara, en el cual refiere a la progresividad de las capacidades; "Nos referimos aquí a las personas con padecimientos mentales (art. 12, CDPD), a los niños, niñas y adolescentes, que según la edad y grado de madurez puede ejercer por sí actos permitidos por el ordenamiento jurídico, con el ejercicio del derecho a ser oído. Vemos como se interrelacionan los distintos artículos del Código en una lógica coherencia a fin de brindarle a los institutos regulados (responsabilidad parental, tutela, curatela) una aplicación práctica y concreta, acorde con la normativa nacional y constitucional. Esto importa el reconocimiento de las capacidades graduales, progresivas desde un enfoque de derechos humanos. Este enfoque implica tener una dimensión ética, con contenido relativo a la protección y a la promoción del derecho a la igualdad, dignidad, no discriminación, como también de los derechos económicos, sociales y culturales (derechos de segunda generación). Su fundamento (para su exigibilidad) lo encontramos no en mandatos morales, sino en obligaciones jurídicas, imperativas

(3) YUBA, Gabriela, "Código Civil y Comercial de la Nación", Graciela Medina (dir.) — Julio C. Rivera — Mariano Esper (coord.), Ed. La Ley, 2014, p. 353.

(4) YUBA, Gabriela, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., ps. 353-354.

y exigibles impuestas por los tratados internacionales de derechos humanos (Arcidiacono)" **(5)**.

En la misma dialéctica se refiere a la actuación del Ministerio Público, argumentando: "En virtud de los cambios de paradigmas operados en materia de derechos humanos y respecto de la persona desde una dimensión ética y social, junto con la vigencia de los tratados de derechos humanos incorporados en la Constitución Nacional (art. 75, incs. 22 y 23) y leyes 26.378, 26.061, se impuso una readecuación de la función o rol del Ministerio Público, distinguiendo en el Código unificado, las siguientes modificaciones (respecto del Código anterior): 4.1. Cambio de denominación. Nos referimos en la actualidad a Ministerio Público, en lugar de Ministerio de Menores. Como afirma Medina, una de las modificaciones del Proyecto, es el cambio de denominaciones en el ámbito de Derecho de Familia (si bien no resultan los más relevantes). Dicha denominación resultaría más abarcadora respecto de las personas con quien actúa dicho Ministerio: las personas menores de edad, y con capacidad restringida (Colef). 4.2. Se deja el concepto de 'representación promiscua', reemplazándolo por el de 'actuación complementaria'. El art. 103 dispone expresamente que la actuación del Ministerio Público puede ser en el ámbito judicial, complementaria o principal. Ello, con respecto a personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. La actuación será complementaria, solo en el ámbito judicial (Colef, Plovanich) en todos los procesos en el que estén involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. La falta de intervención del Ministerio Público causa la nulidad relativa del acto. Así, p. ej., en el art. 692, que indica la autorización judicial para disponer de los bienes del hijo, pudiendo ser declarados nulos los actos realizados sin autorización, si perjudican al hijo. En ese caso, es necesaria la intervención del Ministerio Público y su falta de actuación provocaría la nulidad relativa. También, la actuación del Ministerio Público puede ser principal: cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes, cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes y cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación (vinculado con el art. 111). Encontramos relación de esta norma, con el art. 661, inc. c) en cuanto a la legitimación para demandar al progenitor que no cumpla con la obligación alimentaria (pudiendo hacerlo de manera subsidiaria).

"De manera que, frente a los supuestos previstos por la norma, a fin de proteger los intereses y derechos de los representados, la actuación del Ministerio Público se erige en principal o directa.

"En cuanto al ámbito extrajudicial, el art. 103 dispone expresamente que el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos económicos sociales y culturales. Siendo estos derechos de segunda generación (salud, educación, vivienda) vitales en el desarrollo integral de las personas, resulta importante toda medida que tienda a la protección y efectividad de los mismos. Según Scherman, la tarea del Ministerio Público se ha visto influenciada fuertemente a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en la judicialización de los derechos sociales.

"Dado que muchos de los reclamos sobre esos derechos tramitan por vía de amparos judiciales, parte de la doctrina opina que si lo que se quería era reforzar la protección y facultar al Ministerio Público para realizar pedidos ante los organismos administrativos en representación del menor, debió haberse especificado de manera explícita (Plovanich). 4.3. Otro cambio que se advierte, según Colef, es la supresión de la función de asistencia en cabeza del asesor de menores (receptando aquí el carácter de sujeto de derechos de los niños, niñas y adolescentes) debiendo en consecuencia no asistir, sino garantizar el ejercicio y la protección de sus derechos conforme la doctrina de la protección integral" **(6)**.

Entiendo que dicha limitación encuentra fundamento en la intención de los legisladores de dinamizar los procesos, evitando dilaciones innecesarias.

Los legisladores al haber limitado las funciones del Ministerio Público han puesto en riesgo los intereses sociales, económicos y culturales de

(5) YUBA, Gabriela, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., p. 355.

(6) Idem, p. 357.

los menores, tal vez hayan actuado con las mejores de las intenciones, pero no en vano reza un dicho popular que el camino al infierno está lleno de buenas intenciones.

¿Dónde queda la garantía establecida por el art. 3º de la ley 26.061 que refiere nada más y nada menos que al *interés superior del niño*?

La Dra. Graciela Medina refiere en el comentario del tít. VII Sobre Responsabilidad Parental. Cap. 1 Principios Generales de la Responsabilidad Parental en el Código Civil y Comercial de la Nación: "Para determinar el "interés del niño" indefectiblemente se debe escuchar su opinión, ya que, en virtud de la "Convención de Derechos del Niño" que tiene jerarquía constitucional tiene derecho a ser oído" **(7)**.

Asimismo, la doctrinaria se manifiesta sobre el interés superior del menor diciendo: "El interés superior del menor supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el art. 5º de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o 'nivel de vida adecuado' (art. 27.1 de la Convención)" **(8)**.

VI. La forma de pago de la cuota parte de la indemnización correspondiente a los menores

En la actualidad las audiencias de acuerdo que se celebran en las comisiones médicas, los representantes legales suscriben el convenio con la Aseguradora por cuenta y orden de los menores derechohabientes, pero el pago correspondiente a los niños, niñas y adolescentes se realiza por medio de la consignación judicial, ello encuentra fundamento en la necesidad del organismo de proteger el patrimonio de los menores.

Dado que, si el pago se realizara de forma directa en manos de los progenitores, tal como lo indica el Código Civil y Comercial en el cap. 3 sobre Responsabilidad Parental: deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales, en el apart. f del art. 646, el cual determina que dentro de los deberes de los progenitores se encuentra el de representar y administrar el patrimonio del hijo, se correría el riesgo de que se produjese una confusión de patrimonios.

Si bien el art. 36 de la ley 24.557 establece que dentro de las funciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo se encuentra la de supervisar y controlar el funcionamiento de las ART, lo cual implica también la fiscalización de las prestaciones dinerarias, excede al organismo la posibilidad de fiscalizar cual es el destino que tuvieron las indemnizaciones cobradas y administradas de conformidad con lo normado en el art. 646, apart. f del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Si es que se cumplió con la debida administración y disposición de conformidad con lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación, tal como surge por ejemplo del art. 645, inc. e) que exige para los actos de administración el consentimiento expreso de ambos progenitores y del hijo adolescente, esto es, aquel que haya cumplido 13 años.

Esta participación del joven en el proceso en el que se involucra su persona y sus bienes no hace sino reafirmar su condición de sujeto de derecho, distinto de sus padres, y el ejercicio de su capacidad progresiva (arts. 5º y 12, CDN, y arts. 3º, 24 y 27 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes). Se prevé, en caso de falta de consentimiento, o imposibilidad para prestarlo por parte de los progenitores, la autorización judicial supletoria, el que deberá ser resuelto teniendo en miras el interés familiar (art. 645 *in fine*) **(9)**.

Por su parte el art. 692 refiere sobre los actos que necesitan autorización judicial, y dicta: "Se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo. Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo.

"Solo requieren autorización judicial los actos de disposición de los bienes de los hijos. El contenido de los actos de disposición se encuentra comprendido cualquier clase de bien (inmue-

(7) MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación", Graciela Medina (dir.) — Julio C. Rivera — Mariano Esper (coord.), Ed. La Ley, 2014, p. 1551.

(8) MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., p. 153.

(9) IGNACIO, Graciela C. — CERRA, Silvina, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., p. 1691.

bles, derechos, muebles, registrables o no, dinero). Subyace en estas disposiciones la idea de mantener intangible el capital del hijo, mientras dura su administración.

"Se trata de actos anulables, donde el legitimado para solicitarlo será el hijo, quien deberá acreditar el perjuicio que el acto le causa" **(10)**.

Asimismo, y atento la calidad que reviste la indemnización por fallecimiento como consecuencia del trabajo, entiendo que también sería aplicable el art. 697, sobre rentas, el cual establece: "Las rentas de los bienes del hijo corresponden a este. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Solo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez".

Es importante recordar: "El usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos consiste en el derecho de uso y goce de los bienes del hijo menor de edad, confiriéndoles a los padres el derecho de ingresar a su patrimonio el excedente de los frutos una vez cumplidas las cargas que lo gravan, y sin obligación de rendir cuentas".

Como sostienen, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, diversos son los fundamentos que sostienen esta institución. Para algunos es una compensación por los gastos efectuados en el cumplimiento de los deberes emergentes de la responsabilidad parental; para otros es el resultado de la conjugación del deber de administración los bienes de los hijos y el derecho de usar y gozar de estos; otros lo involucran con la solidaridad familiar, entendiendo que es un deber de todos los miembros de una familia contribuir a su sostén y bienestar común.

Esta figura entra en colisión con los derechos consagrados convencionalmente y de jerarquía constitucional, y fundamentalmente con el cambio de paradigma que implicó la irrupción de la CDN en los derechos de la infancia, considerando al niño como sujeto de derechos, diferentes de sus padres, con capacidad progresiva, que impone la satisfacción integral de su interés superior (entendido este como abarcativo de su aspecto personal y patrimonial). Como dice el Código en sus fundamentos "... si los hijos son sujetos de derecho diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos...".

En esta misma línea, y aún antes de la sanción del nuevo texto, se habían levantado voces en contra de la figura del usufructo de los padres, así Nora Lloveras y Marcelo Salomón, se expidieron sobre su inconstitucionalidad, aduciendo que el Código Civil, con el diseño legislativo del usufructo paterno materno, y en especial al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y los frutos de los bienes que pertenecen al hijo, vulnera la esencia misma del derecho patrimonial del menor. Como expresa la norma en comentario "el hijo es el sujeto titular del derecho a percibir las rentas que conforman su derecho de propiedad. Sin perjuicio de ello, de manera excepcional, se prevé expresamente la posibilidad de que sean utilizadas por sus padres con autorización judicial por razones fundadas y en beneficio del hijo. El hijo, cuya madurez la ley presume, podrá pedirles que rindan cuenta de su destino" **(11)**.

Entiendo que la solución hallada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en cuanto instituye la consignación judicial como forma de pago para con los pequeños derechohabientes haya correlato en la Convención sobre los Derechos del niño, aprobada por la ley 23.849, cuyo art. 4º establece que; los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole 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.

Porque como ya se mencionó anteriormente y aunque nos pese, no todos los padres velan por el bienestar de sus hijos.

(10) IGNACIO, Graciela C. — CERRA, Silvina, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., p. 1691.

(11) IGNACIO, Graciela C. — CERRA, Silvina, "Código Civil y Comercial de la Nación", ob. cit., ps. 1700-1701.

VII. Conclusión

Si bien es cierto, que aún no existe normativa procesal propia del sistema de riesgos del trabajo que determine de manera precisa como deberá probarse el carácter de derecho habiente que se pretende hacer valer, o la posibilidad de hacer partícipe a los menores teniendo en consideración su edad y madurez, los cuales deberían, además, contar patrocinio letrado, no es menos cierto que corresponde a los legisladores adecuar el marco normativo a los nuevos paradigmas, los cuales han sido receptados en el ámbito civil, pero no se han visto reflejado en la normativa laboral o de la seguridad social.

Asimismo, es importante destacar la solución alcanzada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo al haber establecido que la cuota parte de la indemnización acordada en el marco del procedimiento regulado en el art. 19 de la res. SRT 298/2017 reglamentaria de la ley 27.348; correspondiente a los derechohabientes menores deberá ser realizada por consignación judicial, por ser una medida tendiente a resguardar sus derechos económicos, tal como lo establece la Convención de los Derechos del Niño.

Comentarios Jurisprudenciales

REAJUSTE DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA

Omisión de tratamiento de los planteos del beneficiario previsional. Prestación compensatoria Aplicación de precedentes. Menoscabo del derecho de defensa

Con nota de Rafael E. Toledo Ríos

> La sentencia que ordenó el reajuste de la prestación compensatoria de acuerdo con las pautas del precedente "Elliff" —CS, Fallos. 332:1914, AR/ JUR/25048/2009— y dispuso que las retroactividades adeudadas debían ser abonadas desde noviembre de 2003, de conformidad con el art. 82 de la ley 18.037, es arbitraria, pues tanto el juez de grado como la alzada omitieron expedirse sobre el planteo, mantenido en todas las instancias, referente a la modificación de la fecha de adquisición del derecho y la inicial de pago, lo cual dejó a la actora sin respuesta sobre esa cuestión, redundando en un serio menoscabo de su derecho de defensa.

CS, 21/08/2020. - Moreno, Elsa C. c. ANSeS s/ reajustes varios.

[Cita on line: AR/JUR/33396/2020]

CSJ 987/2015/RH1

Buenos Aires, agosto 21 de 2020.

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la decisión de la instancia anterior que había ordenado el reajuste de la prestación compensatoria de acuerdo con las pautas del precedente de esta Corte "Elliff" (Fallos: 332:1914).

Asimismo, dispuso que las retroactividades adeudadas debían ser abonadas desde noviembre de 2003, de conformidad con lo previsto por el artículo 82 de la ley 18.037.

2°) Que, contra ese pronunciamiento, la actora dedujo recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja en examen. Sostiene que la sentencia es arbitraria, porque la alzada no ha tenido en cuenta las constancias de la causa 23.106/1998 que es relevante para decidir el período de retroactividades a abonar ya que en ella obra un reclamo anterior de 1998. Se agravia también de la falta de tratamiento de su planteo dirigido a obtener la modificación de la fecha de adquisición del derecho y la inicial de pago del beneficio, y con la correspondiente actualización e intereses del crédito que resulte a su favor.

3°) Que si bien los agravios de la apelante remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba que constituyen, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no son susceptibles de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no obsta a la habilitación de la vía federal cuando, como en el caso, el *a quo* prescindió de dar un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa (Fallos: 340:898 y sus citas) y omitió expedirse sobre una cuestión claramente introducida en la demanda.

4°) Que dicha situación es la que se verifica en autos. En efecto, tanto el juez de grado como la alzada omitieron expedirse sobre el planteo, mantenido en todas las instancias, referente a la modificación de las fechas de adquisición del derecho e inicial de pago, lo cual dejó a la actora sin respuesta sobre dicha cuestión, redundando en un serio menoscabo de su derecho de defensa.

5°) Que, en tales condiciones corresponde descalificar el pronunciamiento apelado con arreglo a la doctrina de esta corte en materia de omisión de pronunciamiento (Fallos: 313:1296; 314:737, entre otros), y ordenar el dictado de una nueva sentencia que atienda a los planteos omitidos.

6°) Que los restantes cuestionamientos, son inadmisibles (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Que el juez Lorenzetti suscribe la presente en la localidad de Rafaela, Provincia de Santa Fe, y el juez Rosatti lo hace en la localidad de Santa Fe, provincia homónima, en virtud de las medidas de aislamiento social preventivas dispuestas por las autoridades nacionales.

Por ello, el Tribunal resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar parcialmente procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en la presente. Costas por su orden. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, devuélvase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Horacio Rosatti.*

La Corte Suprema de Justicia y la "jurisdicción protectora de la Seguridad Social"

Rafael E. Toledo Ríos (*)

Iniciamos los comentarios sobre esta breve sentencia de nuestra Corte federal resaltando su aspecto esencialmente reparador, aunque parcial según veremos luego. Reparador de las consabidas deficiencias en las instancias ordinarias del fuero: extrema duración de los juicios previsionales, omisión de pronunciamiento sobre planteos de las partes.

Si bien se trata de un caso corriente de reajuste de haberes, resuelto conforme a estándares vigentes (doctrinas "Badaro", "Elliff"), su análisis nos permite evaluar la dimensión del perjuicio que esas deficiencias tan generalizadas causan a los litigantes previsionales. Asunto de gravedad e importancia mayor cuando hablamos del fuero de la Seguridad Social, típica jurisdicción protectora.

Veamos los hechos que interesan en punto a lo decidido en la instancia extraordinaria:

— La actora adquiere derecho a jubilación el *24/08/1998* bajo el régimen de la ley 24.241 (edad 60 años);

— en ese mismo *año 1998* presenta un reclamo de reajuste que nunca se tuvo en cuenta al fin interruptivo de prescripción (art. 82, ley 18.037);

— en *08/11/2005* presenta reclamo administrativo de reajuste que posteriormente la sentencia considera interruptivo, fijándose el *08/11/2003* como fecha inicial del retroactivo por prescripción bienal (cfr. art. 82 cit.);

— en *01/06/2006* interpone demanda (causa 20.271/2006);

— en *30/03/2012* se dicta sentencia de reajuste en 1ª instancia (casos "Badaro", "Elliff");

— en *19/09/2014* sentencia confirmatoria de Cámara;

— en *28/11/2017* mesa de entradas previsional de la Corte Suprema de Justicia (RHE);

— en *21/08/2020* sentencia revocatoria de la Corte nacional, ordenando emitir nueva sentencia atendiendo el planteo sobre fecha inicial de pago del reajuste y fecha de adquisición del derecho jubilatorio.

Las conclusiones a simple vista son realmente desalentadoras. La Sra. Elsa Moreno, jubilada en 1998 —actualmente mayor de 80 años—, solicita reajuste de su beneficio; luego de 22 años (conforme reclamo de 1998 admitido por la Corte) o 15 años (dando efecto interruptivo de prescripción al reclamo de 2005, como hicieron en 1ª y en 2ª Instancia), su expediente deberá volver a la Cámara para decidir sobre temas que quedaron sin analizar; con lo cual comienza un nuevo lapso de tramitación judicial de duración incierta, toda vez que la futura nueva sentencia podría eventualmente ser objeto de impugnaciones.

En resumen, 22 años de trámite, cobrando una jubilación desvalorizada, esperando el final defi-

(*) Abogado (UBA). Se desempeñó como abogado en el ex Instituto Municipal de Previsión Social de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, desde 1975 hasta 1994, ejerciendo libremente su profesión al mismo tiempo. Abogado asesor en la Administración del Fondo Compensador del Banco Ciudad de Buenos Aires, desde 1998 hasta su jubilación en 2012. Autor de numerosos artículos de doctrina y trabajos de investigación en la materia de Seguridad Social.

nitivo de su juicio —a lo que sumamos el tiempo de pago en ANSeS—, para recién, entonces, tener un ingreso mensual adecuado.

Conocemos el indiscutible estado de colapso del fuero de Seguridad Social y sus causas económicas e institucionales, cuestión muy analizada por doctrinarios, investigadores, periodistas especializados, y también en fallos judiciales **(1)**.

No obstante, o a pesar de ello, la sentencia dio un paso adelante, hizo aparecer la jurisdicción protectora de la Seguridad Social, cuyos principios y parámetros de origen constitucional y convencional —art. 14 bis; Tratados de Derechos Humanos, art. 75, inc. 22, CN— deben hacerse operativos en la mayor medida posible.

Porque en nuestro caso, no hay duda de que fue la Corte quien hizo ejerció la jurisdicción protectora, no los Tribunales especializados de la Seguridad Social, Juzgado y Sala de Cámara intervinientes que omitieron el tratamiento de un tema planteado por la actora ("mantenido en todas las instancias" v. consid. 4º).

Aquí está la actividad de la Corte como jurisdicción protectora, que repara el eventual daño patrimonial a la actora subsanando dicha omisión mediante la tradicional doctrina sobre arbitrariedad de sentencia por omisión de pronunciamiento. Especialmente subrayamos lo de función reparadora, porque siendo que la causa llega al alto Tribunal con cuestiones *prima facie* ajenas a la instancia extraordinaria, bien podría haberse rechazado la queja echando mano de los arts. 280 y 285, Cód. Proc. Civ. y Com. *Al decidir habilitar la vía y declarar procedente la queja de la jubilada, hizo lo que se debía hacer, actuando como jurisdicción protectora.*

La "jurisdicción protectora de la Seguridad Social" ha sido conceptualizada por la doctrina, distinguiéndola de las restantes funciones jurisdiccionales en el Estado de Derecho. Nos guía en esta materia la completa investigación de Luis René Herrero en "Jurisdicción Protectora de la Seguridad Social. Un imperativo convencional y constitucional incumplido" **(2)**, algunas de cuyas reflexiones y citas estimamos oportuno recordar:

"el juez de la seguridad social, fiel a su cometido constitucional de tercero imparcial e independiente (CN art. 18), jamás debería perder de vista —como innumerables veces sucede— que encarna en el proceso la jurisdicción protectora de fuente supra legal…".

"El juez de la seguridad social tampoco debería soslayar el segmento de la realidad peculiar en el cual desarrolla su faena, ni desatender la naturaleza urgente de la pretensión alimentaria objeto del proceso, a la que por mandato constitucional debe satisfacer en forma oportuna y plena en la sentencia, evitando en todo tiempo y circunstancia su menoscabo durante su transcurso, con el auxilio de las medidas asegurativas a su alcance".

"Debemos al jurista Adolfo A. Rivas la importante distinción entre estas dos modalidades de jurisdicción de linaje convencional y constitucional, asaz soslayadas por el legislador, la doctrina y la jurisprudencia nacional, a saber: jurisdicción protectora y jurisdicción dirimente".

"En ejercicio de la jurisdicción dirimente (p. ej., civil, patrimonial, comercial, contencioso ad-

(1) V. BORREGO, Stella Maris, "La litigiosidad previsional", RJP, 166, p. 399.La jurisprudencia reiteradamente alertó sobre el colapso del fuero; p. ej., los Jueces Herrero y Fernández en "Lovato, Guido P. c. ANSeS s/ reajustes varios" (exp. 72.875/2012), CFed. Seg. Social, sala 2ª, 23/12/2015: "a) la enorme 'litigiosidad' en el fuero de la seguridad social y la 'situación de atolladero institucional que padece el fuero de la seguridad social' (CS, Acordada 14/2014, consid. 3º); b) la inserción del actor en un grupo 'socialmente vulnerable' de preferente tutela jurídica, como es considerada la 'ancianidad' por la normativa convencional y constitucional. El primero de estos factores está fehacientemente documentado a través de numerosas acordadas y resoluciones de la Cámara Federal de la Seguridad Social, entre las cuales se destaca —por su actualidad— la acordada 1/2014 en la que advirtió el Alto Tribunal de la Nación que la misma 'se encuentra en una aguda crisis que lo pone en la imposibilidad de brindar el servicio de justicia que merece nuestra sociedad en materia de derechos alimentarios que hacen a la subsistencia misma' (v. consid. 11). En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciéndose eco de esta denuncia, señaló en el fallo 'Pedraza, Héctor H. c. ANSeS s/ acción de amparo' (sentencia del 6 de mayo de 2014): 'Que, frente al peligro cierto de desconocer la vigencia de los beneficios de la seguridad social a centenares de miles de jubilados, el Poder Judicial ve comprometida su misión de velar por la vigencia real y efectiva de la Constitución Federal' (v. consid. 11)".

(2) Publ. RJP, 148, p. 509.

ministrativa, etc.) el magistrado se limita a resolver un conflicto común, en el cual se enfrentan sujetos teóricamente iguales que no precisan tutela especial...".

"Cuando el juez practica la jurisdicción protectora —aclara Rivas— se coloca en posición de protector o asegurador de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, abandona —aunque no totalmente— la clásica posición de imparcialidad...".

"Esta 'jurisdicción protectora' se proyecta sobre conflictos entre sujetos desiguales o colocados en especiales situaciones en las que el orden jurídico impone brindar especial tutela. Por ejemplo, procesos de familia, alimentarios, de menores, interdictos, hábeas corpus, amparos. Se trata de una modalidad operatoria que motiva al juez a obrar con un sentido tuitivo, destinado a lograr la salvaguarda del derecho de la persona privilegiada por el orden jurídico".

"el juez de la seguridad social, ni bien toma contacto con una pretensión prestacional tendiente a restablecer —directa o indirectamente— la integridad de la 'unidad psicosomática de naturaleza biológica, social y familiar en la que consiste su titular', debe pasar necesariamente por la criba de esta realidad todos los instrumentos legales o judiciales que el Derecho Procesal le proporciona, desechando sin más cualquier ápice frustratorio que bajo el ropaje de tales mecanismos rituales, lesione, restrinja, altere o amenace —CN, art. 43— el derecho a demandar del acreedor social, lo ponga en peligro de sufrir un daño irreparable, o retarde la pronta obtención del objeto de la aludida pretensión prestacional".

"La 'medida' de sus decisiones jurisdiccionales, por lo demás, estará dada —a menos que descamine su faena— por la especificidad de la "unidad psico-somática de naturaleza biológica, social y familiar, en la cual consiste todo justiciable que litiga en el fuero de la seguridad social y que recurre a su auxilio en procura de restablecer su integridad psico-somática desbaratada por alguna contingencia biológica, patológica o económico social, a través de la pretensión prestacional deducida".

En su ensayo doctrinario "Jurisdicción protteccional auxiliadora o de acompañamiento" **(3)**, Herrero demuestra la necesaria e íntima vinculación entre la Jurisdicción Protectora y los derechos humanos que garantizan los Tratados Internacionales con rango constitucional por haber sido nuestro país signatario:

"Las pretensiones procesales sociales y alimentarias, como es sabido, se sustentan en derechos humanos fundamentales consagrados expresamente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 16), Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 22 y 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 9º, 11 y 12), Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 17 y 26), etcétera".

"Correlativamente, dichos documentos consagran la protección 'jurisdiccional' de estos derechos en procura de que se gocen y ejerciten en forma efectiva, sin descuidar, por cierto, el compromiso de los estados signatarios de garantizar el fiel cumplimiento de toda decisión jurisdiccional en que se haya declarado procedente la tutela judicial de tales derechos".

"La jurisdicción 'protectoria', de 'colaboración' o 'auxiliadora', como también la denomina Roberto O. Berizonce, consagrada por el referido bloque normativo convencional (toda vez que la 'dirimente' o 'civil' no se concibe para la protección diferenciada de estos derechos humanos fundamentales, aunque algunos de los cuales habitan físicamente su territorio), constituye su correlato sustantivo y secuencial, sin el cual todo vínculo entre ambos se desvanecería o directamente se extinguiría y los derechos humanos cuya tutela persigue este bloque, se convertirían en un rimero de quiméricos e irrealizables anhelos".

Con este sentido protector de personas y grupos vulnerables, como son por cierto los beneficiarios de la Seguridad Social y sujetos de derechos sociales, la Corte federal exhibe un importante y valioso historial de precedentes que siempre es conveniente recordar. Entre los más destacados:

(3) Publ. RJP, 142, p. 403.

— "Itzcovich" (celeridad en juicios previsionales);

— "Sánchez" (movilidad de jubilaciones y pensiones);

— "Badaro" (movilidad de jubilaciones y pensiones);

— "Elliff" (actualización de remuneraciones en cómputo jubilatorio);

— "Blanco" (actualización de remuneraciones en cómputo jubilatorio);

— "Villarreal" (devolución de aportes voluntarios a la capitalización);

— "Etchart" (equiparación de renta vitalicia con haber mínimo de ANSeS);

— "Deprati" (movilidad de ANSeS a la renta vitalicia);

— "Pedraza" (competencia de Cámaras Federales para evitar demoras);

— "García" (exención de impuesto a las ganancias sobre prestaciones previsionales);

— "Internas de la Unidad 31" (asignaciones familiares a madres y embarazadas en prisión);

— "Puig" (perspectiva de género en despidos laborales).

Sin embargo, hay otro aspecto de lo actuado por la Corte que no compartimos, relativo al factor tiempo. Hemos visto que la queja —denegación de recurso extraordinario— deducida por la actora ingresó al alto Tribunal en 28/11/2017, y la sentencia fue dictada a los tres años en 21/08/2020. A partir de allí se abren nuevos tiempos procesales: devolución de los autos **(4)**, dictado de sentencia, si no hay recurso extraordinario vuelven al Juzgado para la remisión a ANSeS, y por último el tiempo administrativo de liquidación y pago efectivo. Gran parte de estas futuras tramitaciones **(5)** se ahorrarían si la Corte en lugar de ordenar que vuelvan los autos al Tribunal de origen, se hubiese abocado directamente a resolver el fondo del tema, haciendo uso de las expresas facultades que le confiere el art. 16, 2ª parte, de la ley 48 "Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales":

"Art. 16.— En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón".

Hay antecedentes de este proceder del alto Tribunal (con la integración actual), precisamente un juicio de reajuste previsional en donde —al igual que nuestro caso— se debía reparar el excesivo tiempo burocrático, la omisión de pronunciamiento, los derechos alimentarios vulnerados **(6)**:

"5º) Que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se iniciaron las actuaciones y la naturaleza alimentaria de los derechos sobre los que la Cámara omitió pronunciarse, corresponde que esta Corte, haciendo uso de la facultad que confiere el art. 16, segunda parte, de la ley 48, se expida sobre el mérito del reclamo (CS, Fallos: 220:1107; 223:172; 240:356; 311:762 y 1003, entre otros; causa CSJ 95/2012 [48-K] CS1 'Kinderkegt, Hilda c. ANSeS s/ reajustes varios' —consid. 3º, sentencia del 11 de agosto de 2015); máxime cuando la cuestión no resulta novedosa, sino que cuenta con una jurisprudencia ya consolidada".

Entendemos que así se ejerce plenamente la jurisdicción protectora. De haberse resuelto ahora el tema pendiente tendríamos una decisión ejemplar, además de acortar los tiempos futuros. La Corte quedó a mitad de camino, por eso dijimos que la reparación es parcial.

Veinte y dos años de trámite es la duración de los reclamos iniciados por la actora en 1998, y todavía faltan etapas. Es evidente que esto no armoniza en absoluto con el ideario y los principios de la jurisdicción protectora.

(4) Al entrar en edición este trabajo —diciembre/2020— el expediente CSJ 987/2015 "Moreno, Elsa C. c. ANSeS s/ reajustes varios", AR/JUR/33396/2020.

(5) Estimando tiempos promedio de esas etapas, faltaran aproximadamente 2 años para el cobro.

(6) CS, "Meringer, Rita E. c. ANSeS s/ reajustes varios", expte. 135/13, sentencia del 21/02/2017 suscripta por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Rosatti, Rosenkrantz, AR/JUR/28838/2017.

SECRETO FISCAL

Requerimiento efectuado a la AFIP. Información sobre retenciones y giros que, en concepto de impuesto a las ganancias, se efectúan sobre prestación especial percibida por la ex Presidenta de la Nación y sobre pensión derivada de la asignación especial de su cónyuge. Datos de naturaleza económico-patrimonial. Supuesto alcanzado por el secreto fiscal.

Con nota de Julieta El Yar

1. — El requerimiento formulado a la AFIP para que informe todas las retenciones y giros que hubiera efectuado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias, tanto de la prestación especial que percibe la actora, en su calidad de ex Presidente de la Nación, como de la pensión derivada de la asignación especial que se le reconociera a su cónyuge, se encuentra tutelado por el secreto fiscal, pues la información solicitada reviste naturaleza económico-patrimonial, siendo que las citadas retenciones y giros se encuentran fatalmente ligadas al mismo gravamen a ingresar por la actora, constituyendo un pago a cuenta del mismo y siendo indicativos del monto de la obligación tributaria que finalmente pudiera liquidarse por el período en cuestión (del dictamen del Fiscal General que los Dres. Fasciolo y Milano hacen suyo en su voto)

2. — La decisión de considerar alcanzado por el secreto fiscal el requerimiento efectuado a la AFIP, a los efectos de que informe todas las retenciones y giros que hubiera practicado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias de las prestaciones previsionales percibidas por la actora, no obsta a que pueda reiterarse el pedido de informe en el supuesto en que la interesada brinde su conformidad expresa al respecto, dispensando de ese modo al organismo del deber de confidencialidad.

3. — La información solicitada a la AFIP en relación con todas las retenciones y giros que hubiera practicado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias tanto de la prestación especial que percibiera la actora, en su calidad de ex Presidente de la Nación, como de la pensión por ella obtenida, derivada de la asignación especial que se le reconociera, en su oportunidad, a su cónyuge, no se encuentra comprendida dentro de las excepciones al secreto fiscal previstas por el art. 101 de la ley 11.683, enunciación que es de naturaleza taxativa, no pudiendo ampliarse a supuestos que no sean expresamente indicados (del voto del Dr. Laclau).

CFed. Seg. Social, sala III, 14/02/2020. - F., C. E. c. Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ nulidad de acto administrativo.

[Cita on line: AR/JUR/171/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala IV, "Olivera, Gustavo Eduardo c. EN-AFIP s/ amparo ley 16.986", 12/12/2017, cita online: AR/JUR/97412/2017.

CONTEXTO DOCTRINARIO DEL FALLO

SPISSO, Rodolfo R., "El secreto fiscal", IMP - Práctica Profesional 2018-XXIX, 36; LA LEY, 2018-C, 1088.

COSTAS

Sin costas de la Alzada.

Dictamen del Fiscal General Subrogante

- I -

En ejercicio de la facultad de subrogancia reglamentada en el art. 5 de la ley 23.473, art. 11 de la ley 24.946, art. 60 de la ley 27.148 y Resolución MP N° 196/2018 del 03/09/2018 vengo a tomar la intervención conferida a este Ministerio Público Fiscal, a fs. 732.

- II -

La Señora Juez "*a quo*", a fs. 680, dictó una resolución mediante la cual dispuso la reiteración del libramiento de oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos, que fuera ordenado oportunamente, con fecha 25/03/2019.

El organismo previsional, a fs. 706/20, interpuso recurso de reposición contra tal resolución. A fs. 729 se desestimó tal remedio, concediéndose la apelación interpuesta en subsidio.

Elevadas las actuaciones a esta Alzada, a fs. 730, se requiere dictamen a esta Fiscalía General N° 1.

- III -

Al respecto destaco que, a fs. 651, se libró oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos, solicitando que informase todas las retenciones y giros que hubiera efectuado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias, tanto de la prestación especial que recibiera la actora, en su carácter de ex Presidente de la Nación, como de la pensión derivada de la asignación especial que se le reconociera a su cónyuge.

El organismo estatal, previo dictamen jurídico de fs. 675, presentó un informe a fs. 676. Allí, señaló que la información solicitada se encontraría amparada por el instituto del secreto fiscal previsto en el artículo 101 de la ley de rito tributario, no surgiendo del texto de la libranza que se hubiera dispensado al organismo del deber de confidencialidad allí previsto. No obstante ello, apuntó que de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, el detalle requerido resultaría pasible de ser suministrado en el supuesto de que la interesada brindase su conformidad expresa al respecto, en cuyo caso debería reiterarse la requisitoria.

Ello, motivó el dictado de la resolución de fs. 680, en la cual la judicante expresó que los datos en cuestión no se hallaban tutelados por el secreto fiscal, razón por la cual dispuso la reiteración del oficio. En apoyo de su decisión, expresó que "la información requerida a la Administración Federal de Ingresos Públicos se encuentra estrictamente relacionada con el objeto de la pretensión, ya que exclusivamente involucra las retenciones y giros efectuados por la demandada, respecto del impuesto a las ganancias y en su calidad de agente de retención, como consecuencia del pago de las prestaciones a las que se refieren los artículos 1 y 4 de la ley 24.018". No parece entonces razonable conferirles un encuadramiento dentro del concepto de —*"declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones—, en términos del artículo 101 de la ley 11.683".*

La Administración Federal de Ingresos Públicos, se presentó en la causa a fs. 706/20, cuestionando lo así resuelto.

Puntualiza que, si bien no se encuentra en la categoría de "legitimados primarios", a aquellos que intervenían en la *litis* haciendo valer un derecho de distinta naturaleza que el referido al objeto del proceso, les asistía la facultad de actuar como "legitimados secundarios" o también "partes incidentales" o "partes transitorias", situación procesal que en este supuesto ocuparía, por ser un tercero afectado por un pronunciamiento judicial. Por ello, considera que cuenta con suficiente aptitud procedimental para cuestionar lo resuelto en la causa.

Entre otras consideraciones, subraya que, de hacerse lugar a lo dispuesto por la Sra. Juez, se desoiría lo establecido en el art. 101 de la ley 11.683, la Disposición N° 98/09 AFIP (BO 03/03/2009) y el art. 5 inc. 1) de la Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326.

Alude, también, al principio de autodeclaración, conforme el cual es el contribuyente el que formula su propia declaración jurada en base a datos voluntariamente detallados por el obligado al pago y así, las facultades de contralor y fiscalización de tales declaraciones juradas constituyen la contracara de tal principio.

Explica que surgía evidente su legitimación para recurrir la providencia atacada, al ser el custodio de la información a la que alude el primer párrafo del art. 101 de la ley 11.683. Aduce que, de cumplirse la manda judicial, se infringiría la prohibición allí contenida, ya que —sostiene— no se configura en autos un supuesto de excepción, como sería una cuestión regida por el derecho de familia, la sustanciación de un legajo criminal o un proceso de índole contencioso tributario, en el que el Fisco Nacional, Provincial o Municipal resultase ser parte contraria a los intereses del accionado. Por tales razones, expresa que debe estarse al secreto fiscal instituido por dicha ley, con carácter de orden público.

Cuestiona, asimismo, la postura adoptada en la resolución que ataca, en cuanto a que la información requerida no se hallaba tutelada por el deber de confidencialidad que pesaba sobre el organismo fiscal, bajo el argumento que la misma revestía naturaleza económica patrimonial.

Refiere, además, a la Disposición N° 98/09 AFIP, en especial el Acápite 1 de su Anexo, en lo que hace al deber de confidencialidad y el art. 23 inc. 2) de la ley 23.526, considerándolo como una aplicación concreta de la previsión reglada por el art. 5, inc. 2) de dicho cuerpo legal, en cuanto posibilita el tratamiento de "datos personales" con fines de defensa nacional o seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o inteligencia, sin consentimiento de los afectados, limitándolo a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos".

- IV -

Efectuado el pertinente relato, a los fines de analizar la presentación efectuada, corresponde —en primer lugar— determinar el derecho que le asiste a la recurrente para interponer el recurso de apelación interpuesto en la causa.

En tal sentido, cabe apuntar que el tribunal de Alzada tiene la facultad de revisar la concesión del recurso, aún de oficio, tanto en cuanto a su procedencia, como en su forma y trámite (cfr., CNA, Contencioso Administrativo Federal, Sala V, en autos "Saavedra, Jorge O. c. E.N.; *id*., Sala IV, *in re,* "Álvarez, Carlos c. Ministerio de Economía"; CNACiv. y Com. Fed., Sala I, en autos "Hajilin, Juan Carlos c. CMV") (CFSS, Sala II, SI 76.894, del 19/08/2011, en autos "Alemandi, Mirta del Valle c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos").

En consecuencia, "la Alzada no queda en absoluto vinculada por la conformidad de los litigantes: examinar la procedencia formal de un recurso, si ha sido bien o mal concedido, o si los agravios son suficientes, es facultad propia del órgano de segunda instancia, que, según las circunstancias, puede o no poner en ejercicio lo que comprende, además, considerar la admisibilidad del recurso concedido por el *a quo*, examinar ... si el quejoso tiene la calidad de parte legítima..., siendo este examen oficioso" (Cámara Nac. Apelaciones en lo Civil, Sala J, *in re:* "AFIP c. García del Río s/ ejecución", Expte. N° 37.528/05, del 12/02/2007, Cámara Nac. Apelaciones en lo Civil, *idem*, "Glaubart, Guillermo en autos: "Genoud, Ricardo O. y otros c. Armando Arjjomil y otros s/ prescripción adquisitiva", Expte. N° 62.437/09, del 10/06/2019, entre muchos otros).

En el supuesto que nos convoca, se impone evaluar si se hallan configurados en la causa los recaudos procesales necesarios para conceder a la Administración Federal de Ingresos Públicos la legitimación necesaria para interponer un recurso de apelación en la causa, así como la existencia de gravamen suficiente, en los términos del art. 242 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que en el caso en estudio consistiría en la circunstancia de que al contestarse el informe requerido judicialmente, se vería afectado el principio de secreto fiscal instituido en la ley 11.683.

A tales fines, cabe destacar que si bien —en principio— los facultados para deducir un recurso son aquellos que revisten la condición de partes (o de representantes voluntarios o necesarios de éstas) (Palacio, L., "Derecho Procesal Civil, Tomo V, p. 84; *id*, Colombo, Cód. 1975, I, p. 400), resulta necesario remarcar que además, se ha entendido que "sólo se puede recurrir si existe gravamen o interés y sólo se tendrá legitimación en materia de recursos, si la resolución del juez en primera instancia ocasiona consecuencias desfavorables a quien pretende interponer el recurso. Si se presenta el gravamen como un presupuesto de todo recurso, imprescindible para acceder a la fase de impugnación, indirectamente nos están mostrando que sólo aquellos sujetos que lo padecen pueden intervenir en la misma y, por lo tanto, estarán legitimados para realizar las actividades propias de esta fase procesal (Fenech, "Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo", Ed. Aguilar, 1956, Madrid, ps. 3521 y 3522; Pairen Guillén, V.: "Doctrina general de los medios de impugnación...", ob. cit., p. 282; De la Plaza, M.: Derecho procesal civil español, ob. cit., V.I., p. 646 y VII, ps. 748 y 753; Cortés Domínguez, V.: La prueba en segunda instancia, ob. cit., p. 245 y ss.: "El gravamen es la condición legitimante del derecho al recurso"; Cordón Moreno, F.: "Proceso civil de declaración, ed. Aranzadi", 1996, p. 317. En el mismo sentido, Garberí Llobregat, J. (con otros): "Los recursos en el proceso civil", ob. cit., ps. 151 a 154; Gisbert Pomata, M.: "Tratado de la apelación civil...", ob. cit., ps. 186 y 187, entre otros).

Por su lado, Falcón apunta que no es razón suficiente para denegar el recurso de apelación la circunstancia de que el juez considere que el recurrente no reviste la calidad de parte "Código Procesal Civil y Comercial comentado", Tomo II, p. 377, nota 11, (Cód. Civil, Sala F, JA, 1977-1, sínt.). Se expresó también, que correspondía otorgarles tal facultad a quienes, pese a la circunstancia de no haber sido citados ni participado en el proceso, sufren un perjuicio de hecho o de derecho a raíz del contenido de la sentencia dictada en aquél (cfr. Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1991, 1991, Quinta reimpresión, Tomo III, ps. 266 y ss.).

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, admitió la procedencia del recurso extraordinario como medio de proteger a quienes, sin haber sido parte de un proceso, vean afectados sus derechos con motivo de la sentencia dictada en él, con fundamento en la garantía constitucional de la defensa en juicio (Palacio, L. op. cit., p. 271) y, por otro lado, que "el hecho de que un individuo no sea parte en un proceso no impide la procedencia del recurso de apelación, si la decisión que ataca lo afecta personal, jurídica y patrimonialmente" (Cámara Nac. Apelaciones en lo Comercial, Sala D, "Banco Juncal Coop. Ltdo. c. Dolitex SA s/ ord., del 02/07/1990").

En esta tesitura, se ha sostenido que se encuentran legitimados para recurrir, las partes incidentales, que son aquellas que hacen valer en el proceso un derecho distinto al que constituya su objeto principal ("Legitimación e interés para recurrir", por Carlos Raúl Ponce, 1988, Tomo ED, N° 128, p. 906, Universitas SRL).

A partir de lo dicho, estimo que la AFIP se encuentra habilitada para recurrir la resolución dictada en la anterior instancia, por entender que la resolución de la Sra. Jueza *a quo* le causa un gravamen, al exigirle cumplir con una manda que, interpreta, es contraria a su obligación de mantener el secreto fiscal que ordena la ley, y del cual es su guardián.

- V -

Corresponde abocarse, entonces, al análisis del instituto del secreto fiscal. Al respecto, cabe efectuar las siguientes consideraciones: El art. 101 de la ley 11.683, ampara como secretos a "las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) y en los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones". Dicho articulado estipula, además, que "Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros".

Sobre el tema, la doctrina ha puntualizado que la protección de ese contenido abarca el ámbito de la administración pública como también el del judicial, en el fuero específico de competencia tributaria, habida cuenta de que la información no puede ser admitida como prueba en juicio (con excepción de causas de familia y procesos criminales) y siempre que no revele información de terceros ajenos al juicio.

En consonancia con ello, la disposición N° 98/09 de AFIP sobre publicación y/o difusión de información amparada por el secreto fiscal establece restricciones en el ámbito judicial. Estas normas, obligan a los participantes estatales de ambos sistemas (administrativo y judicial) a conservar el "más absoluto secreto" de la información protegida a la que acceden, limitando la posibilidad de difusión a los superiores jerárquicos (administrativos y/o judiciales) impidiendo expresamente la divulgación a terceros e incluso al mismo interesado. Finalmente, la norma establece que el secreto no regirá en distintos supuestos y bajo ciertas condiciones como ocurre con información compartida con organismos recaudadores nacionales, provinciales o municipales.

La doctrina y jurisprudencia coinciden (conf. Germán Bidart Campos, "Manual de Derecho Constitucional Argentino", ps. 204 y 205, EDIAR, 1972 y "C. A. c. P. L. R. s/ alimentos. CNCiv., Sala M, 28/08/2013, IJ-LXIX345") en que "el instituto del secreto fiscal es una disposición operativa de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, que reglamenta en el campo del derecho tributario, el derecho subjetivo constitucional de la libertad jurídica, precepto que tutela tanto la libertad física como la libertad de intimidad", ámbito que merece especial protección constitucional al excluir a terceros de aspectos privados de la vida de las personas (conf. Humberto Quiroga Lavié, "Constitución de la Nación Argentina Comentada").

Asimismo, se debe poner de resalto que desde antiguo el Alto Tribunal Nacional sostuvo que el sentido de la previsión consagrada en el actual art. 101 de la ley 11.683 es llevar tranquilidad al ánimo del contribuyente, con la ineludible consecuencia de que cualquier manifestación que se formule ante la DGI será secreta. Se trata, pues, de la seguridad jurídica como medio decisivo establecido por el legislador para facilitar la adecuada percepción de la renta pública (Fallos: 237:355: 248:627; 250:530; 331:2305 y más recientemente Fallos: 335:1417).

Aunque excede el marco estrictamente tributario, resulta complementario de lo expuesto en relación al secreto fiscal y las garantías de su conservación en un ámbito que excluya a terceros no autorizados, resaltar el rol que cumple la ley N° 25.326 de Protección de Datos Personales, en especial lo normado por los arts. 9 y 10, que además de establecer principios generales para la seguridad de los datos y el deber de confidencialidad tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados. Con esa protección se pretende "garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas", entendiendo que esa protección se extiende a aquellos datos que posibiliten la identificación de personas (conf. Mario Masciotra. "La información tributaria tutelada por la ley de protección de datos personales". www.infojus.gov.ar Id. Infojus) ("El secreto fiscal y su vulnerabilidad en expedientes digitalizados (Acordada nro. 03/2015 CSJN)", publicado en elDial.com.

Así las cosas, se impone dilucidar si el requerimiento formulado a la Administración Federal de Ingresos Públicos en las presentes actuaciones, en donde se solicitó que se informara —es dable reiterarlo— "todas las retenciones y giros que hubiera efectuado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias, tanto de la prestación especial que recibiera la actora, Dra. Cristina Elisabet Fernández, como ex Presidente de la Nación, así como de aquella pensión derivada de la asignación especial que se le reconociera al Dr. Néstor Carlos Kirchner", ameritaría ser eximida del instituto del secreto fiscal.

De acuerdo con la letra del articulado referido, estimo que le asiste razón a la recurrente. Así lo pienso, desde que la información solicitada, tal como lo bien lo explica el Fisco apelante, reviste naturaleza económico patrimonial, siendo que las retenciones y giros practicados referentes al impuesto a las ganancias se encuentran fatalmente ligadas al mismo gravamen a ingresar por la actora, constituyendo un pago a cuenta del mismo, siendo indicativos del monto de la obligación tributaria que, finalmente, pudiera liquidarse por el período en cuestión (ver, en ese sentido Héctor B. Villegas, "Curso de finanzas, derecho financiero y tributario" 5ª edición ampliada y actualizada; Ed. Depalma, página 562, Bs. As. 1994).

Asimismo, el supuesto que ahora nos ocupa no puede enmarcarse en ninguna de las excepciones del articulado citado, circunstancia que veda la posibilidad de acceder a la información requerida (ver en ese sentido, sentencia en la causa 28.961/14 "Yanni, Alfredo J. c. Bacigalupo, Carlos E. y otro s/ ordinario" de fecha 28/02/2019, Cámara Nac. en lo Com., Sala B; en el mismo sentido, sentencia en la causa 6998/14 Janowski, Dafne c. All Cargo SA s/ ordinario de fecha 12/07/2018, Cámara Nac. en lo Com., Sala F; entre otros).

Cabe precisar, por último, que es uniforme la jurisprudencia en cuanto a que la lógica de la norma citada impone adoptar una postura restrictiva de modo tal que, en caso de duda, debe preferirse el mantenimiento del secreto fiscal, sin forzar la interpretación respecto de las excepciones allí previstas (cfme. sentencia de fecha 05/06/2012 en la causa "Transportes Perpen SA s/ quiebra c. Ernesto Perpen y otros s/ acción de responsabilidad", Cámara Nac. en lo Com., Sala B, en el mismo sentido sentencia de fecha 07/03/2002 en la causa "Morfa SA c. Piegari, Marcelo H. s/ ordinario s/ cuaderno de prueba de la actora, mismo Tribunal de Alzada, Sala A y sentencia en causa 15.303/06/4 "Redlojo Entretainment SA s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito de AFIP" de fecha 14/12/2016, Cámara Nac. en lo Comercial, Sala B.

En virtud de lo expuesto, considero que corresponde revocar lo decidido en la anterior instancia. Téngase por evacuada la vista conferida. Fiscalía N° 1: 2 de diciembre de 2019. — *Juan Carlos Paulucci (h.).*

2ª Instancia. — Buenos Aires, 14 de febrero de 2020.

El doctor *Fasciolo* dijo:

I. Una vez firme la sentencia interlocutoria de fs. 636/637 dictada por este Tribunal el 22/08/2018, las actuaciones volvieron al juzgado N° 10, que a fs. 644 proveyó a las pruebas ofrecidas por las partes y, en lo que aquí interesa, ordenó el libramiento de oficio al AFIP solicitado por la demandada, requiriéndole informe todas las retenciones y giros que hubiera efectuado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias de las prestaciones percibidas por la actora sobre las que versa el litigio (ver fs. 651).

Ante la reticencia de la oficiada a responder expresada a fs. 675/676 con invocación del secreto fiscal art. 101 de la Ley de Rito Tributario y la insistencia de la demandada de fs. 679, la Sra. Juez *a quo* dispuso a fs. 680 reiterar el pedido considerando que los datos requeridos "no se encuentran tutelados por el secreto fiscal".

Contra lo dispuesto se dirige el recurso de apelación deducido por AFIP a fs. 706/720 (en subsidio del de reposición que fue rechazado a fs. 729), invocando la condición de "legitimado secundario", "parte incidental" o "parte transitoria", por el que se alza contra lo resuelto.

II. Que, en atención a las muy particulares circunstancias del caso, comparto y hago míos los términos y conclusiones del dictamen N° 41523 del 02/12/2019 del Sr. Fiscal Subrogante a cargo de la F.G. 1, que doy por reproducidos como fundamento de mi voto por razones de economía procesal, del que se acompañará copia con la notificación a librarse, por el que se propicia declarar formalmente admisible el recurso deducido y revocar lo decido.

Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento he de agregar que la decisión que propicio adoptar no obsta a que pueda reiterarse el pedido de informe en el supuesto que la interesada (que no tuvo reparo alguno en acompañar juntamente con la demanda constancias de los descuentos practicados por impuesto a las ganancias con la documentación de fs. 157, 158, 159 y 162) brindase su conformidad expresa al respecto, dispensando de ese modo al organismo del deber de confidencialidad.

Por lo expuesto y de conformidad con lo opinado por el Ministerio Público a fs. 734/737, corresponde declarar formalmente admisible el recurso deducido, hacer lugar al mismo, revocar lo decidido a fs. 680 y devolver las actuaciones al juzgado de origen a sus efectos. Sin costas en la alzada (art. 68 segundo párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Milano* dijo:

Atento las particulares circunstancias del caso, adhiero a las conclusiones a que arriba el colega preopinante.

El doctor *Laclau* dijo:

En las presentes actuaciones, la *a quo*, al disponer, a fs. 644, proveer las pruebas ofrecidas por las partes, ordenó librar oficio a la AFIP a fin de que informe todas las retenciones y giros que hubiera efectuado el Ministerio de Desarrollo Social respecto del impuesto a las ganancias tanto de la prestación especial que recibiera la actora, Dra. Cristina Elisabet Fernández, en su calidad de ex - Presidenta de la Nación, como de la pensión por ella obtenida, derivada de la asignación especial que se le reconociera, en su oportunidad, al Dr. Néstor Carlos Kirchner.

A fs. 676, la AFIP contesta expresando que la información solicitada se encontraría amparada por el secreto fiscal previsto en el art. 101 de la Ley de Rito Tributario, no surgiendo del texto de la libranza que se hubiese dispensado al organismo recaudador del deber de confidencialidad allí previsto. Ante ello, la *a quo*, a fs. 680, entendiendo que los datos peticionados no se encuentran tutelados por el secreto fiscal, dispuso que se reitere el oficio pidiendo a la AFIP que suministre los datos de marras.

Contra esta última decisión apela la AFIP, a fs. 706/719, siendo concedido tal recurso a fs. 729.

Ante todo, cumple destacar que anteriormente, en mi voto incluido en la sentencia obrante a fs. 636/637 de autos, consideré que la procedencia o no de la retención por impuesto a las ganancias de sumas correspondientes al haber de la actora tratábase de una materia impositiva que, en cuanto tal, excedía el ámbito de la seguridad social y pasaba a ser competencia, a nivel judicial, del Fuero Contencioso Administrativo Federal; advirtiendo, en esa ocasión que la ANSES actuaba como agente de retención, por lo cual esos reclamos debían iniciarse ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, dentro de un procedimiento específicamente normado por la Ley 11.683 y sus posteriores modificaciones. No obstante ello, el voto mayoritariamente de mis colegas consideró que nuestro fuero encontrábase habilitado para el tratamiento de la cuestión, razón por la cual, al haber quedado firme tal pronunciamiento y más allá de las objeciones que me provoca el temperamento adoptado, paso a considerar el diferendo que, sobre el tema, se ha suscitado en autos.

El art. 101 de la Ley 11.683 prescribe que "las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presenten a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones son secretos"; y, más adelante, la misma norma establece que "las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquellos se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros". Resulta evidente que el caso que nos ocupa no se encuentra incluido en ninguna de las apuntadas excepciones. A mayor abundamiento, ha de considerarse que la enunciación de esas excepciones es de naturaleza taxativa, no pudiendo ampliarse la misma a supuestos que no sean los expresamente indicados.

Consecuente con lo afirmado, la Procuración del Tesoro de la Nación, en sus dictámenes del 2 de noviembre de 2000 y del 13 de marzo de 2003, ha sostenido que la interpretación de las excepciones al deber de confidencia ha de ser de alcance restrictivo. En tal sentido, la Disposición N° 98/2009 de la AFIP no deja de consignar que "toda información de contenido económico patrimonial referida a contribuyentes o responsables obrante en esta Administración Federal, obtenida en el marco de la Ley 11.683, texto ordenado de 1998 y sus modificaciones, se encuentra amparada por el instituto del secreto fiscal contemplado en el art. 101 del citado texto legal. Salvo las excepciones taxativamente previstas en este Anexo, se resolverá negativamente todo requerimiento que involucre a dicha información. En mi opinión, ninguna de las excepciones allí contempladas se relaciona con el requerimiento efectuado por la magistrada de autos.

La finalidad de estas disposiciones reside en llevar tranquilidad al ánimo del contribuyente, quien puede, de esta suerte, confiar en que toda manifestación que formule ante la AFIP será secreta. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha establecido que sólo el autor de las declaraciones o manifestaciones vertidas ante la AFIP puede pedir que éstas puedan ser traídas a juicio contra terceros distintos del Fisco (*Fallos*: 331:2305). En otras palabras, en el caso que nos ocupa, para la divulgación de los datos requeridos por la *a quo* sería preciso contar con el requerimiento expreso de la actora.

Por ello, de prosperar mi voto y de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público, correspondería 1) declarar formalmente admisible el recurso deducido y hacer lugar al mismo; 2) revocar el pronunciamiento judicial materia del presente recurso, remitiendo el expediente al juzgado de origen, a sus efectos; 3) Sin costas en la alzada (art. 68 segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, de conformidad con lo opinado por el Ministerio Públi-

co a fs. 734/737 (Dictamen N° 41.523 del 02/12/2019 del Sr. Fiscal Subrogante a cargo de la F.G. 1, del que se acompañará copia con la notificación a librarse) el Tribunal *resuelve*: 1) declarar formalmente admisible el recurso deducido; 2) hacer lugar al mismo, revocar lo decidido a fs. 680 y devolver las actuaciones al juzgado de origen a sus efectos; y 3) Sin costas en la alzada (art. 68 segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.).

Cópiese, protocolícese, notifíquese, cúmplase con la comunicación dispuesta por la CSJN en la Acordada 15/13 (p. 4 y conc.) y, oportunamente, remítase. — *Rodolfo M. Milano* (subrogante). — *Néstor A. Fasciolo.* —*Martín Laclau.*

El secreto fiscal analizado por la Cámara Federal de Seguridad Social

Legitimación para apelar sin ser parte en el proceso: beneficio especial expresidente (*)

Julieta El Yar (**)

Sumario: I. Antecedentes a la Sentencia de la Cámara Federal de Seguridad Social objeto del presente análisis.— II. Cuestiones sometidas a consideración en el recurso formulado por el Organismo Fiscal.— III. Sumario. A modo de resumen.

I. Antecedentes a la Sentencia de la Cámara Federal de Seguridad Social objeto del presente análisis

En el año 2017, la parte actora, inicia un reclamo contra el Ministerio de Desarrollo Social — Comisión Nacional de Pensiones no Contributivas— y la Administración Nacional de Seguridad Social, cuyo objeto fue:

i) solicitar la nulidad de la resolución que revoca el otorgamiento del beneficio especial de pensión derivada que percibía desde el fallecimiento de su marido, el expresidente Néstor Kirchner, como así también;

ii) la incorrecta liquidación del rubro antigüedad del beneficio especial de pensión derivada percibida;

iii) la improcedencia de la retención del impuesto a las ganancias sobre ambos beneficios percibidos —pensión derivada del beneficio especial de su marido y beneficio especial como expresidente de la Nación— por considerar, que debe tener el mismo tratamiento que las asignaciones especiales abonadas a los Jueces de la

(*) Comentario Sentencia Sala III Cámara Federal de la Seguridad Social del 14 de febrero de 2020 "F., C. E. c. Ministerio de Desarrollo Social y Otros s/ nulidad de acto administrativo"

(**) Abogada recibida en la Universidad de Buenos Aires, especializada en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Durante los últimos 20 años se desempeñó como Gerente Senior a cargo de la práctica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en consultoras de primer nivel. En los últimos 10 años prestó colaboración docente en temas de Seguridad Social en cátedra de Impuestos en la Universidad del CEMA. En la actualidad se encuentra desarrollando la profesión de manera independiente.

Corte —pagos exentos de la retención del impuesto a las ganancias—.

Dentro de este proceso principal, es que el juez interviniente ordena la apertura a prueba y a pedido del Ministerio de desarrollo Social, se le solicita a la Administración Federal de Ingresos Públicos, que informe las retenciones de impuesto a las ganancias, practicadas sobre los beneficios especiales (pensión derivada de la prestación especial recibida como viuda del expresidente Néstor Kirchner y prestación especial como expresidente), haciéndole saber al organismo fiscal que dicha información no se encuentra amparada bajo las previsiones del art. 101 de la ley 11.683 de Secreto Fiscal, toda vez que resultaría información vital objeto del proceso judicial en cuestión.

El organismo fiscal, plantea la imposibilidad de cumplir con la manda judicial considerando que se trata de información protegida bajo el instituto del secreto fiscal, encuadrándola en el primer párrafo del art. 101 de la ley 11.683 **(1)**: "Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos". En adición, el organismo fiscal solicita que en caso de que resulte procedente, se lo dispense de incumplir con el deber de secreto fiscal sobre la información que se le requiere, siendo la propia actora quien lo solicite de acuerdo con las previsiones de la Ley de Protección de Datos Personales.

Ante la insistencia del juez de primera instancia en que se cumpla con lo requerido, es que el organismo fiscal apela el decisorio y se le concede recurso de apelación ante el tribunal de alzada (desestimando el Recurso de Reposición), recayendo las actuaciones en la Sala III de la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social.

II. Cuestiones sometidas a consideración en el recurso formulado por el Organismo Fiscal

Cabe destacar que, con el fin de realizar la presentación del recurso contra lo dispuesto por el juez de primera instancia, el organismo fiscal tuvo que, en primer término, acreditar su legitimación para obrar, ya que, no era parte en el proceso. Luego de esto, se ocupó de cuestionar la decisión del juez *a quo* vinculada con la procedencia del secreto fiscal sobre la documentación solicitada.

Con el fin de acreditar su legitimación, alegó que, de acuerdo con los intereses en juego y según el rol que detenta, de cumplir con la manda judicial, se vería afectado el cumplimiento de sus deberes como funcionario público, ya que, su accionar no encuadraría en ninguna de las excepciones previstas por la normativa aplicable, ni tampoco se lo habría dispensado de cumplir con su deber de parte de la autoridad judicial. Por esto, y dado que la manda judicial lesiona sus intereses, es que solicita se lo tenga como parte legitimada al efecto de la presentación de ese recurso.

II.1. Legitimación de parte del fisco para recurrir la resolución dictada por el juez de primera instancia

La legitimación para recurrir comporta la aptitud reconocida para cuestionar un decisorio cuyo resultado sea adverso o perjudique al interesado. En principio y como regla general, solo pueden interponer recursos las partes del proceso. Esto es, las partes interesadas sea como actor o demandado en nombre propio, o por apoderado en cuyo nombre se pretende la actuación y aquel frente a quien dicha actuación es exigida.

Con respecto a la legitimación dentro del proceso, el juez deberá:

i) examinar la calidad de parte de los litigantes, evaluando tanto la representación que invoquen como la capacidad que tengan para estar en juicio;

ii) luego deberá evaluarse la legitimación para obrar. La legitimación es la que determina a quién le corresponde el poder de obrar. Para que el juez estime la demanda, no basta que considere la existencia del derecho que se reclama, sino que es necesario que examine si este, corresponde precisamente a aquel que lo hace valer y contra quien es hecho valer; la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley y la identidad de la persona del demandado

(1) Cita online: AR/LCON/88IO.

con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley **(2)**.

La doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera a los terceros legitimados para interponer el recurso extraordinario federal partiendo de la idea de que, si bien el tercero no ha sido parte en esas actuaciones, se trata de sujeto habilitado por afectar la sentencia objeto del recurso, su interés legítimo. Por lo que solo en determinados casos pueden considerarse los recursos presentados por terceras personas.

Los terceros pueden interponer recursos desde que se incorporan a la relación procesal asumiendo la calidad de partes. No obstante, según corresponda, podrán permanecer en su calidad de terceros, pudiendo interponer ciertos recursos, cuando se pretenda ejecutar contra ellos una sentencia dictada en un proceso en el que no han intervenido.

El derecho de apelar corresponde a cualquiera que haya sido parte o haya sido gravado por la sentencia, incluso al sustituto procesal.

Atento a determinada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en principio los terceros, no podrían interponer recurso extraordinario, ni aun cuando les alcancen los efectos de la sentencia que pretenden apelar, si ello sucede por aplicación no arbitraria de disposiciones de derecho común o cuando exista remedio en el orden local.

No obstante, por vía de excepción, ese tribunal ha admitido la procedencia del recurso extraordinario interpuesto por terceros desprovistos de la calidad de partes cuando la sentencia dictada sin su intervención afecta sus legítimos intereses, pero la admisibilidad de la apelación solo procede en caso de haberse cumplido los requisitos comunes propios del recurso, entre ellos, el de que la apelación se deduzca contra la sentencia que cause gravamen irreparable. La resolución impugnada no impide al recurrente la tutela del derecho que dice le asiste si expresamente se consigna que podrá hacer valer los medios de impugnaciones que la ley le otorga **(3)**.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema, en algunos casos resulta estricta, tiene una interpretación más amplia respecto de la posibilidad de que el recurso sea realizado en una instancia previa.

Para poder interponer el recurso, la Administración Federal de Ingresos Públicos, debió acreditar su legitimación alegando que el decisorio del juez *a quo* afectaba sus intereses, ya que, mediante su resolución, le ordenaba incumplir el deber de mantener el secreto fiscal dispuesto por la Ley de Procedimiento Fiscal, modificatorias y normas complementarias.

De acuerdo con lo expuesto, la legitimación para obrar alegada de parte del fisco resultó acreditada y atendible en cuanto a que el incumplimiento a sus deberes como parte del poder del estado, conlleva en sí, consecuencias relativas al incumplimiento de los deberes de funcionario público e incluso también de tipo penal. Por esto es que, la legitimación del organismo fiscal en estas actuaciones resultó por demás acreditada sin que existan argumentos para que pueda analizarse su improcedencia.

Cabe aclarar que, el tribunal consideró el gravamen ocasionado a la autoridad fiscal, al exigirle cumplir con una manda que, entiende, es contraria a su obligación de mantener el secreto fiscal que ordena la ley, y del cual es su guardián.

II.2. Secreto fiscal. Consideraciones respecto de su procedencia

Con respecto a la procedencia o no del secreto fiscal sobre la documentación solicitada por el juez de primera instancia, el organismo fiscal alega la existencia de este instituto respecto de las retenciones mensuales practicadas sobre los beneficios previsionales abonados a la par-

(2) CAPUANO TOMEY, C., "La Excepción de falta de legitimación para obrar", Ed. RC D 2609/2012 - Tomo: 2003 2 Defensas y excepciones - II. Revista de Derecho Procesal [1] CHIOVENDA, Giuseppe, "Ensayos de Derecho Procesal Civil", t. I, p. 78 [2] CHIOVENDA, Giuseppe, "Ensayos de Derecho Procesal Civil", t. I, ps. 196-197.

(3) Corte Suprema de Justicia de la Nación Recurso extraordinario y recurso de queja: Parte III, 1ª ed., Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2011, ISBN 978-987-1625-17-8, ps. 679 a 709. CS, Fallos 205:162; 242:396, 322:396, 322:2139, 330:5010, 251:521, 193:79, 311:1843, 278:84, 316:2343, 312:2151, 243:398, 324:3940, 310:1002.

te actora, toda vez que, se trata de información que encuadra en el inc. a) del art. 101 de la Ley de Procedimiento Fiscal.

Asimismo, la autoridad fiscal, hace referencia a que esa información puede ser aportada por la propia parte actora o bien, mediante una nueva solicitud, el juez a cargo puede dispensarlo de cumplir con este deber en la medida que sea la propia interesada quien formule tal solicitud.

A continuación, haré referencia a la normativa aplicable respecto del secreto fiscal y en conjunto con distintos antecedentes realizando una interpretación armoniosa con el objetivo de analizar las consideraciones expuestas en el fallo de la sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social al respecto.

El instituto del secreto fiscal encuentra sustento en las garantías constitucionales de inviolabilidad y privacidad consagradas, en los arts. 18 y 19 de la CN con el objetivo de otorgar seguridad a la relación, en este caso, jurídico-tributaria.

El Secreto fiscal, dispuesto en el art. 101 de la ley 11.683 de Procedimiento Fiscal, establece que son secretas, las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presenten ante la Administración tributaria. La disposición AFIP 98 del 3 de marzo de 2009, dispone el modo y procedimiento para el suministro de este tipo de información o el mantenimiento del secreto fiscal, según corresponda.

La Ley 25.326 de Protección de Datos Personales en su art. 5º, inc. 1º) establece que el tratamiento de datos personales será lícito, mediando el consentimiento de parte del titular, otorgado de forma previa a la notificación al requerido. "El referido consentimiento prestado con otras declaraciones, deberá figurar en forma expresa y destacada...".

Tanto la ley de Protección de los Datos Personales como la ley de Procedimiento Fiscal tienen fijados los parámetros y excepciones en cuanto a la información secreta o reservada que debe revestir tal carácter.

La ley 25.326 "tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional" **(4)**.

Se entiende como datos personales toda "Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables" y por archivo, registro, base o banco de datos "Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso" **(5)**.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 5º, punto 1 de la Ley de Protección de Datos Personales, cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, resultaría ilícito el tratamiento de datos, entendiendo como tal, a las "operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también, su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias". Cabe remarcar que, no será necesario el consentimiento cuando los datos que se recaben sean para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado en virtud de una obligación legal.

De acuerdo con lo detallado más arriba, podemos concluir que los datos obtenidos por el organismo fiscal, en cumplimiento de sus funciones, revisten datos personales pasibles de ser amparados de acuerdo con las previsiones de la Ley de Protección de Datos Personales, como así también, por supuesto, por el art. 101 de la ley 11.683 de Procedimiento Tributario y su reglamentación.

(4) Art. 1º, Ley 25.326, Cita Online: AR/LCON/05MI.

(5) Art. 2º, Ley 25.326, Cita Online: AR/LCON/46YK.

Lo dispuesto por el art. 101 de la ley 11.683 no puede interpretarse en contradicción con lo dispuesto por la ley 25.326 (que por otra parte resulta ser posterior a la 11.683). Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diversas sentencias (CS, Fallos: 301:1149, 307:518, 314:458, entre otros) mediante las que dispuso que las leyes deben interpretarse y aplicarse buscando la armonización entre estas, y teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, de modo que no entren en pugna unas con otras y que no se destruyan entre sí, por lo cual debe adoptarse el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

Mediante el art. 101 de la ley 11.683, se ponen a resguardo las declaraciones juradas, manifestaciones e informes del contribuyente, responsable y de terceros. Dado que la presentación de las declaraciones juradas no son un acto voluntario, ya que, es un deber impuesto por ley cuyo incumplimiento da lugar a sanciones, lo menos que se puede pretender de parte de la Administración es la protección en forma activa.

Con respecto a las consideraciones de parte del organismo fiscal, para dejar sin efecto el secreto fiscal sobre la documentación solicitada, esta deberá encuadrar en algunas de las excepciones dispuestas por la ley de rito tributario o sea que el propio interesado sea quien solicite o consienta en forma indubitable y expresa el levantamiento de la restricción. Siendo que ninguna de las consideraciones expuestas resultaba procedente es que la autoridad fiscal decide apelar el decisorio.

A continuación, detallamos las excepciones previstas expresamente en la normativa citada:

i) cuestiones de familia;

ii) procesos criminales por delitos comunes cuando aquellas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen; o

iii) cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal, y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros.

En el caso bajo análisis, el juez de primera instancia consideró que la información solicitada no se encontraba amparada por el Instituto de Secreto fiscal.

Cabe destacar que, una interpretación amplia en cuanto a la consideración de las excepciones previstas en la normativa, podrían ser consideradas contrarias al orden público, ya que, podrían hacer incurrir al funcionario responsable en el delito tipificado por el art. 157 del Cód. Penal **(6)** ya que, posee directa implicancia en los intereses de la comunidad, toda vez que la restricción ha sido establecida para colaborar con la adecuada percepción de los fondos públicos como así también con el fin de proteger garantías constitucionales.

En este escenario, la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social, remitiéndose al dictamen del Fiscal General Subrogante Dr. Juan Carlos Paulucci (h.), por unanimidad, revocó la sentencia, considerando que, la información solicitada reviste naturaleza económico patrimonial siendo que las retenciones y giros practicados referentes al impuesto a las ganancias "... se encuentran fatalmente ligadas al mismo gravamen a ingresar por la actora, constituyendo un pago a cuenta del mismo, siendo indicativos del monto de la obligación tributaria que, finalmente, pudiera liquidarse por el período en cuestión...".

Asimismo, considera que no puede enmarcarse en ninguna de las excepciones establecidas en el artículo mencionado, por lo que se veda la posibilidad de acceder a la información requerida.

Por otro lado, destaca el Fiscal General en su dictamen: "... [E]s uniforme la jurisprudencia en cuanto a que la lógica de la norma citada impone adoptar una postura restrictiva de modo tal que, en caso de duda, debe preferirse el mantenimiento del secreto fiscal, sin forzar la interpretación respecto de las excepciones allí previstas", citando varios antecedentes al respecto.

De acuerdo con lo expuesto precedentemente y de la interpretación armónica vinculada con la normativa aplicable, entiendo que, en el caso de autos, resulta imperioso para el fisco cumplir con la normativa vigente y no entregar la documentación solicitada en la medida que no sea solicitada con el consentimiento informado de la parte ac-

(6) Cita Online: AR/LCON/2JTW.

tora y con la dispensa judicial al deber de guardar secreto fiscal toda vez que técnicamente la documentación encuadra para ser protegida por este instituto sin que exista posibilidad de encuadrarla en las excepciones previstas legalmente.

III. Sumario. A modo de resumen

A continuación, detallaré los temas tratados en la sentencia analizada de modo tal de poder concentrar lo más relevante en un mismo apartado. Para esto consideraré la legislación, doctrina y antecedentes jurisprudenciales aplicables como así también la sentencia dictada objeto del presente comentario.

Dado que hasta el momento de la presentación del recurso que dio origen a esta sentencia, el organismo fiscal no era parte en el proceso, para poder hacer la presentación, debió acreditar su legitimación.

La legitimación de parte del Fisco para recurrir resulta ser, la aptitud reconocida para cuestionar un decisorio cuyo resultado sea adverso o lo perjudique.

En este caso, la Sala III de la Cámara Federal de Seguridad Social consideró acreditada la legitimación para la presentación del recurso, toda vez que, la resolución apelada por la autoridad fiscal afecta o era pasible de perjudicar en forma directa su interés legítimo causando un gravamen.

A su vez, la consideración de la sanción penal aplicable en caso de no acatar la manda judicial resulta relevante de modo tal de acreditar el perjuicio que le ocasionaría la falta de presentación de la legitimación para la presentación del recurso.

Este perjuicio o gravamen se originaba, al exigirle cumplir con una manda que, resultaba contraria a su obligación de mantener el secreto fiscal impuesto por ley, de documentación sobre la que debe ser su guardián.

Con respecto a la procedencia del Instituto de Secreto Fiscal sobre la documentación involucrada, el tribunal establece que, la documentación involucrada se encuentra protegida por el instituto del secreto fiscal toda vez que encuadra en el inc. a) del art. 101 de la ley de rito tributario. Asimismo, se refiere a que en caso de duda respecto a la procedencia del secreto fiscal debe estarse por la interpretación más estricta, con lo cual no quedarían dudas de la procedencia del instituto sobre esa documentación. A efectos de proseguir con las actuaciones, deberá ser la propia actora quien solicite la documentación involucrada de modo tal que, pueda el juez dispensar al organismo fiscal del cumplimiento de su deber.

Por todo esto es que, se desestima la consideración hecha por el juez de primera instancia quien entendió que no procedía el instituto de secreto fiscal sobre la documentación solicitada al ente tributario, revocando la resolución dictada y ordenando el dictado de una nueva en los términos citados más arriba.

Jurisprudencia Anotada

MUERTE DEL TRABAJADOR

Vigilador. Caída en un pozo. Situación de salud preexistente que imposibilitó los diversos intentos médicos de estabilizarlo. Valoración de la pericia. Arbitrariedad de la condena a la ART.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

> La sentencia impugnada es arbitraria, pues, según el curso natural y ordinario de las cosas, de la omisión de alertar a la empleadora del trabajador fallecido del posible riesgo que significaba para sus dependientes la existencia de un pozo sin señalización ni iluminación, no se sigue el deceso del causante del modo en que se produjo, extremo que también cabe predicar respecto de la escasa atención que la ART le brindó y/o de su derivación a su obra social para que sea atendido de las citadas dolencias.

CS, 17/12/2020. - Descalzo, María Betania p/ sí y en rep. de sus hijos menores y otro c. Brossi SA y otros s/ accidente – ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/67332/2020]

CNT 7151/2010/1/RH1

Buenos Aires, diciembre 17 de 2020.

Considerando:

1°) Que la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en lo que interesa, revocó el pronunciamiento de la instancia anterior e hizo lugar a la demanda que, con fundamento en el derecho civil, dedujeron los derechohabientes de Pablo José Girola contra Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA (ART) a fin de obtener la reparación integral de los daños que padecen como consecuencia del deceso de aquel.

Para decidir de ese modo el *a quo* consideró que el 6 de julio de 2007 el de cuius, en ocasión de prestar tareas de vigilador, se había caído en un pozo existente en el predio, cuya carencia de señalización e iluminación no habían sido advertidas por la ART en cumplimiento de sus obligaciones atinentes a la seguridad y prevención de riesgos. Estimó que el traumatismo de cadera que allí había sufrido había derivado en una necrosis avascular bilateral, patología por la que se le había efectuado, en una primera cirugía, el reemplazo de la cadera (artroplastia) izquierda y meses después, a raíz de las dificultades que presentaba para deambular había requerido una segunda intervención quirúrgica, con el propósito de suplantar la cadera derecha. Entendió que el fallecimiento del trabajador, producido el 21 de mayo de 2008 por congestión y edema pulmonar en una unidad de terapia intensiva de la Clínica Loiácono —a donde había sido trasladado a raíz de una hipotensión que sufrió cuando estaba siendo sometido a la segunda artroplastia en la misma entidad sanitaria— se debió a que la aseguradora había incumplido con sus deberes de prevención de riesgos que le impone la ley 24.557, como así también a la deficiente atención médica que le había brindado y su derivación a la obra social a la que aquel pertenecía.

Así, concluyó que Galeno ART SA resultaba civilmente responsable en los términos de los arts. 1109 y 1074 del Cód. Civil y 1716, 1725 y 1749 del Cód. Civ. y Comercial, por lo que la condenó a abonar a los actores la suma de $668.000, con más sus intereses desde la fecha del deceso.

2°) Que contra dicha decisión la ART dedujo el recurso extraordinario (v. fs. 1250/1270), cuya denegación originó la presente queja.

Sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad la apelante cuestiona que se le hubiera atribuido responsabilidad civil por el hecho luctuoso en virtud de incumplimientos u omisiones a los deberes de prevención y vigilancia que le impone la ley 24.557. Sostiene que no existe nexo de causalidad adecuado entre su conducta y el fallecimiento del trabajador que, dice, se produjo por una causa ajena a ella. Expresa que el *a quo* no valoró que el de cuius había sido derivado a su obra social a raíz de una patología inculpable que padecía (necrosis ósea aséptica). Alega que dicha enfermedad tiene carácter idiopático. Aduce que no tiene responsabilidad por la atención que su obra social le otorgó; que, en definitiva, su muerte se debió a una congestión y edema pulmonar como consecuencia de complicaciones en la segunda intervención a la que había sido sometido. Plantea que estas circunstancias han quedado comprobadas por los informes del Cuerpo Médico Forense efectuados en la causa penal iniciada contra los médicos intervinientes en la citada cirugía. A su vez, cuestiona el monto del resarcimiento por considerarlo excesivo, irrazonable y configurativo de un enriquecimiento contrario a derecho.

3°) Que si bien la apreciación de elementos de hecho y prueba constituye, como principio, facultad propia de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria, esta regla no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella cuando, como ocurre en el presente, la decisión impugnada no se ajusta al principio que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 321:2131, entre muchos otros).

4°) Que, en efecto, el tribunal de alzada sustentó la condena a la ART en el incumplimiento de sus deberes de seguridad y prevención sin examinar adecuadamente las constancias del expediente que podían resultar demostrativas de que, como alegó la ART ya al contestar demanda (fs. 80/102 de los autos principales), el motivo del deceso del causante no habría guardado vinculación con tales inobservancias. Al respecto, la cámara no tuvo en consideración el informe emitido por el Cuerpo Médico Forense en la causa penal iniciada contra los médicos intervinientes en la cirugía a raíz de la cual se produjo el deceso del trabajador daba cuenta de que este presentaba importante obesidad y antecedentes de tabaquismo y que, luego de que se le suplantara la cadera izquierda a raíz de la artrosis que sufría, en oportunidad en que se lo sometía a la segunda operación para reemplazar la cadera derecha, sufrió una hipotensión, por lo que luego de recibir maniobras de resucitación fue trasladado a una unidad de terapia intensiva donde falleció por una congestión y edema pulmonar (fs. 61/65 y 107/108 de la causa penal agregada por cuerda). También en el mencionado dictamen se informó que al paciente se le había diagnosticado necrosis avascular o aséptica bilateral de ambas caderas; que ello difícilmente era vinculable a un antecedente traumático; que tal patología es una enfermedad que puede ser idiopática o secundaria a otras enfermedades como el alcoholismo, las descompensaciones bruscas de los buzos, enfermedades del metabolismo, suministro prolongado de corticoides y otras varias causas (v. fs. 201/203 del citado expediente). Los forenses indicaron, asimismo, que tal dolencia suele ser bilateral y se produciría por una interrupción del flujo sanguíneo arterial a la cabeza del fémur, seguida por la muerte celular y deformación de la cabeza, cuadro que produce dolores y artrosis que pueden tratarse quirúrgicamente. Se señaló, además, que la radiografía correspondiente a la primera intervención mostraba una prótesis correctamente colocada y sin signos de aflojamiento que mostraran una diferencia de longitud entre ambas caderas, pero que cuando existe una deformación bilateral, al corregir una de ellas, puede aparecer una discrepancia de longitud de los miembros.

5°) Que el perito médico designado en autos sostuvo, a diferencia de los forenses, que la necrosis avascular que presentaba el trabajador tenía su origen en el traumatismo que había padecido (fs. 702/769). El especialista, sin embargo, no determinó en modo alguno que entre dicha dolencia y el deceso del trabajador hubiese relación causal de ningún tipo.

6°) Que, de otro lado, en la causa penal se señaló que media hora después de iniciada la segunda artroplastia el anestesista informó al resto de los intervinientes en la operación que debían detener la cirugía en razón de que el paciente había entrado en un cuadro de hipotensión arterial; que por dicho motivo la suspendieron y, seguidamente, aquel entró en paro cardiorrespiratorio; que por ello el anestesista le realizó tareas de reanimación y que, con posterioridad, fue derivado a una unidad de terapia intensiva donde horas después falleció por una congestión y edema pulmonar (v. fs. 205/210).

7°) Que la concatenación de tan dispares y numerosos hechos que el fallo apelado describe para fundar su decisión no configura la relación de causalidad adecuada entre la conducta imputada y el daño producido, presupuesto indispensable para la atribución de responsabilidad civil en el presente caso (arts. 901, 904 y 905 del Cód. Civil y 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Comercial).

Es que el razonamiento del *a quo* permitiría extender la obligación de reparar sin limitación alguna a cualquier daño que se produzca, independientemente de su previsibilidad y del tipo de consecuencia en que aquel consista (inmediata, mediata, causal, etc.).

En ese sentido, la cámara ha equiparado todos los hechos condicionantes de tan lamentable desenlace, sin efectuar un examen pormenorizado de cada uno de ellos y su aptitud para configurar un eslabón preciso de la relación causal con los incumplimientos imputados a la ART pues, según el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 901 del Cód. Civil y 1727 del Cód. Civ. y Comercial), de la omisión de alertar a la empleadora del trabajador fallecido del posible riesgo que significaba para sus dependientes la existencia de un pozo sin señalización ni iluminación, no se sigue el deceso del causante del modo en que se produjo, extremo que también cabe predicar respecto de la escasa atención que la ART le brindó y/o de su derivación a su obra social para que sea atendido de las citadas dolencias.

En tales condiciones corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto el fallo impugnado de acuerdo con la conocida doctrina de esta Corte respecto de la arbitrariedad de sentencias, circunstancia que torna innecesario el tratamiento del resto de los agravios de la apelante.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito efectuado, agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda.*

La Corte Suprema frente a la responsabilidad subjetiva de las aseguradoras de riesgos del trabajo

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

En nuestro sistema jurídico, para que exista responsabilidad patrimonial es necesaria la presencia de: 1º) antijuridicidad en la conducta humana, es decir, infracción a un deber impuesto por la ley o la palabra empeñada, 2º) un factor de atribución de responsabilidad que puede ser subjetivo u objetivo (art. 1721, Cód. Civ. y Com.), 3º) daño cierto a la persona, al patrimonio o a un derecho de incidencia colectiva (art. 1737, Cód. Civ. y Com.) y 4º) relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño causado (art. 1726, Cód. Civ. y Com.).

En este último aspecto, el legislador adoptó la teoría de la causalidad adecuada que parte de la premisa que solo puede considerarse jurídicamente causa de un resultado aquel hecho que, de acuerdo con lo que suele suceder, en función de las reglas de la experiencia, produce normalmente aquel resultado **(1)**.

Se entiende, en tal sentido, que un hecho dañoso puede producir consecuencias inmediatas, mediatas y causales. Las primeras, son las consecuencias que suelen acaecer según el curso natural y ordinario de las cosas; las mediatas son las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto y, por último, las casuales son aquellas consecuencias que no pueden preverse (art. 1727, Cód. Civ. y Com.) siendo por regla que, en tanto el ámbito extracontractual, como el contractual, los sujetos deben responder por las consecuencias inmediatas y mediatas de sus actos.

En el caso que nos ocupa (CS, 17/12/2020, "Descalzo, María Betania por sí y en representación de sus hijos menores c. Brossi SA y otros") se presenta una situación singular: los causahabientes de un trabajador fallecido iniciaron reclamo resarcitorio con base en normas civiles contra la aseguradora por incumplimiento del deber de prevención y, si bien obtuvieron éxito en sede laboral, el Superior Tribunal de la Nación revocó el pronunciamiento condenatorio por entender que no existía relación de causalidad adecuada entre el siniestro laboral —siniestro acaecido el 06/07/2007 al caer el trabajador en un pozo, no iluminado, ni protegido, que había motivado la colocación de una prótesis— y su posterior deceso ocurrido en sede hospitalaria el 21 de mayo de 2008, por congestión y edema pulmonar en momentos en que estaba siendo sometido a una segunda artroplastia que debió ser suspendida ante un cuadro de hipotensión arterial.

Para el Alto Tribunal, no existió relación de causalidad adecuada entre la conducta imputada a la entidad aseguradora —omisión de comunicar a la empleadora el riesgo que implicaba la

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

(1) Conf. LORENZETTI, Ricardo L. [dir.], "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VIII, p. 419; MOSSET ITURRASPE, Jorge [dir.], "Responsabilidad civil", Ed. Hammurabi, ps. 110-4.

presencia de un pozo sin señalización ni iluminación en el predio que vigilaba el trabajador— y su fallecimiento en sede hospitalaria al ser sometido a una segunda intervención quirúrgica para reemplazar su cadera derecha tras el reemplazo exitoso de la izquierda.

El pronunciamiento, al margen de su alcance particular, revela que si bien la Corte Suprema acepta reproches de responsabilidad patrimonial contra las aseguradoras de riesgos de trabajo por incumplimiento del deber de prevención (arts. 4º de la LRT y 1724, Cód. Civ. y Com., ver CS, sent. del 31/03/2009, "Torrillo c. Gulf Oil Argentina SA", Fallos 332:709; 24/05/2011, "Naval c. Odipa SRL", Fallos 334:573), nos recuerda que debe analizarse cuidadosamente la existencia de una relación de causalidad adecuada entre la inconducta imputada y el daño producido.

COMISIONES MÉDICAS

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

Con nota de Emiliano A. Gabet

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 06 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.*

Competencia en razón del territorio en los reclamos fundados en la Ley de Riesgos del Trabajo

Emiliano A. Gabet (*)

El trámite ante las Comisiones Médicas instaurado por la ley 27.348 no es inconstitucional *per se*. Para atacar la constitucionalidad, se tiene que acreditar la existencia de una dilación propia de dicho trámite que, ante la situación fáctica del caso en concreto, pueda tornar abstracto el reclamo (casos con riesgo de vida, etc.).

Así las cosas, el art. 1º de la citada norma indica: "... [S]erá 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...".

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

En el presente caso, se planteó la inconstitucionalidad del trámite administrativo —el cual se rechaza— y, en consecuencia, con base en la norma previamente citada se confirma la declaración de incompetencia territorial de la Justicia Nacional del Trabajo atento que el domicilio del actor como el del lugar de trabajo era en la provincia de Buenos Aires. Se deja constancia que la provincia ya había adherido a la ley 27.348, y la misma se encontraba operativa.

El decisorio es claro, ajustado a derecho y respetuoso de la facultad discrecional del legislador local de establecer que tribunales serán competentes. El planteo de inconstitucionalidad tiene seguramente sustento "moral" en cuanto a que en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo la tasa de interés como la celeridad del proceso es superadora en comparación con la de la provincia de Buenos Aires. Pero ello, no transforma en inconstitucional la norma. El debate —fuera del marco de un juicio— debería centrarse en cómo mejorar el procedimiento en dicha jurisdicción.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Accidente *in itinere*

Con nota de Alejandro Gabet

> En el accidente *in itinere* hay un elemento diferencial claro que es que no ocurre en el marco efectivo de la prestación laborativa ni estando el trabajador a disposición del empleador laborando con cosas de éste o sujeto a su poder de dirección, sino que en el suceder intervienen factores extraños a la conducta y deberes del principal y si bien es cierto que históricamente no ha sido obstáculo para establecer una reparación al trabajador como un modo de extender el horizonte de protección también al infortunio "in itinere" las circunstancias distintivas apuntadas en estos eventos también lleva a que no se configure un trato desigual o discriminatorio en la exclusión dispuesta por el art. 3 de la ley 26.773.

CNTrab., sala V, 21/10/2020. - Rubinetti, Elisa c. Experiencia Art SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/48785/2020]

Expte. N° CNT 32809/2016/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 21 de 2020.

La doctora *Ferdman* dijo:

I. Contra la sentencia dictada a fs. 245 y vta., que rechazó la acción por reparación sistémica, apela la parte actora en los términos del memorial de fs. 246/269, escrito que mereció réplica de la contraria a fs. 260/264. Asimismo, a fs. 249 el Dr. José María Tomas, letrado patrocinante de la actora, por su derecho, apela los honorarios regulados a su favor porque los considera reducidos.

II. Los agravios de la actora están dirigidos a cuestionar la decisión de la magistrada de grado de considerar que no se encuentra acreditado el accidente in itinere que sufrió el día 27/06/2016 en ocasión en que regresaba a su domicilio desde su lugar de trabajo. Sostiene en tal sentido, que de las constancias de la causa, como asimismo de la propia contestación de la demanda, se desprende que la aseguradora no rechazó el siniestro en sí mismo ni las consecuencias disvaliosas que le produjo a su salud, y tal es así, dice, que se encuentra acreditado que recibió prestaciones por parte de la ART, con base en lo cual, solicita se revoque la decisión de grado.

III. Cabe memorar que la actora procura el cobro de una reparación sistémica como consecuencia del accidente que dijo haber sufrido en el trayecto de su lugar de trabajo hacia su domicilio el 27/06/2015. Señaló que el empleador con fecha 29/06/2015 realizó la denuncia del siniestro a la ART, quien le brindó las primera atenciones médicas hasta que con fecha 08/07/2015 le comunican telefónicamente que rechazaban el siniestro por considerar que se trataba de un acontecimiento no cubierto por la ley 24.557.

Por su parte, la ART en su responde si bien reconoció el contrato de afiliación vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, que recibió la denuncia del accidente y que brindó las prestaciones correspondientes, invocó que procedió a su rechazo en razón de que la investigación llevada a cabo para comprobar las circunstancias del episodio, reveló que la actora había modificado el itinerario desde su lugar habitual de trabajo y su domicilio: según dicha investigación, la Sra. Rubinetti se detuvo en el supermercado, ubicado a dos cuadras de su domicilio particular, para realizar una compra (fs. 97 vta./98).

IV. Así delimitadas las cuestiones, la Sra. Juez que me precede resaltó que en los supuestos en que el suceso es negado o rechazado, la prueba está a cargo de quien acciona, prueba que incluye en primer término, la existencia del hecho generador de responsabilidad; y en tal entendimiento, apreció que la actora no había logrado acreditar la hipótesis fáctica de procedencia de la acción, por lo que desestimó la acción incoada (v. a fs. 245).

Pero a contrario de lo sostenido por la magistrada de grado considero que en el caso le asiste razón a la apelante.

En efecto, surge de las constancias de la causa que demandada recepcionó la denuncia del accidente in itinere y luego de una investigación de los hechos procedió al rechazo de la contingencia denunciada amparándose en la exclusión de la cobertura prevista en el art. 6.1 de la ley 24.557 porque estimó que la Sra. Rubinetti había interrumpido su recorrido habitual de dicho trayecto por causas ajenas al trabajo. Así se desprende de la documental acompañada por la demandada a fs. 76 81/86 donde como fundamento del rechazo se consigna que "(...) según la investigación realizada...Ud. interrumpió su recorrido habitual desde su domicilio hacia el trabajo" —v. fs. 76—.

Sin perjuicio de resaltar que no existe controversia en la causa de en realidad el accidente de autos tuvo lugar cuando la actora regresaba desde su lugar de trabajo a su domicilio (v. fs. 97 y vta.), y que el artículo citado prevé el supuesto de exclusión de la cobertura siempre que el damnificado no hubiere interrumpido

o alterado dicho trayecto por causas ajenas al trabajo, lo concreto también es que dicha exclusión operará siempre que esa interrupción o alteración haya sido relevante para la producción del accidente, es decir que como tal, suponga una ruptura de la relación causal con el trayecto; supuesto que en mi parecer, no puede tenerse por configurado en el caso, ya que no puede considerarse tal la circunstancia de que la actora se hubiere detenido en el supermercado —situado además a dos cuadras de su domicilio— para realizar una compra, pues ello no implica que hubiere tomado medios de traslación anormales o manifiestamente improcedentes, a poco que se aprecie que el día del evento dañoso la accionante se dirigía a su domicilio luego de prestar servicios en su lugar habitual de trabajo, por lo que no puede considerarse una "alteración y/o interrupción" relevante del trayecto habitual desde el trabajo a su domicilio que suponga una ruptura de la relación causal y habilite la exclusión de la cobertura.

Desde esa perspectiva, considero que el concepto de "trayecto" no debe ser interpretado con un criterio rígido, ya que es, en esencia, dinámico, y desde esa perspectiva no puede entenderse que se lo ha interrumpido colocándose fuera del amparo de la ley por la mera circunstancia de introducir en él variaciones propias de un desarrollo habitual.

En este sentido, también la Corte Suprema de Justicia en la causa "Recurso de hecho Basi, Lidia J. c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ demanda", del 08/09/2015, se expidió en el sentido de que "(…) carece de razonabilidad la consideración de los jueces de la causa en orden a que la circunstancia de que la actora hubiera cruzado la calle para comprar pan camino al trabajo implicó un 'desvío' o una 'alteración' en propio interés con aptitud para trasladar a la empelada la responsabilidad por el daño ocurrido que la ley pone en cabeza del empleador. Ello así, porque…el hecho ocurrió en el recorrido o trayecto normal y habitual entre el domicilio de la accionante y su lugar de trabajo sin que existiese un notorio desvío con un objetivo totalmente ajeno a la prestación de tareas. En tales condiciones, el rigorismo extremo utilizado para discernir la aplicación de las reglas atinentes al instituto jurídico en cuestión —accidente in itinere— no se compadece con el principio reparador que inspira el sistema de riesgos del trabajo…" (CSJ 766/2008 (44-B)/CS1).

Si se tiene en cuenta que en definitiva el rechazo que formuló la aseguradora versó sobre un presupuesto fáctico inexistente, esto es sobre la alteración en el recorrido y no en la inexistencia del acontecimiento súbito y violento ocurrido cuando la actora regresaba desde su lugar de trabajo a su domicilio particular, cabe tener por acreditado que la contingencia encuadra en la norma citada supra, por lo que cabe admitir la queja articulada en tal sentido.

V. Frente a la propuesta de mi voto, debe darse tratamiento a los diversos planteos que se formularon en los escritos constitutivos de la Litis y que fueron omitidos en la sentencia de grado en virtud de la solución que se propuso, y ello involucra a los de la demandada porque el hecho de que no haya apelado se encuentra justificado en el resultado favorable que obtuvo su pretensión en primera instancia, lo que le quitaba un agravio actual y concreto habilitante de un recurso.

En este sentido, ha sido doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cabe considerar en la Alzada los planteos oportunamente formulados por la parte que no apeló al resultarle favorable la sentencia de la instancia anterior (ver entre otros precedentes, sentencia del 03/07/1990 *in re:* "Corones, Gladys M. c. Marvall y O'Farrel Sociedad Civil", Fallos: 209:2034). Asimismo, autorizada doctrina sostuvo que es un deber funcional de la Alzada dar tratamiento a tales cuestiones en resguardo del debido proceso adjetivo porque el vencedor en primera instancia carece de resortes legales para poner a consideración de la alzada (que interviene a raíz de la apelación interpuesta por el vencido en primera instancia) los argumentos desestimados u olvidados por el juez de la instancia anterior.

VI. Sentado ello, en orden a la incapacidad que porta la actora, la perito médica en su informe de fs. 168/180 luego de los exámenes practicados a la actora señala que el examen clínico revela que presenta limitación funcional de tobillo izquierdo, secuela del traumatismo directo de tobillo izquierdo que le produjo fractura de peroné homónimo; se observa cicatriz de 15 cm de longitud y se palpa sobre dicha zona varios puntos dolorosos que pueden coincidir con implantes de material de osteosíntesis. Las limitaciones funcionales detectadas: a la supinación y eversión 0° a 101; Flexión y extensión: paciente en decúbito dorsal; pie perpendicular a la cama. Flexión plantar: 10°. Flexión dorsal: 10°. Por todo ello concluye que la actora presenta limitación funcional de tobillo izquierdo que le ocasiona una incapacidad física parcial y permanente del 8% de la total obrera, de conformidad con el Baremo 659/96.

En orden a la incapacidad psíquica, del informe pericial se desprende que la actora no padece incapacidad en la esfera psicológica que guarde nexo de causalidad con el hecho de la litis. En este aspecto, la perito fue concluyente en orden a que la actora presenta un cuadro de reacción vivencial anormal neurótica grado I, por lo que la incapacidad es del 0%. Surge del informe pericial que la perito efectuó un análisis razonado de la cuestión y explicó las circuns-

tancias fácticas y científicas que lo llevaron a desconocer que porte incapacidad; consideró asimismo, las circunstancias relativas a la base estructural del sujeto, su personalidad predisponente y los factores socioeconómicos y familiares entre otros aspectos, y aportó una evaluación de las funciones psíquicas, no surgiendo elementos de dicho informe, que objetiven alteraciones secundarias al hecho denunciado, no verificándose indicar alguno de trastorno psiquiátrico asociado.

Cabe recordar que el listado de enfermedades del decreto 659/1996 —aplicable en autos— define la reacción vivencial anormal neurótica de grado I al establecer que "...Están relacionadas a situaciones cotidianas, la magnitud es leve, no interfiere en actividades de la vida diaria, ni a la adaptación de su medio. No requieren tratamiento en forma permanente", y que el baremo no establece minusvalía alguna, por lo que la ausencia de incapacidad en el caso, encuentra sustento en la norma aplicable.

Estimo que dicho informe se encuentra sólidamente fundado tanto desde el punto de vista físico como psíquico, dado los argumentos científicos expuestos y los estudios en que se sustenta, constituyendo un estudio razonado y serio del estado actual de la actora, otorgaré al mismo pleno valor probatorio (cfr. arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). En tal orden de ideas la eficacia convictiva del mencionado informe no se encuentra alterado con las observaciones formuladas por la Sra. Rubinetti —v. a fs. 84/185 y cuyos términos reitera a fs. 247 vta./248 del escrito memorial, las que por otra parte, fueron contestadas en forma satisfactoria en las aclaraciones de fs. 206/207— en tanto que la especialista ha explicado en forma suficientemente clara cuál es el estado físico de la trabajadora, así como la metodología científica utilizada para verificarlo, ello evidencia que su opinión está basada en razones objetivas y científicamente comprobables que dan adecuado sustento a la conclusión pericial arribada.

En definitiva, considero acreditado que como consecuencia del accidente por el que acciona la actora, porta las secuelas físicas que describe la perito médica que le ocasiona en el momento actual una incapacidad parcial y permanente del 8,56% de la total obrera (incluye los factores de ponderación que indica la perito a fs. 176) en relación de causalidad con el episodio traumático sufrido.

VII. Así, en atención al estado procesal de las actuaciones y la consiguiente tramitación de la causa lo que demuestra el consentimiento por parte de la demandada al proceso aquí seguido, concluyo que deviene abstracto los planteos articulados a fs. 99 en orden a lo normado por los arts. 21, 22 de la ley 24.557.

Solo a mayor abundamiento y aun cuando no se compartiese el criterio antes expuesto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las cuestiones relativas a la reparación de las consecuencias derivadas de los infortunios laborales carecen de naturaleza federal aun en el supuesto de vincularse con las prestaciones reconocidas por la ley 24.557. No justificando entonces la intervención del fuero de excepción, como lo es, la Justicia Federal de la Seguridad Social y por lo tanto el conocimiento de dichas cuestiones, debe ser atribuido a los tribunales ordinarios con competencia laboral. (Fallos: 327:3610, 07/09/2004, "Castillo, Angel S. c. Cerámica Alberdi SA", pronunciamiento ratificado por los casos "Venialgo, Inocencio c. Mapfre Aconcagua ART" del 13/03/2007 y por "Marchetti, Néstor G. c. La Caja ART SA" del 04/12/2007, entre otros).

Resulta indudable que la demanda fue dirigida contra una persona jurídica de derecho privado con motivo del accidente in itinere sufrido por la actora - aspecto acreditado en la causa— en el marco del contrato de seguro suscripto por la demandada y la empleadora, por lo que la controversia encuadra en el sistema diseñado por los arts. 20 y 21 de la LO.

Tal conclusión no se encuentra alterada por lo dispuesto por el art. 4 de la ley 26.773 desde que no estamos ante un nuevo sistema de reparación, sino ante un mismo régimen normativo integrado por las normas precedentes, que no han sido derogadas (cfr. Art. 1, ley 26.773) resultando por ende de aplicación las consideraciones antes expuestas.

Luego, en lo que respecta al planteo de inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 26.773 (v. a fs. 13 vta./16), el planteo no será receptado.

Cabe recordar que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptible de encomendarse a un Tribunal de Justicia, siendo un acto de suma gravedad institucional y que debe considerarse como "ultima ratio" del orden jurídico, de tal forma que únicamente debe recurrirse a ella cuando una estricta necesidad así lo requiera (Fallos: 264:51; 285: 322; 300: 1041 y 308:647 entre muchos otros) a la que sólo corresponde llegar una vez establecida su contradicción con los preceptos de la Ley fundamental (Fallos: 296:117) y luego de haber demostrado el agravio en el caso concreto (Fallos: 302:166).

Nuestro más Alto Tribunal ha declarado que todo planteo debe ser explícito e inequívoco, requiriéndose no sólo la mención de las cláusulas constitucionales que estime vulneradas, sino la demostración per-

tinente (Fallos: 293:323; 296:124; 302:326, entre otros). Ello supone que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta le causa un perjuicio y debe probar, además que ello ocurre en el caso concreto (Fallos: 310:217).

Bajo tales premisas, la exclusión dispuesta por el art. 3 no resulta irrazonable como decisión legislativa no mereciendo reproche constitucional alguno, en especial si se tiene en cuenta que la responsabilidad por accidentes en el trayecto es un supuesto de responsabilidad objetiva en el que ya no es posible identificar alguna intervención del obligado o de alguien por quien deba responder en el entramado causal de modo de evitar, prevenir o disminuir el daño y en el que no existen otros "daños no reparados por las fórmulas" de los que sea, de modo directo o indirecto responsable una aseguradora de riesgos del trabajo, pues las consecuencias de dicha categoría de accidente solamente son resarcibles en el marco de las normas específicas transaccionales y no constituyan un supuesto de responsabilidad en el ámbito del derecho civil.

En definitiva en el accidente "in itinere" hay un elemento diferencial claro que es que no ocurre en el marco efectivo de la prestación laborativa ni estando el trabajador a disposición del empleador laborando con cosas de éste o sujeto a su poder de dirección, sino que en el suceder intervienen factores extraños a la conducta y deberes del principal y si bien es cierto que históricamente no ha sido obstáculo para establecer una reparación al trabajador como un modo de extender el horizonte de protección también al infortunio "in itinere" las circunstancias distintivas apuntadas en estos eventos también lleva a que no se configure un trato desigual o discriminatorio en la exclusión dispuesta por el art. 3 de la ley 26.773.

Desde tal perspectiva de análisis y que en el caso de marras no ha actuado como agente del daño ni el demandado ni el empleador los criterios de constitucionalidad de las normas que regulan esas situaciones son distintas sin que se advierta en qué medida para situaciones como la presente existiría la inconstitucionalidad de la norma, por lo que se impone el rechazo del planteo articulado en tal sentido.

De todos modos, tales cuestiones han sido objeto de tratamiento y decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Espósito Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial" del 7 de junio de 2016 donde estableció que entre las modificaciones introducidas por la ley 26.773 el art. 3 dispuso que, "(...) cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente in itinere, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional —en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas— (...)" (considerando N° 5). Corresponde señalar por otra parte que la doctrina del caso "Espósito" fue adoptada en pronunciamientos posteriores dictados por nuestro más Alto Tribunal donde se debatían cuestiones como la aquí resueltas en orden a la no aplicación del art. 3 de la ley 26.773 en el caso del infortunio in itinere, (ver entre muchos otros, "Páez Alfonso, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento", del 27 de septiembre de 2018,"Cisneros, Carlos Abel c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente - ley especial", CNT 67468/2013/1/RH1m, sentencia del 4 de diciembre de 2018; "Laval, Ester c. Asociart ART SA s/ indemnización enfermedad - accidente s/ inaplicabilidad de ley" CSJ 973/2019/CS1 y "Villanueva, Marta c. Asociart ART SA s/ indemnización enfermedad - sumario s/ inaplicabilidad de ley", CSJN 974/2019/CS1, ambos del 18 de febrero de 2020).

En atención a ello, y el carácter vinculante que a mi juicio, tienen los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, en virtud de que en definitiva dicho tribunal es el intérprete final de las normas de la Constitución (art. 116 CN), tal como el Supremo Tribunal Federal ha señalado reiteradamente en el sentido que: "sus sentencias deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en las causas (Fallos: 252:186 y 255:119). Este principio, basado primeramente en la estabilidad propia de toda resolución firme de los tribunales de justicia (Fallos: 264:443), debe ser preservado con el mayor énfasis por este Tribunal pues —acertadas o no sus sentencias— el resguardo de la integridad del principio interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social, cuando a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que las sentencias se sustentan (Fallos: 205:614; 3'07:468, 1779; 312:2187)" (Fallos: 332:414 y S. 227.XLVII, S. 240. XLVII, 22/11/2011, "Sociedad Militar Seguro de Vida - Institución Mutualista c. Estado Nacional - Ministerio de Economía y otro s/ amparo"), resaltando por otra parte que los tribunales inferiores deben seguir la doctrina establecida en sus fallos, salvo que dieren razones valederas y nuevas para apartarse de ella (CSJN, "Losa", Fallos:316:221 con cita de "Cerámica San Lorenzo", Fallos: 307:194; en igual sentido "Caporale", Fallos: 318:2103, LA LEY, 1996-D, 534; "Tejerina", Fallos: 329:4931, LA LEY, 2006-F, 621).

De conformidad con lo expuesto, soy de la opinión de que el planteo formulado por la actora en su demanda debe ser desestimado.

VIII. No resulta ser un hecho controvertido en la causa que el accidente o la primera manifestación invalidante se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.773 (BO 26/10/2012) por lo que dicha es la ley aplicable por ser la vigente al momento en que el derecho nace que es cuando se configura el presupuesto de operatividad del sistema de responsabilidad de la ART respecto de la obligación de indemnizar.

Sentado ello cabe recordar que el art. 17 6 expresa en su primer párrafo que las prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/2009, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la ley conforme el índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables) publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1 de enero del año 2010.

Luego de este primer ajuste (desde el 01/01/2010 hasta el 26/10/2012), para el caso de contingencias posteriores al 26/10/2012 se seguirá el sistema de actualización general del art. 8 de la ley, que requiere el dictado de una resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (cfr. Art. 17.6.2° párrafo, ley 26.773).

Como se podrá advertir, el apartado 6 del art. 17 de la ley debe insertarse en alguna de las reglas aplicativas contenidas en los apartados 5 y 7 ya que el apartado 6 no es en realidad una regla aplicativa, sino que, aunque con una técnica deficiente y sobre todo confusa, se limita a establecer por única vez un ajuste de las compensaciones dinerarias adicionales de pago único y de los mínimos de las demás prestaciones, como ya lo había hecho el Decreto 1694/2009.

Lo que sí resulta novedoso es que, para el futuro, la ley establece un sistema de actualización general periódico de los importes que resultasen de ese primer ajuste, tal como lo prevé el art. 8 y el art. 17.6.2° párrafo, cuyos nuevos valores y respectivos lapsos de vigencia habrán de ser establecidos por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en los mismos plazos previstos en el art. 32 de la ley 24.241 modificado por la ley 26.417. En suma de la lectura armónica de los artículos 8 y 17 puntos 5 y 6 de la ley 26.773 puede concluirse que la actualización por RIPTE solo corresponde a los montos previstos en las normas del sistema que tienen así una nueva expresión para octubre de 2012 fecha de publicación de la ley

En definitiva el sentido del apartado 6 del art. 17 de la ley 26.773 se justifica claramente como un primer ajuste de los valores que había actualizado el art. 1 del Decreto 1694/2009. Asimismo y más allá de la claridad del texto legal siendo sobreabundante la aclaración efectuada por el Decreto 472/2014 (BO 11/04/2014) resulta evidente que dicha fue la intención del legislador a poco que se aprecie que en el art. 17 determina que "que sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al artículo 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto N° 1694/2009, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, considerando la última variación semestral del RIPTE, de conformidad a la metodología prevista en la Ley N° 26.417".

En suma, los arts. 8 y 17 apartado 6 no disponen la actualización de las obligaciones indemnizatorias adeudadas sino de los importes del art. 11 apartado 4 de la ley 24.557 y de los valores de referencia de los arts. 14 y 15 convertidos en mínimos garantizados por el decreto 1694/2009 montos a los que los que debe acudir a fin de determinar la cuantía dineraria de las reparaciones correspondientes.

En definitiva y en el caso la prestación debida al trabajador no podrá ser inferior al piso indemnizatorio instituido por el Decreto 1694 con el ajuste previsto por el art. 8 de la ley 26.773, mínimo que a la fecha en que se produjo el hecho cuyo reconocimiento se persigue 27/06/2015 ascendió a $61.073, 54 ($713.476 x 8,56%, cfr. art. 2 de la Resolución 6/2015).

Cabe agregar, que el art. 17 bis de la ley 27.348 (BO 24/02/2017 y con vigencia a partir del 05/03/2017). determina que sólo las compensaciones adicionales de pago único incorporadas al artículo 11 de la ley 24.557 y sus modificatorias y los importes mínimos establecidos en el decreto 1694/2009 se deberán incrementar conforme la variación del índice RIPTE a la vez que derogó el artículo 8 y el apartado 6ª del art. 17 de la ley 26.773, por lo que la nueva normativa convalida la tesitura antes expuesta.

De todos modos, tales cuestiones han sido objeto de tratamiento y decisión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Espósito Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial" del 7 de junio de 2016 donde con relación a la aplicación de los montos resarcitorios, la Corte dijo que "(…) la simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5ª de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta últi-

ma fecha; y ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice (...)" agregando que, En síntesis, la ley 26. 773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/2009 exclusivamente (...)" (considerando N° 8). Corresponde señalar por otra parte que la doctrina del caso "Espósito" fue adoptada en pronunciamientos posteriores dictados por nuestro más Alto Tribunal donde se debatían cuestiones como la aquí resueltas en orden a la aplicación de la ley 26.773 a los efectos de fijar los montos resarcitorios por incapacidades laborales, remitiéndose en numerosos pronunciamientos a lo allí decidido (ver entre muchos otros "Aguirre, Antonio A. c. Liberty ART SA s/ accidente ley especial"; CNT 7824/2012/1/RH1; "Alarcon, Stella M. c. Swiss Medical SA y otro s/ accidente" CNT 24.049/2013/RH1, sentencias del 12 de julio de 2016).

IX. En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones realizadas, de prosperar mi voto, la parte actora resultará acreedora del monto indemnizatorio que resulta de las operaciones aritméticas indicadas por la ley especial, lo cual totaliza un importe de $70.504,25 (53 x VIBM $14.127,75 —ver remuneraciones extraídas de la planilla de la AFIP obrante a fs. 183 cuya agregación dispuesta a fs. 181 se encuentra consentida por las partes— x 8,56% x coeficiente de edad 65/edad de la trabajadora —1,10—, que es superior al mínimo garantizado por la ley.

La suma de condena devengará intereses a partir de la fecha del infortunio, esto es 27/06/2015 (cfr. art. 2 ley 26.773). En cuanto a la tasa de interés aplicable el 28 de mayo de 2014 la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo comunicó a los juzgados de primera instancia las actas 2600 y 2601 por las que se dejó sin efecto la anterior 2357 y se estableció "que la tasa de interés aplicable sea la tasa nominal anual para préstamos personal libre destino del Banco Nación" y que "comience a regir desde que cada suma es debida respecto de las causas que se encuentran sin sentencia y con relación a los créditos del trabajador".

La Prosecretaría General de la Cámara ha publicado en la intranet del Fuero las referidas tasas:

Tasa nominal anual para préstamos personales libre destino Evolución de la T. N.A. de 49 a 60 meses

Desde 07/11/2003 19,90%

Desde 13/05/2008 21%

Desde 11/12/2008 30,50%

Desde 22/03/2010 26.50%

Desde 29/11/2011 30,50%

Desde 30/09/2013 33%

Desde 05/02/2014 36%

En la misma publicación se incluye la siguiente nota: "La denominación actual reemplazó a las anteriores a partir de la Reg. 419 Nación Personales Libre Destino de fecha 22/03/2010. La inmediata anterior respondía a Préstamos Nación Personales cuya vigencia comenzó con la Reglamentación 405 del 11/12/2008. Y la previa a ésta se denominaba Préstamos Personales y Familiares. En todos los casos los porcentajes publicados responden a la misma tasa de interés".

A partir de la fecha de la última publicación, la tasa nominal anual vigente para préstamos personales libre destino del Banco Nación se mantendrá en un 36% (Acta CNAT 2630 del 27/04/2016).

En consecuencia, desde el 27 de junio de 2015 se liquidará el interés que corresponda al período, de acuerdo con el detalle que antecede y con los cálculos que en el futuro difunda la Prosecretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para los períodos sucesivos. Debe mantenerse a partir de la fecha de su última publicación, la tasa nominal anual vigente para préstamos personales libre destino del Banco Nación en un 36% anual hasta el momento de su efectivo pago, mediante depósito judicial en autos, dentro del plazo de cinco días de producida la liquidación del art. 132 de la LO. Se deja constancia que la tasa mencionada se fija, en los términos de los arts. 767 y 768 Cód. Civ. y Comercial hasta tanto el Banco Central dicte las reglamentaciones y fije las tasas respectivas.

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 y agravios planteado en tal sentido.

Las costas de la instancia anterior sugiero imponerlas a cargo de la demandada vencida (conf. art. 68 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 en lo esencial 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), a la Dr. Luciana Andrea Mombelli, por su actuación hasta fs. 216 en el 15%, al Dr. José María Tomas, por su actuación a partir de fs. 225, en el 1%; de la demandada en el 12% y los de la perito médica en el 7%, por su actuación en primera instancia, en conjunto y por todo concepto del capital de condena más intereses.

XI. Sugiero imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (conf. art. 68, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en alzada en el 30%, de lo que, en definitiva, le corresponda por sus labores en la sede anterior (ley 27.423).

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia de primera instancia y condenar a Experta Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA —continuadora de Experiencia ART SA; v fs. 146—, a abonar al actor la suma de pesos setenta mil quinientos cuatro con veinticinco centavos ($70.504,25) que devengará los intereses dispuestos en el considerando IX del primer voto y hasta su efectivo pago. 2) Dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior. 3) Costas y honorarios en ambas instancias conforme lo propuesto en los considerandos X y XI del mencionado primer voto. 4) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas CSJN 15/2013 punto 4) y 24/2013 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la Dra. Graciela Liliana Carambia no vota en virtud de lo dispuesto por el art. 125 LO. — *Beatriz E. Ferdman.* — *Néstor M. Rodríguez Brunengo.*

Apostilla sobre el accidente *in itinere* y su reparación en el régimen de riesgos del trabajo

Alejandro Gabet (*)

El concepto de accidente *in itinere* podríamos sintetizarlo como una contingencia que sufre el trabajador al dirigirse de su domicilio a la empresa, o viceversa, en el que se produce un daño para su salud. El trayecto utilizado por el trabajador tiene que ser directo, seguro y habitual.

Dicho trayecto no puede ser alterado o interrumpido por causas ajenas al trabajo. La jurisprudencia ha señalado que situaciones, como el de cruzarse de vereda para ir a la panadería o haber ido al supermercado a dos cuadras del domicilio del trabajador, que en esas circunstancias no se ha alterado el camino habitual.

Ahora bien, si en cierta ocasión el trabajador en lugar de ir a su domicilio se dirige a otro alterando su recorrido habitual, sufre un accidente, este es considerado inculpable y no laboral.

El factor tiempo respecto a la duración habitual del viaje tanto de ida como de vuelta, no es una situación que invalida la consideración de laboral de un posible accidente. Siempre y cuando no haya habido alteraciones o interrupciones imputables al trabajador.

Piquetes, huelgas, cancelaciones o manifestaciones diversas no pueden ser consideradas para perjudicar aún más al trabajador.

Debemos tener presente que, en caso de dirigirse a estudiar, a otro empleo o al cuidado de familiar enfermo la ley considera que no se ha interrumpido el trayecto y, por ende, continua la protección del trabajador.

Es importante destacar que en los últimos tiempos varios juzgados han tomado en cuenta, para analizar y comparar el trayecto de la víctima del infortunio, el camino que indican aplicaciones como Google Maps.

Ya en materia de riesgos del trabajo, podemos señalar que resulta claro que a partir de la ley 26.773, art. 3º los siniestros laborales encuadrados como generados por "el hecho o en ocasión del trabajo" son considerados verdaderos infortunios o enfermedades laborales. Lo que excluye los ocurridos *in itinere*, y por ende, el pago de la indemnización adicional allí establecida en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas.

Interpretamos que lo resuelto en la presente causa se ajusta a derecho y recomendamos leer en extenso el voto de la Dra. Ferdaman por su amplitud y claridad temática. A mayor abundamiento, dejamos planteada la duda de si los accidentes *in itinere* tienen que ser soportados por las aseguradoras de riesgos del trabajo. Estamos ante una prestación que claramente es de la seguridad social y debería estar a cargo del Estado.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Incapacidad laboral. Dictamen de la Comisión Médica Central. Relación de causalidad con el siniestro denunciado. Necesidad de llevar a cabo una pericia médica. Facultades de los jueces.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — El recurso de apelación es admisible. La evaluación de las secuelas del evento lesivo debería realizarse a través de una pericia médica, por facultativo sorteado de oficio, pues precisamente el dictamen médico obrante en el expediente es el que impugna el damnificado.

2. — Las situaciones fácticas que corresponde dilucidar en un reclamo por accidente o enfermedad profesional son complejas, pero justamente por ello pretender que un delegado técnico sea quien deba resolver las cuestiones relativas a los accidente laborales colocando a los magistrados en un mero ejercicio de control importa una violación de la Constitución Nacional, tanto del artículo 116 que establece que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación", como también del artículo 109, en tanto prohíbe al Presidente de la Nación —y por ende y con mayor razón, a los dependientes del Poder Ejecutivo— ejercer funciones judiciales.

CNTrab., sala VIII, 27/11/2020. - Alarcón, Darío Vicente c. Provincia s/ recurso decisión comisión médica central.

[Cita on line: AR/JUR/61621/2020]

Expte. N° 7978/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, noviembre 27 de 2020.

Considerando:

I. En las presentes actuaciones, el damnificado dedujo recurso de apelación contra la decisión de la Comisión Médica (a fs, 95/97), la cual rectificó el dictamen emitido por la Comisión Médica Jurisdiccional y determinó que la patología denunciada no guarda relación con el hecho denunciado.

II. El recurso aludido obra a fs. 126/139 y no fue contestado el traslado por la contraria.

III. Según el Dictamen Médico de la C.M.C. en el apartado Fundamentos y Descripción del accidente, surge que el damnificado sufrió un accidente de trabajo el día 18/03/2019, fue asistido por la ART con un diagnóstico de algia umbilical post esfuerzo. Recibió tratamiento médico con rechazo de la patología inculpable (hernia umbilical). Del análisis de los elementos de prueba aportados, no consta la presencia, en la etapa aguda del siniestro de un cuadro clínico compatible con una hernia umbilical de origen traumático. No requirió atención médico-quirúrgica de urgencia. Concluyendo que el demandante presenta la patología señalada, la cual no guarda relación con el hecho denunciado.

IV. En concreto, el recurrente cuestiona ante este Tribunal que el actor no posea incapacidad laboral, como consecuencia de accidente denunciado, ya que en la actualidad acusa dolor e inflamación en la zona afectada (reclama un 26,75% de incapacidad de la T. o.). Expresa afectación en sus aptitudes físicas y psíquicas. Solicita revisión amplia y se le brinde la oportunidad de llevar a cabo la prueba necesaria para demostrar ante el juez competente la relación de causalidad entre el infortunio ocurrido y las lesiones padecidas y la disminución de la capacidad consecuente. Además, plantea la inconstitucionalidad del artículo 2°, párrafo 4° de la Ley 27.348.

V. El recurso es admisible. La evaluación de las secuelas del evento lesivo debería realizarse a través de una pericia médica, por facultativo sorteado de oficio, pues precisamente el dictamen médico obrante en el expediente es el que impugna el damnificado y, por lo demás, sería enriquecedor que se esclareciera cuál es el momento en el cual se considera que se autoriza a impugnar alguna medida dispuesta por la Comisión Médica o su resultado. La normativa vigente sólo habilita a alegar respecto de la misma, producida la vista a las partes, momento procedimental que, además, fue obviado por la Comisión interviniente.

En este sentido, resulta también vinculante, lo señalado por esta CNAT en el Acta N° 2669/18 en cuanto a que: a) (...) recibidas las actuaciones, sortearán el Juzgado que deba intervenir, el Juez determinará si los escritos recursivos fueron presentados en tiempo y forma y, en relación al recurso en sí; b) se faculta a las partes a peticionar las medidas de prueba denegadas o defectuosamente producidas, ello sin perjuicio de las medidas para mejor proveer que se pudieran adoptar.

Nótese que a ello debe añadirse la irregularidad en la elevación de las actuaciones por parte de la Comisión Médica, la cual una vez interpuesto el recurso ante la justicia ordinaria se encuentra, en términos imperativos, obligada a la elevación de las actuaciones con la totalidad de los estudios y constancias médicas que fueron realizados al reclamante, pues pasaron a conformar la prueba producida. La ausencia de la totalidad de la

documental podrá dejar sin sustento fáctico la resolución adoptada.

Todo ello, tiene correlato en el principio de tutela judicial efectiva, que encuentra basamento en nuestra Norma Fundamental en el artículo 18, en el cual se establece la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, todo lo cual tiene carácter supra legal (conf. artículos 75 inciso 22 de la CN) por estar contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo l0), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XVIII), Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 14) y Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (artículos l.l.2,8 "Garantías Judiciales" cuyo inciso l° señala: "...Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantía y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..." y el artículo 25 trata la "Protección Judicial" y contempla el derecho a contar con un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare a la persona contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o en esta Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales).

El acceso a la justicia y el derecho a un debido proceso (que comprende el principio de la doble instancia judicial) son los pilares que garantizan la tutela efectiva, a los fines de salvaguardar los derechos fundamentales de la persona humana.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con diferentes integrantes, viene sostenido que "... la solución del *a quo* aparece teñida de una insalvable contracción en sus propios términos toda vez que, cuestionado el alcance de las normas legales que fundaron el rechazo de la petición en sede administrativa (fs...), la resolución de vedar *in limine* la instancia judicial revisora no halla sustento alguno en los antecedentes invocados por la superior instancia provincial y se ha traducido además en un notable cercenamiento de la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto ésta requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieran eventualmente asistirle sino a través de un proceso conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia fundada (fallos: 290;293; 295,906;306;467; entre otros)..." (CSJN, "Domini Dardo Delfor c. Municipalidad de Bahía Blanca s. demanda contencioso administrativa").

En igual dirección, más recientemente el Alto Tribunal ha dicho que "...la efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin..." (CSJN, "Núñez Benítez, Marciano c. Promotion Building SA y otros s. daños y perjuicios (accidente de trabajo)", que remite al fallo "Kuray, David Lionel s. Recurso Extraordinario).

VI. Asimismo, cabe recordar que las situaciones fácticas que corresponde dilucidar en un reclamo por accidente o enfermedad profesional son complejas, pero justamente por ello pretender que un delegado técnico sea quien deba resolver las cuestiones relativas a los accidente laborales colocando a los magistrados en un mero ejercicio de control importa una violación de la Constitución Nacional, tanto del artículo 116 que establece que "...corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación...", como también del artículo 109, en tanto prohíbe al Presidente de la Nación —y por ende y con mayor razón, a los dependientes del Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales (ver en sentido análogo sentencia del registro de esta Sala, de fecha 19/06/2019, *in re* "Jerónimo, Emmanuel N. c. Swiss Medical ART SA. s/ recurso Ley 27.348).

VII. Desde esta perspectiva de análisis corresponde se remitan las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara para que sortee un juzgado del fuero, a los fines de la producción de la prueba pericial médica solicitada. En el juzgado se deberá sortear un perito médico legista que deberá evaluar si el señor Alarcón por el siniestro de autos sufrió daños psicofísicos, en su caso, determinará su vinculación causal y establecerá el porcentaje de incapacidad laboral, según el baremo de ley (Decreto 659/1996 y modificatorios), se difieran los pronunciamiento sobre costas y honorarios hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara para que sortee un juzgado del fuero, a los fines de la producción de la prueba pericial médica solicitada, conforme lo expuesto en los considerandos; 2) Diferir los pronunciamiento sobre costas y honorarios hasta el dictado de la sentencia definitiva. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° de la Acordada de la CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvanse. — *Víctor A. Pesino.* — *Luis A. Catardo.*

El principio de tutela judicial efectiva frente a las directivas de la ley 23.748

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

La ley 27.348 innovó en materia siniestral imponiendo una instancia administrativa de carácter obligatorio y excluyente para que los trabajadores registrados, afectados por un accidente laboral, lograsen el reconocimiento de sus eventuales derechos patrimoniales al cobro de una reparación tarifada por haber sufrido lesiones vinculadas con su actividad subordinada en los términos del art. 6º, LRT.

El referido ordenamiento motivó planteos de inconstitucionalidad específicos sin que, al presente, haya mediado pronunciamiento del Superior Tribunal de la Nación, por lo que los tribunales laborales suelen dictar resoluciones disímiles.

Así, para cierta corriente de pensamiento el nuevo régimen viola frontalmente el art. 109 de la CN que veda la posibilidad que el Poder Ejecutivo ejerza funciones jurisdiccionales, por el contrario, para otra postura debe aceptarse la posibilidad que existan tribunales administrativos con atribuciones jurisdiccionales cuyas decisiones deben ser objeto de un efectivo y amplio control por parte del Poder Judicial (ver, en tal sentido, la diferente posición adoptada por los integrantes de la CNTrab., sala VII, 27/07/2020, "Moyano, José c. Swiss Medical ART SA").

En el caso bajo análisis (CNTrab., sala VIII, 27/11/2020, "Alarcón, Darío V. c. Provincia ART"), no se discute la constitucionalidad del referido régimen, pero se defiende el principio de tutela judicial efectiva argumentando que la evaluación de las secuelas de un accidente de trabajo debe ser realizada a través de un facultativo sorteado de oficio, ya que, las situaciones fácticas que corresponde dilucidar son complejas, resultando inadmisible aceptar que un delegado técnico sea quien daba resolverlas afectando la posibilidad de control efectivo de los magistrados del Poder Judicial que cuentan con apoyo en el art. 116 de nuestra Carta Magna.

Se señala, en tal sentido, que el acceso a la justicia y el derecho a un debido proceso —que comprende el principio de doble instancia jurisdiccional— constituyen los pilares que garantizan la tutela efectiva de los trabajadores en relación de dependencia que gozan, de este modo, de una protección preferencial dentro del marco constitucional (art. 14 bis, CN). Es por ello, que los Magistrados actuantes declaran viable el recurso del trabajador y resuelven remitir la causa al juzgado de primera instancia que resulte sorteado a los fines de producir la pericial médica solicitada por el recurrente, y que servirá como puntual probatorio de sus eventuales derechos.

Cabe aclarar que la Cámara Laboral Capitalina reglamentó oportunamente el procedimiento concerniente al trámite que debe observarse en

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

las causas derivadas de los recursos previstos por los arts. 1º y 2º de la ley 27.348 (ver acta 2669/18 del 16/05/2018) reconociendo amplias facultades revisoras a los jueces quienes pueden dictar las medidas para mejor proveer que estimen convenientes, pero especificando que la apertura a la instancia jurisdiccional se encuentra subordinada a que el interesado presente, en su escrito de expresión de agravios, una crítica concreta y razonada de la resolución administrativa impugnada.

En otras palabras, el acta que nos ocupa reproduce, en la práctica, las previsiones del art. 116 de la LO que impone la presentación de un recurso de apelación que debe ser autosuficiente y concretar, con claridad, lo que se pretende **(1)** puesto que toda expresión de agravios constituye una labor crítica y el abogado, interesado en defender los intereses de su cliente, debe manifestarlos en forma clara, ordenada, correcta y concisa, explicando porque la sentencia, o resolución adoptada no ha resuelto adecuadamente el litigio, sea porque se ha valorado inadecuadamente la prueba, se ha aplicado erróneamente la ley o se ha omitido algún elemento de juicio **(2)**.

(1) PIROLO, Miguel A. [dir.], "Derecho del Trabajo Comentado", Ed. La Ley, 2017, t. IV, p. 661.

(2) GUIBOURG, Ricardo — RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Liliana — TOSCA, Diego M., "Procedimiento Laboral", Ed. La Ley, 2008, p. 346; CNTrab., sala V, 20/11/2020, "Navedo Caraballo c. Federación Patronal Seguros SA".

DERECHO A PENSIÓN

Procedencia del beneficio a favor de una mujer separada de hecho del causante durante más de veinticinco años. Indicios de hechos de violencia doméstica contra la actora.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — Corresponde revocar la decisión del magistrado que rechazó la demanda, y ordenar a ANSES que abone a la accionante el beneficio de pensión a pesar de haber estado separada de hecho del causante durante más de 25 años. Con todo respeto a la intimidad y memoria del causante, se revelan como indicios, algunos hechos de la vida privada de esa persona, que pudieron ser de violencia contra la actora, que trascienden del fallecido y afectan a la familia. Ello así con fundamento en el principio pro homine o pro-persona, corresponde tener presente la incidencia de casos de violencia doméstica, a fin de no denegar derechos de carácter alimentario como el solicitado.

2. — La separación de hecho por sí sola no perjudica el derecho a pensión, ya que es condición para la pérdida del beneficio que la separación se hubiera producido por culpa de ambos o por culpa exclusiva del supérstite.

3. — Conforme el juego armónico de las leyes referidas, sólo se pierde el derecho de acceder a la pensión, cuando judicialmente haya sentencia de divorcio o separación de hecho, por culpa del cónyuge supérstite o de ambos cónyuges. Por lo que no es razonable fulminar con la sanción de pérdida del derecho, a la peticionante inocente o cuya culpa en la separación de hecho no hubiera sido fehacientemente probada en el proceso judicial pertinente.

CFed. Córdoba, sala A, 07/10/2020. - Nieto, Fermina Ramona Antonia c. ANSeS s/ pensiones.

[Cita on line: AR/JUR/46226/2020]

Expte. N° 74000672/2012/CA1

2ª Instancia.- Córdoba, octubre 07 de 2020.

Considerando:

I. La actora expresa agravios a fs. 83/88. Solicita se haga lugar a la demanda y se le otorgue el beneficio de pensión derivada por fallecimiento de su cónyuge con expresa imposición de costas. Expresa la recurrente que se ha acreditado que estuvo casada con el causante, que su cónyuge estaba afectado en su salud mental pues padecía esquizofrenia paranoide, que comenzó a mostrarse agresivo con ella y con los hijos en común, que el cónyuge tenía a sus dos hermanas viviendo en la provincia de Buenos Aires y dado lo avanzado de su enfermedad debió ser internado en el Hospital Melchor Romero de La Plata, neuropsiquiátrico donde permaneció confinado hasta el momento de su fallecimiento.

En primer lugar se agravia de la sentencia porque el magistrado rechazó la demanda con fundamento en que si bien la actora estaba unida con el causante por el vínculo del matrimonio, no existía entre los cónyuges una comunidad familiar y económica, al existir una separación de hecho desde tiempo anterior al fallecimiento del causante, habiendo cesado la convivencia por mantener domicilio en diferentes provincias y que ninguna constancia hacía inferir que los esposos se hubieran prestado asistencia alimentaria o que la actora hubiera reclamado alimentos judicialmente.

Sostiene la recurrente que el fallo apelado se basa en una interpretación errónea del art. 1 de la ley 17.562, toda vez que el juez a quo no examinó en los términos de la norma invocada, si la alegada separación de hecho entre los cónyuges podía ser atribuida a la culpa de la actora, requisito necesario para la pérdida del derecho a pensión. Expresa que la separación de hecho desde tiempo anterior al fallecimiento de su cónyuge, resulta insuficiente para denegar el derecho de pensión solicitado. Agrega que tampoco se ha constatado que existiera culpa de la actora o de ambos en la alegada separación de hecho, extremo que no ha sido probado por ANSES, lo que bastaría para el otorgamiento de la pensión solicitada. Se agravia también por el argumento referido a la inexistencia de asistencia alimentaria entre los cónyuges, enfatizando que la única causal que hace perder el derecho a la pensión derivada es la culpabilidad del cónyuge supérstite en la separación de hecho.

En segundo lugar, se agravia por la interpretación analógica del art. 432 del Cód. Civ. y Com. de la Nación utilizado por el magistrado, para complementar el régimen específico de la ley 17.562. Señala que por esa vía interpretativa, el juez a quo ha adicionado requisitos o condiciones generales previstas en la ley civil para otros supuestos de hecho, desnaturalizando la letra de la ley.

En tercer lugar subraya la recurrente, que la existencia o inexistencia de prestación alimentaria entre el peticionante de la pensión y el fallecido, es un elemento que con arreglo a las particularidades de cado caso, podría ser relevante cuando hay concurrencia

de derechohabientes con acceso a la pensión derivada, lo que no ocurre en el presente.

En cuarto lugar señala la actora que no luce razonable y constituye un rigorismo diabólico exigir la prueba de una relación alimentaria preexistente, por cuanto el confinamiento del causado en el mencionado hospital neuropsiquiátrico fue la circunstancia que alteró per se tanto la cohabitación como la comunidad familiar y económica verificada durante el matrimonio. Invoca precedentes del alto Tribunal, de la CFSS y CFLa Plata, que le son favorables y que resultarían de aplicación al caso.

Corrido el traslado de ley, la demandada —cuya personería se encuentra acreditada a fs. 50/54—, contesta los agravios mediante escrito glosado a fs. 90/92, quedando la causa en estado de ser resuelta.

II. Ingresando al tratamiento de la cuestión, vale señalar que la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda, en base a sostener en primer lugar que la ley 17.562 tiene vigencia por imperio del art. 156 de la ley 24.241, en tanto no se opone ni es incompatible con las disposiciones de la ley 24.241 y que el art. 1° de la ley 17.562 enuncia entre las causales de pérdida de la posibilidad de acceso a la pensión o extinción de tal beneficio para la viuda, la separación de hecho por su culpa o culpa concurrente de ambos cónyuges.

Tuvo en cuenta el magistrado que el Cód. Civ. y Comercial aprobado por ley 26.994 no contempla la posibilidad de la separación personal a la que se referían los arts. 201 y siguientes de la anterior ley civil, ni tampoco la tramitación del divorcio con invocación de causales. Agregó el sentenciante que la doctrina entiende que todo cónyuge supérstite que haya acordado con su consorte la prestación de alimentos en oportunidad de la ruptura matrimonial, o la haya recibido por decisión judicial, tendrá derecho al beneficio de pensión, sin ningún tipo de análisis de culpa. Que la prestación de alimentos es una obligación legal que no sólo existe durante la vida en común de los esposos sino también en caso de separación de hecho según lo establece el art. 432 del Cód. Civ. y Comercial.

En definitiva el juez de grado rechazó la demanda, por encontrarse acreditado que la actora estaba unida con el causante por el vínculo legal del matrimonio pero no existía entre ellos una comunidad familiar y económica, que la separación de hecho existía desde tiempo anterior al fallecimiento del causante, manteniendo ambos cónyuges domicilio en diferentes provincias, que el causante se encontraba internado con diagnóstico de "esquizofrenia paranoide" y era asistido por sus hermanas, que la jubilación era percibida por su apoderada y que no resultaría equitativo que en el caso de esposos que han decidido concluir su vida en común y no prestarse en el futuro asistencia, fuese el organismo previsional el que ante el fallecimiento de uno de ellos, debiese distraer recursos del escaso fondo común de los beneficiarios previsionales, para brindar un amparo que en los hechos, no existía antes de fallecer el causante. Este último argumento con fundamento en el voto en disidencia del Dr. Laclau en CFSS, Sala III, "Jáurequi, Alicia E., sentencia del 17/06/2015.

III. Así las cosas, corresponde recordar que la sra. Fermina Ramona Antonia Nieto el primero de junio de 2012 inició demanda solicitando se le reconozca el beneficio de pensión derivada por el fallecimiento de su cónyuge Sr. R. V. E., ocurrido el 1° de julio de 2008 (fs. 23/25). El causante era titular del beneficio de jubilación N° ..., obtenido al amparo de la ley 21.451, con fecha inicial de pago el 30/12/1976.

Al demandar, la actora señaló que contrajo matrimonio el 07/10/1970 con el causante, con quien convivió en La Rioja hasta 1980, fecha en que comenzó a mostrarse agresivo y el causante decidió vivir un tiempo con sus hermanas en Buenos Aires, es decir que la convivencia a partir de 1980 fue discontinuada, debido a la agresividad del causante, las distancias y falta de transporte. Así hasta el año 1987, fecha en que las hermanas le informan que su esposo se encontraba enfermo con esquizofrenia aguda, y que ellas se harían cargo por contar en Buenos Aires con centros de salud especializados. El Sr. R. V. E. fallece en el neuropsiquiátrico el 1° de julio de 2008, con patología agravada.

Producido el deceso de su cónyuge, la actora solicitó ante ANSES el 29/04/2009 el beneficio de pensión (ver Expte. N° 024-27-04620183-9-007-000001, fs. ¾ vta.), que previo dos dictámenes del servicio jurídico, fue denegado por Res. del 17/12/2010 (ver fs. 60/vta., 77/79 y 80 del Expte. mencionado).

El dictamen como manifestación de la actuación interna de ANSES, formó parte del procedimiento administrativo en marcha. Se hará referencia brevemente para facilitar ciertos elementos de opinión o juicio que conformaron el marco que se tuvo en cuenta para la formación de la voluntad administrativa.

El dictamen del 25/11/2010 opinó que correspondía tener por no acreditado el derecho de la actora a la pensión del extinto, en base a los distintos domicilios de los cónyuges y a las conclusiones de tres verificaciones ambientales llevadas a cabo (ver exptes. N° 024-27-04620183-9-524-000001, 024-27-04620183-9-524-000002 y 024-27-04620183-9-524-000003).

Por estas últimas se constató en el Juzgado Civil y Comercial N° 4 de Morón, provincia de Buenos Aires, que el causante había estado casado y separado de hecho de la actora, que tenía dos hermanas, que fue internado en el Hospital Alejandro Kron, Melchor Romero —ciudad de La Plata—, desde el día 02/09/1988, con diagnóstico de "esquizofrenia paranoide", y que una sobrina se presentó de forma voluntaria para ser su curadora, lo que estaba en trámite.

Las restantes verificaciones ambientales se asientan en dichos de la hermana del causante y de vecinos de la actora, que dan cuenta que los cónyuges vivían separados, "...manifiestan no (sic) conocer al Causante,... que saben....que tenía serios problemas de salud neuropsiquiátricos a tal punto que cometió asesinatos y fue sobreseído por insania....", "que fue echado del domicilio conyugal en la prov. de La Rioja... que regresa al domicilio de su madre.... y que allá vive hasta que fue internado en el Melchor Romero...Que la solicitante vivía con su hijo.... por los problemas de salud de su marido y el temor a agresiones del mismo".

La Res. ANSES del 17/12/2010, desestimó la prestación de pensión, en virtud del art. 1 inc. a de la ley 17.562, toda vez que entendió que la separación de hecho generó la pérdida del derecho a pensión, que el causante no contribuyó al mantenimiento de su esposa ni ésta reclamó alimentos en vida, por lo que el fallecimiento del causante no provocó una situación de desamparo en aquélla.

Esta decisión fue recurrida por la actora ante la Comisión Administrativa de Revisión de la Seguridad Social (CARSS), que por Res. del 01/03/2012 confirmó la desestimación del pedido. Las razones se circunscriben a que se encontraba acreditada los distintos domicilios de los cónyuges, que los vecinos de la actora —en la prov. de La Rioja— nunca conocieron al causante, que la hermana del fallecido —en la prov. de Buenos Aires— dijo que éste fue echado del domicilio matrimonial, que no hubo asistencia alimentaria, que la adjudicación de culpas individuales en la desvinculación no es esencial en tal contexto, que el vínculo entre los cónyuges era inexistente y sólo subsistía formalmente y de otorgarse la pensión "modificaría inequitativamente una situación preexistente al deceso, constituyendo un enriquecimiento sin causa".

IV. En este estado, corresponde analizar la norma jurídica aplicable para la solución del caso, advirtiéndose que en el planteo convergen regulaciones de diferentes ramas del derecho constitucional, previsional, de familia y género. Normas que a lo largo del tiempo, han tenido sus propias modificaciones, y que juntas en el presente, se complementan o excluyen en algunos supuestos.

Uno de los criterios tradicionalmente empleados para dar solución al conflicto normativo, es el de la especialidad, conforme el cual si las consecuencias jurídicas de las normas concurrentes son incompatibles entre sí, siendo una de ellas general y la otra especial, ésta última excluye a la primera, en su campo de aplicación. Distinto es el caso cuando una norma es general y la otra especial, en distintos campos de aplicación.

Convergen para la solución del caso, normas especiales y generales de distintas ramas del derecho, con sus modificaciones y ámbito de validez, lo que exige una interpretación jurídica armónica en su contexto, no sólo cronológica o lineal.

Cabe recordar que el derecho a la pensión establece una prestación a favor de determinados familiares del causante a los que la ley objetivamente considera que estarían a su cargo y que la muerte de aquél les ocasiona un desequilibrio económico o la privación de su medio de subsistencia.

El art. 53 de la ley 24.241 establece que en caso de muerte del jubilado o beneficio, la viuda gozará de la pensión del causante, entre otros parientes que enumera la norma. En el último párrafo de la norma citada, se prevé que el "conviviente excluirá al cónyuge supérstite, cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales".

Empezaremos por la norma que ha sido el fundamento para la denegación de la pensión solicitada por la actora.

Así, la ley 23.263, promulgada el 04/10/1985, sustituye el inc. a) del art. 1° de la Ley 17.562 del 05/12/1967, por el siguiente texto que dice: "No tendrán derecho a pensión: a) El cónyuge que, por su culpa o por culpa de ambos, estuviera divorciado o separado de hecho al momento de la muerte del causante, excepto cuando el divorcio hubiera sido decretado bajo el régimen del art. 67 bis de la ley 2393..." Sin resaltar el original.

El matrimonio civil en Argentina fue regulado por ley 2393 del 02/11/1888, norma modificada por la ley 2681 del 07/11/1889, luego por la ley 17.711 en el año 1968, ley 23.515 del 08/06/1987, esta última rigió hasta que comienza a regir el nuevo Cód. Civil y Comercial, el 31/07/2015.

La actora el 07/10/1970 contrajo matrimonio con el causante, con quien estuvo separada de hecho y su cónyuge fallece el 01/07/2008.

Por el art. 161 de la ley 24.241, el derecho a la prestación para las pensiones, rige por la ley vigente a la fecha de la muerte del causante.

A la fecha de la muerte del causante, año 2008, la ley que regulaba el matrimonio era la Ley 23.515. Ésta norma establece en lo que aquí importa, que la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial. Y para el caso de estar separados por "sentencia firme" cada uno de los cónyuges puede fijar libremente su domicilio o residencia.

El vínculo matrimonial, conforme lo dispuso el art. 213 de la ley 23.515 se disolvía —entre otros— por la muerte de uno de los esposos, es decir en el caso, ello ocurre, es decir el vínculo matrimonial se disuelve, cuando el causante fallece el 01/07/2008. Así las cosas, desde ya se descarta de plano el argumento de la sentencia que tuvo en cuenta el art. 432 del Cód. Civil y Comercial, por no ser la norma aplicable al agregar condiciones para otros supuestos de hecho Estando regulado el matrimonio de la actora por la ley 23.515, surge que no hubo "acción" ante juez competente, de separación personal o de divorcio vincular entre los cónyuges, aunque estuvieran separados de hecho. Porque conforme la ley aplicable para separarse de hecho, los cónyuges tenían que iniciar una acción judicial. Y era el juez competente el facultado para declarar la culpa de uno o de ambos cónyuges. No la administración, tampoco los vecinos. No existe sentencia alguna que haya declarado la inocencia o culpa de uno, o de ambos cónyuges, requisito ineludible conforme el art. 1 de la ley 17.562 para denegar la prestación.

Conforme el juego armónico de las leyes referidas, sólo se pierde el derecho de acceder a la pensión, cuando judicialmente haya sentencia de divorcio o separación de hecho, por culpa del cónyuge supérstite o de ambos cónyuges.

Por lo que no es razonable fulminar con la sanción de pérdida del derecho, a la peticionante inocente o cuya culpa en la separación de hecho no hubiera sido fehacientemente probada en el proceso judicial pertinente.

V. Asimismo vale resaltar que la actora al iniciar su demanda expresó que ambos cónyuges se separaron pues el causante comenzó a mostrarse agresivo con ella y con los hijos en común, postura planteada también en el procedimiento administrativo.

Y resulta que ANSES en base a los dictámenes previos que referimos en el punto III del presente, había dispuesto realizar verificaciones ambientales. De la indagación a los vecinos en la zona del domicilio real de la actora, el responsable de esa área, informó que éstos dan cuenta que los cónyuges vivían separados, "...que tenía serios problemas de salud neuropsiquiátricos a tal punto que cometió asesinatos y fue sobreseído por insania....", "que fue echado del domicilio conyugal en la prov. de La Rioja... que regresa al domicilio de su madre.... y que allá vive hasta que fue internado en el Melchor Romero...".

El responsable de la verificación mencionó que fueron encuestadas varias personas, da los nombres de cinco de ellos y dice que otros encuestados "prefirieron mantener sus datos en absoluta reserva debido al carácter del trámite". Estas personas que habrían sido encuestadas no firman el acta.

Desde ya que la verificación ambiental mencionada carece de eficacia probatoria como pretendió ANSES e hizo valer en el procedimiento administrativo. Pero también es cierto que ofrece indicios al juzgador que se suman a las expresiones de la actora referidas a la agresividad del causante para con ella y los hijos.

La dignidad intrínseca de la persona es el fundamento de los derechos humanos. Con todo respeto a la intimidad y memoria del causante, se revelan como indicios, algunos hechos de la vida privada de esa persona, que pudieron ser de violencia contra la actora, que trascienden del fallecido y afectan a la familia.

Ello así con fundamento en el principio pro homine o pro persona, corresponde tener presente la incidencia de casos de violencia doméstica, a fin de no denegar derechos de carácter alimentario como el solicitado.

Y aquí entran en juego los instrumentos de Derechos Humanos más importantes de las mujeres aplicables en el mundo, la región y el país, a favor de la actora conforme las circunstancias particulares del planteo, que han sido incorporados por nuestro país a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, a saber:

La "CEDAW Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" aprobada por la Ley 23.179 en el año 1985 y con jerarquía constitucional a partir de la reforma de nuestra Ley Fundamental del año 1994, en el art. 75 inc. 22. A partir de marzo de 2007 Argentina es parte del sistema de la CEDAW, por Ley 26.171 que aprobó el Protocolo Facultativo.

La "Convención Interamericana Belem Do Pará", aprobada en 1996, por Ley 24.632, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. La Ley 26.485 promulgada de hecho el 01/04/2009 de "Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales".

VI. A mayor abundamiento, cabe recordar que en cuanto al alcance que debe darse al art. 1 de la ley 17.562, la CSJN ha entendido que la separación de hecho por sí sola no perjudica el derecho a pensión, ya que es condición para la pérdida del beneficio que la separación se hubiera producido por culpa de ambos o por culpa exclusiva del supérstite (conf. Sent. Del 30/07/1974 in re "Cordero de Jiménez, Viola). El Alto Tribunal en sentencia del 11/07/2002 dictada en autos "Gómez, Timotea c. ANSES", reitera su doctrina aclarando que el hecho de que la Administración Previsional haya comprobado que los cónyuges estaban separados al momento del fallecimiento del causante, no era razón suficiente para declarar extinguido el beneficio de pensión, pues para ello hubiera sido menester una declaración de culpabilidad de la peticionaria, lo que en la causa no estaba acreditado.

En el mismo sentido, se ha expresado que "el régimen de culpa establecido por el art. 67 bis para la separación conyugal no trae aparejado la pérdida del derecho previsional" (LM s/ pensión del 29/11/1988, CNASS Sala I, sentencia 2181 del 02/07/1990 in re "Pignataro, Antonia E. c. Instituto Municipal de Previsión social", entre otros).

Con palabras de nuestro más Alto Tribunal "Que con respecto al tema de fondo y culpabilidad de la cónyuge supérstite, solicitante de la prestación, esta Corte ha decidido que "debe dejarse sin efecto la sentencia que denegó el beneficio previsional si no se probó la culpa de la apelante en la supuesta separación de hecho en que se fundó la negativa, elemento subjetivo que es condición para la pérdida del derecho a pensión en los términos del art. 1°, inc. a, de la ley 17.562, sin que resulte posible fulminar con aquella sanción a la peticionaria inocente o cuya culpa no hubiese sido fehacientemente probada, aunque se hallara separada de hecho del causante desde varios años antes a su fallecimiento" (Fallos: 288:249; 311:2432 y 318:1464), antecedentes que resultan coincidentes con lo resuelto por el a quo" (ver sentencia del 27 de junio de 2000, en los autos: "Warnes, Ana M. c. ANSeS s/ pensiones"; en el mismo sentido: Fallos: 288:249; 289:148 y 303:156, ver D. 465. XXIX. Recurso de hecho; De Seta de Mazzuca, Emma F. c. Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles. Buenos Aires, 10 de agosto de 1995).

También el Alto Tribunal ha expresado que "debe dejarse sin efecto la sentencia que denegó el beneficio previsional si no se probó la culpa de la apelante en la supuesta separación de hecho en que se fundó la negativa, elemento subjetivo que es condición para la pérdida del derecho a pensión en los términos del artículo 1°, inciso a, de la ley 17.562, sin que resulte posible fulminar con aquella sanción a la peticionaria inocente o cuya culpa no hubiese sido fehacientemente probada, aunque se hallara separada de hecho del causante desde varios años antes de su fallecimiento" (Fallos: 288:249; 311:2432; 318:1464 y 323:1810). 5°) Que los antecedentes citados cobran particular relevancia en el caso si se tiene en cuenta el detallado examen de las pruebas que se efectuó en la sentencia de primera instancia, de la cual se desprende sin hesitación que no existen en las actuaciones elementos que permitan sospechar que la peticionaria tuvo la responsabilidad en la separación de hecho del causante (CSJN, causa S.383 XXXVI "Stoller, Elsa Y. c. ANSES pensiones, del 16/04/2002. Fallos: 288:249; 289:148, 303:156; 311:2432; 318:1464; 323:1810).

En cuanto a la carga de la acreditación de la culpabilidad, rige respecto del cónyuge supérstite el principio de inocencia y corresponde, por tanto, al organismo administrativo determinar su culpabilidad en la separación (conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Ponce, Alba T. c. ANSeS s/ pensiones", fallo del 21 de agosto de 2003).

En similar sentido y más recientes, ver sentencia del 03/06/2020 en la causa: "Jaime, Dimia M." (Expte. N° 112326) y sentencia del 08/06/2020 en "Paterno, Ana M." (Expte. N° 10200/2019) ambos del JFSS N° 9.

VII. Por todas estas razones, corresponde revocar la decisión del magistrado que rechazó la demanda, haciendo lugar a la demanda interpuesta por la sra. Fermina Ramona Antonia Nieto, ordenando a ANSES que deje sin efecto la Res. administrativa que desestimó la pensión. En consecuencia ordenar a ANSES que en el término de treinta días de quedar firme la presente, abone el beneficio de pensión derivado del fallecimiento del Sr. R. V. E., ocurrido el 1° de julio de 2008 y desde esta fecha, las diferencias retroactivas con más los intereses calculados según la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina.

VIII. Finalmente, en relación a las costas, será de aplicación el régimen general previsto en el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, toda vez que ambas Salas de este Tribunal han declarado inconstitucional el artículo 21 de la ley 24.463, en las causas "Cattaneo, Oscar c. ANSES - Reajuste de Haberes" (Expte. N° 11030058/2005/CA1) y Ramos, Miguel E.

c. ANSES s/ Reajustes por Movilidad" (Expte. N° FCB 11190072/2007/CA1).

En su mérito, y atento el resultado arribado las costas de ambas instancias, se impondrán a la demandada perdidosa (conforme artículo 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), a cuyo fin se difiere la regulación de honorarios de la asistencia letrada de la parte actora para su oportunidad; no efectuándose lo propio para la representación jurídica de la parte demandada por ser profesional a sueldo de su mandante (art. 2 de la ley arancelaria aplicable).

Por ello; se resuelve: I. Revocar la sentencia de fecha 4 de mayo de 2018, dictada por el señor. Juez Federal de La Rioja, haciendo lugar a la demanda interpuesta por la señora. Fermina Ramona Antonia Nieto, ordenando a ANSES que deje sin efecto la Res. administrativa que desestimó la pensión. II. Ordenar a ANSES que en el término de treinta días de quedar firme la presente, abone el beneficio de pensión derivado del fallecimiento del señor R. V. E., ocurrido el 1° de julio de 2008 y desde esta fecha, las diferencias retroactivas con más los intereses calculados según la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina. III. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (conforme artículo 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), a cuyo fin se difiere la regulación de honorarios de la asistencia letrada de la parte actora para su oportunidad; no efectuándose lo propio para la representación jurídica de la parte demandada por ser profesional a sueldo de su mandante (art. 2 de la ley arancelaria aplicable). IV. Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — *Eduardo Avalos. — Ignacio M. Vélez Funes. — Graciela S. Montesi.*

La separación de hecho no afecta el derecho pensionario de la viuda inocente

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

La moral y el derecho son disciplinas vinculadas puesto que la primera busca desarrollar conductas humanas valiosas que contribuyen a la amalgama social, lo cual debe hacerse siguiendo parámetros culturales de carácter ético, ya que, como diría Aristóteles, toda organización busca, que tanto el Estado, como los individuos sean felices y virtuosos en el grado de lo posible dadas las exigencias de la costumbre y de las leyes (ver "La política", p. 109).

En nuestro sistema positivo, el instituto previsional de la pensión tiende a cubrir los riesgos de subsistencia frente a situaciones de desamparo y de ancianidad, proporcionando el sustento necesario para su manutención a quien recibió la asistencia del causante en vida (CS, 09/08/2016, "Monteverde, Ángela L. c. Gendarmería Nacional", Fallos 339:1058) por lo que resultan acreedores naturales de tal beneficio aquellas personas a quienes el legislador entiende causahabientes del sujeto afiliado al sistema previsional, entre los que figuran su viuda o viudo y, eventualmente, sus descendientes hasta los dieciocho años de edad salvo que se encuentren incapacitados (ver art. 53 de la ley 24.241).

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

Lo expuesto, es sin perjuicio que la conviviente y/o el conviviente de la persona fallecida pueda desplazar a la viuda y/o el viudo en su derecho al goce del beneficio cuando la unión fuera notoria y mediara separación conyugal. Ello no impide que, eventualmente, el referido beneficio de pensión pueda ser compartido por ambos puesto que, según mandato legislativo, el o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando este hubiera sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio aclarándose que cuando el, o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o estos, hubieran sido demandados judicialmente, o el causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación de otorgará al cónyuge y la conviviente por partes iguales (conf. CS, 21/04/1967, "Rogmanoli, Marcelo s/ pensión", Fallos 267:336).

En el caso a estudio (CFed. Córdoba, Sala A, 07/10/2020, "Nieto, Fermina R. A. c. ANSeS"), los integrantes del tribunal decidieron conceder el beneficio pensionario a la viuda del trabajador fallecido a pesar de no existir comunidad de vida al momento del deceso del causante —julio de 2008—. Según las constancias de la causa, la separación conyugal se habría producido a partir del año 1980 cuando este decidió irse a vivir con sus hermanas en la Ciudad de Buenos Aires quedando su esposa en la Provincia de La Rioja, sede del domicilio conyugal.

El magistrado de primera instancia denegó la pensión solicitada, a pesar de la inexistencia de un reclamo paralelo formulado por un tercero, por entender que no había mediado asistencia alimentaria lo que traducía la común voluntad disolutiva basado en el art. 432 del Cód. Civ. y Com., el cual establece que los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho y que, con posterioridad al divorcio, la prestación referida solo se debe en supuestos previstos por el Código, o por convención de partes.

El pronunciamiento del tribunal revisor dejó sin efecto la referida resolución puntualizando que, según la ley 23.515 —vigente al momento de la muerte del afiliado— la separación personal no disuelve el vínculo matrimonial y que la prueba producida acreditaba que la separación de los cónyuges se debía a razones de violencia familiar ejercitadas por el causante contra la peticionante que resulta beneficiada por el principio de inocencia.

El pronunciamiento merece una serie de precisiones:

1º) Si bien la figura del matrimonio ha perdido atractivo sociológico y ha sido reemplazada, en gran parte, por uniones de hecho, su disolución se produce solo por la muerte de uno de los cónyuges, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio declarado judicialmente (art. 435 del Cód. Civ. y Com. impuesto por ley 26.994 y vigente a partir del 1º de enero de 2016) y no por la separación de los integrantes de la comunidad conyugal.

2º) Es tradicional que, en nuestro sistema jurídico, se aplique la figura de la presunción de inocencia a favor del cónyuge supérstite si no se acredita su culpa en la separación de hecho, siendo este un elemento subjetivo que es considerado condición para la pérdida del derecho a pensión en los términos del art. 1º, inc. a, de la ley 17.562 (CS, 28/03/2006, "Rodríguez, Ana C. c. ANSeS", Fallos 329:959; 29/04/2004, "Iturria, Nora E. c. ANSeS", Fallos 327:1341; 16/04/2002, "Stoller, Elsa Y. c. ANSeS").

3º) El pronunciamiento hace referencia a la figura de la violencia doméstica, como factor ético que justifica la preservación de un derecho previsional cuestionado, marcando un elemento de importancia sustancial en la resolución de las controversias jurídicas teniendo presente los lineamientos de la ley 26.485 que persigue prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos en que estas desarrollen sus relaciones siendo el doméstico uno de los más afectados.

Jurisprudencia Nacional

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA

Procedencia del grado de incapacidad establecido por el perito.

> En atención a lo informado por el perito, a la incapacidad física determinada en grado, a la gravedad del hecho vivenciado por el actor —que fue sometido a tres cirugías y a un tratamiento de casi cinco meses— las reglas de la sana crítica, de la experiencia y del correcto entendimiento judicial me llevan a ponderar el grado de incapacidad determinado por el profesional médico, por lo que propongo hacer lugar al reclamo del actor a fin de que se tenga en cuenta el porcentaje de incapacidad psicológica fijado en la experticia.

CNTrab., sala I, 03/09/2020. - Juárez, Miguel Ángel c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/46193/2020]

Causa N° 45154/17/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 03 de 2020.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 184/186, se alza el actor a tenor del memorial de fs. 189 y vta., que mereció la réplica de su contraria a fs. 192/193.

De su lado, el perito médico y la representación letrada de la parte actora cuestionan los honorarios regulados a su favor, a fs. 187 y 190 y vta., respectivamente.

II. El accionante inició una acción fundada en la ley 24.557 y sus modificatorias contra Provincia ART SA, por las dolencias que dijo padecer como consecuencia del accidente que sufrió el 12/04/16. Refirió que en tal fecha, mientras se encontraba circulando en la moto y cumpliendo sus funciones como "oficial mayor" de la Policía Metropolitana, un automóvil lo embistió. Sostuvo que como producto del accidente, "cae de espaldas abruptamente y es arrastrado por la caída hasta por debajo de un auto que se encontraba estacionado, golpeándose con el paragolpe trasero del mismo el brazo, muñeca y mano izquierda, así como también se golpeó la mano y muñeca derecha".

Señaló que fue atendido, en un primer momento, en el Hospital Cosme Argerich, donde le diagnosticaron "fractura en ambos brazos y traumatismos varios" y que luego fue trasladado a la Clínica Fitz Roy. Manifestó que el 15/04/2016 fue intervenido quirúrgicamente en el brazo izquierdo por luxación carpiana y que le colocaron una placa con tornillos; posteriormente, el 26/06/2016 lo operaron de la mano derecha. Detalló que el 24/08/2016 le realizaron una osteodosis transitoria por luxación de la muñeca derecha y que —finalmente— lo operaron del tercer metacarpiano de la mano izquierda. Por último, refirió que luego de cuarenta sesiones de kinesiología en ambos miembros superiores, le otorgaron el alta el día 05/09/2016 (fs. 6 y vta.).

Por su parte, la aseguradora demandada reconoció el contrato de afiliación con la empleadora del actor, admitió que recibió la denuncia del siniestro relatado y que le otorgaron las prestaciones correspondientes, hasta que dispusieron el alta médica el día 05/09/2016 (fs. 36 y 39 vta.).

III. El Sr. Juez *a quo* hizo lugar al reclamo incoado por el actor. Para así decidir, tomó en consideración lo informado por el perito médico a fs. 161/169 con relación a las afecciones físicas, y determinó que el demandante era portador de una minusvalía del 23,96% de la total obrera. Por otro lado, desestimó la incapacidad psicológica determinada por el galeno, pues entendió que tal patología no revestía del carácter permanente. En este sentido, condenó a la ART demandada a abonar al actor la suma de $716.760, más los intereses dispuestos las actas CNAT 2630 y 2658, desde la fecha del siniestro.

IV. El actor se queja porque el sentenciante de grado desestimó el porcentaje de incapacidad psicológica fijado en la experticia.

En primer lugar, destaco que el carácter transitorio o reversible de la patología —ponderado por el *a quo*— no puede ser fundamento para desestimar la minusvalía psicológica, pues el artículo 7° inciso c) de la Ley de Riesgos del Trabajo le confiere, a los efectos de proceder al cálculo, el carácter de definitiva por el solo transcurso del año calendario desde el accidente, extremo que acaeció en autos.

Aclarado ello, observo que el Dr. Ladoux estableció que el accionante padece secuelas por fractura de radio izquierdo, secuela traumática de fractura de tercer metacarpiano de mano izquierda con compromiso de nervios periféricos, limitación funcional de mano izquierda y muñeca derecha y luxación de radio cúbito carpiana.

En el plano examinado, el perito examinó las alegadas afecciones psicológicas del accionante y arribó a las siguientes consideraciones: "afectividad: anhedonia (pérdida del placer en actividades habituales), tristeza, melancolía, inhibición. Sentimiento de bronca e impotencia ante el recuerdo de los hechos de la presente litis. Temeroso. Estado de hipertimia displa-

centera, que se relaciona con marcada inseguridad, pérdida de autoestima y autoconfianza, con acentuada introversión, dentro de un trastorno de ansiedad consecuente con el problema de litis (...)".

Además, el galeno señaló que coincide con las conclusiones del informe psicodiagnóstico (obrante en sobre cerrado) en cuanto a que el accionante presenta " sentimientos de inseguridad en sí mismo, se observa un sujeto preso de sus responsabilidades, se preocupa por su capacidad laboral, marcado conflicto con el esquema corporal (...) dificultades para establecer relaciones inter personales en forma adecuada, nivel de autoestima disminuido, que expresa retraimiento e inseguridad y que responde a los requerimientos del ambiente con sentimientos de inferioridad, inmadurez emocional, yo debilitado."

Con relación a la personalidad de base, el galeno refirió "Neurótico. Personalidad estructurada, con sentimientos de dependencia y autoestima disminuida, con mínimos rasgos de narcisismo, compensada, sin necesidad previa de tratamientos psiquiátricos o de psicoterapia. Esto le posibilitó desarrollar una vida enfrentando situaciones y superándolas, incluso en lo afectivo y laboral y luego, [h]abiéndose descartado rasgos de una personalidad predisponentes, factores socio económicos y factores familiares, puedo concluir que estamos ante un cuadro de una reacción vivencial anormal neurótica psicosomática de grado moderado (...) grado II, del baremo Dto. 659/96, reconociendo en el actor una incapacidad parcial y permanente del 10%. (v. fs. 161/169).

Sobre tales bases, observo que el peritaje de fs. 119/124 se encuentra fundado en estudios médicos especializados, en consideraciones científicas, ilustra sus datos con detalles suficientes y fue realizado de acuerdo a las pautas previstas por el art. 472 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

No soslayo que la demandada impugnó el dictamen médico a fs. 171/172, mas las consideraciones allí vertidas no logran controvertir las conclusiones del Dr. Ladoux, pues la aseguradora refirió que este último no había examinado la personalidad previa del accionante, extremo que —por lo señalado anteriormente— se encuentra debidamente cumplimentado.

Para concluir, en atención a lo informado por el perito, a la incapacidad física determinada en grado, a la gravedad del hecho vivenciado por el actor —que fue sometido a tres cirugías y a un tratamiento de casi cinco meses— las reglas de la sana crítica, de la experiencia y del correcto entendimiento judicial me llevan a ponderar el grado de incapacidad determinado por el profesional médico, por lo que propongo hacer lugar al agravio del actor y modificar la sentencia en crisis.

Por todo lo expuesto, tomando en consideración la incapacidad determinada en el marco del Expte. N° 38.833/16 del 24,42% —ponderada en grado— corresponde determinar la incapacidad psicofísica del actor en el 32,29% de la T. O. (19,14%: incapacidad física + 7,55%: incapacidad psicológica (10% de 75,58%) + 5,60% factores de ponderación (21% de 26,69%). Incumbe, establecido lo anterior, readecuar el monto indemnizatorio determinado en el art. 14 ap. 2° inc. a) de la ley 24.557. Así, la fórmula arroja la suma de $804.958,62 (IBM $34.084 x 53 x 32,29% x coef. edad (1,38)), que no supera el mínimo establecido en la resolución 1/2016 que asciende a $304.533,12 ($943.119 x 32,29%), por lo que corresponde la aplicación de este último. A dicho importe corresponde adicionar el incremento previsto en el art. 3° de la ley 26.773 $160.991,72 ($804.958,62 x 20%), lo que arroja un importe final de $965.950,34.

V. De conformidad con el resultado que se propone, sugiero imponer las costas de grado a cargo de la demandada, en su carácter de objetivamente vencida (art. 68 y 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En materia arancelaria, en consideración al mérito, la calidad, la eficacia, la extensión de los trabajos cumplidos en primera instancia, el resultado del pleito, lo normado por el artículo 38 de la LO, las disposiciones arancelarias de aplicación y vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts. 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 19 y 37 de la ley 21.839, actualmente previsto en sentido análogo por el art. 16 y conc. de la ley 27.423; cfr. CSJN, *in re* "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", sentencia del 12/09/1996, publicada en Fallos: 319:1915 y "Establecimiento Las Marías SACIFA c. Misiones Provincia s/ acción declarativa", sentencia del 04/09/2018, Fallos: 341:1063), sugiero regular los honorarios de grado en el 16%, 14% y 6% a la representación letrada de la parte actora, demandada y perito médico, respectivamente, sobre el monto de condena más los intereses fijados en la anterior instancia.

VI. En razón del resultado que se propone, las costas de Alzada deben imponerse a cargo de la demandada (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27.423).

VII. Por todo lo anterior, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) Modificar la sentencia apelada y establecer el monto de condena en la suma

de $965.950,34, más los intereses fijados en grado; b) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada; c) Regular los honorarios de grado en el 16%, 14% y 6%, a la representación letrada de la parte actora, demandada y perito médico, respectivamente, sobre el monto de condena más los intereses fijados en la anterior instancia.; d) Imponer las costas de Alzada a la demandada y e) Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423).

La doctora *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto de la doctora *Hockl*, por compartir sus fundamentos y conclusiones.

Por ello, el Tribunal resuelve: a) Modificar la sentencia apelada y establecer el monto de condena en la suma de $965.950,34, más los intereses fijados en grado; b) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada; c) Regular los honorarios de grado en el 16%, 14% y 6%, a la representación letrada de la parte actora, demandada y perito médico, respectivamente, sobre el monto de condena más los intereses fijados en la anterior instancia.; d) Imponer las costas de Alzada a la demandada y e) Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423); y f) Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese el presente pronunciamiento (art. 4 Acordada CSJN N° 15/2013) y devuélvase. *— María C. Hockl. — Gabriela A. Vázquez.*

COMPETENCIA

Accidente de trabajo. Competencia de la Justicia Nacional del Trabajo.

1. — Corresponde revocar la resolución de primera instancia y declarar la competencia territorial del Fuero para entender en las presentes actuaciones toda vez que, en el presente caso, estamos frente a una aseguradora que tiene su domicilio en esta ciudad lo que sin dudas habilita la instancia (del voto de la Dra. Cañal)

2. — No puedo compartir el criterio sobre la competencia territorial, según el cual la ley 27.348, desplazaría al art. 24 de la LO. En efecto, disiento porque: 1) Contrariamente a lo que en definitiva surge del decisorio, se ve efectivamente afectado el acceso a la justicia, garantía constitucional (art. 18 CN), al achicarse el espectro de opciones para el trabajador; 2) Además, porque solo sería aceptable que la nueva ley fuese aplicable a accidentes ocurridos antes de su vigencia, siempre y cuando ésta fuese más beneficiosa, y ya con lo único que se ha analizado relativo a que la parte actora ve reducida la amplitud de opciones de atribución de competencia, queda claro que no lo es (del voto de la Dra. Cañal)

3. — La sola lectura de la demanda permite advertir que el actor dice haberse accidentado el 21 de septiembre de 2018 mientras se encontraba prestando servicios en una obra en construcción ubicada en la Ciudad de Buenos Aires. Esto así, y sin perjuicio de considerar legítima las reglas de competencia territorial establecidas en la ley 27.348, no encuentro posible sostener que no se han verificado ninguno de los factores a los cuales dicha norma condiciona la intervención de los organismos jurisdiccionales de esta ciudad, dado que nadie puede accidentarse trabajando en un lugar donde no presta servicios, por lo que corresponde revocar lo resuelto y declarar la competencia del tribunal en razón del territorio por verificarse la efectiva prestación de tareas en esta ciudad (del voto del Dr. Perugini)

CNTrab., sala III, 14/09/2020. - Elorga, Milton c. OMINT ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/46467/2020]

Causa N° CNT 42.295/2018/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, septiembre 14 de 2020.

La doctora *Cañal* dijo:

I. Llegan los autos a esta Alzada, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 23/24, sin réplica de la contraria, contra la resolución de primera instancia a fs. 20/22.

La Sra. Juez de la anterior instancia manifiesta que, a la fecha de iniciación de la presente acción, resulta aplicable en el caso la ley 27.348, vigente a partir del 5 de marzo de 2017 y cita el art. 1° de la mencionada ley. Asimismo, menciona que, a tal fin, la norma regula la competencia territorial en forma expresa y con carácter de norma específica y posterior a las reglas del ar-

tículo 24 LO —que se utilizaba con carácter analógico— y del artículo 118, 2° párrafo, de la ley de seguros N° 17.418, determinando 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 reporta, a opción del trabajador, y en su resolución agotará la instancia administrativa" (conf. asimismo art. ley cit.).

A su vez, establece que, en el presente caso, dado el domicilio del reclamante, el lugar de prestación de tareas y el domicilio de la empresa al que habitualmente se reporta, no sería competente territorialmente este tribunal para el supuesto de promoverse una acción judicial una vez cumplida la instancia administrativa previa, dado que la comisión médica que debe intervenir de acuerdo a lo dispuesto por la norma de referencia corresponde a extraña jurisdicción, al igual que los tribunales ordinarios laborales que, en su caso, deban resolver los conflictos que se susciten.

Por otro lado, considera que, las genéricas y abstractas manifestaciones impugnatorias vertidas por el accionante con relación a la aplicación de la mencionada ley, no resultan idóneas para descalificar la misma, teniendo en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto constituye un acto de suma gravedad institucional, que debe considerarse última ratio del orden jurídico, por cuya razón su viabilidad no resulta habilitada sino ante la demostración concreta del perjuicio que la norma causa al interesado.

Así, en virtud de lo expresado y con arreglo al imperativo que dimana el artículo 19 de la LO - en cuanto dispone que la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, incluso la territorial es improrrogable", considera pertinente declarar la inaptitud jurisdiccional del tribunal para entender en los presentes actuados.

Por ello, resuelve declarar la incompetencia territorial del tribunal para entender en los presentes actuados.

II. Por su parte, el apelante, en su escrito de inicio, manifiesta haber padecido un accidente laboral el día 21 de septiembre de 2018. Asimismo, afirma haber sufrido daño físico y psíquico, como consecuencia del mismo.

III. Ahora bien, arribada la causa al tribunal, al ser un planteo de competencia, di cumplimiento con la vista dispuesta en el art. 2 (f) de la ley 27.148. Así, el Fiscal General Interino, a fs. 29, considera que, el recurrente se limita a disentir con lo decidido en la instancia anterior sin rebatir, eficazmente —con argumentos fácticos y jurídicos—, los fundamentes de la resolución, único medio por el cual la Alzada adquiere in totum su aptitud jurisdiccional para analizar el planteo y revocar lo cuestionado.

Asimismo, señala que el apelante se aferra a cuestiones que hacen a la habilitación material de la instancia ante esta Justicia Nacional del Trabajo, sin hacerse cargo ni rebatir los argumentos vertidos por el Magistrado de grado, en torno a que no se advierte configurada en el ámbito de esta Ciudad de Buenos Aires ninguna de las hipótesis que hacen a la aptitud territorial para entender en el reclamo (conf. art. 1, 2 de la ley 27.348).

IV. Es necesario destacar, que entre otras causas, existe un dictamen del Fiscal General de la Cámara (N° 72.879 del 12 de julio de 2017), y un pronunciamiento de la Sala II en la Sentencia Interlocutoria N° 74.095 del 3 de agosto del 2017, ambos en la causa "Burghi, Florencia V. c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial".

Asimismo, entre otros la Sala X, se pronunció el 30 de agosto de 2017, en los autos "Corvalán Héctor E., c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial", otro tanto hizo la Sala I el 12 de setiembre del corriente en autos "Luna, Dolores E. c. Provincia ART SA", así como la Sala V el 18 de agosto de 2017, en "Quispe Román, George c. Provincia ART SA s/ accidente".

En el caso de la Sala II, en consonancia con el dictamen fiscal, y el fallo de la primera instancia, se confirmó el rechazo del planteo sobre la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio. Por su parte, la mencionada Sala X, asume la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, por considerar inconstitucional las excesivas facultades conferidas a las CCMM, en la Resolución SRT 298/2017. En el caso de la Sala I por una cuestión temporal se consideró abstracta la cuestión, declarando la competencia del fuero y, finalmente, en el de la Sala V, se decretó la nulidad de la desestimación del planteo de inconstitucionalidad de la ley ab initio y sin producción de prueba, así como la consecuente declaración de falta de aptitud jurisdiccional del fuero.

Los argumentos expuestos, tanto por el ministerio fiscal, como por mis colegas, serán tenidos en cuenta en el presente análisis, al igual que la interpretación, que hasta el momento ha sostenido la Corte sobre la jurisdicción administrativa.

V. Preliminarmente, adelanto que he sostenido y argumentado inveteradamente —sobre lo que me explayaré aquí a su debido tiempo—, que en nuestro sistema jurídico, de modelo continental, los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no revisten

fuerza vinculante para el resto de los jueces, toda vez que sus pronunciamientos son ley en sentido particular, sólo para las partes .

No obstante, cabe advertir que sus pautas interpretativas —así como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, no deben ser soslayadas a la hora de realizar el obligado control difuso de constitucionalidad —y de convencionalidad— de las normas que conforman el sistema jurídico vigente, aunque reitero, no implican la obligatoriedad de las doctrinas que establecen. Dicho ello con la salvedad de que si la doctrina que fijan es la más progresiva para su momento, en ese caso no podría resolverse por debajo de ese standard, pero no porque el precedente sea vinculante, sino porque el principio de progresividad deriva de una norma interpretativa incorporada al sistema.

Establecido ello, circunscribo el foco de lo aquí planteado, a la discusión sobre la pertinencia de la jurisdicción administrativa obligatoria, con desplazamiento de la justicia ordinaria en la resolución de conflictos, lo que implica un análisis en general y otro en particular de la cuestión.

En efecto, en términos generales, es necesario comprender la estructura jurídica del modelo argentino, dentro de la cual se está juzgando la viabilidad de prorrogar la justicia ordinaria a una justicia administrativa, de carácter obligatorio. De ser livianos en este aspecto técnico, o de incurrir en meros argumentos de autoridad que conviertan en verdadero lo falso , podemos incurrir en importantes confusiones que impliquen decisiones contrarias al derecho constitucional vigente .

De tal modo, observo con preocupación que tanto la doctrina especializada, cuanto el Ministerio Público y la Jurisprudencia, se remiten en este tema, a precedentes de la Corte de EE.UU. sin formular distinciones, y extrapolan conceptos, como el de la agencia administrativa y el rol de los principios , sin contemplar que su modelo jurídico es diferente al nuestro.

Esto se debió a que, como lo plantearon la primera y segunda instancia en el caso "Burghi", y otro tanto la Fiscalía General, se pretendió seguir la doctrina del fallo "Ángel Estrada", dictado por el Máximo Tribunal, el 5 de abril de 2005, que utiliza precedentes del país del Norte.

Allí, entre otros temas, la CSJN se pronunció sobre la competencia del organismo de control —ENRE— para resolver en sede administrativa sobre la responsabilidad por daños y perjuicios-ocasionados por la empresa prestataria, Edesur SA, a los usuarios reclamantes—, con fundamento en el derecho común.

A tal fin, y hablando de modelos comparados, toda vez que en "Ángel Estrada" la Corte en efecto, habría de echar mano a precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a fin de determinar la viabilidad de la aplicación de los mismos, refrescó las bases de nuestro sistema constitucional, de acuerdo a la organización del poder que decantó la historia de nuestro país, en los constituyentes de 1853/60. Metodología que no se sigue habitualmente, y que, por cierto evitaría muchas distorsiones, cada vez que se extrapolan institutos sin mayor reflexión.

De hecho, que incansablemente propongo en mis pronunciamientos, la observación sobre el distingo entre el modelo continental y el de commonlaw, el primero adoptado por la Argentina, y el segundo por EE.UU. . Ello obedece a la necesidad de explicar detenida y sistémicamente, el porqué de una decisión, que muchas veces se aparta del común denominador. Por eso, no tener claro el "GPS", tanto en el derecho como en el deporte y la conducción, sería algo así como, jugar un partido de fútbol donde el árbitro aplique el reglamento del volleyball , o pretender avanzar en las rutas de Londres por la izquierda.

Este fue el motivo por el cual profundicé estos conceptos a la hora de evaluar la reforma, también en materia de riesgos, en relación con la competencia y los beneficios de la Ley 26.773, en los fallos "Acevedo" , y "Fiorino" , lo que haré nuevamente en el tema que me convoca.

Luego, en un segundo nivel de coincidencia con la doctrina de "Ángel Estrada", la misma remarca como pauta metodológica —Considerando 12—, la necesidad de la interpretación sistémica al decir que "para delimitar el alcance de las facultades a que se refiere el art. 72 de la ley 24.065 —allí en debate— es preciso computarla totalidad de sus preceptos, de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y, especialmente, con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 312:111 y 1036, y sus citas)."

En efecto, este tipo de hermenéutica es la que practico en la resolución de las causas y, expresamente, lo he manifestado en los precedentes mencionados y en numerosos decisorios como juez de la primera instancia . Se trata en definitiva, de la necesidad de una interpretación en términos de sistema jurídico, en lo que hiciera hincapié la Dra. Kemelmajer de Carlucci en los albores de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. de la Nación unificado .

Puntualmente, en el fallo "Acevedo" expresé que hacer alusión a una interpretación "armónica" de los derechos contenidos en el texto constitucional, sólo puede ser traducida en la "jerarquía" de valores im-

puesta por la Constitución Nacional, lo que consecuentemente se traduce en una jerarquía de las normas jurídicas, que debe ser respetada por el intérprete.

Repárese que la Corte, aún cuando en "Ángel Estrada" no lo haya mencionado, implícitamente alude al artículo 28 de la CN. En efecto, dicha norma establece: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio."

Es decir, la norma sustantiva (la que establece a qué se tiene derecho), no puede ser alterada ni en su contenido ni en su vinculación jerárquica con el resto de normas sustantivas, por la norma adjetiva (la que prevé cómo habrá de hacerse efectivo el derecho sustantivo).

Luego, en ninguno de los niveles de adjetivación (poderes legislativo, ejecutivo y judicial), es posible alterar el sentido, ni el orden jerárquico, puesto que el propio sistema a través de los principios, establece cómo resolver ante la duda.

He aquí un rol central de los principios jurídicos, que establecen para quien lo dudara, cuál es el orden correcto en la escala de normas sustantivas, que no hace más que reflejar la vigencia de una determinada jerarquía de valores. De allí, que los principios tengan carácter sustantivo y sean una suerte de super norma, a la que se recurre también en caso de duda.

Es decir, no se puede alterar por vía de interpretación, ni la jerarquía, ni el contenido de las normas sustantivas. Como tampoco puede afectárselas en ninguno de ambos sentidos, mediante la creación de norma adjetiva (leyes, decretos, reglamentos, etc.).

De allí que, toda norma de forma o adjetiva debe reglamentar los derechos constitucionales sustantivos según, la jerarquía que el propio sistema ha establecido a través de los principios normativos . Esto mismo sucede con las normas de forma de rango constitucional —vgr. la división de poderes, la forma de gobierno, etc.— que son, precisamente, la "reglamentación" con la que el constituyente procura preservar el paquete de normas sustantivas.

En nuestros días, y desde 1994 el paradigma vigente es el de los Derechos Humanos Fundamentales, el que nos obliga a jerarquizar los derechos en el juego entablado entre tres principios centrales: 1) El del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural, 2) el pro homine y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad .

Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa, ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, *in re* "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otro c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/11/12).

Puntualmente, la CSJN nos ha dicho en "Álvarez, Maximiliano y otro c. Cencosud SA s/ acción de amparo", A. 1023, XLIII, que "el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art. 2,1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorran, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorran, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, "concordante con la doctrina universal"; el "principio de favorabilidad" (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27).

Vale resaltar que en la reciente unificación en el Cód. Civ. y Com. de la Nación —vigente desde el 1° de agosto de 2015—, el legislador entendió necesario —aún cuando podría interpretarse como redundante— establecer preliminarmente que los tratados de derechos humanos son fuente de derecho y pautas de interpretación de nuestro sistema jurídico (Artículos 1 y 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) .

Entonces, como premisa básica las normas adjetivas no pueden contradecir la finalidad del paradigma constitucional vigente, de lo contrario, el remedio será la inconstitucionalidad de su regulación.

Establecida la estructura normativa e interpretativa (también normada, obligatoria por ende, que es lo que se pretende ignorar), cabe reflexionar si la misma podría funcionar adecuadamente en cualquier modelo jurídico, lo que nos lleva una vez más a distinguir el sistema continental del de commonlaw. Distingo que consideró basal como fundamento general.

Justamente, encontramos que este análisis en Ángel Estrada es preliminar y no ha sido debidamente advertido en el uso que se hace de este precedente. Porque, valga la redundancia, para el uso que se realiza en Ángel Estrada de los precedentes de la Corte de

los EE.UU. (lo que analizaremos debidamente), primero se tienen en cuenta los modelos jurídicos, a fin de no extrapolar lo que no corresponde técnicamente por su incompatibilidad.

Así, la Corte destaca de nuestro texto constitucional los artículos 18 y 109, agregando que este último está basado en el artículo 108 de la Constitución de Chile. Este no es un dato menor.

En efecto, estableciendo su génesis definió que el sistema argentino, a diferencia del norteamericano, se inclinó por un modelo judicialista en el marco de la división de poderes. Esta discusión, justamente, parte las aguas entre los doctrinarios administrativistas.

Para reafirmar lo expresado por la CSJN en este precedente, nada mejor que evocar las palabras del propio Juan Bautista Alberdi, rememoradas por el administrativista Juan Carlos Cassagne, quien al comparar nuestro sistema con el de los Estados Unidos, expresó: "decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña" .

En consonancia, el administrativista destacó, aludiendo a la visión del propio Alberdi , que: "la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista."

"Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853. De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (vgr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos) (...)esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido, en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento). (...)Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino. (...) Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos Estudios que: "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial. (...) En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible (...) Alberdi, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853, comienza diciendo nada menos que: "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos (...)." Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos. Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio" .

Asimismo, Tomás Hutchinson afirma en este sentido que; "nuestro sistema es autóctono, derivado del Derecho Patrio, lo que "se refleja entre otros aspectos, en la cláusula constitucional del artículo 109 (ex 95) sin equivalente en la Constitución estadounidense, donde a diferencia de lo que sucede en nuestro país, la ley puede determinar que la decisión administrativa tenga carácter final. Recordemos la vigencia, en Estados Unidos de (Norte) América, del principio de la indemandabilidad del Estado, que tenía por consecuencia adicional la imposibilidad de responsabilizar al Estado por los hechos de sus agentes, y, como consecuencia adicional, la doctrina de la inmunidad soberana, de lo que se derivaba la necesidad del con-

sentimiento del Poder Legislativo para demandar al gobierno federal. Tal doctrina determinó inicialmente que se reconociera el derecho a demandar al funcionario. Debió aguardarse: a) hasta la creación de la Court of Claimspara contar con un tribunal, bien que inicialmente de carácter administrativo, para que los contratistas del Estado pudieran deducir demandas contra aquél por responsabilidad contractual; b) que se establecieran legislativamente acciones de judicial review contra decisiones de comisiones reguladoras independientes; c) que se sancionara en 1946 la Administrative Procedure Act estableciendo con carácter general el derecho a revisión judicial de actos administrativos, y; d) la sanción, también en 1946, de la Federal Tort Claims Act, que hizo posible accionar contra el Estado por daños y perjuicios derivados de actos de sus funcionarios, para que podamos afirmar la existencia de un auténtico sistema de control jurisdiccional de la Administración. Cabe señalar que en realidad, fue tras la sanción de la Constitución de 1853 y la recepción de la influencia de la Constitución estadounidense, con la correspondiente adopción por la Corte, en buena medida, de la jurisprudencia estadounidense, cuando comenzaron a plantearse las tesis de la inmunidad soberana y de la indemandabilidad del Estado (principios totalmente ajenos a nuestro sistema)" .

Entonces, ¿cuál es la consecuencia de ser judicialistas? Que el modelo argentino "prohíbe en todos los casos al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales (...)", y que excepcionalmente, podría atribuírseles jurisdicción a Tribunales Administrativos. En otras palabras, que el Poder Ejecutivo tome el lugar del Poder Judicial.

Esto es diferente en la organización constitucional del Estado Norteamericano. En dicho país, se admite, como regla, la jurisdicción administrativa, llamada "jurisdicción primaria", ejercida por un sistema de "agencias". Es más, bastante recientemente este sentido se vio profundizado con las letras chicas de los contratos, al renunciar el ciudadano sin saberlo, al reclamo en justicia directamente (recomiendo el documental "Hot Coffee", muy ilustrativo al respecto, mostrando la incidencia del fenómeno hasta en cuestiones laborales).

Esta jurisdicción administrativa va en línea (como un crescendo de la incidencia de la economía y la política en el derecho) con la influencia directa que tiene a su vez el poder político en el poder judicial, como fuera puesto de manifiesto en mis votos en las causas "Acevedo" y "Fiorino" .

En los EE.UU., un precedente que atienda un tema muy relevante, es vinculante siempre y cuando el poder político no decida lo contrario, en cuyo caso se entroniza uno nuevo. Esto, es técnicamente posible en un modelo de commonlaw, pero no en uno continental como el nuestro, que brinda mayor seguridad jurídica. Esa misma que se pretende destruir cuando se confunden los efectos de los fallos de la Corte, o cuando simplemente se lo considera un tema menor y se lo soslaya o se lo trata ligeramente, cuando es central .

Esta tendencia a confundir conceptos estructurales pierde un tanto su inocencia (para el caso de no ser deliberada y constituir un defecto de formación jurídica), si observamos que en principio, en nuestro país los precedentes norteamericanos en materia de disregard (alther ego, o piercing the corporate veil), han sido ignorados en materia laboral , precisamente cuando resultaban favorables al trabajador.

Es más, en este punto se observa con claridad que si el objetivo final no es el respeto por el derecho, sino el de los intereses de turno, se procurará confundir una y otra estructura jurídica. Así, en EE.UU., las corporaciones pidieron que al menos en materia de alter ego, se codificara el derecho al que debían atenerse ellas y los jueces (pasar a un modelo continental en el tema), dado que la multitud de precedentes y estados en los que tenían que operar —lo que multiplicaba aún más los primeros—, aumentaba exponencialmente el riesgo de una condena.

Al mismo tiempo, en Argentina se nos sometía a otra ráfaga de confusiones en ese tema, con respecto a la vinculatoriedad del precedente (recordemos las publicaciones especializadas invocando la existencia de un quietus, por el fallo "Palomeque", por "Cingiale" —donde no se abrió siquiera el extraordinario— y lo que la propia Corte sostenía al respecto, ver en el punto la opinión de la minoría también para la apertura del extraordinario en Davedere.

Es decir, se pretendía que éramos un commonlaw , pero a diferencia de lo sucedido en los EE.UU., no se trataba del pedido de un cambio, sino de una interpretación inválida del propio sistema jurídico.

Nótese que cuando se quiso que los fallos de la Corte fuesen vinculantes, así se dispuso, como en la constitución de 1949, derogándose luego la vinculatoriedad en la reforma constitucional de 1957.

Creo oportuno precisar, que para el caso de contemplarse una reforma constitucional que modifique el sistema jurídico, incurriríamos en el error conocido vulgarmente de "cambiar los ojos por el rabo".

Digo así, porque agobiados tal vez por las deficiencias y fallas en la práctica del derecho, nos dejaríamos encandilar por lo pragmático del derecho norteamericano (que no está exento de los mismos defectos de

corte humano), perdiendo un sistema que, correctamente usado, proveería altos índices de seguridad jurídica. No es esto lo que dice, ni procura decir, nuestra Constitución Nacional.

Por tal motivo, en el fallo "Acevedo", desarrollé la crítica al modelo de EE.UU., donde al gozar los precedentes de fuerza jurídica vinculante, se asegura "uniformidad" es pos del interés de turno, en defensa de un modelo como el nuestro, de no vinculatoriedad y control difuso de constitucionalidad , que procura la independencia judicial —en lo que coincidió la CorteIDH —.

Para justificar mis afirmaciones, apunté al análisis de jurisprudencia norteamericana, donde se demuestra que, aunque en el derecho hubiese sobrevenido una mejora para un sector minoritario en poder, en los hechos la interpretación judicial, continuaba desfavoreciéndolos. Este efecto se lograba con un precedente que mantenía el criterio anterior a la nueva norma, asegurando el status quo de la "tradición interpretativa" judicial. Claramente, en este caso, al margen del derecho vigente.

Allí, sostuve: "Esto nos lleva de regreso a los checks and balances. Si en un modelo como el nuestro, de tipo continental, con control difuso de constitucionalidad, los jueces no hacen su tarea sin temor a molestar al poder de turno, sea cual sea su color político, defendiendo la Constitución Nacional en sus exactos términos, se corre el riesgo de desvirtuar el sistema jurídico mismo. Es decir, convertirlo en la práctica en el referido CommonLaw, donde desde un realismo jurídico (no positivismo, insisto), el derecho es lo que los jueces dicen que es (Holmes, Oliver Wendell Jr., Thepath of law, 10 Harvard LawReview 457 (1897); Thepath of law and thecommonlaw, Kaplan Publishing, New York, 2009; y la disputa Dworkin-Hart, La decisión judicial: el debate Dworkin-Hart, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997). Agrego: en clara vinculación, muchas veces, con los designios del Poder Político".

"Prueba de esto, es que la Corte Suprema de los Estados Unidos, ha podido dictar en absoluta contradicción, varios fallos. En éstos, lo llamativo es observar cómo, si bien la racionalidad del sistema se mantuvo intacta (existiendo en todos los casos que se mencionan a continuación la Primera Enmienda, sobre libertad de expresión), la Corte varió la resultante fáctica según los intereses del poder político".

"Solo como ejemplo, en Dennis c. United States (1951, bajo la presidencia del demócrata Harry S. Truman, y el imperio de la Comisión de Control sobre actividades subversivas) el acusado había organizado, en pleno macartismo, el partido comunista; por tal accionar, la Corte consideró que existía un peligro sustancial, en virtud del cual no importaba la cercanía del éxito de la acción (el hecho de tomar el poder por la fuerza) ni su posibilidad de concreción, de todos modos la acción era tenida por punible; mientras que en Brandenburg v. Ohio (1969, durante el mandato del republicano Richard Nixon, a seis meses del asesinato del demócrata Robert Kennedy y a casi seis años del de su hermano, el también demócrata John Fitzgerald Kennedy), se dio el caso de que el KuKluxKlan pronunciara varios discursos en los que proponía "acometer a la acción" (siendo ésta una organización eminentemente racista, que ya había realizado matanzas, linchamientos y persecuciones); estas acciones, sin embargo, para la Corte no parecieron cumplir con el estándar de "peligro inminente", siguiendo los vaivenes de la política interior y exterior norteamericana".

"Asimismo, en el curso de cien años la Corte pudo mantener fijo el mismo criterio que beneficiaba a la clase dominante aún en presencia de una modificación legislativa (affirmative action), la cual se hizo necesaria en virtud del carácter eufemístico de la enmienda ya existente (14, sobre igualdad)".

"Así, antes de instalada la affirmative action en el universo normativo de la nación, en la causa, se dio el caso Dred Scott c. Sandford (1852, durante la presidencia de Millard Fillmore, primero antimasónico y luego whig), en el cual la Corte estadounidense falló que los estados no tenían potestad para decidir sobre la libertad o esclavitud de sus habitantes, y en Plessy c. Ferguson (1896, bajo la presidencia del demócrata Grover Cleveland), en el que se indicó que sectores diferenciados para sentarse en los tranvías no constituían una violación del principio de igualdad, emergente de la ya referida Enmienda 14".

"Con posterioridad a tal modificación, increíblemente, en Hopwood c. Texas (1996, bajo la presidencia del demócrata Bill Clinton), donde la Corte falló en favor de lo que varios estudiantes blancos consideraron una medida discriminatoria: la referida affirmative action. Es decir, se apoyó judicialmente su oposición vehemente a la existencia de un cupo mínimo en las facultades a ser ocupado por estudiantes afro-americanos".

"Con lo cual y resumiendo, fuera cual fuese el contenido normativo, podemos rastrear a lo largo de nada menos que cien años, tantas variaciones judiciales, como fuera necesario hacer para satisfacer el establishment. Con lo que queda claro que un sistema jurídico de Common Law, resulta mucho más vulnerable a las presiones del poder, que al imperio del derecho".

"De tal suerte, que lo que estamos mostrando es que el grado de opinabilidad y de subjetividad en un

modelo continental como el nuestro y de control difuso, no tiene la amplitud que se quiere hacer creer, siempre y cuando se respete la racionalidad del sistema. Porque lo que estamos debatiendo en este punto no es "cómo hacen derecho los operadores jurídicos", sino si el derecho habilita esto que hacen".

Asimismo, dicha discrecionalidad se observa claramente, en el caso del incidente Bahía de los Cochinos, cuando durante 5 años la Corte de los EE.UU. dictó resoluciones contradictorias entre sí, con el mismo marco normativo, siguiendo los vaivenes de la guerra fría, que se entibiaba a veces, y otras se congelaba.

En ambos casos, soluciones alejadas del derecho, y cercanas a la política. Con una diferencia: en los EE.UU. en la mayoría de los estados que integran la Unión y la Corte misma, el modelo lo permite.

Retomando el tema que hoy nos convoca, todo lo dicho debe ser recordado con ahínco, porque aun en un sistema con esas características, llamativamente la Corte Norteamericana entiende que la jurisdicción primaria debe ser limitada según la materia.

Así, el fallo "Ángel Estrada" muestra las decisiones del máximo tribunal del país del norte, en dos momentos históricos. La doctrina de los casos Texas & Pacific Railway c. Abilene Cotton Oil.; Far East Conference c. United States; Weinberger c. Bentex Pharmaceuticals, Inc.- que datan de 1907, establecía 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 (...)" (Considerando 13).

Este párrafo confiesa el mecanismo de defensa de intereses sobre la organización norteamericana, diseñada en la relación Estado-Mercado. Insisto, es un modelo que lo permite, no así en nuestro caso, en donde se fue profundizando una lógica de justicia social, hasta la consagración neta de la protección de los derechos humanos, sin salirse de un modelo capitalista.

Léase, en el caso "Burghi", al citar "Ángel Estrada" del año 2005, que interpreta una jurisprudencia foránea en los albores del 1900, se termina entronizando indebidamente la uniformidad del precedente, creando una justicia administrativa que evitará la diversidad de opiniones. Esto solo, por su sinsentido técnico, llamó liminarmente mi atención.

Mas continuando con la lectura de "Ángel Estrada", se cita allí un segundo fallo más cercano. Se trata de Nader c. Allegheny Airlines, Inc., de 1976. Justamente aquí, la Corte de los EE.UU., introduce una limitación al poder de las agencias respecto a la especialidad. Al respecto, nuestra Corte extrae de "Nader", los siguientes términos: "el principio de la jurisdicción primaria no rige cuando la cuestión controvertida es ajena al régimen de las agencias." Además, se estableció que la competencia material de la jurisdicción primaria es para los casos en que se requiera "la experiencia y especialización" de dicha agencia. Agregó, que "la aplicación de los estandares que rigen una demanda por prácticas fraudulentas corresponde a la competencia convencional de los tribunales ordinarios" y que "el criterio técnico de un cuerpo experto no parece ser útil para la aplicación de estos estándares a los hechos del caso".

En definitiva, resume nuestra Corte, "la jurisdicción de las agencias se circunscribe a las materias que configuran "el corazón" de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó (...)". (Considerando 13).

Con lo cual, si los EE.UU. mismos ponen límites a la jurisdicción administrativa originaria, como en el citado caso "Nader", cuanto más en nuestro modelo que es estructuralmente diferente.

Efectivamente, es el principio de especialidad que surge de la doctrina en el caso "Nader", el que confirmó la Corte Suprema de la Nación en la doctrina del fallo "Ángel Estrada" para considerar los casos de jurisdicción administrativa, apegado al sistema judicialista.

Al respecto, la CSJN afirmó que: "no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente. Los motivos tenidos en cuenta por el legislador para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional, e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el art. 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación. Admitir que el Congreso pudiera delegar en los órganos de la ad-

ministración facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el art. 76 de la Constitución Nacional, con salvedades expresas (...)" (Considerado 14).

Es por ello, que de manera contundente afirma que para dirimir los recursos ordinarios, como el reclamo de daños y perjuicios con sustento en el derecho común, corresponde que sean dilucidados en la justicia ordinaria. Es más, concluye que "definir el contenido concreto de la prestación y el estándar de diligencia exigible a la empresa —en el caso la distribuidora en la prestación del servicio-(...) aunque involucren aspectos técnicos, son insuficientes para atribuir jurisdicción al ente regulador, toda vez que nada obsta a que los jueces ordinarios le requieran toda la información relevante para determinar la existencia de la mora y la imputabilidad del incumplimiento."

La expresión "toda controversia" debe entenderse como "toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios"

Lo importante, es que en la sentencia "Ángel Estrada" se deja claro que, tanto aquí como en EE.UU., la jurisdicción administrativa no puede abarcar el universo de todos los supuestos. Esta es una premisa secante entre ambos modelos.

Es por este motivo que no coincido con mis colegas del caso "Burghi". Pues considero que sustentan su criterio en los precedentes de la Corte Suprema de EE.UU., de comienzos de siglo (Texas & Pacific Railway c. Abilene Cotton Oil.; Far East Conference c. United States; Weinberger c. Bentex Pharmaceuticals, Inc. —memoremos, por lo gráfico, lo que acontecía en la sociedad norteamericana para entonces—), sin contemplar la reserva del criterio del precedente "Nader", recogida en el decisorio y sostenido por nuestro Máximo Tribunal.

Esto es, una interpretación sesgada de otra interpretación, que recorta los precedentes que son citados por el Tribunal Supremo, y la doctrina que establece finalmente con sus excepciones.

Esclarecido esto, es bueno recordar ya en nuestro derecho interno las palabras del administrativista Roberto Enrique Luqui cuando, aún antes de "Ángel Estrada", resaltaba la importancia de la materia sobre la cual se regulaba la delegación, sosteniendo que: "distinguir la materia objeto de la competencia, constituye el elemento fundamental para admitir o no la constitucionalidad de dichos tribunales en nuestro sistema jurídico político (...) Una cosa es que la Administración Pública controle la legalidad de los actos dictados por los órganos inferiores al Poder Ejecutivo y trate al mismo tiempo de "juridizar" el procedimiento, y otra muy distinta que resuelva conflictos intersubjetivos sobre materias del derecho común, por más que contra sus decisiones se pueda recurrir ante los tribunales judiciales. Lo primero puede ser constitucional, lo segundo nunca" .

De tal modo, es central, el enfoque sobre la importancia de la materia de que se trate, y la jerarquía que esta ocupa en el paradigma. Con lo cual retomamos nuestras reflexiones liminares.

En efecto, la distinción de la materia nos lleva a la jerarquía. Justamente, no todo es igual , no todo derecho puede ser debatido en el ámbito administrativo reemplazando sin más la justicia ordinaria, puesto que es una vulneración a los cimientos institucionales de nuestro país, fundados en la división de poderes —o de funciones—, con celosos mecanismos de control cruzado entre ellos.

Sin duda que, por la posición predominante que ocupa la protección de los trabajadores en el orden de prelación normativa , por ser un sujeto de preferente tutela, protegido por el artículo 14 bis y el 75 inc. 22 (primero en el marco del constitucionalismo social —1957—, y luego por el constitucionalismo de los Derechos Humanos Fundamentales —1994—), y por su materia, la resolución de sus conflictos no podría ser competencia de tribunales administrativos, y mucho menos de carácter obligatorio.

Entonces, según el referido autor, un Tribunal Administrativo podría considerarse constitucional si el objeto es revisar la legalidad de los actos emanados de los órganos inferiores al Poder Ejecutivo, y la materia es de naturaleza administrativa; pero niega de manera contundente que pueda afirmarse la constitucionalidad, si se trata de la Administración Pública juzgando controversias entre particulares en materia de derecho común, aun cuando se les asegure ulterior revisión judicial.

Asimismo, destaco los términos de Augusto C. Belluscio —Ministro de la Corte— en su voto en el aludido "Ángel Estrada" quien sostiene expresamente el carácter restrictivo de la delegación. Manifestó: "(...) esta Corte ha sostenido que la atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (Fallos: 234:715), debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que, en el orden normal de las instituciones, corresponde decidir a los jueces (conf. arts. 75 inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional, Fallos: 290:237)" (Considerando 9).

Para concluir las apreciaciones generales a partir de "Ángel Estrada", convoco algunas reflexiones de administrativistas que afirman su importancia.

Para Cassagne a partir del mismo "la Corte ha (...) profundizando la interpretación del principio de separación de poderes, el carácter judicialista de la Constitución y su armonía con la garantía de la defensa en juicio de las personas y sus derechos (art. 18 CN) (...).La arquitectura de toda la construcción jurídica que desenvuelve el Alto Tribunal en este caso descansa sobre la interpretación constitucional del principio judicialista, en el marco de la doctrina de separación de los poderes. Y dado que se ha puesto especial énfasis en la prohibición del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo prescripta en el art. 109 CN (sin correspondencia alguna con la Constitución norteamericana) con expresa mención de sus antecedentes históricos (...)" .

Asimismo, afirma que "(...) el derecho administrativo, no obstante constituir —como modernamente se sostiene— el derecho común de las Administraciones Públicas, cede su lugar (derecho sustantivo y jurisdicción especial) al derecho privado, cuya jurisdicción general es la ordinaria (civil o comercial) cuando se trata de litigios entre particulares extraños a la especialidad de los marcos regulatorios. Esta interpretación, verdadera construcción jurídica, permite cumplir con el principio de separación de poderes que surge de nuestra versión constitucional (fundamentalmente arts. 109, 18 y 116 CN). Tampoco se puede dudar acerca de que en la función de enhebrar los principios con la realidad, este fallo (y la historia probablemente así lo registre) traduce una construcción coherente que garantiza la tutela judicial efectiva tanto de los derechos de los usuarios como de los concesionarios y/o licenciatarios (...)".

Concluye que, otro aspecto relevante, "(...) estriba en no haber caído en la tentación de fundar las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores en el art. 42 CN, ya que esta norma, ni siquiera en forma implícita prescribe su permisión, aparte de que una interpretación contraria choca abiertamente con los principios que rigen el sistema judicialista de nuestra Constitución que la Corte ha resaltado una vez más (...)"

Por su parte, Agustín Gordillo remarca que "(...)a propósito de Ángel Estrada (2005) (...) destaco que la Corte cita uno de los brillantes trabajos de Jorge Tristán Bosch, quien primero advirtiera algunas viejas confusiones argentinas. Su mención por el tribunal es toda una novedad y toda una definición de los nuevos aires que corren, rectificando otros errores del pasado y orientando el camino futuro. Su importancia es capital. Lo esencial que surge del fallo es: La administración activa no puede, constitucionalmente, ejercer jurisdicción administrativa, ni siquiera sujeta a revisión judicial;5 pero sí se pueden establecer tribunales administrativos, imparciales e independientes, cuya función sea ejercer jurisdicción administrativa sujeta a revisión judicial plena (...)No se trata de reconocer jurisdicción a la administración activa, sino a tribunales administrativos imparciales e independientes, separados de la administración activa, en tanto tengan control judicial pleno. (...)Sin duda los entes reguladores deben ser imparciales e independientes, y hasta pueden parecer-como advirtió Bianchi— un pequeño Estado, pero no pueden ser un Estado absolutista, sin división de poderes, frenos ni contrapesos. Sus órganos directivos no deben concentrar al mismo tiempo las tres funciones del Estado; se requieren tribunales administrativos que sean independientes e imparciales también en relación a ellos. Los organismos internacionales podrían ser, en tamaño grande, una buena imagen en la cual inspirarse al efecto. (...)" .

Es por lo aquí manifestado que disiento con los argumentos desarrollados en el caso "Burghi", y no los comparto en la resolución del presente caso.

De tal suerte, mientras el juez ordinario en su liminar compromiso con la Constitución Nacional la que ha jurado defender, debe mirar y guiar el proceso imbuido de los principios de la especialidad, por imperio de la nueva ley, serán todos ellos sacrificados en manos de una Comisión Médica, cuya especialidad no tiene porqué ser provista por fuera de un proceso regular en la justicia, como lo prevé la CN.

Media con esta nueva ley un desplazamiento del derecho de fondo constitucional (juez natural art. 18 CN y artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), por una norma de forma, de niveles inferiores, es decir la ley 27.348.

VI. En este estado de cosas estamos en condiciones de extrapolar el tema en relación con la Ley 27.348, y el análisis de la pretendida instauración del procedimiento administrativo "obligatorio" ante las Comisiones Médicas.

Así, el art. 1 de la ley 27.348 dispone que "la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales..., 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".

Prima facie, y en atención a lo ya manifestado, estaría en condiciones de advertir que el procedimiento administrativo obligatorio ante las Comisiones Médicas es un intento de tornar el sistema judicialista en uno de agencias, vulnerando el principio de división de poderes y, solo se estaría protegiendo a la parte más fuerte del vínculo entre privados, evadiendo la jerarquía sostenida por el Paradigma Normativo de los Derechos Humanos Fundamentales. (Ver título preliminar del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en particular artículo 11) .

Efectivamente, reflexiono a partir de las reseñas del jurista Luqui, que el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en la distribución de poderes son pares, mientras que las CCMM a su vez, son órganos inferiores al Poder Ejecutivo. Sin embargo, el modelo diseñado las pone a la par del Poder Judicial, intentando "juridizar" —según las palabras del autor mencionado— el procedimiento.

Así, como lo he referido en el punto VII, el artículo 109 de la CN establece que:"En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". En función de esto la CSJN consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos —como son los entes reguladores— para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109 CN) por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18 CN).

Queda claro aquí el carácter restrictivo de la jurisdicción especial, pues cuando la Corte interpreta la expresión "toda controversia" mencionada en el artículo 72 de la ley 24.065, consideró que se refería sobre la materia que "válidamente" el Congreso pueda delegar a un Tribunal Administrativo, pero esa atribución nunca podría constituir una delegación total de facultades jurisdiccionales al Ente Regulador, ni tampoco versar sobre cuestiones de derecho patrimonial privado, extrañas al ámbito de aplicación del art. 72 de la ley 24.065, como es un reclamo de daños y perjuicios entre usuarios y concesionarios.

Justamente, en la presente causa, estamos frente a "controversias de naturaleza patrimonial entre particulares": un conflicto entre trabajador y empleador/aseguradora de riesgos, por la indemnización de accidentes laborales y/o enfermedades profesionales, regidas por el derecho común.

Ello significa que, el Congreso atribuyó jurisdicción ordinaria a un órgano administrativo, en una materia prohibida por los cimientos de nuestra forma de gobierno, y para más, con carácter "obligatorio".

Esto, no es ni más ni menos que una vulneración al acceso a la justicia —debido proceso—, y la garantía del juez natural que asegure "independencia e imparcialidad" .

Lo que nos lleva, automáticamente al artículo 18 de nuestra Carta Magna: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa".

Justamente, la idea del "juez natural" remite a cuestiones de índole material y de fondo, no exclusivamente a la atribución de competencia, o de conocimiento de una causa a un tribunal que se hubiera constituido antes de los hechos del proceso, solo para evitar la existencia de tribunales especiales.

En ese sentido, el "juez natural" hace también, y específicamente en el ámbito laboral, a la existencia y conocimiento de jueces con formación específica de la normativa, de la realidad del mundo laboral, y de los principios básicos de la disciplina.

Dentro de dichos principios, se encuentra aquel que refiere a una desigualdad de base que afecta a las relaciones laborales: el principio in dubio pro operario. Que es vital, no solo en la invocación de los derechos de fondo de los trabajadores, sino, aún más, en la cuestión adjetiva, especialmente en un proceso donde se reclame la efectividad de aquellos derechos (artículo 9 LCT).

No obstante, obsérvese que la ley 27.348 establece de forma obligatoria una instancia previa ante las comisiones médicas, sustrayendo al trabajador de los jueces naturales de la causa, arrancándolo lisa y llanamente, de jueces abogados, para pasar a una esfera atendida por "jueces médicos". Entonces, me pregunto, si esto podría sinceramente redundar en un beneficio para los trabajadores, siendo que además, quien "juzgue" no lo hará teniendo en cuenta la lógica de los principios del derecho del Trabajo. Entiendo que no.

Precisamente, un proceso judicial laboral, necesita de un ojo especializado (que implica, liminarmente, un abogado que ha concursado para ser juez), que contemple la desigualdad en la que se encuentra el trabajador, que lo afecta antes, durante y después del juicio laboral, en todo sentido, debiendo, por ejemplo, valorar la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

Ergo, si esta desigualdad es olvidada muchas veces por el juez natural, mal podemos esperar que forme parte del juicio mental formulado en una Comisión Médica, limitada "supuestamente" a un juicio técnico, que implica además, relación causal.

Establecido esto, no puede negarse que "la especialidad" requerida es la del juez laboral.

Además, el ejercicio de la jurisdicción debe procurar asegurar la independencia e imparcialidad. En este caso, considero que tampoco se cumple con ninguno de los extremos.

En diversas problemáticas de interpretación jurídica, considero central seguir el camino que recorre el dinero para establecer ciertos vínculos. En este caso encuentro que la dependencia del órgano administrativo con una de las partes de la controversia es total y, tiñe de parcialidad la decisión de los "jueces médicos".

Veamos el origen de la Comisiones Médicas. La Ley 24.557 establece en el artículo 21 que: "1. Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por la ley 24.241 (artículo 51)". A su vez el artículo 51 de la Ley 24.241, establecía: "Comisiones médicas. Integración y financiamiento: Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por cinco médicos que serán designados: tres por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y dos por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, los que serán seleccionados por concurso público de oposición y antecedentes. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo. Los gastos que demande el funcionamiento de las comisiones serán financiados por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en el porcentaje que fije la reglamentación."

Luego, realizada la unificación del sistema previsional se determinó en el artículo 15, Ley 26.425: "El personal médico, técnico, auxiliar y administrativo que se desempeñe ante las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por el artículo 51 de la Ley 24.241 y sus modificatorias será transferido a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en la proporción y oportunidad que sea necesario para su funcionamiento, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. A los efectos relativos a la antigüedad en el empleo del personal que sea transferido, se considerará como tiempo de servicio el efectivamente trabajado desde el comienzo de la vinculación con el organismo cedente. Asimismo, deberán transferirse los bienes inmuebles, muebles y equipamiento técnico necesarios para el adecuado funcionamiento de las comisiones médicas. Los gastos que demanden las comisiones médicas y la Comisión Médica Central serán financiados por la Administración Nacional de la Seguridad Social y las aseguradoras de riesgos del trabajo, en la forma y proporciones establecidas en la reglamentación."

A su vez, la Superintendencia de Riesgos del Trabajo artículo 35 de la Ley 24.557, establece: "Créase la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), como entidad autárquica en jurisdicción del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. La SRT absorberá las funciones y atribuciones qué actualmente desempeña la Dirección Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo." Estableciendo que los "1. Los gastos de funcionamiento de los entes de supervisión se atenderá con la tasa prevista en la ley 20.091 (artículo 81), aplicada sobre las cuotas mensuales que el empleador paga a las ART. "

En definitiva, las ART y el ANSES, son los únicos que financian el funcionamiento del procedimiento administrativo de las comisiones médicas en proporción de las alícuotas de los empleadores, así como el sostenimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Esto es, en el caso, quien financia es parte del conflicto, lo cual genera dudosa imparcialidad, pareciéndose estructuralmente a una tercerización de la justicia, en materia de reparación sistémica.

En retrospectiva, observo que el desplazamiento de los jueces naturales ha sido una constante en la materia, y con un marcado sentido regresivo.

Veamos. Ley 24.557: en su art. 46, disponía la opción de recurrir ante las comisiones médicas provinciales, ante el juez federal de cada provincia o ante la Comisión Médica Central. Dichas resoluciones, eran recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. A su vez, para la acción derivada del antiguo art. 1072 del Cód. Civil era competente la justicia civil. Sobre estos temas, la CS resolvió en los casos "Castillo" (del 07/09/2004) y "Venialgo".

Luego, la Ley 26.773 en su artículo 4 y artículo 17 inciso 4, establecía que ante la opción por el derecho común, era la justicia civil la competente, desplazando así la interpretación especializada, pues expresamente establecía que los jueces civiles debían aplicar los principios de derecho civil, no los vigentes en materia laboral (tratamiento en el fallo "Acevedo" ya citado)

Rematando con la Ley 27.348, que directamente instituye de manera "obligatoria" a "jueces" médicos, para habilitar luego la vía laboral.

Interpreto, que esta sucesión de leyes responde al objetivo de ganar más tiempo, y lograr uniformidad

en las decisiones, puesto que, como he analizado en el punto anterior, la uniformidad no puede obligarse por la obligatoriedad de la jurisprudencia, se pretende establecerla por órganos administrativos que en los hechos funcionarían como agencias tal como lo confiesan al citar el fallo "Texas" de la Corte Norteamericana, cerrando el juego del mercado representado por las aseguradoras de riesgos, a través de las CCMM: "(...) 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 (...)"

Esto es, torcer en los hechos, lo que prohíbe nuestro texto constitucional: la confusión que marcamos en el arranque.

Es decir, un desplazamiento del derecho de fondo constitucional (juez natural art. 18 CN), por una norma de forma, de niveles inferiores, es decir la ley 27.348, que pretende avanzar con el sistema de agencias, en una hipótesis no habilitada por el sistema jurídico autóctono.

En consecuencia, se trata de un esquema violatorio del derecho de defensa en juicio con un juez independiente, que es el único que "conoce el derecho", encargado obligatoriamente del control de constitucionalidad y no vinculado por decisiones de otros organismos.

Encuentro, de tal suerte, inconstitucional el procedimiento administrativo obligatorio ante las CCMM, instituido en los artículos 1, 2, 3, 14 y 15, y cctes. de la Ley 27.348, por considerarlos violatorios de los artículos 18, 29, 109, 116, y por el 75 inc. 22 —Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incisos 19, 23 y 22 del artículo 75; en el PIDESC —arts. 5.2 y 2.1—; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 26—; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana —art. 1°— y, garantías judiciales de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.3 del PIDESC, arts. 26 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos— de la CN.

VII. No puedo compartir el criterio sobre la competencia territorial, según el cual la ley 27.348, desplazaría al art. 24 de la LO.

En efecto, disiento porque: 1) Contrariamente a lo que en definitiva surge del decisorio, se ve efectivamente afectado el acceso a la justicia, garantía constitucional (art. 18 CN), al achicarse el espectro de opciones para el trabajador; 2) Además, porque solo sería aceptable que la nueva ley fuese aplicable a accidentes ocurridos antes de su vigencia, siempre y cuando ésta fuese más beneficiosa, y ya con lo único que se ha analizado relativo a que la parte actora ve reducida la amplitud de opciones de atribución de competencia, queda claro que no lo es.

Conforme ya fuera referido precedentemente, en el punto, claramente me estoy rigiendo por la aplicación del principio de progresividad emergente del nuevo paradigma constitucional (art. 75, inc. 22), recogido en el art. 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación (y art. 9 de la LCT).

En efecto, esta ley achica el espectro que amplía el marco de decisión del trabajador, para interponer la demanda. Al respecto, el artículo 1 enuncia en su segundo párrafo: "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 adonde habitualmente aquel se reporta, a opción del trabajador y su resolución agotará la instancia administrativa". Claramente, luce ausente de allí el domicilio de la demandada.

Cuando el artículo 24 LO habla de empleador, esto abarca toda figura de tercerización (artículos 26, 29, 29 bis y 30 LCT), transferencia o conjunto económico (31, 228 LCT), en cuyo caso se trata de la figura del empleador múltiple, radicando la competencia, si así lo escogiera el trabajador, de cualquiera de aquellos domicilios, merced al principio de perpetuation jurisdictionis.

Con lo cual, la figura del empleador en estos términos se da también con la tercerización de la higiene y la seguridad, siendo así el domicilio de la ART, también como el "domicilio" del empleador, al que alude la norma.

En el presente caso, estamos frente a una aseguradora que tiene su domicilio en esta ciudad - calle ... de la CABA (fs. 6), que sin dudas habilita la instancia.

Es de notar que en la doctrina de la CSJN en el fallo "Jordan, Antonio V. y otro c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ accidente - ley 9688" (Competencia N° 991. XXXIII. 30/06/1998 Fallos: 321:1865), la letra del dictamen al cual se remite, justamente hace hincapié en que los sujetos partes son el trabajador y el empleador, y las aseguradoras "participan" en el "diseño atípico de acceso a la jurisdicción" que instaló la Ley 24.557.

En definitiva, advierto que lo que aquí se discute es el "achique" de los supuestos habilitados por el artículo 24 de la LO, para que el trabajador pueda ejercer el derecho de establecer la competencia del juez natural, a su elección, haciendo un cruce con la nueva ley 27.348 que se refiere a otra cosa.

En efecto, el referido enroque opera cuando se intenta conectar al juez natural del proceso judicial, con la atribución de competencia normada para el proceso administrativo regulado en la Ley 27.348.

Recordemos que al establecer el artículo 2 el mecanismo recursivo ("El trabajador tendrá opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino.), lo que hace en definitiva es trasladar los factores de atribución de competencia de las Comisiones Médicas (artículo 1 Ley 27.348) a los tribunales que deberán atender las cuestiones vía recursiva,

Cuando, por el contrario, la elección del juez natural, debe quedar circunscripta al principio general del procedimiento laboral establecido en el artículo 24 de la LO.

Por lo tanto, resulta ilegítimo pretender la alteración del criterio de competencia para acceder a los tribunales, en función del pretendido procedimiento administrativo. Esto es, tomar lo "menos" para lo "más", pretendiendo supremacía.

Por tal motivo, es que también disiento con la apreciación de que no se afectaría el principio del juez natural, tal como fue advertido.

Finalmente, no encuentro recomendable que al momento de dictar la sentencia de la anterior instancia no se haya considerado relevante la falta de adhesión de la Provincia de Buenos Aires.

Digo así, porque considero imprudente enviar al actor a un sistema que no ha sido eficazmente implementado aún, provocando mayor dilación en la solución de los reclamos del trabajador.

Vale aclarar, que aún cuando a la fecha de este pronunciamiento la norma rige en la provincia de Buenos Aires toda vez que la Cámara de Senadores de su legislatura, sancionó con fuerza de ley la adhesión a la Ley Complementaria de Riesgos del Trabajo (Ley 27.348), con fecha 14 de diciembre de 2017.

En definitiva, de propiciar mi voto, corresponde revocar la resolución de primera instancia (fs. 20/22), y declarar la competencia territorial del Fuero para entender en las presentes actuaciones

VIII. Sin costas, atento la falta de contradictorio.

Por lo expuesto auspicio; I. Revocar el fallo de la primera instancia, II. Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2, y cctes de la Ley 27.348 III. Declarar la aptitud jurisdiccional del Juzgado Nacional de Primera Instancia interviniente. IV. Remitir las actuaciones al juzgado de origen para que prosigan según su estado. V. Sin costas, atento la falta de contradictorio.

El doctor *Perugini* dijo:

La sola lectura de la demanda permite advertir que el actor dice haberse accidentado el 21 de septiembre de 2018 mientras se encontraba prestando servicios en una obra en construcción ubicada en la calle ..., de la Ciudad de Buenos Aires.

Esto así, y sin perjuicio de considerar legítima las reglas de competencia territorial establecidas en la ley 27.348, no encuentro posible sostener que no se han verificado ninguno de los factores a los cuales dicha norma condiciona la intervención de los organismos jurisdiccionales de esta ciudad, dado que nadie puede accidentarse trabajando en un lugar donde no presta servicios.

Consecuente con ello, en el marco de los agravios determinados por la resolución en crisis, y sin que ello implique consideración alguna respecto de la legitimidad de la instancia administrativa previa y obligatoria establecida en la ley 27.348, análisis que juzgo irrelevante para la resolución del recurso, propongo revocar lo resuelto y declarar la competencia del tribunal en razón del territorio por verificarse la efectiva prestación de tareas en esta ciudad, con costas en el orden causado por no haber mediado controversia.

Oído lo cual, el Tribunal resuelve: I. Revocar lo resuelto y declarar la competencia del tribunal en razón del territorio. II. Declarar la aptitud jurisdiccional del Juzgado Nacional de Primera Instancia interviniente. III. Remitir las actuaciones al juzgado de origen para que prosigan según su estado. IV. Confirmar lo resuelto en la anterior instancia. V. Sin costas, atento la falta de contradictorio (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Alejandro H. Perugini. — Diana R. Cañal.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Determinación del porcentaje de incapacidad. Lineamientos fijados por el Baremo del decreto 659/1996

> Si bien resulta ser exacto que la presente acción ha sido deducida en el marco de la ley especial 24.557, dentro de la cual únicamente encuentran cobertura resarcitoria aquellas consecuencias nocivas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que estén reconocidas en el decreto 659/1996, lo concreto y relevante es que la incapacidad atribuida se ajusta a las directivas o lineamientos fijados por el Baremo del decreto citado.

CNTrab., sala V, 07/10/2020. - Espinosa, Ernesto Fabián c. Prevención ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/44657/2020]

Expte. N° 34854/2017/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 07 de 2020.

La doctora *Ferdman* dijo:

Contra la sentencia dictada a fs. 183/184 vta., que hizo lugar a la reparación sistémica, interpone recurso de apelación la parte demandada en los términos del memorial que luce a fs. 185/189, escrito que recibiera réplica de la contraria a fs. 191/193 vta.

I. La aseguradora formula agravios por la aplicación del método de la capacidad restante o fórmula de Balthazar al presente caso porque entiende que si se toma en cuenta la incapacidad del 15,42% determinada por la Comisión Médica y el expediente homónimo N° 80.184/2015, donde se determinó que el actor padece un 21,69% de incapacidad, no resulta ajustado a derecho y a los términos de la LRT establecer una incapacidad parcial y permanente del 65% de la t.o.; también cuestiona la valoración de la pericial médica respecto del porcentaje de incapacidad psicofísica, apela la fecha de inicio de cómputo de los intereses y la tasa aplicable. Asimismo, se agravia por los honorarios de la representación letrada de la parte actora y del perito médico por considerarlos altos.

II. Solo con el fin de adecuar el tratamiento de las cuestiones planteadas a un método expositivo que posibilite un lógico desarrollo argumental, estimo conveniente analizar, en primer término, el segundo agravio expresado por la parte demandada respecto al cuestionamiento del porcentaje de incapacidad laboral decidido en origen.

Se agravia la demandada de la valoración que efectuó la Sra. Juez de la instancia anterior de la pericial médica producida en la causa.

Señala que si bien el perito médico expresó que el Sr. Espinosa presentaba una incapacidad del 9% por disminución de la agudeza visual, considera que no existe documentación respaldatoria al respecto, porque no hay una evaluación oftalmológica, medios refringentes, examen de fondo de ojo o campimetría visual. En cuanto al 5% de incapacidad por fractura de meñique izquierdo, sostiene que no se sabe el diagnóstico, tampoco si fue operado por dicha lesión y que no existen elementos médico-legales sólidos para asignar incapacidad por tales afecciones. Señala que, del mismo modo sucede con relación al 6% de incapacidad por lesión por pérdidas dentarias. En cuanto al daño psicológico, considera la recurrente que no se tuvo en cuenta que el mismo ya había sido determinado en el expediente homónimo 80.184/2015 donde fue resarcido por la aseguradora. Agrega que el daño psíquico no puede presumirse y debe estar fundado en principios científicos y técnicos de la psicología y que, para determinar su existencia y relación con un evento específico, es necesario realizar un estudio completo de la personalidad.

En este contexto, los términos del memorial recursivo de la demandada, conllevan al análisis de la prueba pericial médica producida en la causa, por lo que resulta adecuado señalar que la pericia médica es un elemento de prueba más que debe ser apreciado y valorado, al igual que los restantes de conformidad con las reglas de la sana crítica (cfr., arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y en virtud de ello, el judicante tiene a su respecto, la misma facultad de ponderación que le asiste para el análisis de los demás medios probatorios y, al respecto, coincido con la valoración efectuada en origen.

Sobre el punto, deben recordarse las circunstancias en la que tiene lugar el accidente que motiva las presentes actuaciones y en el que el actor se encontraba realizando tareas de montaje eléctrico a unos 3 metros de altura, cuando cayó imprevistamente al suelo sufriendo lesiones neurológicas, oftalmológicas, cervicales, fracturas de tobillo, dedo meñique y pérdida de piezas dentarias (ver relato de fs. 7 vta.), para evaluar el diagnóstico médico, la incapacidad otorgada y su nexo de causalidad, y a la luz de las consideraciones médico científicas que se exponen en el informe pericial médico de fs. 149/153 vta. no encuentro razones para apartarme de sus conclusiones.

En tal sentido, el perito en su dictamen —luego de tener en cuenta los exámenes practicados al trabajador y cuyos resultados describe— concretamente con relación a las dolencias que aquí se cuestionan, tuvo

en cuenta la historia clínica del trabajador, los antecedentes del accidente invocado, RMN de columna cervical, tobillo derecho y dedo meñique izquierdo, informe oftalmológico, odontológico y psicodiagnóstico, como también el examen físico realizado. Respecto a éste último, el galeno ponderó que que éste presenta "...antecedente de TEC con pérdida de conocimiento, —disminución de agudeza visual ojo izquierdo, —secuela de fractura meñique izquierdo, quedando rígido e imposibilitado de flexionar, —secuela de fractura de pie derecho, quedando abolidos los movimientos de extensión y/o flexión, debiendo caminar asistido de un bastón y/ o muleta, —pérdida de piezas dentarias, (ver informe de odontología), con compromiso del tejido blando, —dificultad en los movimientos de la mano izquierda, solo con mucha dificultad, pinza con dolor, resto sin oposición, todo lo que lo incapacita en forma total y permanente en el 66% del Valor Obrero Total y Total Vida. Como secuela psíquica presenta una Reacción Vivencial Anormal Neurótica Grado II-III, que lo incapacita en forma parcial y permanente en el 12% del Valor Obrero Total y Total Vida (...)" (v. fs. 153/ vta.). Asimismo, aclaró que "...La incapacidad física ha sido calculada para cada una de las afecciones del siguiente modo: Secuela de Fractura de tobillo derecho 15%, Disminución de movilidad de mano izquierda 10%, Disminución de agudeza visual 9%, TEC con pérdida de conocimiento 7%, Pérdida de piezas dentarias 6% Secuela de fractura de meñique izquierdo 5%, Subtotal 52%. Factores de Ponderación: 27% de 52% = 14%, Dificultad para realizar las tareas: Intermedia 15%, Recalificación: amerita 10%, Edad: 27 años 2%, Total 66%" (v. fs. 165).

Al respecto si bien resulta ser exacto que la presente acción ha sido deducida en el marco de la ley especial 24.557, dentro de la cual únicamente encuentran cobertura resarcitoria aquellas consecuencias nocivas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que estén reconocidas en el decreto 659/1996, lo concreto y relevante es que la incapacidad atribuida se ajusta a las directivas o lineamientos fijados por el Baremo del decreto citado.

Desde tal perspectiva de análisis, contrariamente a la tesis vertida por el apelante y tomando en cuenta lo normado por el art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y el análisis efectuado precedentemente de conformidad con lo normado por el art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y que no se ha acompañado prueba alguna que conduzca en forma fehaciente e inequívoca a la detección de algún error o el inadecuado uso que el perito ha hecho de su conocimiento científico, cabe otorgar al informe médico pleno valor probatorio en la medida indicada.

En cuanto al daño psicológico, se observa que el perito efectuó su propio análisis del cuadro psíquico del accionante —v. fs. 150/151 vta.— y de los distintos test que se le realizaron, explicando las características de la dolencia y los diversos síntomas detectados en el examinado, y fue claro al vincularlos con el grave episodio.

En dichos términos, el perito médico relató que el actor a partir de las secuelas del accidente padece una disminución de su capacidad de goce individual, social, laboral y recreativo, condicionando su vida y empobreciéndola, señalando que tales repercusiones se expresa a través de los test mostrando un yo sin recursos y se detectan signos de angustia, ansiedad, hiperemotividad y tensión acompañado de un mal control de las emociones en relación de causalidad directa con las secuelas ocasionadas por el accidente sufrido (v. fs. 151), todo lo cual encuadra dentro de una RVAN de grado II-III que le ocasiona un 12% de incapacidad psíquica de la Total Obrera, conforme lo estipulado en el baremo de incapacidades laborales decreto 659/96 ley 24.557.

En definitiva, no encuentro razones para apartarme de lo resuelto por la magistrada que me precede dado que el dictamen elaborado por el perito médico —en el que se sustentó la juez *a quo* para resolver del modo referido— tiene plena eficacia probatoria (cfr. arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

De esa manera, por todos los fundamentos expuestos, propiciaré la confirmación del decisorio de grado en este aspecto que decide.

III. También formula agravios por la aplicación del método de capacidad restante; pero tal pretensión será desestimada.

Señala la apelante que la Comisión Médica se expidió en el expediente administrativo N° 126.763/16 fijando un porcentaje de incapacidad del 15,42% y que si bien el juez ordenó descontar la suma de $1.063.458,12 oportunamente abonada al actor, omitió aplicar el método de la capacidad restante. Agrega que en el expediente judicial N° 80.184/2015 se le otorgó al actor una incapacidad del 21,69% y percibió la suma de $614.599,64.

Ahora bien, si bien es cierto que el baremo contempla el método de capacidad restante o fórmula de Balthazard en los casos de siniestros sucesivos, lo cierto es que en el caso de autos no se trata de un supuesto en el que haya habido más de un siniestro sino —por el contrario— aquello que la demandada peticiona es la aplicación del mentado método para un único accidente.

Dicho en otros términos, no corresponde descontar la incapacidad del 15,42% otorgada en sede administrativa pues se trata del mismo accidente y el accionante pretende en autos una mayor incapacidad por el infortunio acaecido el día 1° de julio de 2015.

Con respecto al agravio formulado a fs. 185 vta. con relación a la existencia de un expediente homónimo en el cual se habría otorgado una incapacidad del 21,69%, el recurrente hace especial hincapié en el hecho nuevo denunciado oportunamente por su parte.

Sobre este punto, si bien resulta ser exacto que el art. 45 de la ley 24.557 encomendó al Poder Ejecutivo de la Nación el dictado de normas complementarias entre otras materias de sucesión de siniestros (cfr. art. 45 inc. c) de la ley citada) y que a tal fin el art. 14 del decreto 491/1997 estableció las reglas complementarias que reclama tal hipótesis procurando evitar el riesgo de que se considere que cuando un trabajador previamente incapacitado sufra una contingencia en virtud de la cual tenga derecho a las prestaciones de la LRT se tome como referencia para determinar el grado de incapacidad una hipótesis de capacidad plena, sin descontar las incapacidades anteriores, lo concreto es que esta cuestión fue definitivamente resuelta por la Sra. jueza *a quo* al desestimar como hecho nuevo la denuncia efectuada por el recurrente del Expte. 80.184/2015 (conf. surge de fs. 113/114), por lo que las manifestaciones vertidas en orden al método de la capacidad restante en el supuesto de siniestros sucesivos deviene manifiestamente extemporánea, además de no haber sido cuestionada por la parte recurrente (conf. art. 365 del Cód. Procesal).

En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones realizadas, propiciaré confirmar la decisión de grado en la forma indicada.

IV. En materia de intereses se mantendrán los establecidos en primera instancia, por lo que el cuarto agravio será desestimado.

En efecto, no comparto lo argumentos expuestos por el apelante, máxime si se tiene en cuenta que el interés es el resultado de la mora. Al existir mora, se deben intereses, y los mismos deben calcularse a una tasa que no resulte ajena a las posibilidades de endeudamiento del acreedor que debe proveer a un crédito de carácter alimentario.

La tasa de interés utilizada conforme Acta 2601 de fecha 21/05/2014 recomendó la aplicación de la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino para el plazo de 49 a 60 meses que utiliza el Banco Nación, desde que cada importe se haya hecho exigible hasta su efectivo pago, y, cuando dicha tasa dejó de publicarse, el criterio se mantuvo en el Acta N° 2630/16.

Es cierto que la tasa que como referencia adoptó la CNAT por mayoría en el Acta 2601/2014, no es obligatoria ni emana de un Acuerdo Plenario pero el sentenciante decidió voluntariamente utilizarla por compartir el criterio de los jueces que formaron aquella mayoría de que resultaba la más equitativa para compensar al acreedor de los efectos de la privación del capital por demora del deudor, para resarcir los daños derivados de la mora, así como para mantener en lo posible el valor de la indemnización frente al deterioro del signo monetario por la grave inflación que aqueja la economía del país desde el año 2008.

Tales consideraciones resultan aplicables, también a la tasa que la CNAT fijó a través del Acta N° 2630/2016 que mantuvo el criterio de la dispuesta en el Acta N° 2601/2014 desde el cese de su publicación, aplicándose a partir del 01/12/2017 y hasta el efectivo pago la tasa de interés dispuesta por el Acta N° 2658 del 08/11/2017.

En virtud de ello, considero que a partir de considerar que las tasas fijadas por la sentenciante toman en cuenta, entre otros factores, la depreciación de la moneda, corresponde rechazar el planteo recursivo.

V. También cuestiona la demandada la fecha de inicio de cálculo de los intereses.

En este sentido, la apelante solicita que los accesorios sean calculados a partir de la fecha del alta o, en todo caso, al año del accidente, sin embargo el agravio no podrá prosperar.

El art. 2 de la ley 26.773 dispone que los intereses corren a partir de la fecha en que aconteció el infortunio. Por este motivo la sentencia de origen debe ser confirmada en este punto, aclarando que la determinación de la incapacidad al momento del alta médica o con posterioridad a la misma, no hace existir la incapacidad sino que simplemente la declara, por lo que el daño es siempre preexistente a ésta y en consecuencia el reconocimiento de pérdidas e intereses corresponde desde el momento en que se produjo el daño, fecha en que por otra parte se calcula la prestación. Siendo ello así el reconocimiento de pérdidas e intereses corresponde desde el momento en que se produjo ese daño en tanto el cómputo de los intereses debe hacerse desde el momento del evento dañoso, hecho que da nacimiento a la obligación de indemnizar (cfr. art. 1748 del Cód. Civ. y Comercial antes art. 1083 Cód. Civil).

Por tanto, tampoco encuentro mérito para receptar este segmento del recurso.

VI. En cuanto a la apelación por los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, teniendo en cuenta la calidad y extensión de las tareas desempeñadas, así como lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes (arts. 38 de la ley 18.345 y leyes arancelarias vigentes) encuentro que los regulados se adecuan a las pautas arancelarias mencionadas, por lo que deben ser confirmados.

Con relación a los honorarios profesionales del perito médico, apelados por altos, dado lo normado por el art. 2 de la ley 27.348, norma de carácter procesal y de aplicación inmediata, tomando en consideración la importancia de las labores desempeñadas y que las mismas lo han sido con posterioridad a la vigencia de dicha norma legal cabe estar a las pautas regulatorias allí previstas (cfr. art. 2 Decreto 157/2018, BO 26/02/2018), por lo que considero que resultan elevados por lo que propiciaré reducirlos y establecerlos en $150.000, suma fijada a la fecha del presente pronunciamiento.

VII. En virtud del resultado obtenido en esta instancia, corresponde imponer las costas de alzada a cargo de la demandada vencida (cfr. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular a la representación y patrocinio de las partes intervinientes por su actuación en la alzada en el 30% de lo que a cada uno le corresponde percibir por la labor desplegada en primera instancia (cfr. art. 30 ley de aranceles profesionales).

La doctora *Carambia* 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°) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de recursos y agravios, a excepción de lo que se dispone a continuación; 2°) Reducir los honorarios del perito médico a la suma de $150.000, fijada a la fecha del presente pronunciamiento; 3°) Costas y honorarios de alzada conforme lo propuesto en el punto VII del primer voto; 4°) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas CSJN 15/2013 punto 4) y 24/2013 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que el Doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo no vota en virtud de lo dispuesto por el art. 125 de la ley 18.345. — *Beatriz E. Ferdman.* — *Graciela L. Carambia.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Acción civil. Relación entre la patología que padece el trabajador y las tareas llevadas a cabo. Improcedencia de la acción contra la ART.

1. — En función de los testimonios arrimados, corresponde concluir que, por su propia índole, las tareas del actor como impresor que lo obligaban a levantar bobinas no pudieron ser llevadas a cabo sin un uso excesivo de sus articulaciones de modo tal que debe tenerse por acreditado que la patología columnaria que padece el demandante está vinculada a la actividad laboral desempeñada.

2. — Es improcedente la acción civil interpuesta contra la ART con motivo de los daños que las tareas desarrolladas le provocó ya que el actor sólo señaló que la aseguradora no realizó los controles adecuados a la maquinaria, pero lo cierto es que la afección no se produjo por la maquinaria sino por los movimientos del trabajador, de cierto esfuerzo, de modo que el escueto renglón señalado no alcanza para imputar responsabilidad civil por omisión en sus deberes.

CNTrab., sala VIII, 07/10/2020. - Arrieta, Miguel Ángel c. Blistal SA y otro s/ accidente - acción civil.

[Cita on line: AR/JUR/44655/2020]

Expte. N° 28.621/2013

2ª Instancia.- Buenos Aires, octubre 07 de 2020.

El doctor *Pesino* dijo:

I. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción civil iniciada contra Blistal SA y condenó a la ART accionada en los términos de la póliza. Contra tal resolución se alzan la parte actora y la empleadora, a tenor de los escritos obrantes a fs. 859/863 y 854/858, respectivamente. Por su parte, la representación letrada de Blistal SA y el perito médico objetan los honorarios que se les regularon por considerarlos bajos.

II. Liminarmente es dable destacar que la existencia de un episodio traumático por el cual se reclaman las secuelas de la lesión que sufriera el trabajador —más allá de las vicisitudes que se agitan en orden a sus particularidades—, resultó admitido por la empleadora al realizar la denuncia en fecha 03/04/2012, por ende, mal puede desconocerlo sin incurrir en contradicción con su conducta anterior válidamente asumida, resultando aplicable en la situación en debate la doctrina que emerge del aforismo latino *venire con-*

tra factum propium non valet, es decir que si se siguió un curso de acción que más tarde la apelante advirtió que no era el conveniente para sus propios intereses, no puede desdecirse vulnerando la regularidad y confiabilidad del tráfico jurídico y el principio de buena fe que debe primar en toda relación laboral.

He señalado, en reiteradas oportunidades, que la parte empleadora está obligada sólo a denunciar los accidentes o enfermedades y no lo que considera ajeno a las labores, por lo que la información que hace de un evento a la aseguradora importa un reconocimiento de su producción o acaecimiento, salvo que en el momento de la denuncia efectúe alguna reserva.

Por su parte, a fs. 677/678 se expidió el perito médico designado en autos quien señaló, luego de analizar los estudios clínicos y complementarios llevados a cabo, la existencia de limitación de la columna dorsolumbar, tal como informa a fs. 679, con lassague positivo del lado derecho y signo de Nafzinger positivo, por lo que señala que se evidenció en el trabajador una lumbociatalgia con manifestaciones clínicas, radiográficas y electromiográficas y, a fs. 681, señaló que el trabajador presenta un 10% de incapacidad, de conformidad con el baremo legal; que los esfuerzos pueden actuar como desencadenantes y/o agravantes de la signo— sintomatología del cuadro señalado. También explicó que existe consenso médico en cuanto a que la causa de una enfermedad artrósica es multicausal, de riesgo genérico y la vincula especialmente con la edad.

He de aceptar el dictamen por sus fundamentos científicos y procedimientos técnicos para arribar a sus conclusiones, otorgándole validez probatoria en los términos del artículo 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Dicho ello, he de destacar que las actividades desplegadas por el actor, en su diaria labor, han sido corroboradas por los testigos aportados a la causa. Así, a fs. 762, Acosta, señaló que el actor trabajaba como impresor, lo cual lo obligaba en levantar bobinas, poner las máquinas, pegar los polímeros en los cilindros, subir a ellas. En cuanto al peso, señala uno aproximado de 60 kilos y refiere que los artefactos se cargaban varias veces al día. A fs. 764, Valero, quien fue compañero del actor y también refiere a la colocación de cilindros y a las bobinas les atribuye un peso de alrededor de 40 kilos. Por su parte, Ruiz, a fs. 766, hace alusión a unos 50 kilos. Por su parte, el testigo propuesto por la propia demandada, Sr. Pérez, refiere valores aproximados a los señalados por los referidos.

Coincido con la sentencia de grado en cuanto a que, más allá de la diferencia aludida por los testigos, en cuanto al peso de las bobinas y cilindros —que refiere también a las tres distintas máquinas con las que trabajaban—, lo cierto es que las tareas de acarreo y manipulación de los productos señalados formaban parte de sus labores diarias y ello implicaba un cierto esfuerzo y una repetición de movimientos a lo largo del tiempo.

Analizadas las pruebas arrimadas a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, LO), me resultan de suficiente fuerza convictiva, como para tener por acreditado que la dolencia del actor tiene relación con el trabajo.

No soslayo que uno de los testigos tiene juicio pendiente con la empleadora demandada, pero esta circunstancia por sí sola no resulta relevante para descartar sus dichos, ya que no surge que el deponente pudiera beneficiarse con el resultado del litigio y, por lo demás, su declaración no difiere de las demás aportadas a los autos, incluida la de Pérez.

El demandante es portador de una lumbalgia y esto no puede discutirse. Esta afección, en mi criterio, sólo puede vincularse a un accidente (conf. Francisco Jimeno Vidal, Lumbalgia en Accidentes de Trabajo en "El accidente del Trabajo", Edit. JIMS, Barcelona, ps. 147/151) o a la existencia de los denominados microtraumas repetidos, circunstancia que no ha sido descartada por el perito médico que, por el contrario, hizo expresa referencia a la implicancia de los esfuerzos, como desencadenantes o agravantes de la signo-sintomatología del cuadro (fs. 681).

En función de los testimonios arrimados, tengo para mí que por su propia índole, las tareas del actor no pudieron ser llevadas a cabo sin un uso excesivo de sus articulaciones. Sobre tales bases, tengo por acreditado que la patología columnaria que padece el demandante está vinculada a la actividad laboral desempeñada, con la extensión que referiré.

El Cuerpo Médico Forense, hace muchos años, en su conocido Plenario sobre artrosis (DT, 1994-B-2249) ha dicho que se han postulado como factores necesarios para que las anomalías provenientes de la artrosis se expresen clínicamente, entre otras al uso excesivo de las articulaciones y a los traumatismos repetidos sobre las superficies articulares. Si están vinculados al trabajo, deben tener relación topográfica con el mismo sin evidencia de compromiso de otras articulaciones. De tal forma se arriba a la conclusión de que si el proceso artrósico es generalizado, involucrando también a articulaciones no comprometidas por el trabajo, es aceptable pensar que se trata de una enfermedad artrósica y que es totalmente ajena al trabajo. Cuando en las articulaciones estrechamente relacionadas a la tarea se puede demostrar claramente que las lesiones son de una mayor significación que en el

resto de la economía, se podrá considerar la posibilidad de agravación.

Teniendo en cuenta que la patología que sufre el actor solamente afecta el segmento lumbar de la columna, no me quedan dudas en cuanto a que existe

relación entre la misma y el trabajo, no pudiendo olvidarse que "En caso de duda debe presumirse la relación entre el daño y la tarea, estando a cargo del empleador desvirtuar tal conclusión" (CNAT, Sala I, 27/02/1980 "Pérez, Norma B. c. José Liebl Fábrica de Cierres Automáticos Depe SCA"; DT, 1981-A-725), postura que ahora es reforzada por la nueva redacción del artículo 9 de la LCT, según la ley 26.428, de aplicación inmediata a las causas en trámite, por tratarse de una norma procesal.

Sin embargo, considero que la hernia discal que presenta el actor solo puede atribuirse a factores laborales en un 50% y, para ello me baso, en que el perito médico hizo especial hincapié en que la prevalencia de la artrosis está estrechamente vinculada a la edad y que los esfuerzos, como señalé previamente, pueden desencadenar o agravar los signos o síntomas.

En otras palabras, salvo una genuina hernia traumática, es mi opinión que las afecciones vinculadas a microtraumas o a esfuerzos repetidos tienen un componente biológico por el cual no puede responder el empleador.

Sentado lo expuesto, en el marco legal en que se fundara la pretensión (art. 1113, Cód. Civil), no cabe sino vincular el 50% de la incapacidad al trabajo, por más que la afección se haya desencadenado a raíz de la labor desplegada por el actor. Ello así, a la luz de la doctrina sentada en el fallo Plenario 266, *in re* "Pérez c. Maprico" que estableció que "En los límites de la responsabilidad establecida por el art. 1113 Cód. Civil, el daño causado por el esfuerzo desplegado por el trabajador para desplazar una cosa inerte, puede imputarse a riesgos de la cosa".

El planteo realizado por la parte accionante en relación a la pericia psicológica será rechazado desde que no impugnó la resolución de fecha 13/04/2014, ni la del 02/06/2016.

Es por lo expuesto que propongo fijar el porcentaje total en el 5% de la TO.

III. En el marco señalado previamente, corresponde rever el monto de condena.

Sobre este punto, he de recordar la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a que "El valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres" (A. 436. XL; Recurso de hecho: "Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL, del 8 de abril de 2008), en la cual el Alto Tribunal también señaló que "La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable".

También he de utilizar, como pauta orientadora, la fórmula que desde antiguo aplicara la Sala III de la Excma. Cámara a partir del caso "Vuotto Dalmero c. AEG Telefunken" (Sent. 36.010 del 16/06/1978), con las modificaciones que —a raíz del citado fallo del Máximo Tribunal en la causa "Arostegui"— introdujo en la fórmula original esa misma Sala al expedirse en los autos "Mendez, Alejandro D c. Mylba SA y otro" (SD 89.654 del 28/04/2008), para determinar cuál es la suma que, puesta a una tasa de interés puro (4%) anual, se amortice durante el período estimado de vida útil de la víctima, mediante el retiro periódico de sumas similares a la que su estado actual —equivalente a una minoración de la capacidad laborativa estimable en el 5%, de conformidad con lo señalado en el considerando previo.

Asimismo, he de tomar, para aplicar en dicha fórmula el ingreso determinado en la sentencia de grado, que llega ausente de cuestionamiento por las partes ($4.044,42), considerando la lógica probabilidad de que sus ingresos se estabilicen hacia los 60 años —el actor tenía 53 años a la fecha del infortunio— (conf. citado precedente "Mendez c. Mylba SA"). También corresponde estimar los años de vida probable, a cuyo efecto se debe considerar la edad del actor al momento de consolidación del daño y que, en promedio, la expectativa de vida de una persona puede estimarse en, por lo menos, 75 años (en el caso la diferencia alcanza a más de 11 años). Sin embargo, ello no significa, que me vaya a atener - estrictamente— al resultado numérico de dicha fórmula porque, como dije, ésta sólo será utilizada como módulo orientador. He de considerar, asimismo, las pautas de valoración que surgen de los fallos antes citados y de los emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Audicio de Fernández c. Prov. de Salta" (04/12/1980) y "García de Alarcón, Manuela c. Prov. de Bs. As." (Fa-

llos: 304:125) —cuyos montos, trasladados a valores actuales, sólo se tomarán con sentido orientador—. En especial y a la luz de las pautas que emanan de los fallos de Corte antes citados y de los parámetros actualmente contemplados en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, he de considerar la necesidad de determinar un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicas valorables y que se agote al término del plazo en que, razonablemente, pueda continuar realizando tales actividades. Tendré en cuenta, además, la edad de la víctima al momento de configurarse los efectos definitivos de la incapacidad psicofísica, la influencia que ello puede tener en su vida personal de relación y la limitación que significa la incapacidad comprobada en la actividad profesional en la cual se desempeñaba, los gastos de traslados y de tratamientos médicos y en medicamentos que, verosímilmente, originaron las secuelas que padece como consecuencia del trabajo. A su vez, cabe considerar la pérdida de chances que, obviamente, derivan de la minusvalía constatada y el costo del tratamiento psicológico (ver también esta Sala, "Murray, Alejandro c. Lloyd Aéreo Boliviano SA y otro s/ accidente", SD del 23/04/2012).

Desde esa perspectiva, estimo prudencialmente que el monto de la reparación patrimonial, con base en el derecho común, podría concretarse razonablemente con el pago de la suma de $35.000.

En otro orden cabe presumir el daño moral generado por la incapacitación, por los tratamientos recibidos y por la nueva situación psicofísica que el trabajador enfrenta.

Al respecto, conviene memorar que se ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas (confr. Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 234).

Empero, esas eventuales heridas subjetivas no son de prueba factible ya que, como grafica Bustamante Alsina, residen en lo más íntimo del alma (ob. cit. p. 248). Mas, como lo señala Arazi, puede determinarse su existencia mediante presunciones judiciales, en base a las máximas de la experiencia o de los hechos notorios, según cada caso (Roland Arazi, "Prueba del Daño Moral", en Revista de Derecho de Daños N° 6 Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, p. 107), explicando que son máximas de la experiencia el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir. Y bien, sobre la base de las precedentes consideraciones fácil resulta representarme, en mérito a mi experiencia de vida, el dolor moral como un corolario normal y típico en la víctima portadora de la disminución física.

Siempre es dificultoso merituar una reparación de contenido patrimonial cualquiera sea la naturaleza del daño a compensar, pero es mi deber judicial establecer los alcances del "precio del consuelo", como irónicamente denomina Héctor Pedro Iribarne a la reparación del agravio moral ("La cuantificación del daño moral", en Revista de Derecho de Daños N° 6, Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, ya citada, p. 197).

Y bien, tengo en cuenta que, ese consuelo o bálsamo para el alma, puede lograrse obteniendo descansos reparadores, unas breves vacaciones, accediendo a distracciones, lecturas, espectáculos teatrales, cinematográficos o musicales, por lo que, teniendo en consideración la naturaleza de la lesión generadora del dolor espiritual y el carácter de la incapacidad, las circunstancias objetivas de producción del daño, la situación personal de la víctima y las particularidades del caso, creo que resulta prudente fijar esa reparación en $7.000.

En consecuencia, el nuevo importe de condena será de $42.000.- con más los accesorios dispuestos en grado.

IV. En cuanto a la responsabilidad de la ART no encuentro motivos para modificarla. En efecto, la empleadora no tiene la facultad de reclamar la solidaridad de la misma, pues no es la beneficiaria de las prestaciones reclamadas y, por el contrario, es sobre quien pesa el deber de aplicar las medidas de seguridad necesarias en su establecimiento.

Por su parte, la actora no rebate adecuadamente los fundamentos de la sentencia, esto es, que en el escrito inicial no hay una mención de los deberes que no cumplió la ART. Nótese que a fs. 11 sólo se señala que no realizó los controles adecuados a la maquinaria, pero lo cierto es que la afección no se produjo por la maquinaria sino por los movimientos del trabajador, de cierto esfuerzo y reiterados. Tampoco señala a qué refiere con dichos controles. El escueto renglón señalado no alcanza para imputar responsabilidad civil por omisión en sus deberes. Por lo demás, no alcanza con que el agravio refiera que no hay prueba de controles ni visitas, pues la prueba debe siempre recaer sobre los hechos alegados en el escrito inicial. Si no se realizó una descripción en el inicio, mal puede señalárselo en el escrito recursivo, como fundamento de una pretendida condena.

Es por lo expuesto que propongo confirmar la sentencia en cuanto a la responsabilidad endilgada a la aseguradora de riesgos del trabajo.

V. En el marco de lo dispuesto en el artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propongo se impongan las costas del proceso a las demandadas pues resultaron vencidas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), en la proporción de su condena. Respecto de las regulaciones de honorarios estimo que lucen razonables y no deben ser objeto de corrección bien que referidas al nuevo monto de condena (capital más intereses) (artículos 6°, 7° y 8° Ley de la 21.839 y artículo 38 de la Ley 18.345).

VI. Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en cuanto pronuncia condena y se fije el capital en la suma de $42.000 con más los accesorios dispuestos en grado; se impongan las costas de primera instancia a las condenadas al pago (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) en la proporción de sus condenas; se distribuyan las costas de Alzada en un 75% a las demandadas (en la misma proporción) y el 25% al actor (art. 71, Cód. Proc. Civ. y Comercial) y se regulen los honorarios de las representaciones letradas de las partes actuantes ante esta instancia, en el 30% de lo que les corresponda por su intervención en la instancia previa (conf. Art. 30 ley 27.423).

La doctora *González* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de grado en cuanto pronuncia condena y fijar el capital en la suma de $42.000.- con más los accesorios dispuestos en grado; 2. Imponer las costas de primera instancia a las condenadas al pago, en la proporción de su condena; 3. Imponer las costas de Alzada en un 75% a las demandadas (en la misma proporción) y el 25% al actor; 4. Regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes actuantes ante esta instancia, en el 30% de lo que les corresponda por su intervención en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvase. *— Víctor A. Pesino. — María D. González.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Indemnización. Inaplicabilidad del índice RIPTE.

Toda vez que la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del dec. 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal y que el texto del art. 17.5, al establecer que "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero" entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación", en función de dicho criterio, corresponde desestimar la pretensión de aplicar el índice RIPTE al cálculo de las prestaciones dinerarias del artículo 14 de la ley 24.557.

CNTrab., sala VIII, 07/10/2020. - Santini, Juan Carlos c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/44658/2020]

Expte. N° 38.479/2013

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

El doctor *Catardo* dijo:

I. La sentencia de primera instancia rechazó las pretensiones indemnizatorias expuestas en la demanda con fundamento en la Ley 24.557. Vienen en apelación la aseguradora a fs. 212/213 y la parte actora a fs. 215/218.

II. El sentenciante de grado, hizo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva deducida por la aseguradora, por entender que la Provincia de Buenos Aires se encuentra autoasegurada en el régimen de la Ley de Riesgos del Trabajo, y no obstante que la demandada otorgó al actor prestaciones médicas con motivo del accidente las mismas habrían sido otorgadas en el marco de un convenio celebrado entre la Provincia y la ART.

En la causa, "Pochetti Gasso, María L. c. Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente-ley especial" (sentencia del 27/04/2017, Expediente N° CNT 26.548/2011/CA1), en lo que interesa dije: "Esta Sala, en "Zunini, María E. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial" (sentencia definitiva del 27/06/2016, Expte. N° CNT 28.947/2011/CA1), de aristas similares a la causa *sub examine*, en lo que interesa dijo que: "El artículo 6 del decreto 717/1996 determina que "La aseguradora...no podrá negarse a recibir la denuncia. En todos los casos la Aseguradora deberá expedirse expresamente aceptando o rechazando la pretensión y notificar fehacientemente la decisión al trabajador y al empleador. El silencio de la aseguradora se entenderá como aceptación de la pre-

tensión transcurridos diez días de recibida la denuncia. Dicho plazo se suspenderá en el supuesto del art. 10, ap. 1 inc. d) del presente decreto" y cuando existan circunstancias objetivas que imposibiliten el conocimiento acabado de la pretensión. En este último caso, la suspensión no podrá superar el término de veinte días corridos y la aseguradora deberá otorgar todas las prestaciones hasta tanto defina el rechazo de la pretensión. La aseguradora deberá notificar fehacientemente la suspensión al trabajador y al empleador dentro del término de los diez días de recibida la denuncia. (Párrafo según decreto 491/1997). "El rechazo sólo podrá fundarse en la inexistencia de la relación laboral o en alguna de las causas contempladas en el art. 6 ap. 3, incs. a) y b) de la ley 24.557".

"En el caso, la aseguradora no se expidió en los plazos previstos por la citada normativa rechazando la pretensión de la actora. A mi entender, su aceptación, expresa o tácita, implica la admisión del presupuesto fáctico y jurídico de la prestación, es decir, implica que el evento ocurrió y que fue de carácter laboral. A partir de ese momento contaba con 10 días hábiles para aceptar o rechazar los siniestros o decidirse por suspender el plazo mediante notificación fehaciente. Por lo tanto y en virtud de lo previsto en el segundo párrafo de la norma antes aludida, no puede sino considerarse que la aseguradora aceptó la denuncia, lo cual implica la admisión del presupuesto fáctico y jurídico de la presentación y significa consentir el carácter laboral del infortunio, así como que no mediaron causales de exención de responsabilidad".

"Conforme al temperamento que vengo adoptando, la defensa de falta de legitimación pasiva es improcedente... la aseguradora otorgó las prestaciones correspondientes, torna operativo lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto N° 717/1996, ya analizado. Por esta razón, se torna aplicable la teoría de los actos propios, ya que su voluntaria actitud en el sentido aludido, impide su ulterior impugnación, pues como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior máxime al ser dicho comportamiento deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz".

"Es dable señalar que si bien es cierto que la empleadora de la actora es la Dirección General de Cultura y Educación, también lo es que el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires se ha autoasegurado en el ámbito de la ley 24.557, y que ha delegado en Provincia ART SA la gestión y administración del autoseguro. Va de suyo que el autoseguro presupone un empleador que se va a hacer cargo de todas las prestaciones, en sustitución de una ART. Sin embargo, cede a Provincia ART SA la administración y gerenciamiento del régimen tergiversando el sentido de la norma".

"Es decir que la Provincia de Buenos Aires ha delegado todas sus obligaciones y responsabilidades en la aseguradora (ver en tal sentido el sitio www.provinciart.com.ar). El instructivo del autoseguro impone al trabajador ponerse en contacto con Provincia ART SA en temas relacionados con accidentes o enfermedades del trabajo. En el caso, la actora denunció su enfermedad a la aseguradora quien le brindó las prestaciones dinerarias y abonó una suma en concepto de incapacidad permanente parcial y definitiva. Por lo expuesto, no puede ser otra la demandada en esta causa, ya que en su función de administradora del seguro pagó prestaciones en el marco de la ley sistémica. La Provincia de Buenos Aires al delegar en Provincia ART SA lo relativo a los eventos y/o enfermedades en el marco de la ley de accidentes del trabajo, incluido el pago de indemnizaciones la colocó en el rol de deudora de las mismas.

De lo contrario, sería absurdo demandar a la Provincia de Buenos Aires, que delegaría la cuestión a Provincia ART SA a quien decidió ceder la administración y el gerenciamiento de temas relacionados a infortunios laborales, quien en definitiva es la que paga las indemnizaciones, siendo las estipulaciones contractuales en tal sentido res inter alios acta e inoponible para quienes no fueron parte en ellas".

III. Sentado lo expuesto, en la causa se debate si la aseguradora de riesgos del trabajo, es o no deudora de la prestación dineraria prevista por la ley 24.557 por una incapacidad laboral que presenta el actor. La competencia de este Tribunal quedó habilitada, conforme a lo sentado por la CSJN en el caso "Marchetti" y "Castillo", entre otros, a cuyos fundamentos cabe remitir.

IV. El informe médico es perfectamente idóneo para formar convicción acerca de que el actor, a causa del accidente que sufriera, presenta alteraciones psicofísicas que lo incapacitan permanentemente (ver fs. 154/159 y contesta impugnación de fs. 175 y fs. 183). Por ello, adhiero a las conclusiones médicas, ya que el informe debidamente fundado, lo fue en base al examen físico y estudios médicos solicitados. Y si bien los jueces no se hallan vinculados por los dictámenes periciales, ciertamente, para apartarse de conclusiones técnicas de especialistas en un arte o profesión, deben contar con argumentos objetivamente demostrativos del error. Cabe agregar que el juicio de causalidad es, siempre, jurídico y es facultad del juez emitirlo con efectos vinculantes. Aún en los casos en los que se formula asertivamente, se debe entender que se está haciendo desde una perspectiva médica y, siempre, debe ser leído como hipotético. Las leyes que regulan

la reparación de los accidentes de trabajo no se proponen indemnizar la mera existencia de accidentes o enfermedades, sino la incapacidad actual que de ellos resulta. Comprobada la existencia de incapacidad actual, de que dió cuenta el informe médico, incluye tal hipótesis (artículos 386, 477 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

V. A los fines indemnizatorios, haré mérito de lo que surge del informe de la AFIP (fs. 165) para establecer el ingreso base mensual a los fines de calcular la cuantía de la prestación dineraria, conforme a los parámetros establecidos en los artículos 14 y 12 LRT (artículos 165, 377, 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, 56 LCT, 56 LO).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver, con fecha 7 de junio de 2016, la causa "Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", interpretando las disposiciones de la LRT, declaró (considerando 8°) que "...del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes "actualizados" sólo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones dinerarias del régimen de reparación".

"En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero" entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación".

En función de dicho criterio, corresponde desestimar la pretensión de aplicar el índice RIPTE al cálculo de las prestaciones dinerarias del artículo 14 de la ley 24.557.

En definitiva, los artículos 8 y 17 apartado 6 no disponen la actualización de las obligaciones indemnizatorias adeudadas, sino de los importes del artículo 11 apartado 4 de la ley 24.557 y de los valores de referencia de los artículos 14 y 15 convertidos en mínimos garantizados por el Decreto 1694/2009, montos a los que se debe remitir a fin de determinar la indemnización correspondiente.

La indemnización del artículo 14 inc. 2 a) de la ley 24.557 —$23.080,05— ($2.773,98 x 53 x 15,94% x 65/66), es inferior al piso fijado por la Resolución 34/2013 MTSSS, aplicable a la fecha del evento ($369.630 x 15,94%: $58.919,02), suma esta última, con la incidencia de la prestación adicional de pago único contemplada en el art. 3° de la Ley 26.773, el monto de condena asciende a $70.702,82. Dicha suma llevará intereses a partir de la fecha del accidente —15/11/2012— conforme al criterio sostenido en el precedente Ibarra Braian German c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial (Expte. N° 14.595/2016/CA1, de fecha 07/10/2019, del registro de esta Sala) y hasta la del efectivo pago con las tasas de interés dispuestas en las Actas CNAT 2601/14, 2630/16 y 2658/17, por cuanto esta Sala comparte los argumentos volcados en las referidas Actas para justificar las tasas de interés, a las que cabe remitirse.

VI. A influjo de lo normado por el artículo 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propongo que las costas del proceso se impongan a la demandada; se regulen los honorarios de la representación letrada de la actora y de la aseguradora, por sus trabajos de primera instancia y los del perito médico, en el 16%, 12% y 7%, en todos los casos, del monto de condena, incluidos intereses (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, artículos 6°, 7°, 8°, 14, 19 y concordantes de la ley 21.839, Ley 24.432, artículo 38 Ley 18.345).

VII. Por las razones expuestas, propongo se deje sin efecto la sentencia apelada en lo principal que decide; se haga lugar a la demanda y se condene a Provincia ART SA a pagar al actor, mediante depósito judicial, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación del artículo 132 de la Ley 18.345, la suma de $70.702,82 con intereses que se computarán a partir de la fecha del evento y hasta la del efectivo pago con las tasas de interés dispuestas en las Actas CNAT 2601/14, 2630/16 y 2658/17; se deje sin efecto el pronunciamiento sobre costas y honorarios; se impongan las costas del proceso a la demandada, y se regulen los honorarios de la representación letrada de la actora y de la aseguradora, por los trabajos de primera instancia, en el 16% y 12%, y los del perito médico en el 7% del monto de condena, incluido capital e intereses; se regulen los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30%

de los fijados en este pronunciamiento por los trabajos de primera instancia.

La doctora *González* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: I. Dejar sin efecto la sentencia apelada en lo principal que decide; hacer lugar a la demanda y condenar a Provincia ART SA a pagar al actor, mediante depósito judicial, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación del artículo 132 de la Ley 18.345, la suma de $70.702,82, con intereses que se computarán a partir de la fecha del evento y hasta la del efectivo pago con las tasas de interés dispuestas en las Actas CNAT 2601/14, 2630/16 y 2658/17; II. Dejar sin efecto el pronunciamiento sobre costas y honorarios; III. Imponer las costas del proceso a la demandada; IV. Regular los honorarios de la representación letrada de la actora y de la demandada, por los trabajos de primera instancia, en el 16% y 12%, y los del perito médico en el 7% del monto de condena, incluido capital e intereses; V. Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de los fijados en este pronunciamiento por los trabajos de primera instancia. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Luis A. Catardo.* — *María D. González.*

Jurisprudencia Provincial

IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Retroactivos adeudados por la Administración Nacional de la Seguridad Social por reajustes ordenados en sentencias judiciales. Ganancias no gravadas.

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.

CFed. Salta, 29/12/2020. - Percivaldi, Roberto Rene c. ANSES s/ apela resolución.

[Cita on line: AR/JUR/68590/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, "Corrales, María del Carmen c. ANSeS s/ reajustes varios", 06/03/2017, AR/JUR/1383/2017

Expte. N° 31000160/2009

2ª Instancia.- Salta, diciembre 29 de 2020.

1ª ¿Sigue vigente la doctrina plenaria sentada por esta Cámara Federal el 6 de marzo de 2017 en los autos caratulados: "Corrales, María del C. c. ANSES s/ reajustes varios", luego del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "García, Marta S. c. ANSES s/ reajustes varios", del día 10 de setiembre próximo pasado?

A la cuestión propuesta, los doctores *Castellanos* y *Catalano* se expresan por la negativa, considerando que la suma en concepto de retroactivo adeudada por la Administración Nacional de la Seguridad Social, derivada por reajustes ordenados en sentencias judiciales, no resultan ser ganancias gravadas, de conformidad con las disposiciones de la ley 20.628.

En efecto, si bien la cuestión considerada fue objeto de un pormenorizado análisis en el marco de la convocatoria plenaria suscitada en el citado precedente "Corrales", no debe perderse de vista que con posterioridad a ello tuvo lugar el dictado de diversos fallos del más Alto Tribunal de la República que, inicialmente, reputaron inaplicable la gabela respecto de los haberes previsionales.

Más concretamente, a partir del precedente "García, María I." (Fallos: 342:411) y con específica remisión a éste, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por mayoría declaró con los alcances allí precisados "la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430.", disponiendo asimismo "poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial", confirmando la sentencia apelada "en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas" y ordenando que "hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional".

De manera más reciente, tal criterio exonerativo de la carga tributaria fue extendido respecto de las sumas que se liquiden en concepto de retroactivos derivados de reajustes de haberes previsionales, tal lo acontecido en las causas "García, Marta S. c. ANSeS s/ reajustes varios" y "Datorre, Manuel V. c. ANSeS s/ reajustes varios", del día 10 de setiembre pasado, y "Villamayor, Homero J. c. ANSeS s/ reajustes varios", del 17 de setiembre próximo pasado.

Las circunstancias señaladas determinan un deber para este Tribunal en orden a adecuar la doctrina plenaria antes aludida al criterio directriz emanado de los precedentes citados, puesto que si la Corte es "suprema", y si ella misma así se titula, desde el comienzo de su actuación jurisdiccional (Fallos: 1:348), como intérprete final de la Constitución, sus fallos han de ser algo más que normas individuales de cada caso y que decisiones circunscriptas a la causa.

En consecuencia, constituye un deber "moral" para los jueces inferiores conformar sus decisiones a los fallos del Alto Tribunal (Fallos: 25:368) y apartarse de su jurisprudencia sin nuevos argumentos conducentes importa un desconocimiento deliberado de su autoridad (Fallos: 212:59), al extremo que la prescindencia pura y simple de sus sentencias por un tribunal inferior perturbaría el esquema institucional judiciario (Fallos: 212:253).

Sobre tales bases, si bien no se pierde de vista que el criterio originario adoptado en "García, María I." resultó restringido a ese caso y con el alcance allí indicado —con la particular gradación de vulnerabilidad examinada en la especie—, la ulterior y sucesiva concatenación de fallos de la Corte Suprema que aplicó idéntica solución a situaciones dispares ha ido operando una paulatina extensión de su doctrina a supuestos como los alcanzados por la jurisprudencia plenaria de este Cuerpo, lo que persuade acerca de la necesidad de su actualización y ajuste a los criterios del Alto Tribunal.

Refuerza lo dicho, que en fecha reciente (3 de diciembre próximo pasado), tales lineamientos fueron replicados en los autos "Corrales, María del C. c. ANSeS s/ reajustes varios". En el contexto referido, habiendo el Tribunal Supremo revocado la sentencia de esta Sala que remitía a la doctrina plenaria, resulta inobjetable que corresponde su adecuación al criterio adoptado por el intérprete máximo de la Constitución Nacional.

El doctor *Elías* dijo:

Adhiero al voto que encabeza este Acuerdo no sólo por ser acorde con la doctrina que subyace del fallo de la CSJN "García, Marta S.", del 1 de setiembre pasado, sino también por coincidir en lo sustancial con el criterio asumido por el suscripto en el plenario de esta Cámara Federal de Salta en los autos caratulados "Corrales, María del C. c. ANSES s/ reajustes varios", del 06/03/2017. Así voto.

Los doctores *Rabbi-Baldi Cabanillas* y *Ernesto Solá* dijeron:

1) Que a la cuestión propuesta, los distinguidos colegas que precedieron este voto en el presente acuerdo se expresaron por la negativa, considerando que la suma en concepto de retroactivo adeudada por la Administración Nacional de la Seguridad Social, derivada por reajustes ordenados en sentencias judiciales, no resultan ser ganancias gravadas, de conformidad con las disposiciones de la ley 20.628.

En efecto, si bien el asunto bajo consideración fue objeto de un pormenorizado análisis en el marco de la convocatoria plenaria suscitada en el citado precedente "Corrales", los señalados magistrados ponderaron que con posterioridad a ello tuvo lugar el dictado de diversos fallos del Alto Tribunal de la República que reputaron inaplicable la gabela respecto de los haberes previsionales.

2) Que, al respecto, cabe en primer lugar precisar que al resolver el plenario "Corrales" esta Cámara —voto mayoritario suscripto por los doctores *Rabbi-Baldi Cabanillas, Solá Espeche* y *Catalano*— tuvo prioritariamente en cuenta lo resuelto por el Alto Tribunal en la causa "Dejeanne, Oscar A. y otro c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo", sent. del 10/12/2013 (D. 248. XLVII. REX), en la que, por remisión al dictamen de la Procuradora, la mayoría integrada por los jueces Fayt, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Maqueda, sostuvo que los montos cobrados por los jubilados en concepto de haberes "son susceptibles de ser encuadrados sin dificultad dentro de los cánones de la ley 20.628" y que la "configuración del gravamen decidida por el legislador involucra una cuestión ajena a la órbita del Poder Judicial, a quien no compete considerar la bondad de un sistema fiscal para buscar los tributos que requiere el erario público y decidir si uno es más conveniente que otro, sino que sólo le corresponde declarar si repugna o no a los principios y garantías contenidos en la Constitución Nacional (arg. Fallos: 223:233; 318:676, entre otros)". En suma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó en el rechazo de la vía del amparo intentada porque no se había demostrado que el actuar estatal adoleciera de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta ni el perjuicio concreto que ello podía producir en la esfera de los derechos del jubilado.

3) Que, sin embargo, en la causa "García, María I." (Fallos: 342:411), el Alto Tribunal, por mayoría, —voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti—, declaró —con los alcances allí indicados— "la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430". Sobre tales bases, dispuso "poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial" y confirmar la sentencia apelada "en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago, los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas", ordenando que "hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias de la prestación previsional" (parte resolutiva, puntos dispositivos I, II y III).

Y, de manera más reciente, tal criterio exonerativo de la carga tributaria fue extendido respecto de las sumas que se liquiden en concepto de retroactivos derivados de reajustes de haberes previsionales, tal lo acontecido en las causas "García, Marta S. c. ANSES s/ reajustes varios" y "Datorre, Manuel V. s/ ANSES s/ reajustes varios", del 10 de septiembre pasado y "Villamayor, Homero J. c. ANSES s/ reajustes varios", del 1 de septiembre próximo pasado.

De este modo, se advierte que el Máximo Tribunal alteró el holding de lo resuelto con anterioridad con sustento en el análisis de un conjunto de elementos y factores no considerados en el anterior precedente. Así, señaló que "el envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por los que se accede al status de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el ejercicio de sus derechos fundamentales" (consid. 13°).

A partir de lo expuesto, añadió que con "la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y dife-

renciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos" (consid. 15°), agregando que "dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal".

Sobre tales bases, afirmó el Alto Tribunal que "la sola capacidad contributiva resulta insuficiente como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados retirados o subsidiados si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido y que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja" (consid. 17°), por lo que entiende que "la opción legislativa elaborada originariamente en un contexto histórico diferente, con un marco constitucional previo a la última reforma de la Norma Fundamental (mediante la que "termina por subcategorizar mediante un criterio estrictamente patrimonial —fijando un mínimo no imponible— a un universo de contribuyentes que, de acuerdo a una realidad que la Constitución obliga a considerar, se presenta heterogéneo") ha devenido insuficiente y contraria al mandato constitucional" (consid. 18°), convirtiendo a "la tipología originaria del legislador, carente de matices, en una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional (consid. 19°).

4) Que, en tales condiciones, si bien, en principio, las decisiones del Tribunal Cimero se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento por lo que el efecto de sus sentencias es inter partes (Fallos: 333:1023) de donde, como ha sido reconocido desde antaño, sus resoluciones no generan un vínculo inexorable para los tribunales inferiores cupiendo, en consecuencia, apartarse de lo que aquellas determinen siempre que se brinden razones o nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada (a contrario sensu, Fallos: 307:1094; 311:1644 y 318:2060), o cuando las circunstancias del caso a fallarse revelen claramente el error o la inconveniencia de las decisiones anteriormente adoptadas con respecto a la misma cuestión jurídica haciendo ineludible un cambio de criterio (a contrario sensu, Fallos: 183:409; 342:761); no lo es menos que una invariable doctrina del Alto Tribunal precisa la autoridad institucional y moral de sus precedentes. Dicha auctoritas se funda en la condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, lo que da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por la misma Corte Suprema de Justicia como por los tribunales inferiores (Fallos: 332: 1488; 337; 47; 342:1903; 339:1077, entre otros).

En razón de lo dicho y, sin perjuicio de dejar a salvo nuestro parecer contrario al holding adoptado por el Alto Tribunal en el citado precedente "García, María I.", con sustento en la opinión de los suscriptos vertida en el plenario "Corrales", nos pronunciamos en igual sentido que el de los restantes miembros del Tribunal, máxime si la Corte Suprema, con fecha 03/12/2020, dejó sin efecto por remisión a dicha doctrina lo decidido en el aludido plenario de ésta Cámara del 06/03/2017.

El doctor *French* dijo:

Que toda vez que no participé en la deliberación de las cuestiones planteadas en el plenario "Corrales" de esta Cámara Federal cuya vigencia doctrinal es el motivo que convoca a este nuevo acuerdo plenario, ante lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "García, María I." y "García, Marta S.", considero que corresponde remitirme a lo resuelto en la materia por el Máximo Tribunal. Ello en atención a que, como regla, la doctrina de los fallos de la Corte Suprema debe ser atendida con el alcance que se explica en el punto 4 del voto de los doctores *Rabbi Baldi Cabanillas* y *Solá*. Así voto.

Por lo que resulta del Acuerdo que antecede y habiendo el Fiscal General ante esta Cámara considerado que se debe declarar la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre las jubilaciones y pensiones (art. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, siguiendo la jurisprudencia sentada por la CSJN en "García, Marta S.", como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), se resuelve: 1.- Determinar 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. Así se decide. Regístrese, notifíquese, publíquese en el CIJ en los términos de las Acordadas 15 y 24 del año 2013 de la CSJN y pasen los autos a la Sala II a fin de que se dicte sentencia, de acuerdo con la doctrina plenaria establecida (art. 300 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). — *Luis R. Rabbi Baldi Cabanillas. — Ernesto Sola Espeche. — Guillermo F. Elías. — Mariana I. Catalano. — Santiago French. — Alejandro A. Castellanos.*

Novedades Legislativas

DECRETO 34

Coronavirus (COVID-19) – Contribuciones patronales con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino – Tratamiento diferencial para empleadores abocados a determinadas actividades relacionadas con la salud – Norma complementaria de las leyes 27.541 y 24.241.

Fecha: 22/01/2021

Publicación: BO 23/01/2021

Síntesis: Se exime, hasta el día 31 de marzo de 2021 inclusive, del pago de las contribuciones patronales previstas en el art. 19 de la Ley 27.541 que se destinen al Sistema Integrado Previsional Argentino creado mediante la ley 24.241, a los empleadores y las empleadoras pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud, abocados a determinadas actividades identificadas en los términos del Clasificador de Actividades Económicas aprobado por la res. gral. 3537/2013 (AFIP) o aquella que la reemplace en el futuro, respecto de los y las profesionales, técnicos y técnicas, auxiliares y ayudantes que presten servicios relacionados con la salud.

VISTO:

El Expediente N° EX-2021-03868557-APN-DGD#MT, las Leyes Nros. 24.241, sus modificatorias, 27.541, su modificatoria y 27.609 y los Decretos Nros. 260 del 12 de marzo de 2020 y su modificatorio, 300 del 19 de marzo de 2020 y sus respectivas prórrogas, la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS N° 3537 del 30 de octubre de 2013, y

CONSIDERANDO:

Que con fecha 11 de marzo de 2020, la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) declaró a la COVID-19 como una pandemia.

Que en virtud de la pandemia declarada mediante el Decreto N° 260/20 se amplió por el plazo de UN año la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública N° 27.541.

Que en uso de las facultades conferidas por la citada Ley N° 27.541, a través del Decreto N° 300/20 se estableció una reducción transitoria del NOVENTA Y CINCO POR CIENTO (95 %) de las contribuciones destinadas al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) para los empleadores y las empleadoras pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud con respecto a determinadas actividades, cuya vigencia ha sido extendida por sucesivas prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2020, inclusive.

Que el sistema de salud, en el contexto de emergencia sanitaria, ha debido afrontar un esfuerzo diferencial y que mediante el compromiso asumido por los establecimientos e instituciones relacionados con la salud se ha logrado garantizar el acceso a la salud de toda la ciudadanía.

Que resulta imperioso apoyar a los prestadores de servicios de salud con el fin de compensar los costos extraordinarios relacionados con el manejo y contención de la pandemia que se extenderán durante todo el año en curso.

Que, en orden a ello, se torna necesario establecer hasta el 31 de marzo de 2021 un tratamiento diferencial para los empleadores y las empleadoras correspondientes a determinadas actividades relacionadas con la salud, en lo que respecta a las contribuciones patronales con destino al SIPA.

Que por el segundo párrafo del artículo 188 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias se faculta al PODER EJECUTIVO NACIONAL a reducir las contribuciones patronales destinadas al financiamiento de la seguridad social, únicamente en la medida en que fueran efectivamente compensadas con incrementos en la recaudación del sistema o con aportes del Tesoro que equiparen dicha reducción.

Que el tratamiento diferencial establecido por el presente decreto será compensado con aportes del Tesoro, con el objetivo de asegurar la sustentabilidad económica y financiera del SIPA, sin afectar con ello los haberes previsionales de sus actuales y futuros beneficiarios y futuras beneficiarias.

Que en atención a que en el último párrafo del Anexo de la Ley N° 27.609 se establece que los valores de la fórmula de movilidad previsional allí prevista deberán ser tomados en forma homogénea para su comparación, cabe dejarse aclarado que la compensación que efectuará el Tesoro en virtud de la presente medida no afectará el cálculo de la movilidad previsional establecida en dicha ley.

Que la Ley N° 26.122 regula el trámite y los alcances de la intervención del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN respecto de los decretos dictados por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, en virtud de lo dispuesto por el artículo 76 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL.

Que la citada ley determina que la Comisión Bicameral Permanente tiene competencia para pronunciarse respecto de la validez o invalidez de los decretos de delegación legislativa.

Que los servicios de asesoramiento jurídicos permanentes han tomado la intervención que les compete.

Que la presente medida se dicta en uso de las atribuciones conferidas por los artículos 76 y 99, incisos 1 y 2 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y por el artículo 188 de la Ley N° 24.241 y su modificatoria.

Por ello:

El Presidente de la Nación Argentina decreta:

Art. 1° - Exímese, hasta el 31 de marzo de 2021 inclusive, del pago de las contribuciones patronales previstas en el artículo 19 de la Ley N° 27.541 y su modificatoria que se destinen al SISTEMA INTEGRADO PREVISIONAL ARGENTINO (SIPA) creado mediante la Ley N° 24.241 y sus modificatorias, a los empleadores y las empleadoras pertenecientes a los servicios, establecimientos e instituciones relacionadas con la salud, cuyas actividades, identificadas en los términos del "Clasificador de Actividades Económicas (CLAE)" aprobado por la Resolución General (AFIP) N° 3537 del 30 de octubre de 2013 o aquella que la reemplace en el futuro, se especifican en el ANEXO (IF-2021-04075384-APN-DNCRSS#MT) que forma parte integrante del presente decreto, respecto de los y las profesionales, técnicos y técnicas, auxiliares y ayudantes que presten servicios relacionados con la salud.

Art. 2° - Facúltase a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA, a identificar las categorías del personal del servicio de salud que resultan alcanzadas por las previsiones del artículo 1°.

Art. 3° - La eximición establecida en el artículo 1° del presente decreto será compensada con recursos del TESORO NACIONAL con el fin de no afectar el financiamiento de la seguridad social ni el cálculo correspondiente a la movilidad previsional establecida en el artículo 32 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias.

La JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS adoptará los recaudos presupuestarios necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo.

Art. 4° - El presente decreto entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.

Art. 5° - Dese cuenta a la COMISIÓN BICAMERAL PERMANENTE del HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN.

Art. 6° - Comuníquese, etc. - Fernández - Cafiero - Moroni - Guzmán.

ANEXO

CLAE	DESCRIPCIÓN
651	Únicamente 651310 (Obras Sociales) y 651110 (Servicios de seguros de salud –incluye medicina prepaga y mutuales de salud–)
861	Servicios de hospitales
862	Servicios de atención ambulatoria realizados por méd icos y odontólogos
863	Servicios de prácticas de diagnóstico y tratamiento; servicios integrados de consulta, diagnóstico y tratamiento
864	Servicios de emergencias y traslados
869	Servicios relacionados con la salud humana n.c.p.
870	Servicios sociales con alojamiento
880	Servicios sociales sin alojamiento
949	Únicamente 949990 (Servicios de asociaciones n.c.p.)

RESOLUCIÓN 84 (S.R.T.)

Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria de los dec. 1694 y 899 y de la res. 433 (A.N.Se.S.).

Fecha: 30/12/2020

Publicación: BO 31/12/2020

Síntesis: Se establece en $ 4.187,76 el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del art. 15 del Decreto 1694/2009, el cual dispuso que a los efectos del art. 32 de la ley 24.557, la equivalencia del valor MOPRE será un 22 % del monto del haber mínimo garantizado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 del Decreto 899/2020 y la Resolución 433/2020 (A.N.Se.S.).

VISTO:

El Expediente EX-2018-49838257-APN-GAJYN#SRT, las Leyes N° 24.241, N° 24.557, N° 26.417, N° 27.426, N° 27.541, el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 542 de fecha 17 de junio de 2020, los Decretos N° 833 de fecha 25 de agosto de 1997, N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009, N° 110 de fecha 07 de febrero de 2018, N° 404 de fecha 05 de junio de 2019, N° 899 de fecha 24 de noviembre de 2020, la Resolución de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) N° 433 de fecha 11 de diciembre de 2020, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 32, apartado 1, de la Ley N° 24.557 establece que el incumplimiento por parte de los Empleadores Autoasegurados, de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) y de Compañías de Seguros de Retiro de las obligaciones a su cargo, será sancionado con una multa de 20 a 2.000 AMPOs (Aporte Medio Previsional Obligatorio), si no resultare un delito más severamente penado.

Que el artículo 3° del Decreto N° 833 de fecha 25 de agosto de 1997, reemplazó al AMPO considerando como unidad de referencia al Módulo Previsional (MOPRE).

Que el artículo 13 del Capítulo II -Disposiciones Complementarias- de la Ley N° 26.417, estableció la sustitución de todas las referencias concernientes al MOPRE existentes en las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, por una determinada proporción del Haber Mínimo Garantizado, según el caso que se trate.

Que asimismo, el citado artículo 13 estableció que la reglamentación dispondrá la autoridad de aplicación responsable para determinar la equivalencia entre el valor del MOPRE y el del Haber Mínimo Garantizado a la fecha de vigencia de la citada ley.

Que el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009 -sustituido por el artículo 1° del Decreto N° 404 de fecha 5 de junio de 2019- a los efectos del artículo 32 de la Ley N° 24.557 y sus modificaciones, previó la equivalencia del valor MOPRE en un VEINTIDÓS POR CIENTO (22 %) del monto del Haber Mínimo Garantizado, en los términos del artículo 13 de la Ley N° 26.417 y su modificatoria.

Que el Decreto N° 1.694/09 determinó que la SUPERINTENDENCIA DE RIESGOS DEL TRABAJO (S.R.T.) será la encargada de publicar el importe actualizado que surja de aplicar la equivalencia prevista en el artículo 15 del referido decreto, en cada oportunidad en que la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) proceda a actualizar el monto del Haber Mínimo Garantizado, de conformidad con lo que prevé en el artículo 8° de la Ley N° 26.417 y el artículo 55 de la Ley N° 27.541.

Que la Ley N° 27.426 sustituyó el artículo 32 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias estableciendo un nuevo índice de movilidad de las prestaciones mencionadas en los incisos a), b), c), d) e) y f) del artículo 17 de ese cuerpo legal.

Que la Ley N° 27.541 declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, suspendiendo por CIENTO OCHENTA (180) días la aplicación del artículo 32 de la Ley N° 24.241.

Que en atención a la emergencia antes citada y por el plazo allí establecido, el PODER EJECUTIVO NACIONAL (P.E.N.) deberá fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondientes al régimen general de la Ley N° 24.241.

Que en fecha 26 de mayo de 2020 la Comisión Mixta, integrada por representantes del P.E.N. y del PODER LEGISLATIVO NACIONAL, resolvió expresamente solicitar al P.E.N. y a las presidencias de las CÁMARAS DE SENADORES y DE DIPUTADOS DEL HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN, la prórroga de los plazos y funciones encomendadas en los artículos 55 y 56 de la Ley N° 27.541 hasta el 31 de diciembre de 2020.

Que en razón a lo expuesto, se dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 542 de fecha 17 de junio de 2020, el cual en su artículo 1° estableció prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2020 la suspensión de la aplicación del artículo 32 de la Ley N° 24.241, establecida en el artículo 55 de la Ley N° 27.541.

Que asimismo se dispuso que durante ese período el P.E.N. determinará el incremento de los haberes previsionales correspondientes al régimen general de la Ley N°24.241.

Que el P.E.N. determinó a través del artículo 1° del Decreto N° 899 de fecha 24 de noviembre de 2020 que todas las prestaciones previsionales a cargo de la ANSES que refieran a la movilidad prevista en el artículo 32 de la Ley N° 24.241 y sus modificatorias tendrán un incremento porcentual equivalente a CINCO POR CIENTO (5 %) sobre el haber devengado correspondiente al mensual noviembre de 2020.

Que el artículo 4° del mencionado decreto estableció que el Haber Mínimo Garantizado por el artículo 125 de la Ley N° 24.241 y el haber máximo de las jubilaciones otorgadas y a otorgar según la Ley N° 24.241, sus modificatorias y complementarias, serán actualizados a partir del 1° de diciembre de 2020, con el incremento porcentual equivalente al establecido en el artículo 1° del citado decreto.

Que el artículo 1° de la Resolución ANSES N° 433 de fecha 11 de diciembre de 2020, actualizó el valor del Haber Mínimo Garantizado vigente a partir del mes de diciembre de 2020, fijándolo en la suma de PESOS DIECINUEVE MIL TREINTA Y CINCO CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($19.035,29).

Que en razón de todo lo expuesto, corresponde que la S.R.T. publique el importe actualizado que surge de aplicar la equivalencia prevista en el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694/09, respecto de la Resolución ANSES N° 433/20.

Que la Gerencia de Asuntos Jurídicos y Normativos de esta S.R.T. ha tomado la intervención en el ámbito de sus competencias.

Que la presente medida se dicta en ejercicio de las atribuciones conferidas por los artículos 36 y 38 de la Ley N° 24.557 y el artículo 15 del Decreto N° 1.694/09.

Por ello:

El Superintendente de Riesgos del Trabajo resuelve:

Art. 1° - Establécese en PESOS CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 4.187,76) el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del artículo 15 del Decreto N° 1.694 de fecha 05 de noviembre de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto N° 899 de fecha 24 de noviembre de 2020 y la Resolución de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (ANSES) N° 433 de fecha 11 de diciembre de 2020.

Art. 2° - La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3° - Comuníquese, etc. - Moron.

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 782 (S.T.)

Vigiladores – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas (S.S.I.P.), la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI), la Cámara de Empresas de Seguridad de Buenos Aires (CAESBA) y la Cámara Regional de Empresas de Seguridad, Vigilancia e Investigaciones Privadas del Sud Este Bonaerense (CARESEB) – Vigencia - Ámbito de aplicación – Personal comprendido -- Categorías laborales – Condiciones de trabajo – Jornada de trabajo – Vacaciones y licencias – Enfermedades y accidentes – Higiene y seguridad – Escala salarial – Capacitación del personal – Homologación.

Fecha: 04/11/2020

Publicación: BO 09/02/2021

Síntesis: Se homologa un Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas (S.S.I.P.), la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI), la Cámara de Empresas de Seguridad de Buenos Aires (CAESBA) y la Cámara Regional de Empresas de Seguridad, Vigilancia e Investigaciones Privadas del Sud Este Bonaerense (CARESEB).

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO

Bahía Blanca, 3 de Junio de 2019 Vigencia: 1/06/2019 a 31/12/2020

Seguridad Privada Partido de Bahía Blanca.- Convenio Colectivo de Trabajo

Vigencia. Zona territorial

Art. 1° - Las partes signatarias manifiestan que el presente convenio colectivo regirá en el Partido de Bahía Blanca y tendrá vigencia por dieciocho meses, a partir del 1º de junio de 2019 hasta el 31 de Diciembre de 2020.

Ámbito de aplicación

Art. 2° - El presente convenio colectivo regirá para todos los trabajadores que bajo relación de dependencia y bajo cualquier modalidad de contratación, cumplan sus funciones en empresas que brindan servicios de seguridad -en cualquiera de sus formatos- e investigaciones privadas. Este convenio comprende al personal que desempeña funciones específicas de vigilancia y seguridad en cualquiera de los siguientes órdenes: comercial, industrial, civil o privado, financiero, agropecuario, y de empresas privadas de seguridad que se desempeñen en instituciones públicas, nacionales, provinciales o municipales y/o entidades privadas de cualquier naturaleza. Las tareas de vigilancia y seguridad pueden ser realizadas con o sin armas de conformidad con lo establecido por la legislación nacional y provincial vigente en materia de seguridad que es específica y exclusivamente aplicable a esta actividad y que es uno de los distintivos de las tareas regidas por este convenio. Su aplicación se extiende a los empleados administrativos de empresas de seguridad y vigilancia -con el alcance previsto en el art. 5 del presente, tanto de protección física, como custodias móviles, protección y vigilancia electrónica y servicios conexos a los mismos. A simple título enunciativo y no taxativo se detallan algunas de las tareas y actividades comprendidas: custodia de valores y pagadores, de mercaderías en tránsito, de personas, seguridad en reuniones y recepciones, seguridad de entidades bancarias, casas de crédito, empresas, organizaciones estatales y religiosas, centros médicos y hospitales, barrios cerrados, centros educativos, escuelas y seguros, seguridad en remates, prevención de accidentes, asuntos de familia, acumulación de pruebas en juicios, localización y geo- localización de máquinas y vehículos, informaciones a fábricas y comercios, servicio de revisión y control de ingreso y egreso de personas, vehículos y mercaderías al servicio, asesoramiento en investigaciones penales, civiles o comerciales, localización de deudores morosos, prevención y combate de incendios, prevención de sabotajes, prevención y colaboración en la investigación de robos y hurtos, protección industrial, contraespionaje industrial, seguimiento y custodia satelital de vehículos, personas o mercaderías en tránsito, seguridad electrónica de inmuebles, control de trabajos portuarios en plazoletas, depósitos fiscales y terminales en dicha jurisdicción, control y seguridad en yacimientos petrolíferos, mineros, en instalaciones "off shore", servicio de custodia de persona o bienes al exterior, en centros invernales y de turismo, plantas industriales y centros comerciales, seguridad aeroportuaria y portuaria, seguridad de aeronaves y buques, ferrocarriles, transportes subterráneos de todo tipo y transportes en general, museos y centros culturales y educativos, edificios de propiedad horizontal y oficinas, y toda otra tarea o actividad que requiera de la seguridad y/o vigilancia y/o custodia.

También será aplicable este convenio al personal que realiza tareas de control de admisión y permanencia de público en general, en forma directa o a través de empresas prestadoras de servicio para empresas y empleadores cuya actividad consista en la organización y explotación de eventos y espectáculos musicales, artísticos y de entretenimiento en ge-

neral, que se lleven a cabo en estadios, clubes, pubs, discotecas, bares, restaurantes y todo otro lugar de entretenimiento público en general. Tales eventos y espectáculos públicos podrán desarrollarse en espacios cerrados o abiertos, en la vía pública, en zonas marítimas, fluviales, lacustres, terrestres o portuarias o de cualquier otro tipo y las actividades regladas por la normativa vigente en la materia.

Partes intervinientes

Art. 3° - Son partes intervinientes en esta convención colectiva de trabajo, por los trabajadores, el Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas de Bahía Blanca (S.S.I.P.), y por la parte empresaria la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (C.A.E.S.I.), la Cámara de Empresas de Seguridad de Buenos Aires (C.A.E.S.B.A.) y la Cámara Regional de Empresas de Seguridad Vigilancia e Investigaciones Privadas del Sud-Este Bonaerense (C.A.R.E.S.E.B.).

Obligatoriedad de las partes

Art. 4° - La presente convención colectiva será de aplicación obligatoria para todos los trabajadores que desarrollen sus tareas habituales en la jurisdicción del partido de Bahía Blanca. Asimismo, obligará a los empleadores que se encuentren dentro del marco de la normativa vigente en la materia, que estén o no asociados a las cámaras empresariales intervinientes y que desarrollen la actividad dentro del ámbito de aplicación del presente convenio.

Personal excluido

Art. 5° - Queda expresamente excluido de este convenio el personal jerárquico con poder de organización empresarial y con facultad de aplicar sanciones (sea profesional o no), como ser Directores, Gerentes, Coordinadores, Supervisores, Jefes, vendedores, asesores comerciales y todo aquél que tenga su cargo la responsabilidad de supervisar y liderar al personal.

Dignificación del trabajo – Paz Social

Art. 6° - En el presente convenio colectivo de trabajo las partes se comprometen a respetar lo aquí establecido y a dignificar la tarea del personal de la seguridad privada. A tales fines y teniendo en cuenta la índole de la actividad, se dará cumplimiento a las disposiciones vigentes en materia de trabajo, excluyéndose por completo la calificación de “serenos” o “porteros” para denominar de estos modos a los vigiladores, y se harán los esfuerzos necesarios por las partes para evitar y/o erradicar la prestación del servicio de seguridad privada efectuada por “cooperativas” en fraude a la ley laboral.

Las partes acuerdan trabajar en conjunto bregando por la formalidad y transparencia en el desarrollo de la actividad de la seguridad privada, ejerciendo en forma conjunta todas las acciones y recursos legales disponibles para combatir el trabajo no registrado, deficientemente registrado, pagos sin registración de las horas extraordinarias, cualquier otra situación que implique la violación de normas laborales, convencionales y/o de cualquier otra naturaleza.

Asimismo, las partes garantizan la paz social durante la vigencia del presente, en razón de Io aquí acordado en tanto cumplan con las disposiciones de este convenio y la normativa laboral.

Especificidad profesional, exclusión de la aplicación de otro convenio colectivo de trabajo

Art. 7° - La actividad de las empresas de seguridad privada y vigilancia, física y/o electrónica, y del personal que cumple estas funciones, tiene las siguientes características que hacen su identidad propia y específica.

a) Son tareas de interés público, reguladas por normas nacionales y provinciales propias y específicas, en materia de seguridad excluyente de otras actividades y que imponen requisitos especiales tanto a las empresas como a los trabajadores que realizan estas tareas.

En la interpretación de las normas del presente convenio se tendrá siempre en cuenta que la vigilancia y seguridad constituyen una actividad de interés público en la que las autoridades competentes han delegado en entes privados, debidamente habilitados por la autoridad jurisdiccional, el cometido de colaborar con los Poderes del Estado en la protección y salvaguarda de personas, bienes e intereses públicos y particulares sin que ello incida en la naturaleza jurídica de la relación entre trabajadores y empleadores.

b) Las tareas de seguridad y vigilancia, en todos sus aspectos y modalidades, están vinculadas íntimamente a la protección de bienes y personas, con carácter preventivo y disuasivo. Por tal razón el hecho de que sean realizadas por empresas especializadas, controladas por la autoridad de aplicación en materia de seguridad, y por personal sometido a los mismos controles y requisitos de profesionalidad que surgen de esas mismas leyes, es una garantía fundamental para los terceros que contratan y requieren de estos servicios, garantía que sólo puede darse si quien brinde estos servicios y su personal está ajeno a eventuales conflictos de intereses que el tercero contratante pueda tener con su personal propio, que se rige por convenios colectivos de actividad o de empresa.

c) La rotación de personal que las empresas de seguridad y vigilancia ponen a disposición de sus clientes hace a la efectividad de los sistemas de seguridad adoptados. De este modo contrariamente a lo que sucede en otras actividades ajenas al ámbito de este Convenio, la rotación del personal de seguridad y vigilancia que presta servicios en un objetivo, lejos de ser una conducta disvaliosa, hace a la esencia del sistema.

d) Las tareas de seguridad y vigilancia tienen una alta y creciente exigencia de capacitación, no sólo inicial, sino permanente, para adaptarse y brindar herramientas que permitan mejorar los métodos de seguridad y vigilancia frente a conductas delictivas cuya tendencia muestra una gran complejidad en permanente cambio.

Estas razones, que no son excluyentes de otras, fundamentan el principio de especificidad y profesionalidad de este convenio colectivo de trabajo, y por tal motivo el mismo se aplica a las empresas y al personal de seguridad y vigilancia, con exclusión de todo otro convenio colectivo de trabajo propio de la actividad de terceros donde se brindan o respecto del cual se brinden los mencionados servicios, así como de todo uso, costumbre, beneficio, disposición o norma formal y/o consuetudinaria que pudiera tener su causa en actas, convenios y/o acuerdos de actividades diferentes a las enmarcadas en el presente convenio o suscripta por las entidades firmantes del presente.

Ingreso de agentes. Declaración Jurada.-

Art. 8° - Las empresas de seguridad e investigaciones privadas incorporarán al personal de vigiladores dentro del marco legal, y se ajustarán a las exigencias de la normativa vigente que rige la actividad en nuestra provincia. Las empresas de vigilancia deberán dar cumplimiento a todas las exigencias que, en materia de ingreso, estén determinadas por las normas vigentes. Encontrándose en trámite el alta respectiva, podrá asignarse al postulante una tarea determinada siempre que éste hubiera expresado, mediante declaración jurada, carecer de antecedentes susceptibles de enervar ese otorgamiento. Si el "alta" no fuera otorgada por el órgano competente, el empleador sólo estará obligado al pago de las remuneraciones correspondientes al período trabajado, sin que procedan indemnizaciones por falta de preaviso y antigüedad.

Los firmantes de esta Convención gestionarán ante los organismos competentes para que los trámites referentes a las "altas" sean concluidos en un plazo no superior a los 45 (cuarenta y cinco) días hábiles.

Si la pérdida de la habilitación o la imposibilidad de renovarla estuviera motivada por su procesamiento en una causa penal originada en un delito doloso, podrá ser causa justificada de desvinculación por tratarse de una situación incompatible con la prestación de un servicio de seguridad.

El personal de seguridad y vigilancia que perdiera su habilitación o ésta no pudiese ser renovada por causas no subsanables y/o por no reunir las condiciones legales de habilitación, podrá ser desvinculado en las condiciones previstas por el Art. 254 segundo párrafo de la ley de Contrato de trabajo 20.744.

Jornada laboral y descanso del personal de la seguridad privada

Art. 9° - La jornada de trabajo ordinaria será de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, con un franco semanal previsto en la Ley de Contrato de Trabajo o lo que específicamente se regule en la materia. En los casos que el vigilador cumpla hasta doce horas diarias con su conformidad sin superar las cuarenta y ocho horas semanales, aún tratándose de sábados y domingos, mediando siempre doce horas de descanso entre jornada y jornada, no corresponderá el pago de horas extras. En todos los casos, las partes dejan establecido que dichas jornadas conforman el salario mensual del trabajador.

Los excedentes de horas trabajadas se abonarán con los recargos que impongan las normas vigentes.

En los casos que se presenten las condiciones previstas en el art 202 de la L.C.T. y que la rotación se produzca en turnos que abarquen las 24 horas de trabajo diarias durante los 7 días de la semana, en ciclo de tres semanas que no excedan de 144 horas de trabajo, no se devengará ningún recargo, conforme a lo dispuesto en el mencionado artículo.

a) Nocturnidad: Las partes acuerdan, a partir de la vigencia del presente convenio, abonar un adicional de carácter remunerativo, obligatorio y especial por cada hora trabajada entre las 21:00 horas de un día y las 6:00 horas del día siguiente, equivalente al cero coma uno por ciento (0,1%) del salario básico de convenio por cada hora trabajada en ese turno, con más el adicional por antigüedad. El presente suplemento se abonará junto con los haberes mensuales, con la periodicidad que en cada caso corresponda para los haberes de convenio. Será identificado en el recibo de haberes como "Adicional especial por nocturnidad" y/o denominación equivalente. El mismo reemplazará y absorberá las sumas que se originen en el desarrollo de la jornada nocturna establecida en el art. 200 de la Ley de Contrato de Trabajo.

b) Descanso – Refrigerio: Las partes podrán establecer un régimen de descanso de acuerdo a las circunstancias imperantes en cada servicio.

c) Contratos de trabajo a tiempo parcial: La parte empresaria y los empleados podrán celebrar contratos a tiempo parcial en los términos del art. 92 ter de la LCT; no pudiendo sobrepasar en número un treinta por ciento (30%) de la planta permanente, comprendida en este convenio colectivo de trabajo.-

De conformidad con la normativa vigente, los trabajadores a tiempo parcial, no podrán realizar horas extraordinarias, ni suplementarias; rigiendo para el caso lo establecido en el inciso 2 del artículo de la Ley de Contrato de Trabajo precedentemente citado.-

La Empresa, en caso de necesitar cubrir puestos de jornada de tiempo completo, pasará a los trabajadores de jornada a tiempo parcial y/o jornada reducida que presten conformidad y que cumplan con el perfil requerido por el empleador.

Las partes de la relación laboral, de común acuerdo, podrán disponer el paso de jornada completa a jornada a tiempo parcial y/o jornada reducida.

d) Custodia de mercadería en tránsito, relevantes y/o tareas en espectáculos públicos: El personal de Vigiladores que se desempeñen preponderantemente en tareas de custodia de mercaderías en tránsito, relevantes de personal, control de ingreso de admisión y/o toda aquella tarea de seguridad que desarrollen en espectáculos públicos (estadios, clubes, explotación de eventos, bares, restaurantes y todo otro lugar de entretenimiento público en general), control de ingreso y egreso de personal (cacheo y servicios afines), podrá prestar tareas continuas o discontinuas y percibirán su remuneración en función a las horas efectivamente laboradas con una garantía horaria de 4 horas en la jornada de trabajo diaria cuando sean convocados y realicen efectivamente tareas.

Sus haberes, compensaciones y beneficios se liquidarán por las horas efectivamente trabajadas, sobre la base del divisor del Art. 29 del presente, respetándose la garantía horaria conforme lo establecido en el párrafo anterior.

Se trata de un contrato por tiempo indeterminado y de prestación discontinua conforme a las pautas de la ley de Contrato de Trabajo.

Feriados nacionales

Art. 10. - Los feriados nacionales serán los establecidos por ley o por decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Cuando el vigilador preste servicio en dichos días, se le abonará de acuerdo a la legislación vigente.

Día del vigilador

Art. 11. - Se establece, de forma excluyente, el día 13 de Abril de cada año como el "Día del vigilador". El empleador pagará una suma igual a la que tenga asignada el vigilador más una cantidad igual, en el supuesto que se prestare servicio.

Horas suplementarias o extraordinarias del personal de vigilancia

Art. 12. - Atento a la modalidad especial de la actividad y a que las tareas no pueden ser abandonadas sin riesgos de resentir la eficacia del servicio, en los turnos de ocho y doce horas, excepcionalmente el personal podrá ser recargado con cuatro y dos horas más respectivamente, cuando ocurran siniestros de cualquier índole, accidentes ocurridos o inminentes de fuerza mayor, atentados contra bienes físicos o personas, a su cuidado, percibiendo el trabajador, el recargo horario conforme la normativa vigente. Las empresas no podrán ejercitar esta facultad más de cuatro veces al mes.

Antigüedad del personal de la seguridad privada

Art. 13. - Se establece para todo el personal incluido en el presente convenio una bonificación del uno por ciento (1%), por cada año de antigüedad, calculado sobre el salario básico de convenio de la categoría a la que pertenece.

Traslado del personal de vigilancia

Art. 14. - Será procedente el traslado de los vigiladores dentro de un radio que no exceda a treinta kilómetros del domicilio del empleado, siempre y cuando haya transporte público (Colectivo, tren, etc.), hasta el lugar. De no haberlo, la empresa arbitrará los medios para trasladar al mismo. Los traslados deberán ser comunicados por escrito o telegráficamente al interesado.

b) Cuando un vigilador por razones de servicio, dentro de su jornada de trabajo sea desplazado de su sitio normal de tareas, con el objeto de que cubra otro objetivo, en este caso, el empleador abonará los gastos de traslado y se le computará como tiempo trabajado el utilizado para desplazarse de un objetivo a otro.

Categorías del personal de trabajadores de la seguridad privada

Art. 15. - Se establecen las siguientes categorías:

a) Vigilador en General: es el vigilador que presta servicio en todo tipo de tareas relacionadas con la vigilancia en establecimientos comerciales, industria-

les, privados y oficiales, entidades bancarias, financieras, de cambio, seguro, crédito, domicilios particulares y en todo lugar donde se requiera la cobertura de este servicio.

b) Vigilador Bombero: es el vigilador debidamente capacitado que desempeñe la función específica de prevención, detección y lucha contra el fuego. A tal fin, el vigilador deberá acreditar en forma fehaciente la capacitación invocada.

c) Administrativo: con las excepciones previstas en el artículo 5 del presente, es aquél empleado que en forma permanente e inequívoca realiza tareas administrativas en la sede de la empresa de seguridad, sea en el caso de seguridad física o electrónica, quedando estas tareas expresamente excluidas de las que puedan realizar los que ostentan otras de las categorías profesionales previstas en el presente.

d) Vigilador principal: es el vigilador que, cuando necesidades del servicio así lo requieran, haya sido designado expresamente por el empleador para ser responsable del turno.

Para seguridad electrónica:

e) Verificador de eventos: es quien expresamente designado por la empresa, actuando exclusivamente en el marco de la seguridad electrónica, dé respuesta física a eventos que se produzcan por los sistemas de alarmas.

f) Operador de monitoreo: es quien, expresamente designado por la empresa y debidamente capacitado en el marco de la seguridad electrónica, efectúa como única tarea, el seguimiento de las diferentes secuencias de monitoreo.

g) Instalador de elementos de seguridad electrónica: es quien expresamente designado por la empresa, debidamente capacitado en el marco de la seguridad electrónica, efectúe instalaciones propias de elementos de seguridad electrónica.

Para control de admisión y permanencia de público en general en eventos y espectáculos:

h) Controlador de admisión y permanencia en general, técnicos o especializados: es quien se desempeña en el control de ingreso de admisión y/o realiza tarea de seguridad en espectáculos públicos, estadios, clubes, eventos, bares, restaurantes y todo lugar de entretenimiento en general y tareas de control de ingreso y egreso de personal.

Para todos los servicios de seguridad privada

Las categorías enunciadas precedentemente son excluyentes unas de otras. Sin perjuicio de las categorías enunciadas, de conformidad con la valoración de las tareas a realizar, se podrán pactar escalas diferenciales y variables en los contratos individuales de trabajo.

Los adicionales que en función del desempeño de tareas específicas fueran asignados al trabajador por el empleador, serán discontinuados cuando las necesidades del servicio impongan el cese en el desempeño de tales tareas.

Disposiciones del servicio

Art. 16. - Sin perjuicio de la observancia de las disposiciones que reglan en general las relaciones entre trabajadores y empleadores, los vigiladores deberán ajustarse a las siguientes disposiciones:

a) Prestar personalmente el servicio con responsabilidad, eficiencia, capacidad y diligencia, en el lugar, horario y formas que se determinen en las disposiciones reglamentarias correspondientes.

b) Dar cumplimiento estricto a las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos con atribuciones y competencia y que tengan por objeto la realización de actos de servicio.

c) Responder, cuando corresponda, por la eficiencia y rendimiento del personal a sus órdenes.

d) Guardar el secreto y observar la máxima discreción para los asuntos relativos a la empresa de quien dependa, el establecimiento donde preste el servicio o la persona cuya custodia le haya sido encomendada.

e) Informar al superior inmediato que corresponda de todo acto o procedimiento que llegue a su conocimiento y que pueda causar un perjuicio a su empleador, a la empresa donde se halla instalado el servicio, o que implique la comisión de una falta o delito.

f) Observar en sus funciones y fuera de ellas una conducta que no afecte ni ofenda la moral y las buenas costumbres.

g) Mantener el orden en su puesto de trabajo.

h) Llevar consigo la credencial de identidad que su empleador le haya extendido y devolverla cuando cese su relación de dependencia con el mismo, cualquiera sea el motivo.

i) Mantener actualizado su domicilio real en el legajo personal que lleve su empleador. En ese domici-

lio serán practicadas y, consecuentemente, válidas a todos los efectos legales las notificaciones inherentes a la relación de trabajo.

j) Hacerse presente en su puesto de trabajo, con la antelación debida, a los efectos de imponerse de las novedades que haya en el servicio o recibir con relación al mismo las instrucciones correspondientes.

k) Salvo causa debidamente justificada, el vigilador no podrá abandonar su puesto, aun cuando no haya sido relevado a la finalización de su respectivo turno de servicio, debiendo dar aviso a su supervisor en la forma y medio de comunicación que establezca la empresa, a fin de que regularice la situación excepcional dada y autorizar el posterior retiro del vigilador. Cuando la demora en el relevo sea superior a cuatro horas en un régimen de jornada laboral de 8 horas diarias y de dos horas en un régimen de jornada laboral de 12 horas diarias, al trabajador se le deberá otorgar un día más de franco dentro de los diez días siguientes,

l) Someterse al contralor sanitario correspondiente y seguir el tratamiento médico prescripto, aun encontrándose cumpliendo funciones y en uso de licencia.

ll) Poner especial atención en el cuidado de los bienes que se someten a su custodia, manteniéndose siempre atento a los efectos de evitar robos, hurtos o daños.

m) En los casos en que se los provea de uniforme, usar la totalidad de las prendas que lo integren manteniéndolo limpio y en buen estado de presentación, con la absoluta prohibición de usarlo fuera de su lugar de trabajo, debiendo devolverlo en las mismas condiciones cuando cese su relación de dependencia con su empleador.

n) Cuidar y mantener el buen estado de conservación y funcionamiento del arma que eventualmente se le confíe.

ñ) El personal afectado a servicios de seguridad deberá estar afeitado, con el cabello correctamente cortado, no permitiéndose el uso de barba desprolija o cabellos excesivamente largos.

o) El vigilador no deberá consumir bebidas alcohólicas ni consumir sustancias tóxicas y/o cualquier sustancia que altere sus condiciones físicas y/o psicológicas y no permitan cumplir sus funciones en debida y normal forma ello durante el servicio ni concurrir al mismo bajo los efectos de haberlas ingerido.

p) Los vigiladores principales deberán tomar las providencias necesarias con el objeto de que el personal se notifique de las órdenes o consignas que deberán ser cumplimentadas durante la prestación de servicios. Las notificaciones se efectuarán por escrito y el personal afectado a las mismas deberá firmar de conformidad.

q) Cuando el vigilador por razones debidamente justificadas tenga la necesidad de faltar a sus tareas habituales solicitará el respectivo permiso con cuarenta y ocho horas de anticipación. Se exceptúan de lo precedentemente expresado los casos de enfermedad de familiares a cargo, respecto de los cuales efectuará por sí o por medio de un tercero la pertinente comunicación a su empleador, así como en caso de fallecimiento.

r) Cuando deba aplicarse una amonestación verbal a los vigiladores en servicio que hubieren incurrido en alguna falta, se hará en privado, guardando la corrección y la consideración debida al subalterno.

s) Realizar los cursos de capacitación que sean exigibles conforme con las leyes nacionales y provinciales de seguridad privada.

Aviso de enfermedad o accidente

Art. 17. - Los vigiladores que no puedan concurrir a su lugar de trabajo, por enfermedad, accidente o razones de fuerza mayor, deberán dar aviso a su empleador en las siguientes situaciones:

a) Por enfermedad: deberá comunicarlo por el medio que establezcan las partes al inicio de la relación laboral (ejemplo: mail a una dirección determinada, mensaje de texto a un número determinado, o cualquier otro en donde quede constancia de ese aviso), el damnificado o familiar directo, con no menos de dos horas de anticipación al inicio de su jornada de trabajo, salvo causa debidamente justificada, debiendo informar los motivos de su ausencia.

b) Por accidente: podrá hacerlo el damnificado, o si estuviere impedido, podrá realizarlo un familiar, debiendo comunicar el lugar o establecimiento asistencial donde estuviere internado.

El enfermo o accidentado se pondrá a disposición de su empleador ante cualquier requerimiento de control médico que éste considere necesario.

Al cese de la enfermedad o accidente el vigilador deberá apersonarse en forma inmediata al domicilio de su empleador y entregar el alta médica correspondiente.

c) Por razones de fuerza mayor, el personal de vigiladores que no pueda concurrir a cumplir su horario establecido deberá dar aviso con una anticipación de dos horas antes de la iniciación del servicio.

En aquellos casos en que por accidente o enfermedad inculpable el trabajador se encuentre impedido de prestar servicios, ello no afectará su derecho a percibir su remuneración de acuerdo con la normativa vigente en la materia.

d) El personal de trabajadores de la seguridad privada que se encuentre encuadrado dentro de la figura de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se le deberá remunerar de acuerdo con lo establecido por la legislación vigente en la materia.

e) Cuando el enfermo no se encuentre en su domicilio real que tiene denunciado en la empresa comunicará esa circunstancia en el mismo momento de notificar la enfermedad o accidente inculpable.

Art. 18. - Las empresas de seguridad, cuando el servicio a prestar así lo requiera, tendrán la obligación de proveer al personal de trabajadores el uniforme respectivo. Dichas prendas de trabajo, serán entregadas bajo constancia escrita.

Al personal de vigiladores que le sea provisto uniformes solamente podrá usarlo en su horario de trabajo y durante su desplazamiento a tomar o dejar servicio.

Al cese de la relación laboral, el personal de la seguridad privada tendrá la obligación de devolver el último uniforme y demás elementos provistos que utilizó para realizar su tarea, el cual deberá constar en el libro provisión de uniformes y elementos a cargo.

Detalle de provisión de uniformes al personal de vigiladores:

– Dos camisas de verano y dos de invierno por año.

– Dos pantalones por año.

- Un suéter o chaqueta cada dos años.

– Una campera, saco o gabán de invierno, cada tres años.

– Dos corbatas por año de acuerdo con las características del puesto.

-Un par de zapatos o borceguíes, según corresponda, cada dos años.

– Una capa impermeable, cada dos años por puesto de trabajo.

– Un par de botas de goma, para lluvia en buen estado de uso e higiene, por trabajador y de uso personal.

-Un mameluco térmico, si la característica del servicio lo requiere, cada tres años.

Asimismo, cuando la contratación del servicio establezca expresamente la utilización de un chaleco antibala, los vigiladores tendrán la obligación de llevarlo durante el desarrollo de sus tareas de prevención. Dicha vestimenta será provista por el empleador a su exclusivo cargo, sin perjuicio que su uso y condiciones deberá ajustarse a lo que la normativa en particular establezca.

En aquellos objetivos que sean declarados insalubres o de alto riesgo por la autoridad competente, en que el personal de seguridad privada deba prestar servicios, se lo proveerá de elementos y vestimentas adecuadas en el caso que así lo requieran de acuerdo con lo que impongan las leyes vigentes en la materia.

Capacitación y formación profesional. Certificados obligatorios y Cursos de ley.

Art. 19. - Las Cámaras intervinientes quedan facultadas a promover Programas de Capacitación Profesional para los trabajadores de la actividad, conforme con lo dispuesto por la normativa vigente.

Las partes establecen que los gastos que se efectúen al momento del alta del personal y al obtener los certificados obligatorios para la prestación de los servicios de seguridad se encontrarán a cargo del empleador, no pudiéndose trasladar los mismos a cargo del trabajador. Asimismo, se encontrarán a cargo del empleador los gastos y costo de los cursos obligatorios de ley para el personal encuadrado en el presente convenio.-

Presentismo

Art. 20. - El trabajador que haya cumplido asistencia perfecta durante el mes, percibirá un adicional cuyo importe se consignará en la grilla salarial vigente de acuerdo a la categoría que tenga asignada. Este adicional se abonará mensualmente, conjuntamente con la liquidación de haberes. A los efectos de percibir este adicional, solo se justificarán las ausencias con goce de sueldo, es decir, por vacaciones anuales, maternidad y/o adopción y licencias especiales y las que se generen por enfermedad y accidentes inculpables, previstas en el art. 208 de LCT y por accidente y enfermedad profesional previstos en la Ley 24.557.

Mensualmente se justificarán tres llegadas tarde siempre y cuando no excedan los 10 (diez) minutos cada una. Cuando se incurra en más de tres llegadas tarde mensuales o se incurra en llegadas tarde que excedan los 10 (diez) minutos, cualquiera sea su cantidad, se perderá el presentismo.-

Las partes aclaran que el adicional por presentismo integra la base de cálculo del valor hora para la liquidación del trabajo extraordinario.

Licencia anual remunerada

Art. 21. - El personal gozará de las vacaciones anuales en los términos previstos en la Ley de Contrato de Trabajo. Las mismas, atento a la índole y características propias de la actividad, podrán ser otorgadas durante todo el año, de la siguiente forma:

a) Cuando la antigüedad no exceda de los cinco años de antigüedad: catorce días corridos.

b) Más de cinco y hasta diez años de antigüedad: veintiún días corridos.

c) Más de diez y hasta veinte años de antigüedad: veintiocho días corridos.

d) Más de veinte años de antigüedad: treinta y cinco días corridos.

El cómputo y pago de la cantidad de días de vacaciones que correspondan se hará conforme las pautas establecidas en la Ley de Contrato de Trabajo, para lo cual la antigüedad del trabajador se determinará al 31 de diciembre del año al que correspondan las vacaciones, sea que éstas se gocen antes o después de dicha fecha y las vacaciones siempre se liquidarán y abonarán antes del inicio y goce de las mismas.

El empleador confeccionará el calendario de vacaciones de tal forma que el trabajador/a conozca las fechas de su descanso anual con una antelación mínima de 45 días a la fecha de inicio de las mismas.-

Régimen de licencias especiales

Art. 22. - El personal de la seguridad privada gozará de las siguientes licencias especiales remuneradas, salvo que en el futuro, la ley de contrato de trabajo establezca un plazo mayor:

a) Por matrimonio: diez días corridos.

b) Por paternidad o adopción: cinco días corridos.

c) Por maternidad: se ajustarán a las leyes nacionales vigentes.

d) Por fallecimiento de cónyuge o de la persona con la cual estuviere unido en aparente matrimonio, de acuerdo con lo establecido por las leyes vigentes, hijos o padres: cuatro días corridos.

d) Por fallecimiento de hermanos, suegros, yernos o nueras: dos días corridos.

e) Por fallecimientos de abuelos y nietos: un día.

f) Por mudanza: un día.

g) Para rendir examen en la enseñanza primaria, media, superior o universitaria: dos días corridos por examen, con un máximo de diez días por año calendario. Los exámenes deberán estar referidos a los planes de enseñanza oficiales o autorizados por el organismo provincial o nacional competente.

h) Todo trabajador/a gozará de franco con percepción de haberes el día que concurra a donar sangre, siempre y cuando tuviera que trabajar ese día. Debiendo presentar el certificado correspondiente.

El vigilador podrá optar, en los casos de las licencias pagas contempladas en los incs. a) y b) del presente artículo, gozarlas en conjunto con la licencia anual remunerada, al tiempo del otorgamiento de ésta.

Licencia sin goce de haberes

Art. 23. - Los trabajadores con más de tres años de antigüedad, tendrán derecho a una licencia extraordinaria sin goce de haberes de hasta treinta días corridos a ser utilizada cuando ocurran las siguientes situaciones: Enfermedad grave o intervención quirúrgica de riesgo de familiar directo (padre, madre, conyugue, hijos). El trabajador/a queda impedido formalmente de desempeñarse durante dicho lapso, en tareas lucrativas o remuneradas. Esta licencia será sin perjuicio de la licencia ordinaria que pudiera corresponder. Este beneficio, salvo acuerdo de partes, no podrá ser utilizado más de una vez.

Adicionales

Art. 24. - Adicional por objetivo – Atendiendo que las particularidades de la prestación del servicio de vigilancia, la diversidad de usuarios que lo reciben, las diferentes características de los bienes y personas cuya custodia y protección quedan bajo la órbita del servicio contratado, etc., emergen como elementos que habilitan que las partes de este Convenio puedan negociar rubros especiales bajo la voz adicionales con el objeto de retribuir en forma diferenciada la prestación laboral del empleado conforme el lugar donde desarrolla su actividad. Tal derecho cesará de manera automática, cuando el empleado deje de prestar servicios por cualquier razón en el lugar de que se trate.

Las partes acuerdan que el adicional especial será abonado en forma proporcional a los días efectivamente trabajados en el mes en cuestión. Si los días no trabajados en el mes lo fuesen por ausencias debidamente justificadas en la forma dispuesta por la empresa y no implicó el pago de dicho adicional a un trabajador externo al servicio convocado para su

reemplazo, el adicional por objetivo será abonado íntegramente y sin descuento alguno.

Art. 25. - Adicional Vigilancia aeroportuaria – Las partes fijan el siguiente adicional, en los términos del art. 24 de este convenio, el cual regirá para todo el personal de las distintas categorías de este convenio, que presten servicio en el ámbito aeroportuario del Sistema Nacional de Aeropuertos del país, sean estos nacionales o internacionales, habida cuenta que para dicha prestación, resulta necesario poseer conocimiento, experiencia, habilidades específicas y capacitación especial, conforme a las normativas vigentes de la autoridad de aplicación aeroportuaria. Este adicional se consignará mediante una suma fija remunerativa, según escala salarial del Anexo A y se identificará en los recibos de haberes como "adicional aeroportuario" o sigla similar.

Tendrá vigencia condicionada a la permanencia del empleado en el ámbito aeroportuario, dejándose constancia que su percepción cesará automáticamente cuando se deje de prestar servicio en dicho lugar.

Las partes acuerdan que el adicional especial será abonado en forma proporcional a los días efectivamente trabajados en el mes en cuestión. Si los días no trabajados en el mes lo fuesen por ausencias debidamente justificadas en la forma dispuesta por la empresa y no implicó el pago de dicho adicional a un trabajador externo al servicio convocado para su reemplazo, el adicional por objetivo será abonado íntegramente y sin descuento alguno.

Índice de costos

Art. 26. - A los efectos de preservar las normas de ética imprescindibles en la prestación de los servicios propios de esta especialidad, las empresas de vigilancia y seguridad no podrán cotizar, respecto de sus servicios, costos inferiores a los establecidos en los índices que confeccione periódicamente las cámaras intervinientes. A tal fin las empresas contratantes deberán siempre absorber en su proporcionalidad los aumentos de costos producidos durante la relación comercial, por incrementos salariales de cualquier naturaleza para el personal de vigilancia y seguridad. La trasgresión de lo anteriormente determinado dará lugar a que las partes efectúen las denuncias que correspondan ante los organismos nacionales, provinciales, municipales, sindicales o ante las empresas estatales, entes descentralizados o autárquicos y empresas contratantes.

Bolsa de trabajo

Art. 27. - Las partes intervinientes acuerdan la creación de una Bolsa de Trabajo donde las empresas podrán solicitar el personal de vigilancias que necesiten, para cubrir vacantes en cualquier categoría del presente convenio colectivo de trabajo.

Pago de remuneraciones

Art. 28. - Se establecen las siguientes remuneraciones básicas de convenio para el personal de seguridad privada.

A. Salario básico: la presente convención colectiva establece salarios básicos de acuerdo con cada categoría para el personal de la seguridad privada, los mismos deberán ser abonados de acuerdo con lo establecido en las leyes vigentes en la materia.

B. Capacitación profesional específica: dadas las características y especialidades de la actividad, y que el propio convenio colectivo reconoce en su art. 8 del convenio colectivo de trabajo de especificidad profesional, inc. d), expresamente se menciona que las tareas de seguridad y vigilancia tienen una alta y creciente exigencia de capacitación, no sólo inicial sino permanente, para adaptarse y brindar herramientas que permitan mejorar los métodos de seguridad y vigilancia frente a conductas delictivas cuya tendencia muestra una gran complejidad en permanente cambio. Teniendo en cuenta la importancia de estas capacitaciones y lo necesaria que son para desarrollar la actividad de manera eficiente, cuando las mismas sean dadas fuera del horario de trabajo, serán consideradas como parte del jornal laboral y, en caso de corresponder, las horas que duren las mismas serán abonadas con los recargos que prevé la L.C.T.

C. Viáticos y gastos de traslado: dadas las características y especialidades de la actividad, el constante traslado al que pueden ser sometidos los empleados y teniendo en cuenta las dificultades que pueden encontrar los trabajadores debiendo poner dinero de su peculio para luego acreditar con comprobantes la solicitud de restitución del viático, el que además puede demorarse días en hacerse efectivo, con el consiguiente perjuicio que ocasiona al trabajador, los firmantes expresamente han acordado que el mismo se aplicará conforme el régimen establecido por el art. 106 de la L.C.T. (viático convencional).

Dicha dación obligatoria será otorgada por parte de las empresas aquí representadas, en forma mensual, con carácter no remunerativo, sin necesidad de ser acreditado por comprobante, por día efectivamente trabajado, por las sumas descriptas y conformadas en la grilla salarial incorporada a la presente acta.

Este viático convencional no remunerativo y sin rendición de cuentas deberá efectivizarse al mismo momento de acreditarse el salario del mes al que co-

rresponda y deberá consignarse en el recibo de sueldo como viático no remunerativo, art. 106 de la L.C.T., identificándose con la sigla "Viát. C.C.T. vig.", o similar que identifique que se trata del viático aquí instituido.

D. Reintegro de gastos por uso de vehículo propio: En los casos en que el empleador requiera en forma expresa la utilización de un vehículo propio de un empleado, para que éste, cumpliendo funciones operativas y dentro de su jornada de trabajo, lo aplique a los servicios de seguridad y vigilancia que deba realizar, podrá reconocerse una compensación no integrativa de la remuneración en los términos del art. 105, inc. b), de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Las signatarias del convenio colectivo de trabajo dejan establecido que las sumas que se establezcan por los incs. B y C resultarán uniformes para todas las categorías establecidas en la presente convención y no deberán sujetarse con ningún porcentual del salario básico establecido.

Art. 29. - Las Cámaras intervinientes y el Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas (SSIP) se comprometen a negociar de buena fe una mejora en los salarios que comenzarán a regir a partir del 1 de julio de 2019. Hasta tanto no se suscriba ese acuerdo se continuarán abonando conforme la grilla salarial se aduna como Anexo "A".

Asimismo, al solo y único efecto del cálculo del salario diario y por hora, se procederá de la siguiente forma.

Salario diario: al solo efecto de su cálculo se dividirá el sueldo por veinticinco.

Salario por hora: al solo efecto de su cálculo se dividirá el sueldo mensual por doscientos.

En los importes del salario diario y por hora se incluye el franco semanal. En los casos de jornadas a tiempo parcial los importes se reducirán proporcionalmente a la misma.

Absorción

Art. 30. - Los mayores beneficios económicos para el personal incluido en la presente convención podrán ser absorbidos, en todo momento hasta su concurrencia, por toda suma o beneficios que hubieren otorgado las empresas, colectiva o individualmente, remunerativos o no, o a cuenta de futuros aumentos, sobre los ingresos de los trabajadores. Asimismo, se establece que el incremento otorgado por la presente, así como también su incidencia en los adicionales convencionales, compensarán hasta su concurrencia cualquier futuro incremento, tenga o no naturaleza salarial, cualquiera sea la fuente de la cual derive legislación, decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones y convenios o acuerdos colectivos generales, de rama, sector, etcétera. Es decir, que tendrá los mismos efectos que un "A Cuenta de Futuros Aumentos" (AFA).

Disposiciones generales

Art. 31. - Las empresas que brinden servicios de seguridad privada se comprometen a gestionar, ante las empresas contratantes que dispongan en los establecimientos respectivos donde se efectuará el trabajo por el personal de vigilancia, un vestuario adecuado, baño, lugar donde el personal de seguridad pueda cambiarse de ropa, higienizarse y guardar sus pertenencias, etcétera.

Así como también deberá proveerse a cada objetivo de un botiquín de primeros auxilios que deberá contener todos los elementos necesarios para asistir al personal en caso de una emergencia.

En aquellos servicios en que el personal de seguridad privada deba prestar servicio a la intemperie, se deberá instalar una garita para resguardo del frío o calor, la cual estará debidamente iluminada y adecuada, para tal fin y se arbitrará lo necesario para que tenga acceso al uso de un baño.

En lo referente a las materias no especificadas y tratadas por esta convención colectiva, se estará a lo normado por las disposiciones vigentes del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y especialmente la Ley de Contrato de Trabajo, Ley Nacional de Empleo, Ley de Accidentes de Trabajo, Ley de Asociaciones Sindicales, Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo y regulación del sistema Único de la Seguridad Social (S.U.S.S.).

Traspaso de Servicios

Art. 32. - En todos los casos que se produzca una modificación que implique el cambio de empresa prestadora de servicios de seguridad, con el propósito de resguardar los derechos laborales adquiridos por los trabajadores, tanto la empresa saliente como la ingresante deberán comunicar al Sindicato dicha circunstancia con una antelación no menor a cinco días hábiles a la toma del servicio.

Guardias mínimas

Art. 33. - Antes de tomar medidas de fuerza el Sindicato deberá dar aviso a las empresas en conflicto con cinco días hábiles administrativos de anticipación. El personal comprendido en esta Convención "no podrá participar directa o indirectamente en conflictos de derechos o de intereses que se susciten entre la empresa contratante del servicio y sus propios emplea-

dos, debiendo mantenerse prescindente y en el cumplimiento de sus funciones específicas".

Para los supuestos de medidas de acción directa dispuestas por las entidades de segundo y tercer grado, las partes acuerdan mantener la continuidad de los servicios básicos (garantizar accesos y controles) para lo cual se constituirán guardias mínimas, las cuales serán estipuladas por las partes ante cada caso en concreto y de acuerdo a las necesidades del servicio en cuestión. En todo momento, se deberá garantizar accesos y controles esenciales para preservar las medidas de seguridad y protección mínimas dadas las características y riesgos propios de los servicios afectados.

Ayuda solidaria

Art. 34. - Las empresas de seguridad privada acuerdan con el sindicato, en forma extraordinaria y transitoria, el pago de una contribución solidaria equivalente al 1% del salario básico por cada trabajador comprendido en el presente convenio, debiendo determinarse con exactitud en cada negociación paritaria las acciones y/u objetivo común que dicho fondo deberá perseguir.

El importe mencionado será depositado por las empresas de seguridad privada, entre los días 15 al 20 de cada mes, en una cuenta especial, a nombre del Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas, que se informará oportunamente. El monto ingresado será objeto de una administración especial por parte del SSIP, que será llevada y documentada por separado, respecto a los demás ingresos y bienes y fondos del sindicato.

La parte empresaria se constituye en agente de retención de dichos fondos y se compromete a permitir las verificaciones y a remitir la documentación, que a tal fin determine la parte gremial, respecto de esta contribución solidaria.

Las partes se reunirán en tiempo oportuno antes de la finalización de la vigencia del convenio colectivo, para considerar la continuidad o no de la presente cláusula obligacional. Las cámaras empresariales se reservan el derecho de auditar periódicamente el destino de dichos fondos.

Cuota solidaria

Art. 35. - Las empresas de seguridad privada retendrán un importe mensual correspondiente al dos por ciento (2%) del sueldo básico establecido de la categoría a la que pertenece, a cada uno de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, en concepto de beneficiario de convenio.

Los montos correspondientes serán depositados por los empleadores, dentro de los días 15 al 20 de cada mes, en una cuenta especial, y a nombre del Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas, que oportunamente se indicara.

Los importes mencionados serán administrados por SSIP por separado del resto de los ingresos y se destinarán para cubrir gastos ya realizados o a realizar, en la gestión, representación, elaboración y concertación de convenios y acuerdos colectivos y toda aquella actividad que esté orientada a mejorar las condiciones laborales del personal de la seguridad privada, amparados por el presente convenio.

La parte empresaria se constituye en agente de retención de dichos fondos y se compromete a permitir las verificaciones y a remitir la documentación que a tal fin determine la parte gremial respecto de este aporte solidario.

Se establece este monto de acuerdo con las facultades conferidas por los arts. 37 de la Ley

23.551 de Asociaciones Sindicales y 9 de la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo.

Las partes acuerdan que la presente cuota solidaria tendrá vigencia y aplicación a partir de la homologación del presente convenio y hasta el 31 de diciembre de 2020.

Cuota sindical

Art. 36. - El SSIP deja establecido que se fija para el personal de la seguridad privada una cuota mensual en concepto de afiliación gremial del dos y medio por ciento (2,5%) del salario percibido por el trabajador, de acuerdo con la categoría que corresponda. En estos casos el empleador no retendrá a los afiliados el importe de cuota solidaria determinado en el artículo anterior.

La parte empresarial se constituye en agente de retención, debiendo hacer los depósitos hasta el día 20 de cada mes en cuenta bancaria que SSIP le comunique oportunamente, y se compromete a permitir las verificaciones correspondientes y a remitir la documentación que la entidad gremial estime necesaria.

Este importe y los mencionados precedentemente se regirán de acuerdo con lo establecido en el art. 38, último párrafo, de la Ley 23.551.

Relaciones gremiales

Art. 37. - Con sujeción a la totalidad de las disposiciones legales vigentes, la representación empresaria reconoce al Sindicato de Seguridad e Investigaciones

Privadas (SSIP), como representante gremial de los trabajadores. En tal sentido, el ejercicio de la representación de los trabajadores se realizará conforme las precisas pautas, competencias y modalidades establecidas en la Ley 23.551 y su reglamentación (Decreto 467/88). La representación gremial del SSIP, en cada lugar de trabajo, se postulará, designará y ejercerá de acuerdo a las prescripciones de los artículos 40, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Ley 23.551.

Permisos gremiales

Art. 38. - Las partes establecen un crédito máximo de doce jornadas de trabajo por año calendario para el ejercicio de la actividad gremial por parte de representantes que sean miembros de la comisión directiva del gremio y delegados de base.

El delegado y/o integrante de la Comisión Directiva que deba ausentarse de su lugar de trabajo durante la jornada de labor para realizar funciones gremiales comunicará, con una antelación no menor a 48 hs. hábiles, esta circunstancia a su superior inmediato. El sindicato extenderá por escrito la autorización correspondiente, caso contrario no se procederá a reconocer dicho permiso.

Las autorizaciones para la realización de funciones gremiales serán otorgadas de tal manera que el representante gremial pueda cumplir con su cometido.

Cartelería sindical

Art. 39. - En todos los lugares de trabajo deberá colocarse en lugar visible para el personal de seguridad, una cartelera para uso exclusivo de los delegados sindicales, para la comunicación y difusión de las informaciones y servicios de la entidad sindical. Queda expresamente imposibilitada, la utilización de estas carteleras para la inclusión de temas ajenos a la actividad gremial, en especial propaganda política, etc.

"Las partes ratifican, convalidan y firman el presente convenio colectivo de trabajo".

ANEXO A

Escala Salarial Vigente desde Enero 2019

Categoría convenio colectivo de trabajo	Sueldo básico	Presentismo	Viáticos	Total
Vigilador en general	$ 18.830	$ 1.240	$ 4.680	$ 24.750
Vigilador bombero	$ 20.519	$ 1.358	$ 4.680	$ 26.557
Administrativo	$ 21.371	$ 1.410	$ 4.680	$ 27.461
Vigilador principal	$ 22.212	$ 1.472	$ 4.680	$ 28.364
Verificador evento	$ 18.830	$ 1.240	$ 4.680	$ 24.750
Operador de monitoreo	$ 20.519	$ 1.358	$ 4.680	$ 26.557
Guía técnico	$ 21.371	$ 1.410	$ 4.680	$ 27.461
Instalador de elementos de seguridad electrónica	$ 22.212	$ 1.472	$ 4.680	$ 28.364
Controlador de admisión y permanencia en general	$ 18.830	$ 1.240	$ 4.680	$ 24.750

En el día 8 del mes de junio de 2020, entre el SINDICATO DE SEGURIDAD E INVESTIGACIONES PRIVADAS, representado por su Secretario General sr. Federico Galeano, su Secretario Adjunto sr Arturo Lucero y su asesor legal Dr Adolfo A Muñiz, todos en carácter de paritarios por la parte trabajadora; y por la parte empleadora la CAMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD E INVESTIGACION (CAESI) representada por su Presidente sr Ramón O. Verón, su vocal titular Dr Agustín Ferreyra, y su letrado Dr Marcelo A. Durañona, la CAMARA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD DE BUENOS AIRES (CAESBA) representada por su Presidente Dr Eduardo Aberg Cobo y la CAMARA REGIONAL DE EMPRESAS DE SEGURIDAD VIGILANCIA E INVESTIGACIONES PRIVADAS DEL SUD ESTE BONAERENSE (CARESEB) representada por el sr Carlos Albero Crego; todos en conjunto como miembros paritarios por la parte empleadora; y ambas partes de total conformidad y mandato que le fuera otorgado, acuerdan reformar los artículos 34 y 35 con el texto que como Anexo integra la presente. Se deja constancia que en el marco del aislamiento social obligatorio impuesto por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia de Covid 19, las partes han utilizado las herramientas informáticas y digitales y distintos elementos de comunicación para negociar y llegar al consenso necesario para reformar los artículos 34 y 35 del Convenio Colectivo observados por la autoridad de aplicación en el expediente Ex -2019 – 53307852- APN-DGDMT#MPYT, donde tramita su homologación.

A los efectos previstos en los tramites regulados por la Resolución 397/2020 prorrogado por la Resolución 475/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en este marco de emergencia y excepción, y solo a estos fines, los aquí firmantes realizan una declaración jurada acerca de la autenticidad de las firmas aquí insertas en los términos previstos por el artículo 109 del Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017).

ANEXO

"Ayuda solidaria

Art. 34. - Las empresas de seguridad privada acuerdan con el sindicato, en forma extraordinaria y transitoria, el pago de una contribución solidaria equivalente al 1% del salario básico por cada trabajador comprendido en el presente convenio, debiendo determinarse con exactitud en cada negociación paritaria las acciones y/u objetivo común que dicho fondo deberá perseguir.

El importe mencionado será depositado por las empresas de seguridad privada, entre los días 15 al 20 de cada mes, en una cuenta especial, a nombre del Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas, que se informará oportunamente. El monto ingresado será objeto de una administración especial por parte del SSIP, que será llevada y documentada por separado, respecto a los demás ingresos y bienes y fondos del sindicato.

La parte empresaria se constituye en agente de retención de dichos fondos y se compromete a permitir las verificaciones y a remitir la documentación, que a tal fin determine la parte gremial, respecto de esta contribución solidaria.

Las partes se reunirán en tiempo oportuno antes de la finalización de la vigencia del convenio colectivo, para considerar la continuidad o no de la presente cláusula obligacional. Las cámaras empresariales se reservan el derecho de auditar periódicamente el destino de dichos fondos.

Cuota solidaria

Art. 35. - Las empresas de seguridad privada retendrán un importe mensual correspondiente al dos por ciento (2%) del sueldo básico establecido de la categoría a la que pertenece, a cada uno de los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del presente convenio colectivo, en concepto de beneficiario de convenio.

Los montos correspondientes serán depositados por los empleadores, dentro de los días 15 al 20 de cada mes, en una cuenta especial, y a nombre del Sindicato de Seguridad e Investigaciones Privadas, que oportunamente se indicara.

Los importes mencionados serán administrados por SSIP por separado del resto de los ingresos y se destinarán para cubrir gastos ya realizados o a realizar, en la gestión, representación, elaboración y concertación de convenios y acuerdos colectivos y toda aquella actividad que esté orientada a mejorar las condiciones laborales del personal de la seguridad privada, amparados por el presente convenio.

La parte empresaria se constituye en agente de retención de dichos fondos y se compromete a permitir las verificaciones y a remitir la documentación que a tal fin determine la parte gremial respecto de este aporte solidario.

Se establece este monto de acuerdo con las facultades conferidas por los arts. 37 de la Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales y 9 de la Ley 14.250 de Convenciones Colectivas de Trabajo.

Las partes acuerdan que la presente cuota solidaria tendrá vigencia y aplicación a partir de la homologación del presente convenio y hasta el 31 de diciembre de 2020."

REF: EX-2019-53307852- -APN-DGDMT#MPYT

En la Provincia de Buenos Aires, a los 22 días del mes de octubre de 2020, por la parte sindical en representación del SINDICATO DE SEGURIDAD E INVESTIGACIONES PRIVADAS (S.S.I.P.) el señor Federico O GALEANO (DNI N° 21768458) en su carácter de Secretario General y por la parte empresaria en representación de la CÁMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD E INVESTIGACIÓN (CAESI) el señor Ramón O VERON (DNI N°

4.649.340) en su carácter de Presidente, en representación de la CÁMARA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD DE BUENOS AIRES (CAESBA) el señor Eduardo ABERG COBO (DNI N° 23.453.749) en su carácter de Presidente y en representación de la CÁMARA REGIONAL DEL SUDOESTE DE BUENOS AIRES (CARESEB) el señor Carlos Alberto CREGO (DNI N° 4.425.278) en su carácter de Secretario; por la presente, en cumplimiento de lo dispuesto por el Dictamen N° IF-2020-71107266-APN-DNRYRT#MT emitido por la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo venimos a aclarar que los firmantes del acta complementaria de las páginas 22/23 del IF-2020-42670036-APN-MT del EX-2020- 42670004- -APN-SSGA#MT agregado como tramitación conjunta al expediente de referencia son las mismas personas que han suscripto el Convenio Colectivo de Trabajo obrante en las páginas 2/20 del IF-2020-

42670036-APN-MT del EX-2020-42670004- -APN-SSGA#MT agregado como tramitación conjunta al expediente de referencia.

Asimismo, todas las partes en su conjunto, por la presente ratificamos en todos y cada uno de sus términos el Convenio Colectivo de Trabajo, la escala salarial y el acta complementaria obrantes en las páginas 2/20, 21 y 22/23 del IF-2020-42670036-APN-MT del EX-2020-42670004- -APN-SSGA#MT agregado como tramitación conjunta al EX-2019- 53307852- -APN-DGDMT#MPYT. A su vez ratificamos la presente acta solicitando la pronta homologación de todos los instrumentos mencionados precedentemente.-

A los efectos del presente trámite de ratificación y homologación, en este marco de emergencia y excepción, y solo a estos fines, los aquí firmantes realizamos una declaración jurada acerca de la autenticidad de las firmas aquí insertas en los términos previstos por el artículo 109 del Decreto N° 1759/72 (t.o. 2017).

VISTO:

El EX-2019-53307852- -APN-DGDMT#MPYT del Registro del entonces MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, la Ley N° 14.250 (t.o. 2004), la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias y la Ley N° 23.546 (t.o. 2004), y

CONSIDERANDO:

Que en las páginas 2/21 del IF-2020-42670036-APN-MT del EX-2020-42670004- -APN-SSGA#MT, vinculado en tramitación conjunta con el principal, obran el Convenio Colectivo de Trabajo y su escala salarial correspondiente, celebrado entre el SINDICATO DE SEGURIDAD E INVESTIGACIONES PRIVADAS (S.S.I.P.), por la parte sindical y la CAMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD E INVESTIGACION (CAESI), la CAMARA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD DE BUENOS AIRES (CAESBA) y la CAMARA REGIONAL DE EMPRESAS DE SEGURIDAD, VIGILANCIA E INVESTIGACIONES PRIVADAS DEL SUD ESTE BONAERENSE (CARESEB), por la parte empleadora, conforme a lo establecido en la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Que el Convenio Colectivo de Trabajo precitado resultará de aplicación a los trabajadores que se desempeñan en relación de dependencia con empresas de seguridad en funciones específicas en tareas de vigilancia y seguridad de empresas privadas en el Partido de Bahía Blanca, Provincia de BUENOS AIRES.

Que asimismo las partes pactan que la vigencia del citado instrumento convencional será desde el 01 de junio de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020.

Que en las páginas 22/23 del IF-2020-42670036-APN-MT del EX-2020-42670004- -APN-SSGA#MT, vinculado en tramitación conjunta con el principal, obra un acta complementaria mediante la cual las partes acuerdan las modificaciones y la redacción que se le dará a los artículos 34 y 35 del CCT en trámite, de conformidad con lo que les fuera solicitado por esta autoridad de aplicación.

Que asimismo, conforme lo aclarado por las partes en la RE-2020-71603707-APN-DGD#MT del EX-2020-71604112- -APN-DGD#MT vinculado en tramitación conjunta con el principal, los firmantes del acta complementaria citada en el parrafo precedente, resultan ser los mismos que suscriben el convenio colectivo a homologarse.

Que los agentes negociales han ratificado el contenido y firmas allí insertas, acreditando su personería y facultades para negociar colectivamente con las constancias obrantes en autos y por ante esta Cartera de Estado.

Que el ámbito de aplicación se circunscribe estrictamente a la correspondencia entre la representatividad que ostenta el sector empresarial firmante y la entidad sindical signataria, emergente de su personería gremial.

Que las cláusulas pactadas no contienen aspectos que afecten o alteren el ordenamiento legal vigente.

Que no obstante ello, con relación a lo establecido en el Artículo 8°, primer párrafo del convenio de marras, corresponde señalar que la homologación del mismo, no obsta a la aplicación de pleno de derecho de las previsiones de los artículos 231 y 232 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.

Que respecto de lo previsto en el último párrafo del Artículo 8° del convenio, corresponde dejar expresamente aclarado, que la homologación que se dispone lo es sin perjuicio de que, la existencia o no de justa causa de despido es una valoración reservada exclusivamente al Poder Judicial, conforme dispuesto por el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Que respecto del periodo de otorgamiento de la vacaciones según lo pactado en el Artículo 21 del convenio de marras, corresponde aclarar que la homologación del presente, en ningún caso, exime a los empleadores de solicitar previamente ante la autoridad laboral la autorización administrativa que corresponde peticionar, conforme lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Que respecto de lo pactado en el Artículo 33, cabe aclarar que no puede implicar obstáculo al libre ejercicio del derecho de huelga consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y sin perjuicio de la eventual aplicación de la Ley de Conciliación Obligatoria N° 14.786.

Que asimismo se acreditan los recaudos formales exigidos por la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Que la Asesoría Técnico Legal de la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo de este Ministerio, tomó la intervención que le compete.

Que por lo expuesto, corresponde dictar el pertinente acto administrativo de homologación, de conformidad con los antecedentes mencionados.

Que una vez dictado el presente acto administrativo homologatorio, se remitirán las presentes actuaciones a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo, a fin de evaluar la procedencia de fijar el promedio de las remuneraciones, del cual surge el tope indemnizatorio establecido en el Artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.

Que las facultades del suscripto para resolver en las presentes actuaciones, surgen de las atribuciones otorgadas por el DECTO-2019-75-APN-PTE.

Por ello:

El Secretario de Trabajo resuelve:

Art. 1° - Declárase homologado el Convenio Colectivo de Trabajo conjuntamente con su escala salarial correspondiente, celebrado entre el SINDICATO DE SEGURIDAD E INVESTIGACIONES PRIVADAS (S.S.I.P.), por la parte sindical y la CAMARA ARGENTINA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD E INVESTIGACION (CAESI), la CAMARA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD DE BUENOS AIRES (CAESBA) y la CAMARA REGIONAL DE EMPRESAS DE SEGURIDAD, VIGILANCIA E INVESTIGACIONES PRIVADAS DEL SUD ESTE BONAERENSE (CARESEB), por la parte empleadora, obrantes en las páginas 2/21 del IF-2020-42670036-APN-MT del EX-2020-42670004--APN-SSGA#MT, conjuntamente con el acta complementaria obrante en las páginas 22/23 del IF precitado, y con el acta aclaratoria obrante en la RE-2020-71603707-APN-DGD#MT del EX-2020-71604112--APN-DGD#MT, ambos vinculados en tramitación conjunta con el principal, conforme a lo dispuesto en la Ley de Negociación Colectiva N° 14.250 (t.o. 2004).

Art. 2° - Gírese a la Dirección de Gestión Documental dependiente de la Dirección General de Informática, Innovación Tecnológica y Gestión Documental. Cumplido, pase a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo, a los fines del registro de los instrumentos homologados por el Artículo 1° de la presente Resolución.

Art. 3° - Notifíquese a las partes signatarias. Posteriormente pase a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo, a fin de evaluar la procedencia de fijar el promedio de las remuneraciones, del cual surge el tope indemnizatorio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias. Finalmente procédase a la guarda del presente legajo.

Art. 4° - Hágase saber que en el supuesto que este MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, no efectúe la publicación de carácter gratuito de los instrumentos homologados y de esta Resolución, resultará aplicable lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 5 de la Ley N° 14.250 (t.o.2004).

Art. 5° - Comuníquese, etc. - Bellotti.

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 783 (S.T.)

Alimentación – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas – Renovación del CCT 724 – Vigencia - Ámbito de aplicación – Personal comprendido -- Categorías laborales – Condiciones de trabajo – Jornada de trabajo – Vacaciones y licencias – Enfermedades y accidentes – Higiene y seguridad – Escala salarial – Capacitación del personal – Homologación.

Fecha: 26/11/2020

Publicación: BO 09/02/2021

Síntesis: Se homologa un Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación y el Centro de Empresas Procesadoras Avícolas.

[El anexo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

VISTO:

El EX-2018-51499269- -APN-DGDMT#MPYT del Registro del entonces MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, la Ley N° 14.250 (t.o. 2004), la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, la Ley N° 23.546 (t.o. 2004), y

CONSIDERANDO:

Que bajo las páginas 3/47 del IF-2019-105580948-APN-DGDMT#MPYT del EX-2019-105484772-APN-DGDMT#MPYT que tramita conjuntamente con el EX-2018-51499269- -APN-DGDMT#MPYT, obra el Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre la FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LA ALIMENTACIÓN, por la parte sindical, y el CENTRO DE EMPRESAS PROCESADORAS AVÍCOLAS, por la parte empleadora, conforme lo dispuesto en la Ley de Negociación Colectiva N° 14.250 (t.o. 2004).

Que bajo el referido instrumento las partes convienen la renovación del Convenio Colectivo de Trabajo N° 724/15, la que se hará efectiva conforme los términos y lineamientos allí consignados.

Que la vigencia pactada para el convenio colectivo sub examine será de TRES años contados a partir de su fecha de firma u homologación.

Que el ámbito de aplicación del instrumento de marras se circunscribe a la estricta correspondencia entre la representatividad que del sector empleador firmante y el ámbito de representación personal y actuación territorial de entidad sindical signataria emergente de su personería gremial.

Que corresponde dejar asentado que escalas salariales pactadas en el Artículo 12 del Convenio, no quedarán incluidas dentro de los alcances de la homologación que por este acto se dicta, dado a que las mismas ya han sido homologadas mediante RESOL-2020-331-APN-ST#MT.

Que respecto de lo pactado en el Articulo 21 último párrafo del Convenio, se aclara que la homologación que por la presente se dispone no obsta al ejercicio por parte de los trabajadores de su derecho a la libre elección de Obra Social en los términos del Decreto N° 9/93.

Que con relación al aporte solidario pactado en el Artículo 58 del presente, corresponde hacer saber a las partes que el monto que deban abonar los trabajadores no afiliados en concepto de contribución solidaria, debe ser inferior al que corresponda abonar a los trabajadores afiliados, a las respectivas asociaciones sindicales, en concepto de cuota sindical.

Qué asimismo, en relación al Artículo precitado, corresponde señalar que la vigencia de dicho aporte, quedará supeditada al plazo de vigencia establecido para el presente Convenio.

Que en relación a la contribución empresaria prevista en el Artículo 59 del Convenio, con destino a la entidad sindical, resulta procedente hacer saber a las partes que la misma deberá ser objeto de una administración especial, llevada y documentada por separado respecto de la que corresponda a los demás bienes y fondos sindicales propiamente dichos, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 4° del Decreto N° 467/88, reglamentario de la Ley N° 23.551.

Que respecto de lo previsto en el inciso j) del Artículo 76 del Convenio, corresponde dejar expresamente aclarado, que la homologación que se dispone lo es sin perjuicio de que, la existencia o no de justa causa de despido resulta una valoración reservada exclusivamente al Poder Judicial, conforme dispuesto por el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Que en función de lo previsto en el inciso a) del Artículo 80, respecto a los días de licencia para el personal señalado en primer término, se hace saber a las partes que al respecto rige lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Qué asimismo, en relación a lo establecido en los incisos c) y e) del Artículo 80, respecto del periodo de otorgamiento de las vacaciones, corresponde indicar que la homologación del presente convenio, en ningún caso, exime a los empleadores de solicitar previamente ante la autoridad laboral la autorización administrativa que corresponde peticionar conforme lo dispuesto en el artículo 154 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Que respecto a lo pactado en el Artículo 82 del Convenio, se advierte que las partes deberán ajustar su cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 158, inciso e) de la Ley de Contrato de Trabajo.

Que en virtud de lo previsto en el artículo 106 del instrumento de marras, corresponde señalar que el Decreto N° 108/88, ha sido derogado por el Artículo 3 del Decreto N° 1135/04.

Que los agentes negociales han acreditado su personería y facultades para negociar colectivamente.

Que se acreditan los recaudos formales exigidos por la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Que la Asesoría Técnico Legal de la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo ha tomado la intervención correspondiente.

Que en virtud de lo expuesto, corresponde dictar el pertinente acto administrativo de homologación, de conformidad con los antecedentes mencionados.

Que las facultades del suscripto para resolver en las presentes actuaciones, surgen de las atribuciones otorgadas por el DECTO-2019-75-APN-PTE.

Por ello:

El Secretario de Trabajo resuelve:

Art. 1° - Declárese homologado el Convenio Colectivo de Trabajo obrante en las páginas 3/47 del IF-2019-105580948-APN-DGDMT#MPYT del EX-2019-105484772-APN-DGDMT#MPYT que tramita conjuntamente con el EX-2018-51499269- -APN-DGDMT#MPYT, celebrado entre la FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DE LA ALIMENTACIÓN, por la parte sindical, y el CENTRO DE EMPRESAS PROCESADORAS AVÍCOLAS, por la parte empleadora, conforme lo dispuesto en la Ley de Negociación Colectiva N° 14.250 (t.o. 2004), quedando excluido de la presente homologación, el Artículo 12 de dicho instrumento.

Art. 2° - Gírese a la Dirección de Gestión Documental dependiente de la Dirección General de Informática, Innovación Tecnológica y Gestión Documental. Cumplido, pase a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo a fin de que proceda al registro del instrumento identificado en el Artículo 1° de la presente Resolución.

Art. 3° - Notifíquese a las partes signatarias. Finalmente, procédase a la guarda del presente junto al Convenio Colectivo de Trabajo N° 724/15.

Art. 4° - Hágase saber que en el supuesto que este MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL no efectúe la publicación de carácter gratuita de los instrumentos homologados y de esta Resolución, resultará aplicable lo estableció en el tercer párrafo del Artículo 5° de la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Art. 5° - Comuníquese, etc. - Bellotti.

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 73 (S.T.)

Comercio - Acuerdo celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130, donde pactan un incremento salarial correspondiente a enero, febrero y marzo de 2021 – Homologación.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se homologa Acuerdo celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130/1975, donde pactan un incremento salarial correspondiente a enero, febrero y marzo de 2021, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 1350 (S.T.)

Sanidad – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina y la Cámara Argentina de Empresas de Internación Domiciliaria (CADEID), en el marco del CCT 743 – Homologación.

Fecha: 13/10/2020

Publicación: B.O. 04/02/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina y la Cámara Argentina de Empresas de Internación Domiciliaria (CADEID), en el marco del CCT 743/2016, en el que las partes convienen nuevas condiciones salariales.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 1378 (S.T.)

Transporte – Acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de Empresas de Saneamiento Ambiental, el Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados del Transporte de Cargas por Automotor, Servicios, Logística y Distribución de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires y la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios – Homologación.

Fecha: 22/10/2020

Publicación: BO 28/01/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de Empresas de Saneamiento Ambiental, el Sindicato de Choferes de Camiones Obreros y Empleados del Transporte de Cargas por Automotor, Servicios, Logística y Distribución de la Ciudad Autónoma y Provincia de Buenos Aires y la Federación Nacional de Trabajadores Camioneros y Obreros del Transporte Automotor de Cargas, Logística y Servicios, en el que las partes convienen prorrogar las suspensiones del personal dispuestas oportunamente.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 1453 (S.T.)

Plásticos – Acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de la Industria Plástica y la Unión Obreros y Empleados Plásticos – Homologación.

Fecha: 11/11/2020

Publicación: BO 29/01/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Cámara Argentina de la Industria Plástica y la Unión Obreros y Empleados Plásticos, en el que las partes convienen suspensiones del personal.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 1294 (S.T.)

Navales – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval de la República Argentina (Fe.M.P.I.N.R.A.) y las Terminales Portuarias Buenos Aires Container Terminal Services S.A., Terminal 4 S.A. y Terminales Río de La Plata S.A., en el marco del CCT 441 – Homologación.

Fecha: 09/10/2020

Publicación: BO 26/01/2021

Síntesis: Se homologa un Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Marítima Portuaria y de la Industria Naval de la República Argentina (Fe.M.P.I.N.R.A.) y las Terminales Portuarias Buenos Aires Container Terminal Services S.A., Terminal 4 S.A. y Terminales Río de La Plata S.A., en el marco del CCT 441/2006, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 1612 (S.T.)

Limpieza y maestranza - Acuerdo salarial celebrado entre el Sindicato de Obreros de Maestranza y la Asociación de Empresas de Limpieza, en el marco del CCT 281 – Homologación.

Publicación: Copia Oficial

Síntesis: Se homologa un Acuerdo salarial celebrado entre el Sindicato de Obreros de Maestranza y la Asociación de Empresas de Limpieza, en el marco del CCT 281/1996, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

[La Ley *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en laleyonline.com.ar o en Proview]

THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala sus argumentos.

LANZAMIENTO

REGÍMENES LABORALES ESPECIALES

3ª Edición actualizada y ampliada

TOMO IV

Director:
Ricardo Arturo Foglia

1 Tomo + *eBook*

Se trata de una publicación compuesta por 33 regímenes laborales especiales, que ya contaba con los primeros 3 tomos que desarrollan la normativa, doctrina y jurisprudencia.

Esta tercera edición contempla las reformas legislativas (incluyendo la reforma al Código Civil y Comercial) y novedosa jurisprudencia.

En este **tomo IV**, además, el director incluyó los regímenes laborales que faltaban, siendo su objetivo destacar la importancia de cada uno de ellos, por su novedad, y actualidad. Entre los temas más relevantes que se contemplaron, se encuentran: el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales, personal docente de universidades privadas, Policía de CABA, Policía Federal Argentina, Régimen Militar, entre otros.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra nueva página de **Linkedin** con **contenido específico** para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

MANUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nadia G. García

2021

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

La obra **aborda en forma integral los temas de la seguridad social**, sus aspectos normativos y prácticos, desde una óptica simple, permitiendo al lector comprender la normativa involucrada y su problemática.

Se analiza la historia de la seguridad social, principalmente su protección en el mundo, dando cuenta de todos los convenios internacionales de suma importancia para la práctica profesional y el estudio doctrinal. Se estudia específicamente el Sistema Integrado Previsional Argentino, sus características y las distintas prestaciones, explicando por primera vez su cálculo en forma clara y accesible para quienes comienzan con el estudio de esta rama.

Incluye jurisprudencia que permite relacionar los temas y comprender los distintos cuestionamientos a la normativa. De esta forma, otorga herramientas al usuario para afrontar académica y profesionalmente el estudio de esta disciplina.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

LEY 15.057 DE PROCEDIMIENTO LABORAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Comentada, anotada y concordada
Mauro A. Tulia

2021

Código QR
con material
adicional.

3 Tomos
Disponible en
papel y *eBook*.

Esta obra estudia y analiza el procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires que instauró la ley 15.057, aprobada en 2018, presentada como una exégesis del articulado de la ley, concordada con sus equivalencias respecto de la norma derogada.
La nueva ley importa una reorganización de la justicia del trabajo de la provincia en cuanto pretende desenvolver un proceso de transformación de los actuales tribunales del trabajo, colegiados y de instancia única, en un fuero con juzgados de primera instancia del trabajo, unipersonales y cámaras de apelaciones del trabajo, como órganos colegiados de revisión y, en ciertos casos, de instancia originaria.
Asimismo, introduce novedades en procedimientos, como es por ejemplo la incorporación de audiencias preliminares y la incorporación de los medios de prueba que podríamos denominar modernos, derivados de las nuevas tecnologías.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam