DT

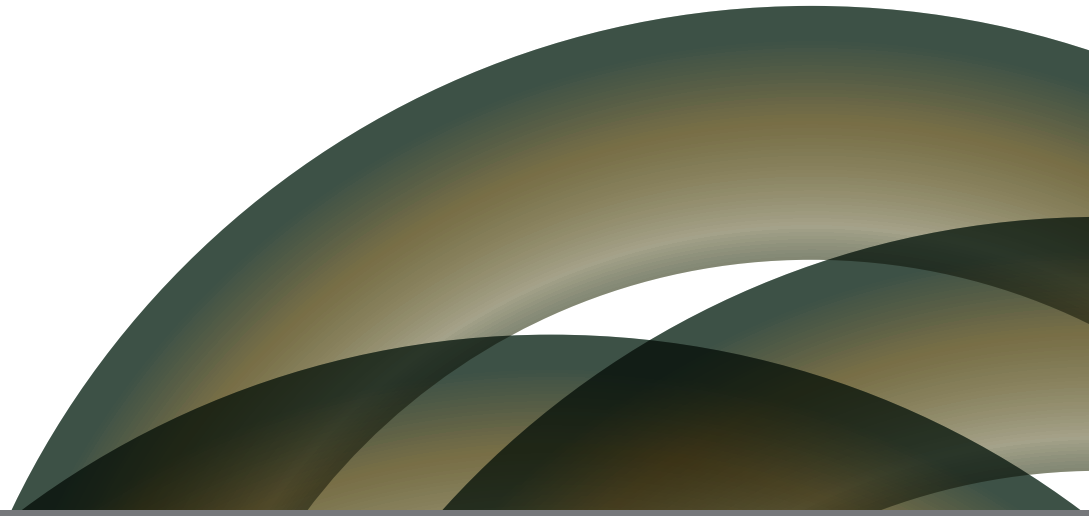
REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

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 LXXX | Número 4 | Julio 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 julio 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 4 | Julio 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

Pago de salarios con criptomonedas (bitcoin)
Alejandro González Rossi - Pablo Mastromarino 5

El diálogo social frente a los desafíos de la transformación digital
Denise Yael Tapiero 16

La cuarta revolución industrial y la competencia territorial laboral en el ámbito trasnacional
Melissa Zanoni 23

Consideraciones elementales de la locación de servicios y su diáfana distinción de los contratos de trabajo. Un análisis omnicomprensivo desde la jurisprudencia emanada de los tribunales argentinos
Santiago L. Sfeir 31

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL
Servicio penitenciario. Provincia de Buenos Aires. Doctrina de la Corte Suprema referida al personal policial. Aplicabilidad. Disidencia 41

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL
Miembros de la fuerza policial. Policía de la Provincia de Buenos Aires. Interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Constitucionalidad de la legislación provincial que prohíbe el ejercicio de derechos sindicales. Disidencia. Libertad de asociación. Alcance. Exigencia de reglamentación por ley 41

Sindicalización de la fuerza policial
Alberto J. Maza - Bernabé L. Sánchez 43

INTERMEDIACIÓN
Tareas desempeñadas por el dependiente. Rechazo de la compensación telefónica y escolar. Certificado de trabajo. 47

La primacía de la realidad en las relaciones laborales intermediadas
Martín D. Petasne 51

SERVICIOS PRESTADOS POR PROFESIONALES DE LA SALUD
Asesor médico en un hospital. Configuración de una relación laboral. Indemnización prevista en el art. 248 de la ley 20.744 57

Indemnización por fallecimiento: aplicación del art 23 de la LCT
Pablo G. Castillo 61

Jurisprudencia Anotada

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL
Condena en los términos del art. 30 de la ley 20.744. Tareas de limpieza en una entidad dedicada a la prestación de servicios médicos. Certificado de trabajo 65

¿Debe ser automática la operatividad del art. 30, LCT, en establecimientos de salud por las tareas de limpieza?
Alejandro Gabet 67

ADICIONALES REMUNERATIVOS
Compensación por viáticos. Compensación por tarifa telefónica. Convenios colectivos de trabajo. 69

La delgada línea que separa las prestaciones de carácter salarial de los adicionales no remunerativos
Emiliano A. Gabet 71

PROCEDIMIENTO LABORAL
Restablecimiento de las condiciones de trabajo. Art. 66 de la ley 20.744. Vía sumarísima. Medida cautelar. 73

La acción de restablecimiento del art. 66, LCT, se debe substanciar por procedimiento sumarísimo
Alejandro Gabet 75

RELACIÓN DE TRABAJO
Prestaciones de servicios en el marco de una relación familiar. Alcances de la presunción del art. 23, LCT. Rechazo. 76

La prestación de tareas en un contexto familiar no activa la presunción del art. 23, LCT
Emiliano A. Gabet 79

Jurisprudencia Nacional

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA
Procedencia de la extensión de responsabilidad en los términos del art. 30 de la LCT. Tareas de vigilancia prestadas en una entidad bancaria 83

DESPIDO CON CAUSA
Procedencia. Prueba del acoso laboral. Configuración del acoso 87

COMMUNITY MANAGER
Carácter de la relación. Locación de servicios profesionales. Existencia de varios clientes. Inexistencia de horarios. Mantenimiento y reparación de sus propios elementos de trabajo 91

EJECUCIÓN FISCAL
Créditos de asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención. Excepción de inhabilidad de título. Procedencia de la defensa opuesta y rechazo de la ejecución 95

COMUNICACIÓN DEL DESPIDO
Incumplimiento de los requisitos del art. 243 de la ley 20.744. Utilización de figuras vagas e imprecisas. Procedencia de la demanda 97

Jurisprudencia Provincial

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Distracto contemporáneo con un reclamo laboral colectivo. Carga de la afirmación de los hechos. Falta de demostración del paro de la producción y del perjuicio para la empresa. Irrelevancia de las sanciones disciplinarias existentes. Nulidad. Reinstalación del trabajador. 105

Novedades Legislativas

DECRETO 413
Coronavirus (COVID-19) – Extensión de la vigencia de la prohibición de despidos y suspensiones sin justa causa y por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor – Norma complementaria de la ley 27.541 y de los dec. 34, 260, 528, 961, 167 y 39 – Prórroga de lo dispuesto por los arts. 2° y 3° del dec. 329 137

RESOLUCIÓN 4 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)
Trabajo – Fijación del salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados – Norma complementaria de las leyes 20.744 (t.o. 1976) y 24.013 137

RESOLUCIÓN 5 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)
Trabajo – Salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados – Modificación de la res. 4 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.) 137

RESOLUCIÓN GENERAL 5008 (AFIP)
Régimen de retención del impuesto a las ganancias – Adecuación normativa – Norma complementaria de la ley 27.617 y de los dec. 824 y 862 – Modificación de la res. gral. 4003-E (AFIP) 137

RESOLUCIÓN 2 (C.N.T.C.P.)
Personal de Casas Particulares – Incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas – Norma complementaria de la ley 26.844 138

RESOLUCIÓN 345 (M.T.E. y S.S.)
Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral – Creación del "Programa para la Promoción e Inclusión de Mujeres en la Actividad del Transporte Automotor" – Modificación de la res. 45 (M.T.E. y S.S.) 138

Dossier

El pensamiento de Humberto A. Podetti: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social, internacional y procesal
Emiliano A. Gabet 141

SEGURIDAD SOCIAL

Dossier Movilidad Jubilatoria - Doctrina

La inconstitucionalidad del régimen legal de movilidad jubilatoria de la ley 27.609
Julián A. de Diego 155

Cambio de la fórmula de movilidad jubilatoria. Qué beneficios acarrea y qué consecuencias negativas genera: Índice de Movilidad Jubilatoria, ley 27.609
Federico Despoulis Netri 161

Doctrina

Las contingencias vinculadas a la salud del trabajador dependiente en el derecho argentino ¿Responsabilidad del empleador o de la Seguridad Social?
Miguel Ángel Maza 177

Extensión de cobertura por COVID-19. Procedimiento: enfermedad profesional no listada presuntiva en ley riesgos del trabajo (res. SRT 10/2021)
Carlos R. Busajm 202

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Caída de una escalera en ocasión de realizar el mantenimiento del alumbrado público. Exclusión de la incapacidad psíquica por ausencia de relación causal con el hecho. RIPTE. Imputación de pagos parciales a intereses. Art. 903 del Cód. Civ. y Com 213

Acerca de la procedencia y/o extensión del daño psicológico en los juicios por accidentes laborales
Oscar A. Bruno 216

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD
Pensión no contributiva solicitada por una mujer transtrabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia 219

Una sentencia ejemplificadora
Graciela E. Cipolletta 228

Juriprudencia Anotada

CÁLCULO DEL HABER PREVISIONAL
Omisiones del perito. Merma en el haber. Sentencia en estado de ejecución. Arbitrariedad 235

Los errores de cálculo en materia de reajustes previsionales
Amanda L. Pawlowski de Pose 236

INSTANCIA ADMINISTRATIVA PREVIA
Arbitrariedad de la sentencia que instó al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas. Accidente de trabajo. Procedencia del recurso extraordinario 238

La Corte Suprema frente al agotamiento de la instancia administrativa ante el SECLO
Amanda L. Pawlowski de Pose 241

COMPETENCIA
Procedimiento antes las Comisiones Médicas. Inaplicabilidad de la ley 27.348 a accidentes ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia 243

Vigencia temporal del procedimiento establecido en la ley 27.348
Emiliano A. Gabet 244

ACCIDENTE *IN ITINERE*
Sistema aplicable. Exclusión del incremento indemnizatorio 245

El trabajador frente a politraumatismos siniestrales
Amanda L. Pawlowski de Pose 251

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Opción excluyente entre la acción sistémica y la de derecho común. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Principio de progresividad. Igualdad ante la ley. Reparación integral del daño. Inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773. 253

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773
Alejandro Gabet 261

Jurisprudencia Nacional

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA
Apreciación de la precia médica. Remisión al estudio psicodiagnóstico efectuado por otro profesional. Disidencia 265

ACCIÓN CIVIL
Responsabilidad de la ART por incumplimiento de sus deberes. Prueba 270

DEFENSA DE COSA JUZGADA
Rechazo. Dictamen emitido por la Comisión Médica jurisdiccional. Diferencia entre la cosa juzgada administrativa y judicial 274

ENFERMERA DE CAMPAÑA
Pedido de beneficios por ser excombatiente. Perspectiva de género. Otorgamiento 277

PENSIÓN DE GUERRA
Excombatientes. Otorgamiento. Inicio de la liquidación. Inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 2634/1990 282

Novedades Legislativas

RESOLUCIÓN 346 (M.T.E. y S.S.)
Situación legal de desempleo – Criterios aplicables a casos en que se hubieran celebrado convenios de rescisión – Norma complementaria de la ley 24.013 287

RESOLUCIÓN 109 (ANSeS)
Asignaciones familiares y universales – Incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos – Norma complementaria de la ley 24.714 y de las res. 51 y 105 (A.N.Se.S.) 287

RESOLUCIÓN 98 (ANSeS)
Seguridad social – Creación del Programa "Red Federal de la Seguridad Social para Niñas, Niños, Adolescentes, Personas Gestantes y Poblaciones Vulnerables" – Derogación de la res. 300 (ANSeS) 287

RESOLUCIÓN 31 (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 del dec. 1694 y de la res. 108 (A.N.Se.S.) 287

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 784 (S.T.)
Petróleo – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato Petrolero y Gas Privado Santa Cruz, la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (C.E.P.H.) y la Cámara de Empresas de Operaciones Petroleras Especiales (C.E.O.P.E.) – 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 293

Personería Gremial

RESOLUCIÓN 203 (M.T.E. y S.S.)
Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación del Sindicato Único de Trabajadores de los Peajes y Afines (S.U.T.P.A.)..... 297

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 52 (S.T.)
Petróleo – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburíferos (SUPEH) y la Cámara de Empresas Petro Energéticas de la República Argentina (CEPERA), en el marco del CCT 774 – Homologación 301

RESOLUCIÓN 53 (S.T.)
Turismo – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Cámara Argentina de Concesionarios de Servicios de Comedores y Refrigerios (CACYR), en el marco del CCT 401 – Homologación 301

RESOLUCIÓN 84 (S.T.)
Marina mercante – Acuerdo salarial celebrado entre el Sindicato de Obreros Marítimos Unidos (SOMU), la Cámara de Armadores de Pesqueros y Congeladores de la Argentina (CAPECA) y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras (CAPIP), en el marco del CCT 486 – Homologación..... 301

RESOLUCIÓN 85 (S.T.)
Metalúrgica – Acuerdo celebrado entre la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina (ASIMRA) y la Cámara Argentina del Acero (CAA), en el marco del CCT 275/75 – Homologación 301

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Doctrina

Pago de salarios con criptomonedas (bitcoin)

Alejandro González Rossi (*)

Pablo Mastromarino (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El salario.— III. Las criptomonedas.— IV. El pago en bitcoin: ¿es pago en especie?— V. Aspectos relativos a su registro como salario.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

El motivo principal de este breve estudio es respecto a la consideración que en los últimos tiempos ha tenido la difusión de las denominadas criptomonedas **(1)**, y la posibilidad del pago del salario con dichos instrumentos. Entre otras cosas recientemente se ha publicado que existen un marcado interés en los empleados por percibir sus salarios en criptomonedas **(2)**, habiéndose legalizado en algunos países como Nueva Zelanda **(3)**, y entre otras cosas también se ha dado amplia difusión a casos de un importante directivo que directamente empieza a percibir su remuneración en bitcoin, aunque este último habría pactado un salario en realidad en moneda de curso legal, en el caso dólar estadounidense **(4)**, que se convierte a criptomoneda el día del pago, y ello no deja de ser sumamente sugestivo e interesante.

Para ello se estructura el presente en un breve repaso sobre lo que el salario es en Argentina, para después incluir algunos conceptos preliminares sobre lo que las criptomonedas son, y finalmente esbozando algunas posibilidades de aplicación en un contrato de trabajo en la Argentina, en cuanto a erogación salarial en la criptomoneda bitcoin, máxime teniendo en cuenta que se trata en los últimos tiempos de una consulta habitual en las oficinas jurídicas por parte de empleadores y empresas la posibilidad de efectuar el pago de esta manera a sus trabajadores, y que, aún más, muchos de estos últimos están comenzando a requerir el pago de sus servicios a través de estos tókens.

II. El salario

II.1. Concepto general

La palabra salario pareciera provenir del latín *salarium*, que era la paga en sal que recibían los legionarios y los servidores domésticos en

(*) Abogado (Universidad del Salvador). Máster en Derecho Empresarial (Universidad Austral Argentina). Profesor en grado y posgrado (Universidad Austral Argentina). Director del curso Blockchain Derecho y Empresa (UA).

(**) Abogado (UCA). Posgrado en Relaciones Laborales, Derecho de la Seguridad Social (UCA), Derecho del Trabajo (UA).

(1) Hacemos referencia a criptomonedas, porque en realidad en el mercado de los criptotokens —representaciones digitales que utilizan la criptografía y blockchain para su representación— puede hablarse de criptomonedas (es decir representaciones digitales que aspiran a ser medios de pago), cripto utilities (representaciones digitales que permiten el acceso a servicios) y criptoactivos (representaciones digitales de activos físicos como oro o inmuebles). Esta clasificación a la que aludimos en realidad es propia, habiendo muchas otras, pero nos parece que esta es abarca todos los tipos de criptotokens que existen.

(2) https://www.cripto247.com/comunidad-cripto/cada-vez-mas-profesionales-de-la-tecnologia-confian-en-las-criptomonedas-200173 obtenida el 8/3/21.

(3) https://elpais.com/economia/2019/08/13/actualidad/1565706593_813280.html obtenido el 8/3/21.

(4) https://www.cripto247.com/comunidad-cripto/las-grandes-empresas-comienza-a-pagar-salarios-en-bitcoin-200113 el 8/3/21.

la antigua Roma **(5)**. Es evidente que de todas las prestaciones del sujeto empleador en el contrato de trabajo, el pago del salario es probablemente —junto con la dación de tareas— la más esencial de todas, y su incumplimiento tiene suficiente entidad como para erigirse en causal de injuria para que el trabajador pueda considerarse despedido (art. 242 de la LCT).

Uno de los mejores trabajos sobre el salario, se debe a Justo López **(6)** quien sostiene que la expresión salario se ha utilizado por parte de la doctrina conjuntamente con las expresiones sueldo, jornal, remuneración o retribución. Dicha utilización promiscua del término también se denota según el mismo doctrinario de los textos de la normativa constitucional y las diversas leyes laborales argentinas y puede llevar a algunas confusiones. Efectivamente, en forma expresa en la LCT, el Título IV que se nomina como de la "Remuneración del trabajador", pasa al capítulo I de este intitulado "Del sueldo o salario en general", y continúa en el art. 103, que es el primero de la sección, en que se define el concepto del sueldo o salario y se dice "...se entiende por remuneración...".

Nos parece que es necesaria la distinción, y para ello procedemos a fijar conceptualmente que el concepto de la palabra retribución es más amplio que el de salario, sueldo o remuneración, dado que la propia palabra, implica recompensar o pagar una cosa, por lo que puede ser considerada retribución, la simple gratificación por favores prestados, el pago de servicios profesionales, el obsequio, etc. **(7)**. Por otro lado, la palabra sueldo tiene su origen en la voz soldada, estipendio con que se pagaba a la tropa por temporada o por año **(8)**. Finalmente, la palabra jornal, deriva de jornada, y alude al salario pagado en forma diaria.

Sin embargo, teniendo en cuenta el uso consagrado que la costumbre ha asignado a la utilización indistinta de las expresiones sueldo, salario, remuneración, jornal o retribución, y que en principio mencionarlas indistintamente no tiene por qué producir consecuencias conceptuales no queridas, es que a lo largo del presente se utilizarán dichas expresiones como sinónimos, para referirnos siempre al pago que el trabajador recibe de su empleador como consecuencia de la relación de trabajo subordinado, siendo que si necesitemos distinguirlas técnicamente lo señalaremos en forma expresa.

II.2. Concepto jurídico-legal de la remuneración

El estudio del salario puede ser efectuado con base en la ciencia económica en cuanto a cuál es el fundamento de la existencia o la justificación de este desde dicha rama del conocimiento **(9)**, pero entendemos que desde el derecho se debe definir el salario como la ventaja patrimonial que un trabajador recibe como "contraprestación del trabajo subordinado" **(10)**. Esta última definición, no por simple deja de ser más que suficiente a los fines de la ciencia jurídica, dado que implica que todo trabajo subordinado exige la contraprestación del pago del salario. *A contrario sensu*, un trabajo no subordinado no implicara en modo alguno obligación de pago de salario —sino otra contraprestación—, de modo que el universo del pago remuneratorio queda reducido a la consideración de si el sujeto *accipiens* de este ha prestado tareas en relación de dependencia o no.

En esta última situación se encuentra por ejemplo el profesional liberal, en cuanto brinda

(5) En tal sentido, ver RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Tratado del Derecho del Trabajo", VÁZQUEZ VIALARD Antonio (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1983, t. IV, ps. 457/458 aunque dicho autor aclara que en realidad por estudios históricos pareciera ser que el verdadero origen sería la utilización ibérica de la palabra sal como equivalente a contratación.

(6) "Tratado de Derecho del Trabajo", DEVEALI, Mario L., (dir.), La Ley, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 321.

(7) Diccionario Enciclopédico Abreviado, Espasa-Calpe, Madrid, 1957, 7ª ed., t. IV, p. 1074.

(8) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, ob. cit. en nota 5, p. 458; GRISOLIA, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Depalma, 2001, 5ª ed., p. 369, cita que la voz sueldo se utiliza para designar la remuneración que se paga por mes (o quincena) calendario y consiste en una suma fija; Se debe asimismo señalar como lo hace Miguel Ángel Sardegna que el diccionario Espasa-Calpe menciona que se denomina sueldo a los salarios dados al personal técnico y administrativo ("Ley de Contrato de Trabajo", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, 7ª ed., p. 364).

(9) JUSTO LÓPEZ, ob. cit. en nota 6, p. 322.

(10) Ibidem, p. 330.

su servicio con la suficiente autonomía e independencia, por lo cual tendrá necesariamente derecho a la percepción de un pago, que podemos denominar más propiamente como honorarios, pero dicha percepción no constituye salario, dada la falta de la nota característica que conlleva la relación de dependencia como llave que abre la puerta de la aplicación de las normas laborales.

Una de las distinciones más transcendentales —en cuanto a sus efectos— que encontramos entre el salario como elemento típico del trabajo subordinado, y la mera contraprestación como elemento propio de las relaciones no subordinadas; es la marcada presencia de normas de orden público respecto que regulan al primero. Esta característica, tiene particular incidencia al analizar mecanismos alternativos de remuneración como los que este trabajo propone.

Expresamente en el derecho argentino la LCT establece en su art. 103: "A los fines de esta ley se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital. El empleador debe al trabajador la remuneración, aunque este no preste servicios, por la mera circunstancia de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición de aquel." Notamos que en el segundo parágrafo se agrega legalmente que no obstante que el trabajador no preste servicioseste debe recibir su salario por el hecho de haber puesto su fuerza de trabajo a disposición del empleador **(11)**.

Es por ello que se ha destacado que no solamente se paga por el trabajo efectivamente efectuado, sino por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo del trabajador, pero consideramos, sin desconocer la fuerza del argumento, que en realidad el hecho de adeudarse el salario aún ante la mera puesta a disposición de la fuerza del trabajo, no es más que una consecuencia propia del plexo de prestaciones contractuales a cargo del empleador en el contrato de trabajo, dado que este no solamente tiene la obligación de pago de la remuneración sino también la de dación de tareas **(12)**, por lo que si no las otorga no puede excepcionarse en dicha circunstancia para asimismo no cumplir con su obligación de pago del salario. En todo caso el empleador, una vez cumplida su intimación a que el trabajador se niegue infundadamente a prestar tareas puede considerar que existe una injuria laboral y despedirlo causadamente.

Consecuentemente, no obstante este importante agregado y consideración del art. 103, y las notas de doctrina que implican el enriquecimiento del concepto original de la remuneración derivándola de la simple prestación de trabajo hacia la disponibilidad de fuerza laboral, entendemos que para determinar cuándo nos encontramos ante una prestación que calificamos de salario podemos simplemente aludir como señalara Justo López a la "ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado" **(13)**, dado que la contraprestación básica a todo trabajo brindado en relación de dependencia tiene como consecuencia la percepción del salario, y con ello podemos distinguir a este último de otras contraprestaciones similares o susceptibles de su confusión, como los honorarios, el precio, los regalos, etc.

Para concluir sobre este aspecto, cabe memorar la definición que sobre salario formula el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre protección del salario, en cuanto "significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar" **(14)**.

(11) Actualmente en Argentina por normativa de pandemia hay situaciones en las que se paga el salario sin obligación de poner a disposición fuerza de trabajo, pero entendemos que se trata de una situación coyuntural.

(12) En tal sentido ya se ha pronunciado desde antaño la jurisprudencia (Fallo de la Cámara del Trabajo 2da. 29/7/48, citado por Krotoschin-Ratti, "Código del Trabajo Anotado", Edit. Depalma, 1975, 6ª ed., p. 207).

(13) Tratado de Derecho del Trabajo", DEVEALI, Mario L., (dir.), La Ley, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 331.

(14) Ratificado por la República Argentina, mediante el dec.-ley 11.594/56.

II.3. Presunción de salario

En ocasión de la prestación de servicios el trabajador puede encontrarse con la percepción de diversas prestaciones por parte del empleador ya que el empresario puede por ejemplo proveer de dinero para útiles escolares de hijos del trabajador, aportes jubilatorios y contribuciones de seguridad social, pagar aguinaldos, vacaciones, hacer pagos de gratificaciones extraordinarias, otorgar como se estudia en este trabajo vales alimentarios o canastas de alimentos, dar ropa de trabajo, reintegrar gastos, etc.

Es necesario entonces determinar cuando estas obligaciones de dar que realiza el empleador configuran el salario del empleado. Por otro lado, dada la diversidad de motivos por los cuales un empleador cumple una prestación de dar con respecto a un trabajador, con la consiguiente y probable dificultad de determinar en forma exhaustiva todos ellas, también es importante determinar si existe una presunción primaria de salario a todo aquello que el trabajador recibe de su patrón.

En el derecho español, en el art. 26 del ET se dispone: "Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales, por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo. No tienen la consideración de salario: Las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos"**.** De dicha definición se destaca la expresión "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores", que la jurisprudencia ibérica ha señalado como una clara presunción iuris tantum de que lo que recibe el trabajador por parte del empleador constituye salario, decidiendo: "...Tal precepto [se refiere al art. 26] instituye una verdadera presunción al menos iuris tantum de que las cantidades que perciba un trabajador de su empresario son salario, conllevando un desplazamiento de la carga de la prueba para que aquel que afirme lo contrario lo acredite" **(15)**.

Ahora bien, en nuestro derecho, y de la sola lectura del art. 103 ya trascripto *supra* no se deriva en principio la misma conclusión, dado que este no contiene expresión similar al ET español. No obstante, y teniendo en cuenta que el salario es base o módulo para el cómputo en diversos institutos jurídicos —no solamente laborales—, tales como las indemnizaciones legales, los montos de vacaciones, el sueldo anual complementario, el impuesto a las ganancias cuarta categoría, la protección del salario frente al empleador y terceros, y numerosos supuestos más, la importancia de la determinación de cuando existe remuneración es crucial.

En cuanto al tema Justo López pareciera proceder en principio al análisis casuístico, ya que entiende que con la utilización de las dos notas básicas del concepto de salario, es decir, que este constituya una contraprestación por trabajo, y que asimismo implique una ventaja económica para el dependiente, es suficiente para resolver cada caso concreto. En tal sentido, el autor citado pasa a considerar diversos supuestos, tales como por ejemplo las indemnizaciones, el reintegro de gastos, los salarios de enfermedad, las vacaciones, etc., y mediante la aplicación de dichas notas básicas resuelve la existencia o no de salario en dichas circunstancias **(16)**.

Nosotros traemos a colación que actualmente el art. 115 de la LCT —norma que es preciso señalar no se encontraba vigente a la época de los dichos de Justo López que citáramos— determina: "El trabajo no se presume gratuito". Sin embargo, lo que dispone el artículo es una presunción de onerosidad de la prestación laboral, mas no impone necesariamente que todo lo que se perciba de parte del empleador constituya salario **(17)**.

---

(15) STS 9/2/87, citado por Alzaga Ruíz, Icíar, "Las Stock Options", Ed. Civitas, Madrid, 2003, p. 32.

(16) Tratado de Derecho del Trabajo", DEVEALI, Mario L., (dir.), La Ley, Buenos Aires, 1964, t. II, p. 321, ps. 334 y ss.

(17) Imaginemos la hipotética y extrema situación de un empleador efectuando una donación a un empleado, como gratitud por servicios prestados que no forman parte del marco laboral, en la que evidentemente no po-

Entendemos que es Mario L. Deveali **(18)** quien en cuanto al tema de la determinación de una presunción de salario, logra clarificar la cuestión en la doctrina argentina, dado que el mismo señala que la característica de onerosidad del contrato de trabajo no solamente se refiere al trabajador, sino también al empleador. En otras palabras, se presume que el trabajador no presta servicios gratuitamente, y *a simili* que el empleador no abona prestaciones gratuitamente. El autor citado no deja de señalar que esto no es obstativo de prueba contraria, dado que en definitiva se trataría de una presunción *iuris tantum*, y que el principio cedería ante la demostración de pago por otro título, o que hubo *animus donandi*, dando como ejemplos contratos de arrendamiento de cosas, mutuos, regalos valiosos por casamiento del empleado, asistencia de este último en la enfermedad del empleador fuera del horario de trabajo, etc.

Asimismo, existen de hecho legalmente mencionadas prestaciones percibidas pero que son normativamente declaradas como no remunerativas, que se originan por la prestación laboral pero que se dispone que no se otorguen como contraprestación por el trabajo realizado. En tal sentido pueden mencionarse los conceptos enumerados en el art. 103 *bis* de la LCT, o el 105 del mismo cuerpo legal.

En conclusión, y después de lo expuesto y lo derivado del juego de la interpretación de diversas disposiciones de la LCT, en nuestro derecho existe, aunque no dispuesta en forma expresa legal, la presunción *iuris tantum* de que toda prestación del empleador para con el trabajador constituye en principio salario, correspondiendo a quien alegue lo contrario la prueba de un título distinto. En torno a esto, como norma y principio, es que se pasará a estudiar ahora la posibilidad de que el pago de este sea efectuado, total o parcialmente, en criptomonedas, y de qué manera total o parcial podría o no realizarse dicha acción.

III. Las criptomonedas

Debemos la primer y real criptomoneda de la actualidad a la aparición de la red *blockchain* de *bitcoin* **(19)** en el año 2009. La misma es una invención atribuida a un pseudónimo llamado Satoshi Nakamoto, desconociéndose a la fecha si dicha persona existe, o si es un sujeto plural, formando parte de la mitología del ecosistema de criptomonedas actualmente en su génesis.

Lo que efectivamente realizó el supuesto Satoshi Nakamato fue la creación de un sistema de transferencia *peer to peer* —persona a persona— mediante la utilización de la tecnología *blockchain* y con una programación de incentivos para su desarrollo que implico lisa y llanamente la posibilidad de llevar un registro absolutamente descentralizado, privado, seguro y escalable como nunca se había podido ver hasta esa fecha **(20)**, permitiendo entre otras cosas, a través del desarrollo de la tecnología *blockchain*, la aparición de la posibilidad de verdaderos *smart contracts*, o contratos autoejecutables, organizaciones totalmente autónomas como las denominadas DAO —*descentralized autonomous organizations*— o DAC —*descentralized autonomous corporation*—, y un avance y progreso en la informática como no se había visto desde la aparición de Internet en los años 90 **(21)**.

Con la *blockchain* de *bitcoin*, se instauró la forma en que a través de un sistema distribuido de datos en bloques encriptados y cuya validación requiere de un importante esfuerzo computacional **(22)**, se pueda transferir entre personas

dríamos pensar que la percepción del dinero por parte del trabajador es un salario.

(18) DT T. VI (1949), p. 172.

(19) Cuando se habla de una red blockchain mencionamos bitcoin con mayúscula, cuando se habla del token nativo de dicha red, se menciona con minúscula bitcoin, que es la conocida criptomoneda.

(20) Para un análisis del sistema se recomienda la lectura del White Paper de Satoshi Nakamoto. Ver en https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es_latam.pdf.

(21) La aparición del proyecto de la red blockchain Ethereum en el 2013, finalmente iniciada en el 2015 favoreció la importancia de esta tecnología en la prestación de servicios, entre otros la posibilidad de comenzar a desarrollar smart contracts.

(22) Para la aprobación de transacciones en la red blockchain de bitcoin es necesario un trabajo de procesamiento de información y resolución de problemas matemáticos que implica la intervención de nodos (computadores) denominados "mineros", que compiten entre sí y permiten el desenvolvimiento de la red a cambio de recompensas. Esta red por la forma en que esta concebida no ha podido ser hackeada hasta el día de la fecha, dado

directamente y sin intermediarios lo que sería un token **(23)** que se denomina bitcoin, y cuyo valor es simplemente el que el mercado le asigna, en confianza de que el mismo —la criptomoneda— se transforme en algún momento en un medio masivo de cambio asequible, fácil y claro, pero con las características de su semi privacidad, escalabilidad, y seguridad en cuanto a su trazabilidad.

En otras palabras, lo más llamativo e importante de la tecnología *blockchain* es el paso de una Internet de la información —intercambio de datos e información— a una Internet del Valor —intercambio de bienes—, que a lo mejor revolucione definitivamente esta década.

Sin embargo, y pese a que tal como está expuesto *blockchain* notoriamente es algo muy diferente y de mayor escala que la criptomoneda bitcoin, es que en el presente y debido a lo que se especificó en la introducción referiremos lo necesario con respecto al pago en dicha criptomoneda, aunque cabe especificar que existen otras **(24)**.

IV. El pago en bitcoin: ¿es pago en especie?

Ahora bien, supongamos como en la noticia que fue disparador del presente estudio, que un trabajador pueda ser pagado en bitcoins: ¿Es esto posible en el derecho del trabajo argentino? Entendemos que sí y no **(25)**.

En primer lugar la criptomoneda bitcoin como tal no es moneda de curso legal por tanto no cumpliría como tal con dicha condición normativa, pudiendo decirse en consecuencia que es en todo caso un pago en especie, como de dar cantidades de cosas y que el deudor puede liberarse dando la cantidad correspondiente de curso legal, aun cuando esto último no es orden público indisponible, sino que pueden las partes pactar el pago en la especie —moneda— determinada. En este sentido el Tribunal Supremo Español en sentencia del 20/6/19 señaló: "El denominado bitcoin es algo susceptible de retorno, puesto que no se trata de un objeto material, ni tiene la consideración legal de dinero. El bitcoin no es sino una unidad de cuenta de la red del mismo nombre. A partir de un libro de cuentas público y distribuido, donde se almacenan todas las transacciones de manera permanente en una base de datos denominada blockchain, se crearon 21 millones de estas unidades, que se comercializan de manera divisible a través de una red informática verificada. De este modo, el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin.... Este coste semejante de las unidades de cuenta en cada momento permite utilizar al bitcoin como un activo inmaterial de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal, dado que la ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, indica en su art. 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el "valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago según se definen en el art. 2.5 de la ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que sea aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico" **(26)**.

---

que hace falta de alguna manera "vencer" a otros computadores para poder cometer fraude sobre los registros requiriéndose actualmente un poder computacional de procesamiento tan grande que hace inviable económicamente un intento de tales características.

(23) Un token, como lo dice la palabra en inglés, es un símbolo de algo. En el tema en cuestión aludimos a criptotokens, señalando símbolos que son una representación digital que utiliza la tecnología blockchain y la criptografía.

(24) Entre otras pueden mencionarse Litecoin, Dogecoin, Tether, etc., todos tokens nativos de distintas blockchain o divisiones de ellas.

(25) Dejamos adrede fuera del estudio presente el pago con las denominadas criptomonedas estables (stable coins), que usualmente son tokens con colateral y apego a monedas denominadas fiat o duras, como el dólar, el euro, etc.

(26) Recurso de Casación 998/18. Se deja a salvo que la sentencia adolece de algunas imprecisiones en cuanto a lo que bitcoin es, en particular cuando habla de red bitcoin, cuando lo correcto es hablar de blockchain de bitcoin.

En la Argentina, el art. 107 de la LCT reza: "Las remuneraciones que se fijen por las convenciones colectivas deberán expresarse, en su totalidad, en dinero. El empleador no podrá imputar los pagos en especies a más del veinte por ciento del total de la remuneración".

Evidentemente del texto legal se desprende que la remuneración del trabajador debe ser principalmente en dinero, y no debe consistir en la entrega de cosas que no constituyan moneda, tal como se ha dado en el denominado sistema del trueque —*truck system*—.

Fue y es habitual el pago a trabajadores o directivos dependientes de parte de su remuneración en especie no dinerarios, siendo preciso destacar que estas formas de pago han dado origen a numerosos abusos, tal como por ejemplo el sistema de *Tommy Shop,* en que el empleador era propietario del almacén en que se vendía bienes de necesidad tales como alimentos, vestido, artículos de hogar, etc. a los trabajadores, pero con precios que la patronal manejaba discrecionalmente, y como los salarios en ocasiones eran pagados cada largos períodos, se imponía de esta manera una dependencia total del empleado **(27)**.

Es de señalar que actualmente existe en numerosos países del orbe la posibilidad de implementar la modalidad de pago en especie como remuneración suplementaria, que completa los ingresos del trabajador por encima de los niveles salariales básicos **(28)**, pero no obstante la existencia de esta modalidad de pago, la gran mayoría de los países civilizados en donde el nivel de vida es superior a la media mundial, ha aceptado el pago en especie en la medida que el mismo sea parcial. Este pago parcial en especie ha variado de país en país en cuanto al porcentual total del sueldo que puede abarcar del trabajador, siendo en algunos casos de hasta el 50 %, y en otros menos **(29)**.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha tratado este tema en el ya mencionado Convenio 95, habilitando en su art. 4° a que las legislaciones nacionales y los convenios colectivos de trabajo puedan permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie, en la medida que sean apropiadas al uso personal del trabajador y su familia y que el valor que se les atribuya sea justo y razonable.

En la Argentina, el tope cuantitativo se encuentra claramente dispuesto en el art. 107 ya trascripto, por lo que corresponde en consecuencia determinar si el pago en criptomonedas a los trabajadores podría implicar la superación de ese tope.

Por ejemplo, en casos similares cuando se erogan sueldos con acciones de empresas, se ha señalado: "[L]a acción no es moneda de curso legal, ni talón —cheque— o modalidad de pago similar a través de entidad de crédito (art. 294, ET); consiste en la entrega de un bien distinto del dinero o de un equivalente de este (cheque, transferencia bancaria)" **(30)**.

Nosotros adherimos a dicha crítica, y señalamos que en nuestra opinión no puede sostenerse que una criptomoneda es dinero de curso legal, sino que simplemente la misma es un valor intercambiable por dinero o inclusive por cosas, pero en modo alguno cumple con las condiciones legales para ser considerada dinero en el derecho argentino. De hecho, algunas criptomonedas implican no solamente la posibilidad de ser canjeadas por dinero, sino que también otorgan derechos por su uso **(31)**.

(27) Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones nro. III-1b, 91 reunión OIT junio/03, paginas 54/5. Ver en http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-iii-1b-1.pdf.

(28) Ibidem, p. 58

(29) Ver las variaciones porcentuales de distintos países en el informe citado en nota anterior, en particular las páginas 65/6.

(30) DESDENTADO BONETE, Aurelio, LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, "Stock Options, Tres Perspectivas: Mercantil, Laboral y Fiscal", Ed. Aranzadi, 2002 p. 99.

(31) Algunas criptomonedas por ejemplo BAT (Basic Atention Token) consisten en ofrecer el uso de un navegador que literalmente paga en la criptomoneda nativa por su uso en cuanto a permitir ver propaganda. Otras son simplemente un servicio de cloud storage descentralizado como Filecoin o Siacoin. El más importante ejemplo es Ethereum, que es el ecosistema de criptotokens más importante que existe, que permite el uso de su blockchain para desarrollar sobre ella aplicaciones descentralizadas y smart contracts, pudiendo por ejemplo desarrollar cualquier persona su propia criptomoneda.

Nos parece que la directriz principal que resuelve la cuestión es considerar que si el trabajador percibe como remuneración criptomonedas, no puede directamente —en general— decidir aplicar dicho ingreso al consumo de lo que realmente quiera, toda vez que se vería obligado primero a realizar la venta de estas, y recién después proceder a adquirir aquello que desee, que pueden ser productos de necesidades básicas, esparcimiento, vacaciones, etc.

Entonces, si llegamos a la conclusión de que el pago con criptomonedas es pago en especie, corresponde en consecuencia tener en cuenta como juegan los límites proporcionales cuantitativos del art. 107 de la LCT respecto a la situación de si es posible o no que el valor de las criptomonedas superen el 20 % del total de la remuneración, por lo que traemos a colación que en un pronunciamiento judicial —voto del Dr. Morando— se sostuvo respecto al pago en especie: "[N]o puedo dejar de señalar que el actor era director de la sociedad anónima demandada, circunstancia que, por una parte, explica la asignación de una remuneración ínfima y la generosa dotación de prestaciones en especie —que, conforme al art. 107 de la LCT solo pueden ser imputadas hasta el 20% de la remuneración total" **(32)**.

Partiendo de la alternativa entonces de que un trabajador en la Argentina perciba parte de su salario en criptomonedas, se señalan dos opciones posibles: o bien se prohíbe la percepción de criptomonedas en estas condiciones **(33)**, o bien se la acepta. En este último caso, se hace necesario apelar a algún fundamento —si es que existe— que justifique la percepción de criptomonedas por encima del porcentaje legal, siempre y cuando se considerara a las mismas como salario en especie, dado que de considerárselas pago efectivo —aunque no nos encontramos de acuerdo con dicha concepción— no nos plantearíamos conflicto alguno.

Se destaca que algún autor extranjero ha sostenido en referencia al Derecho del trabajo español: "En cuanto a los medios de pago, el salario podrá ser abonado en metálico o en especie, con el límite en el último supuesto de no poder superar el salario en especie el 30% de las percepciones salariales del trabajador. Este límite, de honda tradición, aparece pensado claramente en beneficio del trabajador, de forma que garantice al mismo una disposición de efectivo que le permita la afectación al destino que él prefiera; de ahí que en la doctrina se haya apuntado que tal limitación solo debe aplicarse en relación con las retribuciones mínimas fijadas por la Ley (Salario Mínimo Interprofesional), o por el convenio (Salario Mínimo de Convenio), pero no a las cuantías que excedan de estos límites retributivos" **(34)**. Sostenemos que aun cuando nos parezca forzada esta interpretación para nuestra legislación, porque en cuanto a nuestra LCT nada se dispone referido a porcentuales sobre mínimos de salarios, no debe dejar de tenerse en cuenta esta postura doctrinaria a los fines de entender que es posible superar el 20 % en determinados casos, y no solamente respecto a las SOP.

Como dijéramos más arriba, en lo que es el derecho del trabajo argentino, podemos interpretar el texto del art. 107 LCT en el sentido de que el mismo constituye una norma sumamente rígida, un probable escollo para el desarrollo de pagos con criptomonedas. Sin embargo, con un análisis de los fines de la norma y de su texto literal creemos que puede sortearse dicho obstáculo.

En ese sentido, es importante citar la opinión de Jorge Rodríguez Mancini, en cuanto sostiene: "[C]abe interpretar que la restricción del art. 107, está vinculada a la primera parte de la norma, que se refiere a la fijación de los salarios en convenciones colectivas, las cuales deberán expresar la tarifa salarial "en su totalidad en dinero". Por lo tanto, lo que prescribe la parte 2da. Del art. 107, LCT, es que el empleador no puede "imputar" a la suma que debe pagar como salario según el convenio —que lo fija en dinero,

(32) CNTrab., sala VIII, "Baña c/ Pall Technologies SA", TR LALEY AR/JUR/1761/2005

(33) Y encontrándose prohibido, puede considerarse al empleador que concede stock options incurso en falta administrativa, amén de que el trabajador podría llegar a exigir el pago en dinero (interpretación lato sensu, art. 124, LCT).

(34) Agut García, Carmen "La participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa en España" trabajo de ver en http://www.csmb.unimo.it/index/other/Carmen.pdf., pags. 25/6.

pero que puede ser abonado parcialmente en especie— más del 20 % del total.". En este sentido, puede concebirse perfectamente un pago en criptomonedas cuyo valor supere en más de un 20 % en cualquier caso a la remuneración, pero ello en nada afectaría a la implementación de dicho pago salarial, en tanto el empleador no lo imputare en más de dicho porcentual sobre el monto determinado por la grilla salarial convencional.

Consideramos sin embargo que esta interpretación en su sentido lato no se hace cargo de los trabajadores no convencionados, en cuyo caso su situación no se encontraría regulada, pudiéndose entonces suponer que la remuneración en especie alcance cualquier porcentual salarial.

Por otro lado, también puede apelarse a la interpretación a *contrario sensu* de la norma, y sostenerse que el art. 107, LCT, que clara y simplemente refiere en cuanto al salario determinado en las convenciones colectivas de trabajo, el empleador puede erogar en especie el 20 %, pero —*a contrario sensu*— si el salario del trabajador es mayor, entonces puede apelarse a porcentajes mayores, en tanto no se violen dichos mínimos. Esta norma operaría entonces como un tope mínimo de efectivo, el determinado convencionalmente, pero no máximo de salario en especie.

Otra interpretación, aún en ausencia del art. 107, LCT, o de que una futura norma contemple distintos porcentuales, está dada a través de la clasificación en salario fundamental y complementario.

Conforme este criterio, si una de las clasificaciones del salario, como dijéramos, es la de fundamental —o que hace a las necesidades básicas y sustento del trabajador—, o complementario —que es pagado principalmente en lapsos superiores al mes—, y por su carácter las criptomonedas aparecerían en primer lugar como complemento o bonus, premios, etc. para hacer atractivo a un trabajador el prestar servicios en una organización, y retenerlo durante un tiempo determinado, es ajustado decir que las criptomonedas tienen carácter de salario complementario.

Parte de esta concepción entre salario fundamental y salario complementario explicaría una de las razones por las cuales —entre otras— ya el art. 4° del Convenio 95 de la OIT. contemplaba la posibilidad de pago en especie como un pago parcial, no admitiendo la totalidad de este.

Así la norma comienza indicando: "La legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie..." y en su segundo apartado refiere a los recaudos que deberán observarse señalando: "En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie..." **(35)** (ambos subrayados me pertenecen).

En consecuencia, y en nuestro entendimiento, podemos interpretar en cuanto al derecho argentino que el art. 107, LCT, se refiere a la remuneración fundamental, comúnmente denominada básico cuando se fija colectivamente, y que debe satisfacerse principalmente en dinero a los fines de que el trabajador tenga el poder decisión respecto al consumo de bienes y servicios que hacen a su sustento. Si las criptomonedas son abonadas como complemento, premio o bonus, no debería entonces existir una necesaria colisión con la limitación del art. 107, toda vez que se trataría de una remuneración complementaria, y como tal la protección porcentual de la ley deja de tener el sentido histórico por el cual fue promulgada.

Claro está que bajo ningún concepto los trabajadores podrán ser totalmente remunerados en especie, tal como expresamente dispone el Convenio 95 de la OIT. al referirse a pagos parciales y ello explica la entonces lógica limitación del art. 107 con los alcances mencionados.

La existencia de esta limitación no es solamente teórica, y es por es que su violación puede tener consecuencias concretas.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia **(36)** ha desestimado aquellos planteos donde se ha pretendido atribuirle a una prestación en espe-

(35) Conf. Convenio N° 95 O.I.T. (1949). Art. 4°.

(36) Conf. CNTrab., sala VI, "Género, Raquel Edith c. Consorcio de Propietarios del Edificio Arévalo 2275 s/ despido", 20/04/2011, DT 2011 (agosto), 2068.

cie la virtualidad de retribuir el 100% del débito laboral.

Otro aspecto por analizar es el momento o la oportunidad en que se implementa el pago de parte del salario en criptomonedas. En efecto, un escenario sería que el pago de parte del salario con criptomonedas se implemente desde el inicio de la relación laboral donde esta modalidad ya integra parte de las condiciones pactadas al inicio del contrato, y otro muy distinto, cuando se pretende innovar en esta modalidad respecto de relaciones laborales en curso.

En efecto, el hecho que legalmente resulte viable recurrir a esta modalidad a fin de abonar —al menos parte del salario del empleado—, no implica que el empleador pueda disponer del pago en criptomonedas en forma unilateral, cuando el empleado viene percibiendo desde el inicio de la relación laboral el 100% de su remuneración en dinero.

Siendo el salario uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, la modificación unilateral del mismo cuando es abonado mediante moneda de curso legal, por remuneración en especie, podría ser interpretado como un ejercicio abusivo del ius variandi.

Es por ello que su implementación en estos casos requerirá —a nuestro criterio— el consentimiento expreso del empleado.

V. Aspectos relativos a su registro como salario

El hecho que las criptomonedas constituyan un pago en "especie" no obsta a su naturaleza como salario. Esto significa que el pago a través de criptomonedas debe estar registrado en los recibos de sueldo del trabajador, en el libro de sueldos al que hace referencia el art. 52 **(37)** de la LCT y en las declaraciones juradas a presentadas ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), como ocurre con cualquier salario en especie **(38)**.

Asimismo, se encuentran sujetas al pago de aportes y contribuciones con destino a los distintos subsistemas de la seguridad social. En este sentido, es de destacar que el art. 6° de la ley 24.241 incluye a la remuneración en especie dentro del concepto de remuneración sujeto al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones [SIJP **(39)**]. Esto significa que, al tratarse de un salario en especie, en determinados casos deberá llevarse a cabo un *grossing up* **(40)** en el recibo de sueldo del trabajador a los efectos de permitir la retención del aporte por parte del empleador y su posterior ingreso al organismo recaudador.

Misma previsión deberá tenerse en cuenta a los efectos de llevar a cabo las retenciones correspondientes al impuesto a las ganancias, de las cuales el empleador es agente de información y de retención.

Uno de los desafíos que en la práctica implicará el registro de este tipo de remuneración en especie es la alta volatilidad de su cotización —en aquellas que no son *stable coins*—, las cuales pueden oscilar considerablemente en cuestión de horas y hasta de minutos, ya que su valor es fijado lisa y llanamente por el mercado a través de la oferta y de la demanda. Es por ello que, a los efectos de facilitar su implementación y evitar eventuales conflictos, será recomendable que las partes puedan pautar la forma en que se fijará la cotización de la criptomoneda a los efectos de su registro.

En efecto, pautar con precisión en qué momento se tomará la "foto" de su cotización, tendrá incidencia no solo en su registro, sino también en distintos institutos del derecho del trabajo, tales como el cálculo de la indemnización por despido, vacaciones, licencias por enfermedad, aguinaldo, etc. Este momento en que se tomará como referencia para fijar el valor no puede ser totalmente arbitrario, sino que debe adecuarse al principio de la realidad. Una estimación sensata sería fijar el valor de

(37) También en las hojas móviles, cuando el empleador está autorizado para ello, y ahora también en el libro de sueldos digital previsto en la res. conj. 3.669/14 (AFIP) y 941/14 (MTEySS),

(38) Conf. CNTrab., sala VIII, "Rodríguez Flores Gabriel E. c. BT Latam Argentina S.A. y otro s/ despido", 06/03/2015, DT2015 (septiembre), 1925.

(39) Hoy Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA).

(40) Siempre que se encuentre dentro de los límites de remuneración sujeta a aportes y contribuciones conforme la legislación vigente al momento en que se practica la retención.

la criptomoneda al cierre de día en que esta le fue transferida al empleado, ya sea a su billetera electrónica o a la cuenta que este tenga abierta ante una determinada institución.

De todos modos, su fijación a través de un acuerdo de partes —como dijimos— evitará posibles conflictos sobre la forma de estimar el salario en especie.

Otro interrogante ligado a la alta volatilidad de la cotización de las criptomonedas es su variación ex post. Entendemos que esta variación, por más significativa que sea no generará efecto alguno en la estructura salarial.

Ello así, por cuanto la criptomoneda ha ingresado al patrimonio del trabajador al valor que las partes han pactado como de referencia en determinado momento coincidente con la entrega de la criptomoneda por lo que cualquier alteración posterior de su cotización en más o en menos no resulta susceptible de incidir en el importe del salario, el cual ya ha quedado fijado conforme la cotización mencionada.

VI. Conclusiones

El pago de salarios con criptomonedas en general, y bitcoin en particular, ya está siendo una realidad en el mundo y es de esperar que su implementación llegue a la Argentina.

Entre los numerosos problemas e inconvenientes que pueden generarse con su realización, se encuentra el de considerar si son pago en especie o en dinero, para lo cual alguna normativa de nuestra LCT aparece poniendo un manto de duda e incerteza que es preciso delimitar y despejar doctrinariamente.

En nuestra opinión, el pago con la criptomoneda bitcoin constituye un típico caso de pago en especie, que está perfectamente permitido en nuestro derecho con las consideraciones y límites precedentes.

El diálogo social frente a los desafíos de la transformación digital

Denise Yael Tapiero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Las propuestas para un diálogo social fructífero.— III. Conclusión.

"Nada está perdido si se tiene el valor de proclamar que todo está perdido y hay que empezar de nuevo".
Julio Cortázar

I. Introducción

Nadie puede negar, en la actualidad, que nos encontramos atravesando un incesante progreso tecnológico, cuya magnitud e impacto global no es posible dimensionar aún.

Ello provoca una situación inversamente proporcional: mientras la transformación digital influye, cada vez más, sobre las formas de organizar la empresa y la producción, el trabajo asalariado por cuenta ajena, en su configuración histórica, arquetípica y contractual, cede terreno de manera imparable **(1)**, encontrándonos ante el fenómeno de la huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo, reflejado en la creciente difuminación de los límites entre la relación de dependencia y la condición de autonomía, manifestaciones todas que conllevan una pérdida de ámbito personal del derecho del trabajo **(2)**. A ello se suma que el avance de la era digital es un proceso dinámico que conlleva, simultáneamente, la creación de nuevos empleos, la destrucción de aquellos obsoletos y la transformación de los existentes, en particular en relación con el modo en que se organiza el trabajo **(3)**, existiendo la teoría de que elimina más puestos de labor de los que crea, generándose una permanente tensión entre la incorporación de nuevas tecnologías y la supresión de empleo **(4)**.

La consecuencia visible de este nuevo mundo del trabajo es que lo que debía ser la excepción tiende a convertirse en regla: empresas sin trabajadores y trabajadores sin empleadores. Cambió así la empresa y los vínculos establecidos con las personas que trabajan para ella. Sin embargo, lo que no ha cambiado es la persona que trabaja, ni las razones que la llevan a trabajar, ni sus carencias y necesidades **(5)**.

En esta vorágine, la era de la transformación digital, a diferencia de otros hitos, presenta una

(*) Docente en Derecho Colectivo del Trabajo Facultad de Derecho UBA, y en Derecho del Trabajo, Universidad Torcuato Di Tella. Miembro de la Delegación Argentina de la Sección de Jóvenes Juristas SIDTSS.

(1) Cfr. GARCIA, Héctor O., "El trabajo mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿Autónomo, dependiente o ambos a la vez?" en ROSENBAUM, Jorge (dir.) y ROSENBAUM, Federico (coord.), Revista Jurídica del Trabajo, N° 1, enero-abril 2020, p. 92

(2) Cfr. GOLDIN, Adrián, "Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del Derecho del Trabajo. Ensayo sobre un itinerario...", Revista Derecho de las Relaciones Laborales Ed. Grupo Lefebvre, Madrid.

(3) Informe de la Conferencia OIT-AICESIS, El diálogo social y el futuro del trabajo, 23 y 24 de noviembre de 2017, Grecia, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_645845.pdf.

(4) Vid LARRAÑAGA ZENI, Nelson, "Avance tecnológico y diálogo social", Diario El Observador, 28/07/2017, publicado online: https://www.elobservador.com.uy/nota/avance-tecnologico-y-dialogo-social-2017428500.

(5) Cfr. ACKERMAN, Mario E., "Si son humanos no son recursos: pensando en las personas que trabajan", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 2 ª ed. revisada, p. 67.

particularidad. Si bien se han sucedido, en los siglos pasados, otras revoluciones industriales que provocaron modificaciones en los sistemas productivos y en la organización sociolaboral, lo cierto es que todas ellas ocurrieron con cierta gradualidad —cada 100 años aproximadamente—, lo que no acontece en la actualidad. Hoy nos encontramos transitando la denominada "Cuarta Revolución Industrial" **(6)**, y el mundo está cambiando con una velocidad y profundidad sin precedentes, como nunca antes en la historia de la humanidad.

Este escenario, así planteado, que no puede negarse ni desconocerse, genera enormes y acuciantes desafíos, los cuales demandan prontas y efectivas respuestas. Justamente, para hacer frente a la Industria 4.0, es impostergable que el diálogo social **(7)** recupere su fuerza y aparezca, en este contexto, como principal protagonista, entendiendo por tal la negociación, la consulta y el intercambio de información, ideas y opiniones en el sentido más amplio que pueda dársele **(8)**.

Este mecanismo resulta el instrumento más necesario, adecuado y valioso para configurar el futuro del trabajo, ya que se precisa de él para determinar el mejor modo de aprovechar todo el potencial de las nuevas tecnologías **(9)**, al tiempo que se decida la pertinencia de determinar nuevas reglas o readecuar las existentes para que estas formas de empleo estén cubiertas y garanticen a los trabajadores y las trabajadoras un trabajo decente **(10)**, logrando así un futuro más próspero y equitativo con crecimiento más inclusivo y con mayor justicia social.

De no impulsar el diálogo social ante esta problemática indetenible, corremos el riesgo de llegar tarde a esta transición, que nos superará y avasallará, con la consecuente desgracia que sería no poder decidir cómo enfrentarla y, peor aún, viéndonos sometidos a la era digital y sus condiciones. Ello provocaría la subordinación de la legislación laboral y el empleo a la economía **(11)**, constituyéndonos en una sociedad más interesada por las cosas que preocupada por las personas **(12)**.

En esa inteligencia, el presente trabajo viene a plantear las posibles respuestas a tres interrogantes que resultan claves revelar en el diálogo social, en miras a enfrentar los desafíos de la transformación digital. En primer término, quiénes deberían formar parte. Seguidamente, qué debiera contemplarse y discutirse y, por último, cuál sería la mejor forma de instrumentación.

Previo a ello, no pueden dejar de realizarse dos breves aclaraciones previas. La primera tiene que ver con la carencia de una cultura de diálogo social en Argentina. Digo ello porque no solo no está institucionalizado, sino que, además, las experiencias previas demuestran que no acudimos a este mecanismo de concertación con frecuencia y, cuando se lleva adelante, los actores que participan son selectivamente elegidos.

(6) Cfr. ALCÁZAR, Carlos E., "El trabajo y el Derecho del Trabajo en la era digital", Revista de Derecho Laboral 2020-1: La relación de dependencia y las nuevas formas de trabajar y contratar, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 109.

(7) Diálogo social garantizado por el Convenio OIT N° 144, sobre la consulta tripartita para promover la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo (ratificado en Argentina ley 23.460) y la Recomendación N° 152, ambos del año 1976.

(8) Según lo define OIT (Organización Internacional del Trabajo), el Diálogo Social comprende todo tipo de negociaciones y consultas - e incluso el mero intercambio de información - entre representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores sobre temas de interés común relativos a las políticas económicas y sociales. Cfr. ERMIDA URIARTE, O., "Diálogo Social: Teoría y Práctica", Monográfico, 2000, Versión en internet: http://relabor.fder.edu.uy/

(9) Informe de la Conferencia OIT-AICESIS, El diálogo..., ob. cit.

(10) Vid DUEÑAS HERRERO, Laurentino J., "The necessary recovery of social dialogue to address the regulation of the impact of new technologies on workers' rights", e-Revista Internacional de la Protección Social, (e-Rips), Vol. IV, Nº 2, ISNN 2445-3269, Ed. Universidad de Sevilla, 2019. (Traducción propia).

(11) Cfr. CASAS BAAMONDE, M. E., "La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo", Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré, Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, No. 15, 2014, 69-88.

(12) Cfr. ACKERMAN, Mario, ob. cit., p. 31.

La segunda, que es un aspecto que no puede ignorarse, es la coyuntura de nuestro país. Es el hábito que lamentablemente tenemos de que lo urgente no deje tiempo para lo importante. Quizás no se trate de una costumbre adoptada "voluntariamente", con la libertad que esa palabra implica, sino que son las condiciones las que imponen que así sea. Independientemente de eso, lo cierto es que el panorama de la Argentina que vivimos, esto es, desempleo, precarización, inflación, altas tasas de trabajo informal, deficiencia en el respeto y aplicación de las normas laborales, falta de capacidad de previsión y planificación a largo plazo y, sobre todo, el alto grado de conflictividad social y los bajos niveles de confianza que existen sobre los distintos actores e instituciones de nuestro país, provocarían, *a priori*, cierta fragilidad al diálogo social.

Sin embargo, como no podemos darnos el lujo de no intentar avanzar, las propuestas que se desarrollarán a continuación se basan en la convicción de que toda regulación necesita, o al menos debiera gozar al momento de su aplicación efectiva, del consenso y cooperación que solo puede darse a través de esta herramienta. Para ello, más allá del panorama imperante, entiendo que debe llevarse adelante un diálogo abierto, transparente, innovador, persistente, constructivo, proactivo, con apoyo institucional y, sobre todo, comprometido, ya que, de lo contrario, solo será una pantomima que de nada servirá.

II. Las propuestas para un diálogo social fructífero

II.1. ¿Quiénes deberían participar?

En relación con este interrogante, debe tenerse una mirada muy amplia, dejando atrás el trinomio clásico, configurado únicamente por las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores y el gobierno, en el que tradicionalmente se ha amparado el diálogo social. Con esto se apunta a que, además de que estén presentes estos actores clásicos, se deben extender las fronteras y convocar a otras partes interesadas, dando un enfoque multisectorial que recepte otras perspectivas que pueden aportar valor. Caso contrario, se corre el riesgo de que no haya un diálogo social pleno si se excluye a varios de los actores interesados.

En tal sentido, dentro de los "nuevos" interlocutores sociales, debiera contarse con la necesaria representación de trabajadores semidependientes e incluso autónomos, excediendo los límites de las organizaciones típicamente sindicales limitadas a trabajadores formales. Debe estar presente, por ejemplo, la Asociación de Personal de Plataformas, a la que si bien no le ha sido otorgada, al menos hasta la fecha, la personería jurídica, ha sabido organizarse gremialmente para la defensa de sus derechos e intereses colectivos **(13)** y representan un sector fundamental cuya opinión debe ser escuchada.

Asimismo, también es necesario ampliar la participación en los mecanismos de diálogo a las organizaciones de mujeres, en tanto cualquier acuerdo que se concrete, en esta materia, debe contar imperiosamente con su voz, para alcanzar así una mayor promoción de la igualdad de género.

Además, tampoco debe dejarse afuera a los grupos vulnerables que actúan en representación de los trabajadores de la apodada "economía popular", en el que se incluye a los trabajadores no registrados o comúnmente denominados "en negro", a los desempleados y, como se dijo, a los autónomos, toda vez que las decisiones que se adopten comprometen y conciernen también al interés general, de su presente y futuro, y a su inclusión social.

Igualmente, considero que debieran sumarse expertos y científicos de universidades que cuenten con conocimientos técnicos oportunos y sólidos en la temática a discutir, para realizar un seguimiento respecto de los puntos en tratamiento.

Por último, estimo que también es necesario contar con la participación de sectores vinculados con la defensa de la ecología y el medioambiente, como así también con organizaciones de consumidores, para lograr un enfoque completo en la temática a discutir.

(13) Basta ver el precedente judicial en el expediente "Rojas, Luis y otros c. Rappi Arg. SAS s. Medida cautelar", independientemente de lo decidido por el JNT N° 37 y la CNTrab, Sala IX.

Claro está, como fue dicho, que en esta mesa no puede faltar, bajo ningún punto de vista, las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores. Sin embargo, aquí hay dos cuestiones a destacar. La primera es que, si bien impera en nuestro país el modelo de sindicato único impuesto por la ley y habilitado por el Estado **(14)**, la representación de los trabajadores, a mi criterio, tiene que involucrar a todas aquellas organizaciones sindicales que estén interesadas, por su ámbito de actuación, en participar en esta "batalla de ideas" **(15)**; independientemente de que gocen, o no, de personería gremial. El otro punto está dado a partir de que, en los hechos, algunas de estas asociaciones pueden no ser realmente representativas, ni gozar de la independencia, solidez y autonomía necesarias, en clave de libertad sindical; todos estos, atributos necesarios —que también exige la OIT— para un intercambio de las características enunciadas, lo que dará como resultado que sea más difícil que el diálogo social se produzca y sea relevante.

Adicionalmente a lo dicho, para que haya un diálogo social real, debe existir pluralidad de todos los actores, no que esté presente únicamente, a modo de ejemplo, la Confederación General del Trabajo y la Unión Industrial Argentina, como fue la experiencia del año 2020.

Por último, en cuanto a las instituciones políticas, es palmariamente necesaria su intervención, toda vez que son las que deben garantizar la efectiva participación y el reconocimiento de las legítimas aspiraciones de los representantes sociales al momento de traducir el diálogo en medidas concretas **(16)**. Además, es el Estado quien debe disponer de sus recursos y del presupuesto necesario para generar una inversión que cree herramientas de formación y de empleabilidad, que atiendan, también, a las demandas que se presenten en el futuro.

Si realmente todos los actores, en recíproca autonomía, participan, siendo escuchados y su posición valorada, el diálogo social será realmente integrador, lo que, ni más ni menos, se necesita en estos momentos de tanto cambio.

II.2. ¿Qué debe negociarse?

Para dar respuesta al segundo disparador planteado, debe procurarse un diálogo que responda mejor y de una forma eficiente a las necesidades de empresarios y trabajadores así como los distintos intereses que encontramos hoy en la sociedad en general **(17)**.

Para ello, deben contemplarse dos realidades distintas. La primera tiene que ver con las nuevas habilidades que se necesitan para continuar trabajando o calificar a un empleo que se ha transformado tecnológicamente. Para enfrentar esta situación que requiere de nuevas destrezas, debemos partir de que, si nada se planifica, habrá superávit de trabajadores poco calificados. Por ello es imperiosa la necesidad de que el diálogo social esté orientado a abarcar aspectos relativos a la actualización obligatoria, en las empresas, para sus trabajadores y trabajadoras en relación con su capacitación y formación profesional. También debe aspirarse a que exista un plan de educación en los niveles obligatorios de enseñanza para desarrollar las competencias de la fuerza de trabajo del futuro **(18)**, que incluso sean capaces de anticipar las nuevas demandas de aptitudes laborales.

(14) Cfr. GOLDIN, Adrián, "El trabajo y los mercados: sobre las relaciones laborales en la Argentina", Eudeba, Buenos Aires, 1997, p. 114.

(15) Cfr. CALVO GALLEGO, Francisco J. y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C., "Las reformas laborales como instrumento de política económica y su impacto sobre el dialogo social en España. A propósito del reciente informe de la OIT "España: Crecimiento con Empleo", Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, Vol. 2, N° 4, octubre-diciembre de 2014, p. 4.

(16) Vid ECHEZARRETA, Carlos F., "La imperiosa necesidad de un espacio de diálogo social", publicado en la página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTySS). https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/45/b._Echezarreta.pdf

(17) Vid. QUIÑONES MONTORO, Mariela, "Las nuevas dimensiones del diálogo social", Asociación Argentina de Especialistas en Estudios del Trabajo (ASET), https://www.aset.org.ar/congresos/7/07002.pdf.

(18) En la carrera entre la educación, el entrenamiento y la tecnología, la tecnología está desafiando en forma permanente a los sistemas educativos y de formación profesional a mantenerse al día y anticipar los cambios. En OIT, Informe del Director General, Preparando el fu-

Ahora bien, el segundo escenario, dado por el surgimiento de la economía de plataformas, plantea una serie de desafíos ciertamente distintos. Como ya fue puesto de resalto, esta forma de trabajo pone en el ojo de la tormenta las nociones existentes de la relación laboral, dando lugar a que estos trabajadores sean "invisibles", lo que reclama su urgente tratamiento e inclusión del tema en el diálogo social para regular eficazmente estas modalidades de empleo **(19)**, a fin de brindar protección a estos trabajadores precarizados. El problema está en que, mientras nos encuentra discutiendo hace ya algunos años las mutaciones en las relaciones laborales que han provocado los embates tecnológicos, aparentemente no nos damos cuenta que el tiempo sigue pasando, y quienes se han visto absorbidos por estas formas de trabajo, particularmente, las que involucran plataformas digitales, continúan, cotidianamente, poniendo su cuerpo para subvenir a sus necesidades, en un ámbito tan inestable en el que no rige ninguna protección laboral.

Expuestos estos dos panoramas, y pensando en una aplicación generalizada proyectable a ambas realidades, lo que también debiera contemplarse es cómo abordar el futuro de la protección social en relación con aquellas personas que no puedan acceder a un ingreso mínimo, ya sea porque prestan tareas en la economía colaborativa o porque perdieron su trabajo producto de haber sido desplazados por la transformación tecnológica. En tal sentido, la búsqueda debe orientarse a garantizar el acceso a un mínimo de bienestar, consolidado a través de una cierta universalización de derechos y principios fundamentales en el trabajo que sean comunes a todos.

Además, sería conveniente fomentar, a través del diálogo social, la generación de nuevas visiones que marquen una agenda que resulte seductora para lograr el fortalecimiento de la negociación colectiva, y que no abarque únicamente acuerdos salariales, sino que enfrente y adopte decisiones en relación con la avalancha tecnológica que nos encontramos atravesando.

II.3. ¿Cómo instrumentarlo?

En cuanto al último aspecto, lo inicial a destacar es la limitación que existiría, considerando todos los actores mencionados —más aún, a la luz del reciente precedente Ademus— si se canalizara el diálogo social únicamente a través de la negociación colectiva. Por supuesto que, igualmente, este aparato productor de normas es uno de los espacios para pensar y trabajar este tema, mediante, por ejemplo, la instalación de comisiones paritarias de interpretación que analicen el impacto de las nuevas tecnologías en el empleo e implementen acciones para mitigar sus efectos **(20)**. No obstante, la propuesta es otra.

Si partimos de la base que el diálogo social es, además de una realidad, un valor jurídico sustentado en principios de naturaleza ética y política, arraigado en los postulados de la democracia, del federalismo, de la pluralidad **(21)** y la defensa de las minorías, ello exige, como consecuencia, la implementación de acciones que procuren su realización práctica, atribuyéndole suficiente entidad y eficacia, en el sentido de que sean exigibles y tengan la virtualidad de crear compromisos concretos **(22)**.

Para lograr ese postulado, tomaré una práctica histórica europea que puede adoptar el diálogo social. Me refiero a la legislación negociada, que se constituye como una de las formas de concertación social *no institucionalizada* **(23)**,

turo del trabajo que queremos en las Américas a través del diálogo social, 19ª Reunión Regional Americana Panamá, 2-5 de octubre de 2018, publicado online: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_635974.pdf

(19) Cfr. PRASSL, J. y RISAK, M, Uber, Taskrabbit, and co.: Platforms as employers-rethinking the legal analysis of crowdwork", in Comparative Labor Law & Policy Journal, 37, 2016, ps. 619-651, en Informe de la Conferencia OIT-AICESIS, El diálogo..., ob. cit.

(20) Vid. LARRAÑAGA ZENI, Nelson, ob. cit.

(21) Pluralismo como reconocimiento de intereses diferenciados y en conflicto.

(22) Vid. LEDESMA ITURBIBE, Diego M., "Las razones y el contexto del conflicto sobre condiciones de trabajo", Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, El Derecho Digital, Cita Digital ED-DCCLXXVII-166, 01/03/2018.

(23) Es no institucionalizada porque no está prevista expresamente en las normas jurídicas estatales. Consiste en una práctica informal y *extra legem* que no está

concepto que desarrollaré a partir de la doctrina esbozada por Monereo Pérez.

En esta forma de instrumentación, el acuerdo social al que se haya arribado a través del diálogo entre los distintos interlocutores determina el sentido y le da impulso a la iniciativa legislativa, sirviendo como condicionante del contenido de la normativa pública. En otras palabras, en el momento genético de la elaboración de la norma estatal existe un acuerdo social entre el poder público y las fuerzas sociales como una forma de integración entre el Estado y la autonomía colectiva **(24)**.

Este método de elaboración negociada de la legislación estatal permite insertar en la norma pública los contenidos previamente acordados con los agentes sociales **(25)**, blindando, como sostiene el Dr. Mugnolo, de mayor legitimidad y eficacia a la norma en gestación **(26)**.

Por supuesto, ello no enerva en definitiva la función del Poder Legislativo de decidir el contenido final de la regulación, toda vez que es el sujeto soberano que ostenta tal potestad. Sin embargo, lo dicho no impide que el producto del diálogo social, que descansa en la voluntad de las partes intervinientes, influya efectivamente —o al menos busque hacerlo— en la determinación gubernamental y en la elaboración de los proyectos de ley en cuestión **(27)**.

Así, esta construcción concertada a partir del diálogo social acarreará muchísima más eficacia en el acatamiento y respeto de la norma, que si fuera el Estado quien, unilateralmente, impusiera las políticas sociolaborales.

III. Conclusión

Más allá de los disparadores planteados, debe reiterarse, con énfasis, la importancia de dar respuestas adecuadas y eficaces al momento que vivimos. Las decisiones que hoy se tomen se verán reflejadas en el mercado laboral y, en consecuencia, demostrará si se constituye como transmisor y reproductor de desigualdad, discriminación e inequidad o si, por el contrario, funcionará como motor de movilidad social, incremento de ingresos y de estándares de vida, contribuyendo así a la cohesión social.

Para que ocurra la segunda de las posibilidades, es el diálogo social fructífero y abordado seriamente, como espacio menos traumático para enfrentar esta transición **(28)**, el instrumento que nos permitirá vislumbrar las estrategias y los caminos para forjar el futuro del trabajo que queremos, bajo la premisa de que el destino no está escrito y podemos influir para mitigar sus impactos negativos y aprovechar mejor sus oportunidades **(29)**.

Para ello, debe contemplarse que la tecnología, por si sola, no va a precarizar el trabajo humano ni va a suplantar o atentar contra los derechos humanos si no la usamos en ese sentido **(30)**. Depende, exclusivamente, de nuestro accionar.

Por eso, este diálogo, que tiene que ver con tener conciencia de la existencia de un destino compartido con otros, debe sostenerse en la convicción de que, ya sea por virtud, conveniencia o necesidad, no resulta válido o posible imponer, sin más, en determinado ámbito o en relación con determinadas cuestiones, la propia voluntad por sobre la de los demás, y que el camino de realización propone, impone y exige, en cambio, considerar, percibir, atender y dialo-

reconocida en el ordenamiento normativo. Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, "Concertación social y tripartismo: modelos de concertación social en Europa", en DURÁN LÓPEZ, Federico (coord.), El Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica, CES — AECI, Madrid, 1998, p. 105.

(24) Cfr. MONEREO PÉREZ, José Luis, "Concertación y diálogo social", Lex Nova, Valladolid, 1999, ps. 24 y ss.

(25) Ibídem, p. 64.

(26) Cfr. MUGNOLO, Juan Pablo, "El dialogo social y la concertación en el sistema argentino de derecho de las relaciones colectivas de trabajo", Revista Jurídica de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 2021 (en imprenta).

(27) Ibídem, p. 108.

(28) Cfr. GOLDIN, Adrián, Sobre los mercados, el trabajo y la equidad, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, El Derecho Digital, tomo 1997, Cita Digital: ED-DCCLXVIII-153, 01/07/1997.

(29) OIT, Informe del Director General, Preparando el futuro..., ob. cit.

(30) Cfr. FAVIER, Daniela, "El modo como trate a los trabajadores mide la calidad de la sociedad", Revista de Derecho Laboral, Actualidad, 2020-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 77.

gar con la opinión y la acción de otro u otros sujetos. Aun de aquellos considerados adversarios y, especialmente, respecto de ellos **(31)**.

En definitiva, es el camino virtuoso que permitirá construir ciertos equilibrios, fortalecer las instituciones, repartir atinadamente las cargas y obtener consensos, para lograr así, ante los desafíos de la transformación digital, alcanzar soluciones concertadas que descansen en la voluntad de los actores intervinientes, quienes deberán analizar la conveniencia de barajar y dar de nuevo, debiendo ser el norte a contemplar la revalorización del trabajo humano y el desarrollo con inclusión social, impidiendo, de esta forma, la subordinación de lo social a lo tecnológico.

(31) Cfr. LEDESMA ITURBIBE, Diego M., ob. cit.

La cuarta revolución industrial y la competencia territorial laboral en el ámbito trasnacional

Melissa Zanoni (*)

Sumario: I. Resumen.— II. Introducción.— III. Las revoluciones industriales y su evolución histórica.— IV. El efecto de la globalización y las implicancias en la economía.— V. Las nuevas tecnologías y el derecho laboral.— VI. La competencia territorial laboral en el ámbito internacional.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

I. Resumen

Desde los inicios de la historia, hemos presenciado diversos cambios económicos e industriales que se trasladaron, inevitablemente, a la forma de concebir el trabajo.

Hoy, nuevamente estamos experimentando un proceso de cambio, en donde la digitalización, y la globalización producen que el teletrabajo y el trabajo internacional sea cada vez más frecuente y habitual de lo que antes se esperaba.

A fin de explicar este fenómeno y la atribución de la competencia territorial en el marco de un conflicto internacional: Comenzaremos, otorgando una breve evolución histórica de las revoluciones industriales y los cambios que se produjeron en las relaciones laborales existentes. Posteriormente, explicaremos la importancia que posee el derecho laboral al constituirse dentro de una categoría de los derechos humanos. Y, finalmente, expondremos los giros trascendentales por los que atravesó la jurisprudencia y la legislación nacional hasta llegar a la noción actual de inmunidad relativa de jurisdicción cuando un conflicto laboral involucra a un Estado extranjero.

(*) Abogada. Socia del estudio EZ Estudio Jurídico Zanoni y Asociados.

II. Introducción

Desde los inicios de la historia, hemos presenciado diversos cambios económicos e industriales que se trasladaron, inevitablemente, a la forma de concebir el trabajo.

Hoy, nuevamente estamos experimentando un proceso de cambio, en donde la digitalización, y la globalización producen que el teletrabajo y el trabajo internacional sea cada vez más frecuente y habitual de lo que antes se esperaba.

En este contexto, resulta indispensable generar políticas internacionales que protejan el trabajo digno sobre las bases de igualdad y equidad, que involucren de igual forma a los trabajadores del sector público y privado.

Nuestro objetivo, es demostrar que la cooperación jurídica internacional entre los diversos Estados resulta indispensable para que los procesos judiciales laborales sean justos e iguales para todos los trabajadores sin importar su país de procedencia ni el cargo o la labor desempeñada.

III. Las revoluciones industriales y su evolución histórica

El termino revolución implica un cambio profundo y radical de las estructuras políticas, económicas y sociales de una comunidad nacional o internacional. Las revoluciones industriales, se desarrollaron siempre, en un contexto de

cambio exabrupto de la tecnología por lo que, cada nueva incorporación produjo grandes transformaciones en las estructuras laborales, influyendo, como era de esperarse, de manera significativa en la economía y en la sociedad.

A lo largo de la historia, fuimos testigos de cuatro grandes revoluciones que fueron cambiando, de manera paulatina las formas y la concepción de trabajo:

"La primera revolución industrial tuvo origen, aproximadamente en el año 1760 y se extendió hasta el año 1840, con la construcción del ferrocarril y la maquina a vapor, invenciones que posibilitaron el comienzo de la producción mecánica.

"La segunda revolución industrial, se desarrolló finales del siglo XIX y principios del siglo XX, a causa de la aparición de la electricidad y la cadena de montaje, lo cual posibilitó la producción en masa de los productos industriales.

"La tercera revolución industrial, tuvo origen en la década de 1960, denominada la revolución industrial o del ordenador, dado a que fue provocada gracias a la invención de la computación mediante servidores en la década del 60, la informática personal en los 70 /80, e internet en los 90.

"La cuarta revolución industrial, la cual actualmente se encuentra en pleno proceso de desarrollo, no solo consiste en máquinas y sistemas inteligentes conectados entre sí. Su alcance es mucho más amplio, ya que se adicionan las invenciones tales como: las genéticas, las nanotecnologías, las energías renovables, la computación cuántica, entre otros. Pero a su vez, experimentamos la fusión de estas nuevas tecnologías que se incorporan al mercado con su respectiva interacción en los diferentes dominios, físicos, digitales y biológicos (Schwab, Klaus, 2016, páginas, 12 y 13).

IV. El efecto de la globalización y las implicancias en la economía

"Los avances acelerados con los que se está produciendo esta nueva revolución industrial, a partir del avance del internet de las cosas, el análisis de microdatos, la computación con almacenamiento en una nube y la inteligencia artificial. Produce, que internet no solo conecte a persona sino también a objetos dotados con capacidad de detección y procesamiento (Fiatti, Gilda Graciela y Carrizo, Mónica Liliana, 2019, p. 12).

Estos cambios, generan una gran cantidad de datos, que utilizados con eficiencia, podrían ser utilizados para aumentar la producción y distribución de bienes y servicios.

Siguiendo estos lineamientos, estas plataformas basadas en la nube facilitaran el acceso a los recursos informático, proceso que posibilitará ofrecer servicios telemáticos flexibles, a través de medios electrónicos, reduciendo los costos fijos que implica tener una infraestructura.

La carencia de un lugar físico para desarrollar las tareas laborales promueve la modalidad en el trabajo, los horarios flexibles y al no tener que prescindir de una infraestructura benefician en gran medida a las pequeñas y medianas empresas que se les permite ahorrar un costo fijo que en la mayoría de los casos suele ser sumamente oneroso, que muchas veces por no poder afrontar con estos gastos provoca que no puedan competir con las grandes industrias. Estos cambios, generan de forma indecidible nuevas categorías de trabajo.

Los nuevos avances tecnológicos, crean fuentes de trabajo en el formato trasnacional. Dado a que antes de los avances que presenciamos en estos últimos tiempos, los trabajos internacionales únicamente se relegaban a empresas multifuncionales realizadas por los mismos grupos económicos, ya que de otra forma poder acceder a las transacciones con terceros ajenos a la organización incrementaban los costos en gran medida, tornándose prácticamente inaccesible.

Como bien expusimos recién, en los párrafos anteriores, la conectividad que se obtiene con internet, los desarrolladores de software y producción de grandes volúmenes de datos, permite reducir significativamente los costos, traspasado los límites de la propia empresa. En este contexto, de las plataformas digitales, se amplían los mercados y provoca un punto de conexión entre los servicios laborales y su demanda.

Pero las plataformas digitales no solo se limitan a bajar los costos estructurales de las empresas. Sino que también otorga los siguientes beneficios:

- Facilita la búsqueda, ya que a través de los algoritmos se puede encontrar de forma más sencilla lo que ofrece cada tarea para que sea más exacto al perfil de lo que se pretende encontrar.

- Permite configurar un perfil de la empresa, creando así una red de contactos que sea fácil de encontrar para el potencial cliente.

- constituye una fuente generadora de empleo no solo en el ámbito nacional, sino que se extiende a otras jurisdicciones trasnacionales.

- Al asentarse sobre bases netamente digitales acelera en gran medida el proceso de entrada y de salida de los nuevos trabajadores dentro de una empresa en particular. (Fiatti, Gilda Graciela y Carrizo, Mónica Liliana, 2019, p. 21).

Pero estos cambios, no solo se observan en el sector privado sino que también producen un impacto positivo en el sector público. A raíz de la pandemia COVID-19, el gobierno tuvo que reinventarse de forma abrupta e inesperada para poder proveer a la población la misma calidad de servicios, como fue el área de la medicina, la educación y diversos trámites de gestión pública.

En estos tiempos, hemos escuchado en reiteradas oportunidades el término *low touch government* o su traducción en español el gobierno de bajo contacto, haciendo alusión a la automatización de diversos servicios que hicieron posible disminuir en muchos casos, el contacto estrecho entre los clientes y el personal que prevé el servicio. Todos estos cambios, han sido posibles gracias a esta nueva revolución industrial que ha provocado una gran trasformación digital a raíz del teletrabajo, la ingeniería de datos, entre otros tantos diversos factores a fin de poder ofrecer servicios seguros, eficientes y transparentes.

No obstante, la tarea más ardua que se produjo en estos tiempos es poder conseguir la seguridad sostenible para poder lograr así, que toda la población pueda acceder a dichos servicios, generando: la conectividad total. Para ello, fue indispensable que se cambiaran las estrategias públicas, que se proporcionen nuevas categorías de trabajo virtual, y un almacenamiento de datos que permita guardar los datos en una "nube", y que se pueda observar la información desde cualquier dispositivo.

Pero estos beneficios también se pueden observar en ámbito internacional ya que a raíz de estas nuevas incorporaciones, que alcanza al sector público, no es más un requisito que el potencial trabajador resida en el mismo lugar que es contratado. La tecnológica posibilita que las entrevistas de trabajo se centren aún más en las habilidades intrínsecas del empleado que son requeridas, de forma indisoluble, para desempeñar un puesto de trabajo específico, aprovechando así, las riquezas que el intercambio cultural propone.

V. Las nuevas tecnologías y el derecho laboral

El nuevo modelo de trabajo requiere que el derecho del trabajo regule esta nueva organización virtual que yace en el ámbito trasnacional, definiendo las tutelas laborales, el derecho a la salud, accidentes de trabajo, sistema previsional y todas las demás cuestiones que amparen a esta nueva clase de trabajadores que presten servicios bajo estas condiciones.

Si bien actualmente damos por sentado la protección jurídica que posee el trabajador frente a una contingencia de vida, fue una larga lucha desentrañada a partir de la primera revolución industrial, dado a que las ganancias obtenidas por parte de los empresarios costaron varios reclamos por parte de los obreros para poder conseguir un sueldo dingo que vaya acorde con la labor desempeñada.

"Únicamente a modo de ejemplo, podemos mencionar que la primera ley jubilatoria en el ámbito nacional se sancionó en el año 1867, pero recién con la sanción de la ley N° 14370 en el año 1954 se empezó a tomar conciencia de la importancia de los aportes previsionales aportados en las diferentes cajas de los sectores. En el plano internacional, en Alemania recién en el siglo XIX, se instauró el concepto de seguridad social como un sistema que incluya el sistema de enfermedad, accidentes de trabajo, de invali-

dez y vejez" (Fiatti, Gilda Graciela y Carrizo, Mónica Liliana, 2019, p. 27).

Hoy, nuevamente estamos atravesando un proceso de cambio, frente a esta situación "la OIT plantea la protección social universal como un plano indisoluble para alcanzar los objetos de desarrollo sostenible" (Fiatti, Gilda Graciela y Carrizo, Mónica Liliana, 2019, p. 20). Desde esta perspectiva, esta nueva concepción va más allá de la mera protección del trabajador frente a eventuales riesgos, sino que además busca consolidar políticas que impulsen la demanda interna y la productividad sobre las bases del trabajo decente.

El derecho laboral posee la particularidad, de que el objeto en cuestión versa sobre la libertad del propio trabajador cuando destina su tiempo a fin de someterse a la triple subordinación (técnica, jurídica y económica), dado a que el contrato de trabajo, y en especial su cumplimiento, se desarrollan sobre las bases de esa restricción de libertad. Es dable aclarar, que si bien esta restricción, en la mayoría de los casos es cedida de forma voluntaria por el trabajador a cambio de una prestación dineraria, lo que le permite al empleador aprovecharse de la fuerza de trabajo de su subordinado, muchas veces es la situación de carencia en la que vive el trabajador que condiciona la autonomía de su voluntad, por lo que el contrato de trabajo puede esconder algún menoscabo sobre él.

Siguiendo estos lineamientos, es necesario que se proteja la libertad de los trabajadores no solo por la propia debilidad que ello representa, sino también por la esfera de poder en el que se centra el empleador.

De este modo, los derechos laborales se ubican dentro de la categoría de los derechos humanos, pero a su vez, poseen la particularidad, de pertenecer a una relación entre particulares entre los trabajadores y empleadores en el que el Estado cumple un importante rol tutelar.

Es por ello, que el gran desafío consiste en generar un equilibrio justo entre la protección jurídica que se le otorga a la libertad de los trabajadores y la estabilidad que se pretende conseguir en el sistema productivo.

Si bien hemos atravesado cambios profundos que fueron sumamente beneficios, es inevitable que las transformaciones producto de la globalización en los cambios de procedimiento industrial y consecutivamente en las estructuras laborales, tornan a las leyes laborales nacionales insignificantes para poder otorgar una solución a este fenómeno de carácter internacional.

Desde esta prospectiva, hay tres aspectos del derecho laboral que son concordantes con los derechos humanos y que por tener esa característica deben trascender todo tipo de fronteras:

- En primer lugar, el titular de los derechos laborales es una persona humana, y es por esa razón que el ámbito de protección tiene que abarcar más que el ámbito nacional, para que de esta manera los trabajadores nacionales, los extranjeros subordinados y los trabajadores semiautónomos tengan la misma protección jurídica.

- En segundo lugar, las normas que protegen los derechos humanos laborales establecen obligaciones internacionales a los Estados, cuyo procedimiento está estipulado en los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional.

- Por último, estos derechos se rigen por la conjunción de principios y directrices que hace posible que cada Estado adecue las normas internacionales a su propio ámbito normativo.

La noción actual de los derechos humanos requiere además, de la consagración legal de los derechos subjetivos para el normal desarrollo de las personas en sociedad, la responsabilidad del Estado a nivel internacional, en caso de no cumplir con estos presupuestos. En este contexto de globalización radical en el que vivimos, se requiere cada vez más estipular conductas que solucionen los distintos conflictos nacionales o supe estatales. Para ello, resulta indispensable instaurar un sistema de cooperación jurídica internacional que permita a los Estados una solución justa y efectiva en el marco de un proceso trasnacional.

En este sentido, la carta de la ONU consagra la cooperación internacional como un elemento fundamental en el orden jurídico y político a instaurarse.

"En su art. 1:3 enuncia el propósito de realizar cooperación internacional en el desarrollo y en el estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Asimismo, la cooperación internacional, también se encuentra consagrada el Pacto San José de Costa Rica en su art. 26, en donde se dispone lo siguiente: "[L]os Estados Parte se comprometen a adoptar las providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr efectivamente la plena efectividad de los derechos (...) en la vía de los recursos disponibles, por vía legal y otros medios apropiados" (Canessa Montejo, Miguel F. "los derechos humanos laborales en el derecho internacional", p. 8).

A tal punto parece oportuno, poder otorgar una concepción de cooperación jurídica internacional. Alfonso Luis Calvo Carcavaca y Javier Carrascoza Gonzales definieron a este concepto:

Como el mecanismo por el cual los Estados se prestan auxilio reciproco para ejecutar en su país actos procesales que pertenecen a otro Estado, y que por lo tanto están destinados a integrarse a procesos que se llevan a cabo en el extranjero. (Baltar, Leandro, 2019, p. 225)

Esto fue producto, de forma directa y necesaria de la internalización de las relaciones jurídicas que yacen en el ámbito trasnacional, que en los últimos años ha aumentado de forma desmedida, debido a diversos factores, entre ellos, como hemos mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo de este trabajo, la globalización.

Por otra parte, la cooperación intrínseca de los jueces de distintos Estados se asienta indisolublemente, sobre los pilares de solidaridad y colaboración a fin de poder lograr una solución justa en los casos sujetos a resolución y consideración de los tribunales de cada país.

VI. La competencia territorial laboral en el ámbito internacional

Se puede definir a la competencia como:

"La facultad que posee un juez en particular, en resolver los conflictos que se plantean ante sus estrados mediante la aplicación de derecho y de hacer cumplir sus decisiones, es lo que se conoce como jurisdicción.

"En virtud de lo que establece el art. 24, de la ley número 18.345, el actor podrá interponer la demanda ante la justicia Nacional del Trabajo cuando el lugar de presentación de los servicios, el de celebración del contrato de trabajo o el del domicilio del demandado se encontrara en la ciudad de Buenos Aires, siendo suficiente que solo uno de estos supuestos se configure para habilitar dicha posibilidad" (Grisolia, Julio Armando - Ahuad, Ernesto Jorge - Cáceres, Laura Soledad, 2019, ps. 69 y 72).

Luego de haber expuesto la definición de competencia y los presupuestos necesarios para que se pueda configurar la jurisdicción de los tribunales de la justicia Nacional del trabajo en la ciudad de Buenos Aires, sería interesante preguntarnos ahora ¿Cómo se aplica los presupuestos de competencia territorial cuando estamos frente a un caso que involucra a un Estado extranjero?

Uno de los conceptos más trascendentes que rigen en el ámbito del derecho internacional es el de soberanía Estatal.

Desde sus inicios, se concebía a la soberanía en términos absolutos, estableciendo que el poder que ejerce el Estado no puede estar sometido o subordinado a ningún otro poder. Esta idea de soberanía se trasladó al ámbito de jurisdicción entendiendo que ningún Estado por su carácter de soberano, podía quedar sometido a los tribunales o leyes de otro Estado.

En este contexto, nace el concepto de inmunidad de jurisdicción como la imposibilidad de que un Estado pueda ser demandado ante los tribunales de otro Estado, concepto que se encuentra íntimamente relacionado con el de igualdad soberana. En donde se estipulaba, que ningún otro Estado podía obligar a otro a someterse a una jurisdicción extranjera a menos que mediara su consentimiento expreso, regido por el principio *par in parem non habet imperioum* (entre pares no hay imperio).

En el siglo XX, como consecuencia de la expansión económica mundial, la creación de empresas comerciales, los monopolios, y la ex-

plotación de buques, ferrocarriles y correos internacionales, nace la teoría restringida de la inmunidad de la jurisdicción. Esta teoría clasifica a los actos de los Estados en dos:

- *Actos iure imperii:* es decir, aquellos actos realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano.

- *Actos iure gestionis:* es decir, aquellos actos de índole comercial privados que pueden ser realizados por una persona física o jurídica y que por no comprender la soberanía o el poder Estatal no requieren un resguardo jurídico específico.

En un principio, nuestro ordenamiento público nacional, al igual que la mayoría de los países del mundo, adoptó la postura de inmunidad absoluta de los Estados extranjeros. Es reflejo de ello, el dec. ley 1285/58, el cual establece en su art. 24, inc. 1°: "[N]o dará curso a la demanda contra un Estado extranjero, sin requerir previamente a su representante diplomático por intermedio del ministerio de relaciones exteriores y culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio".

Años después, la legislación Argentina dio un pequeño cambio, al estipular mediante la sanción del dec. ley 9015/63, en donde se contempla la posibilidad de que un Estado extranjero pueda ser sometido a la jurisdicción Argentina cuando el Poder Ejecutivo declare que existe falta de reciprocidad.

Un claro ejemplo de inmunidad absoluta, lo encontramos en los fallos caratulado Gómez, Samuel c/ Embajada Británica s/ despido, 1976. La parte actora, quien trabajaba como jardinero en la embajada Británica de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es despedida sin recibir su indemnización correspondiente.

Frente a este hecho, el señor Gómez interpone la demanda en los tribunales nacionales del fuero laboral. Por lo que, el juez de primera instancia, teniendo en cuenta las legislaciones vigentes en ese momento, intima a la embajada Británica a allanarse aceptando la jurisdicción Argentina, pero la parte demandada rechaza de forma expresa someterse a la jurisdicción nacional.

No obstante, el juez de primera instancia decide hacer lugar a la pretensión, argumentando que en caso contrario se violarían los principios constitucionales de defensa en juicio y de protección al salario. Asimismo, estipuló que correspondía hacer distinción entre los actos de imperio y actos de gestión.

Pero, cuando el caso llega a la Corte Suprema de Justicia, este tribunal falla teniendo en cuenta la inmunidad de jurisdicción estipulado en el dec. 1285/58, y como dicha normativa no hace distinción entre actos de gobierno y de imperio no le corresponde al tribunal hacerla, es por ello que se debe respetar la inmunidad jurisdiccional de la Embajada Británica.

En 1994, la jurisprudencia argentina dio un giro trascendental a través de la resolución del caso Manauta, Juan José y otros c/ Embajada de la Federación Rusa s/ daños y perjuicios. Los demandantes de este caso interpusieron sus actuaciones contra la embajada de la Federación Rusa en los tribunales nacionales del fuero laboral a fin de reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares.

En primera instancia, rigiéndose por los antecedentes jurisprudenciales existentes al respecto, se intimó a la embajada de la Federación Rusa a que acepte someterse a la jurisdicción Argentina. Pero, a diferencia del fallo citado *in supra,* la parte demandada no emitió su contestación. Por lo que, en primera instancia y la Cámara de Apelaciones se declararon incompetentes invocando la inmunidad jurisdiccional del dec. ley 1285/58.

No obstante, cuando el caso llega a la Corte Suprema de Justicia a través de la interposición de un recurso extraordinario. Se plantea la necesidad de realizar una distinción entre los actos de imperio y los actos de gestión, y que en este caso, al invocar una cuestión de derecho laboral, la pretensión quedaba contenida dentro de los actos de gestión por cuanto, no correspondía a la embajada el carácter de inmunidad jurisdiccional en los tribunales nacionales.

"En donde, se destaca el argumento del Dr. Fayt al mencionar en una parte de su voto lo siguiente: el privilegio de inmunidad no debe

transformarse en impunidad(...)una interpretación que no distinga entre actos *iure imperii e iure gestionis* del art. 24 tantas veces mencionado, conduciría, en el caso, al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero o a requerir el auxilio diplomático argentino por vías letradas generalmente onerosas y extrajudiciales. Todo ello conduciría a un grave peligro de su derecho a la jurisdicción, peligro que, como se vio, el derecho internacional actual tiende a prevenir y no precisamente a inducir. Frente a este tipo de reclamos no puede afirmarse que el derecho a la jurisdicción permanece incólume por mayores dificultades que existan —y gravosas que ellas sean— para ocurrir ante tribunales extranjeros cuando tales Estados oponen su inmunidad de jurisdicción. Admitir sin distingo alguno esa doctrina importa la admisión de un idealismo jurídico impropio de quien tiene la elevada misión de administrar justicia pues, en definitiva, los derechos consagrados en la Constitución Nacional requieren un ejercicio efectivo para no quedar reducidos a simples declaraciones de deseos" (Trucco, Marcelo. F, 2007, párrafo 26).

A raíz del antecedente jurisprudencial recién explicado, se sancionó la ley 24.488, la cual introduce algunas cuestiones que son importantes de aclarar:

En primer lugar, se establece que se suspende los plazos procesales hasta tanto se configure la inmunidad de jurisdicción. Como también, que las actuaciones que realicen los Estados extranjeros dentro de los tribunales argentinos tendientes a invocar inmunidad no se tomará como aceptación de jurisdicción.

Por otra parte, la misma ley estipula aquellos actos de forma taxativa en los que los Estados extranjeros no pueden invocar inmunidad de jurisdicción.

Este articulado, expuesto de forma ordenada, torna obsoleta aquella dicotomía doctrinaria de cómo se debería concebir a la inmunidad relativa, es decir si el acto de gobierno se configura como tal: según su finalidad o según su naturaleza.

Quienes se enrolaban dentro de la primera postura, establecían que aquellos actos que realizaba el Estado, por el simple hecho de pertenecer a la esfera pública se concebían como soberano y por cuanto debía gozar de inmunidad de jurisdicción.

Por otra parte, quienes opinaban que la clasificación debía proceder teniendo en cuenta la naturaleza intrínseca del acto en cuestión, estipulaban que si el acto pertenecía a la parte privada del derecho, es decir laboral, comercial, entre otros, este debía entenderse como acto de gestión, por ende no gozaba de inmunidad por más que hubiese sido celebrado por un Estado soberano.

A tal punto, y luego de haber hecho referencia a la vieja concepción de los actos de gobierno, parece oportuno hacer mención del artículo dos de la ley en cuestión, de cómo el legislador concibe a los actos de gobierno:

"Art. 2º — Los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

"a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;

"b) Cuando fuere objeto de una reconvención directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;

"c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado o del derecho internacional;

"d) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

"e) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;

"f) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;

"g) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;

"h) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario (art. 2°, ley 24.488).

VII. Conclusión

En estos últimos años hemos experimentado, diversos cambios e incorporaciones tecnológicas y digitales, que modifican por completo la dinámica y la modalidad de concebir al empleo, traspasando todos los límites de fronteras y jurisdicción.

Constituye una labor importante para el derecho sentar las bases y principios que acompañen y protejan todos los cambios que se producen en la sociedad. Pero por sobre todo, resulta indispensable que los Estados establezcan, entre sí, políticas de cooperación jurídica internacional, a fin de brindad a cada trabajador ya sea nacional o extranjero, por el solo hecho de pertenecer a la categoría de derechos humano, la misma protección jurídica sentadas sobre las bases de igualdad de un proceso justo, equitativo, celero y económico.

Debemos promover políticas que incentiven el empleo y la protección internacional de este. Ya que, el trabajo abre posibilidades de creatividad, de ámbitos de opinión y decisión a distintos niveles; posibilita la argumentación y la construcción de espacios de interés común. El desempleo y la inseguridad laboral privan a las personas de esas posibilidades" (Vilas Damián, Martin Ariel; Ferraro Sebastián, 2004)

VIII. Bibliografía

GRISOLIA, Julio Armando, AHUAD, Ernesto Jorge y CÁCERES, Laura Soledad, "Procesal laboral: desarrollo teórico- práctico del procedimiento laboral", Estudio, Buenos Aires, 2019, 4ª ed., ISBN: 978-950-897-608-6.

KLAUS, Schwab, "La cuarta revolución industrial", Penguin Random House Grupo Editorial, Barcelona, 2016, edición formato digital. ISBN: 978-84-9992-699-5

FIATTI, Gilda Graciela, CARRIZO, Mónica Liliana, "El valor del trabajo en la cuarta revolución industrial- las plataformas digitales", Congreso ARTRA, Mar del Plata, 2019. Extraído de: www.congresoartra.com, el 11/01/2021.

RIVAS, Ezequiel Horacio, "Las consecuencias de la globalización en la Argentina: descomposición del Estado y una sociedad desintegrada", VI jornadas de sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 2004.

CANESSA MONTEJO, Miguel F., "Los derechos humanos laborales en el derecho internacional", *Revista derecho PUCP*, 349- 373, ISSN: 0251-3412.

RABINO, Mariela Carina, "La cooperación judicial internacional: sus fuentes y los Derechos Humanos", 14/06/2018. Extraído de: www.saij.gob.ar, el 11/01/2021.

BALTAR, Leandro, "El control de competencia internacional desde el derecho internacional privado argentino", *Revista de la secretaria del tribunal permanente de Revisión,* vol.7 no. 14 Asunción set. 2019.

TRUCCO, Marcelo. F., "Inmunidad de jurisdicción de los estados. Los cambios operados en la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional", Sistema Argentino de información Jurídica. Extraído de: www.saij.gob.ar, el 11/01/2021.

VILAS, Damián, MARTIN, Ariel, FERRARO, Sebastián, "Globalización y desempleo durante la década del 90: el caso argentino y su mayor centro urbano", Universidad de Quilmes, Buenos Aires, 17/06/2004.

Consideraciones elementales de la locación de servicios y su diáfana distinción de los contratos de trabajo

Un análisis omnicomprensivo desde la jurisprudencia emanada de los tribunales argentinos

Santiago L. Sfeir (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La locación de servicios como modalidad de contratación de personal tercerizado. La creciente tendencia a su utilización como medio de fraude laboral y la presunción de dependencia.— III. Antecedentes jurisprudenciales sobre el tema. Opiniones emanadas de los tribunales argentinos.— IV. Consideraciones finales. ¿La locación de servicios es efectivamente una relación de trabajo encubierta?— V. Bibliografía.

I. Introducción

Desde hace ya varios años se ha alegado en innumerables litigios la existencia de relaciones de trabajo encubiertas bajo una clásica figura proveniente del derecho de los contratos conocida como contrato de locación de servicios.

Este argumento ha sido esgrimido por incontables letrados obteniendo los resultados más variados posibles en los estrados judiciales, desde convalidación de la existencia de la pretendida relación de trabajo, hasta el rechazo total de la pretensión por no haber logrado acreditar ninguno de los extremos que permitan al magistrado sentenciante inferir que efectivamente existía relación de dependencia entre las partes del contrato.

Es entonces que resulta menester detenerse y preguntarse cuál es efectivamente la realidad con respecto a esta figura contractual, si es una relación laboral con todos sus caracteres, o si por el otro lado se trata de una manipulación por parte de diferentes auxiliares del derecho para hacer lograr crear una situación fácticamente inexacta que se adecúe a la perfección para la situación de cliente en pos de obtener dinero.

Podemos adelantar que la respuesta puede sintetizarse en una simple expresión: depende de la situación.

Cierto es que la doctrina especializada se ha visto dividida entre aquellos autores provenientes del derecho civil que bregan por la aplicación esencial del contrato de locación de servicios como una figura netamente proveniente del derecho de los contratos y que dista diáfanamente

(*) 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.

de una relación de dependencia, mientras que, por el otro lado, aquellos que centran su práctica en el derecho del trabajo consideran que esta figura contractual es un instrumento ideal para fomentar la comisión de fraude, ocultando una relación de trabajo bajo un halo de protección proveniente de una rama del derecho total y completamente distinta con el solo hecho de desentenderse de las obligaciones patronales que recaen sobre sus hombros.

Resulta claro que no somos ajenos a la realidad y de la simple práctica podemos encontrarnos con situaciones que se ajustan a estas dos posturas a la perfección; no puede ni debe soslayarse que se ha utilizado en innumerables casos la figura del contrato de locación de servicios como instrumento de fraude, pero cierto es también que se ha forzado la interpretación de dichos instrumentos privados con el solo fin de adecuarlos de cualquier manera posible para que cuadre dentro de los supuestos de una relación de dependencia.

Es entonces que centraremos el presente trabajo en realizar un análisis pormenorizado de los elementos típicos de cada una de estas situaciones y los antecedentes jurisprudenciales emanados de los tribunales a los fines de dilucidar cuando podemos efectivamente considerar que nos encontramos ante una relación de índole laboral, y cuando se trata de un simple reclamo inescrupuloso.

II. La locación de servicios como modalidad de contratación de personal tercerizado. La creciente tendencia a su utilización como medio de fraude laboral y la presunción de dependencia

A los fines didácticos del presente trabajo, es necesario detenerse y preguntarse de qué se tratan los contratos de locación de servicios.

La clásica figura proveniente del derecho de los contratos busca establecer un vínculo entre partes donde una persona realiza una determinada prestación a cambio de una contraprestación dineraria, mientras que la parte contratante debe abonar el canon pactado por el servicio requerido.

Esta relación se perfecciona a través de la suscripción de un instrumento, en la mayor parte de los casos, privado, y luego comienza su ejecución.

Claro está que el prestador del servicio habrá de entregar contra el pago del canon pactado la correspondiente factura de acuerdo con las normativas impositivas del país.

Usualmente las compañías recurren a estas prácticas a los fines de delegar determinadas tareas en personal idóneo que no requiere una contratación directa y una prestación de tareas diaria con la compañía, como puede ser el caso de los profesionales como contadores, abogados, entre otros.

Resulta entonces evidente que la naturaleza de los contratos de locación de servicios dista mucho de una relación laboral tradicional, quedando las facultades de organización en cabeza del prestador del servicio, pudiendo este trabajar de la manera que desee.

Ahora bien, en numerosos casos, este límite se ve cada vez más delgado debido a las situaciones fácticas de la contratación.

Cierto es que en numerosos casos las compañías apuntan a la contratación del personal a través de esta figura, exigiendo la inscripción del trabajador en los organismos tributarios correspondientes — usualmente acudiendo en Argentina a la figura del Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes comúnmente conocido como "monotributo" — y que este, a pesar de encontrarse trabajando bajo expresas órdenes del contratante, existiendo entre ellos claramente los tres tipos de dependencia — económica, técnica y jurídica — necesarios para inferir la existencia de una relación de trabajo que se adecúe a las normas laborales y que acude a otras figuras con la sola intención de evadir responsabilidades y obligaciones patronales que resultan inherentes a tal condición, como es el pago de aportes y contribuciones a los sistemas y organismos de la Seguridad Social, pago de obra social, pago de primas de aseguradoras de riesgos del trabajo, etc.

Ahora bien, recurriendo a la impecable pluma de nuestro maestro Claudio A. Aquino, hemos

de preguntarnos cuales son los elementos tipificantes de los contratos de locación de servicios que los diferencien de las relaciones sometidas a la normativa de índole laboral, considerando este: "tangible e indubitada también es aquella doctrina que fuera pergeñada a partir del art. 1623 del Código de Vélez Sarsfield cuando definiera la locación de servicios como un contrato consensual bajo caracteres distintivos que recaen sobre: (i) la consensualidad; (ii) la bilateralidad; (iii) la onerosidad; (iv) el extremo conmutativo y no formal; (v) la tipicidad; (vi) la prestación *intuitu personae*; y (vii) el desarrollo del tracto sucesivo" **(1)**.

Destaca asimismo el jurista: "[T]ampoco debe omitirse en el marco del presente comentario que el antiguo art. 1198 del Cód. Civil de Vélez Sarsfield, cuya réplica conceptual se halla receptada en los arts. 961 y 1061 del Cód. Civ. y Com., acoge nítidamente el principio de buena fe en los nexos contractuales, declamando que aquellos deben ser celebrados, interpretados y ejecutados de buena fe, imponiendo cargas obligacionales que exorbitan lo formalmente expresado y con extensión sobre las consecuencias expectables comprendidas en los vínculos, mensurando los alcances en que razonablemente se obliga un contratante que debe conducirse y actuar con cuidado y previsión" **(2)**.

Ahora bien, cierto también resulta que nuestra Ley de Contrato de Trabajo posee herramientas destinadas a evitar el abuso de estas herramientas contractuales provenientes del derecho civil para que, en los casos en los que se tratare de una relación de dependencia encubierta, quitar este velo y exponerlas como lo que realmente son. Nos encontramos hablando de la presunción contenida en el art. 23, LCT.

En lo que atañe a la explicación de la presunción establecida por el citado cuerpo legal, hemos de remitirnos a un trabajo de nuestra autoría titulado "Régimen legal de pasantías. Su aplicación en la práctica y su incidencia en los contratos de trabajo emanados de ellas" —publicado en la Revista Derecho del Trabajo, Año LXXX, Número 1, Febrero 2020, 67-68— en donde, auxiliados por los trabajos de maestros del derecho como Adrián Goldin, podemos concluir que se esta presunción "determina la prevalencia en los hechos del contrato de trabajo (beneficiario de la presunción) sobre otros contratos afines como los de ejecución de obra, arrendamiento de servicios, transporte, etc., y contribuyó al proceso expansivo del derecho del trabajo habilitando la inclusión en su ámbito del trabajo agrícola, los servicios, las profesiones liberales, los artistas y deportistas, etcétera" **(3)**.

En suma, y acudiendo al trabajo previamente citado cuya autoría nos pertenece: "[L]a aplicación de la presunción prevista por el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo no importa, *per se*, laboralidad, sino que la dependencia puede ser excluida en los casos en los que se reúnan los recaudos y solemnidades previstos por la norma para la existencia de una contratación legítima que no vincule laboralmente a las partes, pero en caso de inexistencia de esos requisitos o bien, el forzamiento de las figuras contractuales para que encaje a cualquier costo dentro de las condiciones laborales que unen a las partes, hace pasible al contrato de ser, mínimamente, visto con recelo y que la aplicación de la presunción prevista por el art. 23 de la LCT sea inminente" **(4)**.

A la postre, podemos entonces concluir que no toda relación contractual de locación de servicios ha de ser contemplada dentro de esta presunción sino que el juzgador ha de centrarse primeramente en dilucidar si se cumplen con los requisitos formales para considerar que se trata de un arrendamiento de servicios o si por el otro lado es un fraude.

Valiéndonos de las palabras del eximio jurista Ricardo Cornaglia, podemos sostener: "Tanto la locación de servicios, como el contrato de trabajo, son instrumentos jurídicos útiles a la legitimación del trabajo ajeno pero lo que distingue a una de otra figura contractual es el tipo de vínculo que une a las partes. Cuando el vín-

(1) AQUINO Claudio Alberto, "La relación de dependencia laboral a la luz del principio de Buena fe y los valores presuncionales", AR/DOC/3934/2019.

(2) Ibidem.

(3) GOLDIN Adrián, "El fraude laboral y los contratos afines", La Ley 22/09/2011, 1.

(4) SFEIR, Santiago Luis, "Régimen legal de pasantías. Su aplicación en la práctica y su incidencia en los contratos de trabajo emanados de ellas", DT 2020 (febrero), 63.

culo denota subordinación o dependencia por parte del dado de trabajo en su relación con el apropiador, nos encontramos con la figura del contrato de trabajo. Cuando la relación vincular es igualitaria entre las partes o se vuelca a favor de una denominación ejercida por el dador de las tareas, nos encontramos con la locación de servicios. La primer figura desplaza a la segunda porque la legislación social otorgó una especial protección a una categoría de trabajadores, los asalariados, por su condición de indefensión y desposesión dentro de la sociedad. En distintas actividades suele ser condición para el ingreso al trabajo, la firma de un contrato de locación de servicios, con todas las características de un contrato de adhesión. Pero ocurre en la mayoría de los casos, que dicha contratación simula una relación de trabajo dependiente" **(5)**.

Ahora bien, y a los fines didácticos, podemos reconocer que existen tres ejes fundamentales que configuran la existencia de relación de dependencia en los términos previstos por la legislación argentina:

- Dependencia técnica: aquella que se da cuando en la relación vincular, el empleador ejerce o se reserva la facultad de poder organizar las prestaciones comprometidas por el trabajador, dando indicaciones e impartiendo órdenes acerca de la forma de realizar la tarea encomendada, debiendo ser cumplida la tarea bajo tales estándares.

- Dependencia económica: consistente en el hecho de que el trabajo realizado se efectúe enteramente por cuenta ajena para el empleador y por una retribución. El que manda, a través del ejercicio de dirección otorgado por el nivel de dependencia técnica y jurídica, lo hace ya que cuenta con el poder económico que lo coloca en una situación de superioridad de hecho con relación al que obedece. Es dable destacar que la remuneración percibida tiene funciones alimentarias toda vez que el trabajador y su grupo familiar dependen de su percepción.

- Dependencia jurídica: se advierte en la facultad del empleador de organizar el trabajo y de dar órdenes a sus trabajadores a través de normativas que él mismo crea, ejerciendo el poder de dirección, adecuando las prestaciones concretas del trabajador a los fines y necesidades propias, con la obligación del trabajador de aceptar el ejercicio de dicha facultad realizando la labor bajo los estándares impuestos por la patronal.

Es así como podemos concluir en que los requisitos ineludibles para la configuración de la relación de dependencia son el elemento distintivo que lo diferencia de cualquier arrendamiento de servicios, limitando así la operatividad de la presunción de laboralidad en cada relación contractual.

Nuevamente recurriendo a la pluma de Claudio Aquino, con respecto a los requisitos de admisión de la presunción prevista por el art. 23, LCT, se puede considerar: "Consideramos ilustrativo adunar lo concerniente a los significados de aquellas premisas emanadas del paradigmático art. 23, LCT, al tiempo que genera la clásica estirpe presuncional demostrativa de la existencia de una relación de trabajo en grado de subordinación y que amerita la inserción del protectorio en el campo del derecho del trabajo. [...] Es así entonces que la reseña de los antecedentes fácticos y jurídicos reunidos en el pronunciamiento bajo comentario, en consonancia con la literalidad y la teleología de la norma consignada, permite adentrarnos en lo siguiente: 1. La palabra "circunstancia" revela una condición o característica esencial que se vincula con el tiempo, el modo, el lugar y las personas y que, precisamente, rodea a dicha persona o cosa influyendo en el caso y en los hechos relacionados con ellas (...) 2. Por su lado, las denominadas "relaciones" disparan la conexión entre dos o más extremos y/o cosas, a fin de brindar un tratamiento homogéneo entre personas o entidades fácticas y con correlatos jurídicos (vocablo latino rotulado *relatio*). 3. Por último, las "causas" direccionan su perfilamiento hacia lo que se debe a la ocurrencia de otra cosa. Se alude a los motivos o razones para obrar en forma cierta y determinada, constituyendo el fundamento,

(5) CORNAGLIA, Ricardo, "Contrato de trabajo versus locación de servicios. Un conflicto propio de las profesiones liberales", Revista Doctrina Laboral, diciembre 2002, año XVIII, tomo XVI, Nro. 208, Ed. Errepar, 1016.

origen o motivo de algo, particularmente traducido en el obrar" **(6)**.

De tal modo, mientras no se encuentren reunidos los recaudos previstos para la operatividad de la presunción de dependencia, esta no puede ni debe ser operativa.

III. Antecedentes jurisprudenciales sobre el tema. Opiniones emanadas de los tribunales argentinos

En lo atinente a la discusión que motivó el presente trabajo, la jurisprudencia se ha pronunciado en numerosos casos y de las formas más variadas.

Es necesario reconocer que en su mayoría los pronunciamientos han sido tendientes a reconocer la dependencia de los trabajadores, pero ciertos otros han llegado para patear el tablero en cuanto a esta cuestión funcionando como una suerte de muro de contención para la presunción del art. 23, LCT.

Es necesario en este punto realizar una cita a los precedentes conocidos como "Bertola" (del año 2003) y "Cairone" (del año 2015), ambos dirimidos por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en donde, con total acierto según nuestro punto de vista, se ha hecho lugar a las peticiones debido a la existencia de relación de dependencia entre los accionantes —ambos profesionales de la salud— y el Hospital Británico de Buenos Aires y Hospital Italiano, respectivamente.

Estos paradigmáticos casos han sido una suerte de estandarte que pregona la aplicación del art. 23 de la LCT, específicamente en los casos donde se trata de profesionales que podrían ejercer su actividad de manera autónoma o liberal, como bien destacara Cornaglia líneas más arriba.

Resulta interesante remitirse al voto del Ministro Lorenzetti donde este destaca ciertos elementos que dan contundencia a los elementos tipificantes de la relación de dependencia, haciendo referencia a los tres aspectos fundamentales: el aspecto jurídico, económico y técnico.

Destaca asimismo: "En el contrato laboral se trabaja por cuenta ajena porque el beneficio que genera la actividad va al empresario y no al trabajador. Se sigue de ello la ajenidad de riesgos, que al contrario de la locación (art. 1630 del Código Civil), son asumidos por el patrono. El trabajador percibe una retribución, con independencia de que el empleador gane o pierda en su actividad" **(7)**.

Continúa considerando: "El control existe en una serie de contratos de colaboración, porque quien no puede hacer algo por sí mismo, lo delega en otro y lo controla. En los vínculos de colaboración autónomos hay una intromisión o injerencia del titular del interés sobre quien realiza la colaboración y está destinada a precisar el objeto del encargo. Dicha injerencia es distinta de la dependencia laboral, ya que esta última no se limita al objeto del encargo pues alcanza al elemento personal, al trabajador, que está jurídicamente subordinado... El dependiente está sometido al poder de dirección del empleador, se pone a disposición de sus requerimientos, a una dirección ajena, y en ese sentido es heterónomo. Este último puede diseñar el modo de prestación con referencia a los horarios, lugar, medios técnicos a utilizar, ordenar la demanda y el sentido de fijar su ritmo" **(8)**.

Es así como estos precedentes se han mantenido prácticamente impolutos hasta que llegado el mes de mayo del año 2018 nuevamente nuestro máximo tribunal se pronunció en el caso "Rica Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros s/ Despido", donde sorpresivamente —y generando gran revuelo y polémica en el ámbito del derecho del trabajo— revocó la sentencia emitida por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo desechando la relación de dependencia habida entre las partes.

Ahora bien, realizando un análisis pormenorizado del citado precedente, podemos destacar que el accionante Rica era miembro de la Asociación de Médicos y Profesionales del Hospital

(6) AQUINO, Claudio Alberto, "La ponderación de las pruebas y el principio de razonabilidad", AR/DOC/652/2020.

(7) CS, "Cairone c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires", Fallo 338:53 (2015)

(8) Ibidem.

Alemán (AMPHA), y que dicha entidad, había redactado una serie de normas denominadas "Guía de la Actividad del Cuerpo Profesional del Hospital Alemán", regulando las relaciones de los médicos con los asociados del nosocomio.

No puede ni debe omitirse que en dicho caso, esta asociación profesional tenía injerencia directa dentro del hospital, especialmente en la toma de decisiones sobre que profesionales podían ser admitidos en el establecimiento, como debían ser llevadas adelante las prácticas médicas, y finalmente, como debían ser distribuidos los honorarios.

Es entonces que podemos concluir que, haciendo uso de las palabras de la CS, tribunal sentenciante del caso, la guía elaborada por AMPHA dispone que la elección de los médicos que han de ser contratados por el hospital lo serán con base en una elección conjunta entre AMPHA y la dirigencia del Hospital Alemán; sumado a ello, la referida guía enumera disposiciones respecto de cómo deben cumplirse las tareas asistenciales de los médicos; y, finalmente, que esta guía dispone que los profesionales solo han de percibir honorarios por los servicios efectivamente prestados, y que, ellos mismos pueden fijar el quantum de la contraprestacion.

En suma, y como fuera debidamente expuesto *ut supra*, no se encontraban dados los tres supuestos de dependencia que configuran la relación o contrato de trabajo toda vez que el Rica contaba con facultades técnicas y jurídicas —a través de la asociación que integraba— de regular su trabajo de la manera que desee, además de contar con una total independencia económica al momento de cobrar por las prestaciones que realizara.

Es entonces que podemos concluir que, a pesar de polémico, el decisorio del tribunal cimero encontraba sustento en los mismos caracteres que se han aplicado para conceder y convalidar la existencia de relación de dependencia en los casos "Bertola" y "Cairone", concluyendo entonces que las circunstancias fácticas en el caso Rica y los medios de prueba ofrecidos en el proceso no acompañaron la pretensión del actor.

Finalmente, y concluyendo con los decisorios emanados de nuestra Corte Federal, encontramos en el mes de noviembre del año 2019 con el precedente "Zechner Evelina Margarita c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ despido" donde, con una postura adecuada a la doctrina del fallo "Rica", se procedió a revocar la sentencia condenatoria de la accionada debido a la independencia técnica, jurídica, y económica con la que contaba la actora.

Fundan esta decisión en que Zechner solamente arrendaba un consultorio en el nosocomio, percibía sus pagos contra entrega de facturas que no eran correlativas y de montos oscilantes mes a mes, y la existencia de una práctica profesional independiente con la consiguiente falta de exclusividad, como mínimo, pone en jaque la pretensión.

Ahora bien, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se ha expedido en este mismo sentido dictando recientes resolutorios los cuales pasamos a exponer.

En primer lugar, en fecha 20 de julio del corriente 2020 vio la luz el precedente "Gómez Mata, María Sol c/ instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados" en donde la Sala V de la Alzada decide revocar el resolutorio de primera instancia que rechazaba la acción, fundando su decisorio en que, según lo que surge de las pruebas aportadas, la prestación de la actora constituyó uno de los medios personales que la demandada organizó y dirigió para el logro de su actividad.

La existencia de esta circunstancia trajo aparejada la aplicación de la presunción prevista por el art. 23 LCT y la consecuente convalidación de la dependencia.

Seguidamente, en el mes de agosto de 2020 se pronunció la Sala II de la misma Cámara en el caso "Isacco Paola Alejandra c/ Emerger SRL y otro s/ despido" en donde, con similares opiniones al precitado fallo, los magistrados decidieron confirmar la sentencia que condenaba a los accionados.

Finalmente, y dando un cierre a este *raccon-to* jurisprudencial, hemos de nuevamente citar a la Sala II en donde, en fecha 13 de octubre de 2020 en el caso "Iraizoz Juan Fermín c/ Yacimientos Mineros de Agua Dionisio s/ despido",

convalidan la condena de la accionada debido a la existencia de los presupuestos mínimos de la relación de dependencia entre un asesor de presidencia de la compañía accionada, profesional laboral, que prestaba tareas de manera normal y habitual en las oficinas de la firma todos los días y cuya remuneración era abonada contrala entrega de facturas correlativas.

En síntesis, la gran cantidad de precedentes y las numerosas posturas asumidas que dependen de las circunstancias específicas del caso han venido a dar una suerte de zanjamiento a la cuestión objeto del presente.

IV. Consideraciones finales. ¿La locación de servicios es efectivamente una relación de trabajo encubierta?

Como colofón, hemos de reconocer que a pesar de la pluralidad de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales con respecto a la temática que nos motiva, la respuesta definitiva está lejos de ser encontrada.

No obstante ello, es necesario destacar que los criterios jurisprudenciales que fueran citados en el punto anterior, con especial hincapié en los casos "Rica" y "Zechner" han venido a delimitar y dar solidez a los requisitos necesarios para la configuración de la relación de dependencia.

La necesidad de acreditar los presupuestos mínimos de operatividad de la presunción del art. 23, LCT, permite realizar una suerte de saneamiento entre los casos que tratan de un legítimo reclamo promovido con base en un notorio fraude laboral que viola el orden público y perjudica abiertamente los derechos de los trabajadores, y aquellos que se trata de un abuso por parte de los supuestos trabajadores con la sola intención de enriquecerse a costillas de un sujeto que sabe que no es su empleador.

Es así como podemos nuevamente manifestar que el enfrentamiento entre los contratos de locación de servicios y a las relaciones de dependencia encubiertas será derimido dependiendo de las circunstancias fácticas y probatorias de cada caso, siendo separados unos de otros por una delgada línea marcada por la subordinación técnica, jurídica, y económica.

V. Bibliografía

V.1. Referencias

AQUINO, Claudio Alberto, "La relación de dependencia laboral a la luz del principio de Buena fe y los valores presuncionales", AR/ DOC/3934/2019.

AQUINO, Claudio Alberto, "La ponderación de las pruebas y el principio de razonabilidad",AR/ DOC/652/2020.

CORNAGLIA, Ricardo, "Contrato de trabajo versus locación de servicios. Un conflicto propio de las profesiones liberales", Revista Doctrina Laboral, diciembre 2002, año XVIII, tomo XVI, Nro. 208, Ed. Errepar, 1016.

CS, "Cairone c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires", Fallo 338:53 (2015).

GOLDIN, Adrián, "El fraude laboral y los contratos afines", LA LEY 2011-E, 1018.

SFEIR, Santiago Luis, "Régimen legal de pasantías. Su aplicación en la práctica y su incidencia en los contratos de trabajo emanados de ellas", DT 2020 (febrero), 63.

V.2. Bibliografía general de consulta

AQUINO, Claudio Alberto, "La relación de dependencia y la locación de servicios. Los tradicionales adversarios en la fractura jurídica y social", Cita Online IUSDC285873A.

BARCIELA, Gonzalo, "Orden público de protección y libertad contractual. La causa errante en la contratación de los profesionales de la salud a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Cita Online RC D 3234/2020.

PEREZ DEL VISO, Adela, "La ley 20.744 y la relación de subordinación como presunción hominis. Desde el Dr. Centeno hasta la casuística", Cita Online MJ-DOC-14939-AR/ MJD14939.

V.3. Jurisprudencia

CS, "Cairone c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires", Fallo 338:53 (2015).

CS, "Bertola c/ Hospital Británico de Buenos Aires", Fallo 326:3043 (2003).

CS, "Rica Carlos Martín c/ Hospital Alemán y otros", Fallo CSJ5/2014(50-R)/CSI, (2018).

CS, "Zechner Evelina Margarita c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno", Fallo 342:1921, (2019).

CNTrab., sala II, "Isacco, Paola Alejandra c/ Emerger S.R.L.", 31/08/2020.

CNTrab., sala II, "Iraizoz, Juan Fermín c/ Yacimientos Mineros de Agua Dionisio", 13/10/2020.

CNTrab., sala V, "Gómez Mata, María Sol c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 20/07/2020.

Comentarios Jurisprudenciales

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Servicio penitenciario. Provincia de Buenos Aires. Doctrina de la Corte Suprema referida al personal policial. Aplicabilidad. Disidencia.

Con nota de Alberto J. Maza y Bernabé L. Sánchez

1. — En relación con la existencia o no del derecho de sindicación de los agentes policiales y del servicio penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, a los que la entidad peticionaria pretende representar, la ley 13.982 —reglamentada por el dec. 1050/2009— veda el participar en actividades de tipo gremial. En sentido similar, el dec.-ley 9578/1980 dispone que los agentes del servicio penitenciario bonaerense tienen prohibido "Formular peticiones, quejas o reclamos en forma colectiva" (art. 47) circunstancia esta última que, de configurarse, puede dar lugar a una sanción (arts. 92 y 94).

2. — Las disposiciones legales que tiene en claro fin de preservar la disciplina interna, prohíben las quejas o los reclamos grupales no debe verse como un obstáculo decisivo para que el personal policial y penitenciario pueda crear una asociación que, respetando la disciplina interna, cumpla un rol significativo en la defensa y promoción de los de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de ese colectivo de trabajadores, máxime cuando no se desprende la existencia de disposición legal alguna que en forma expresa le prohíba al personal policial y penitenciario de dicha provincia asociarse con fines gremiales. (del voto en disidencia del doctor Maqueda según su disidencia en "Sindicato Policial Buenos Aires", Fallos: 340:437, AR/JUR/8443/2017, a la cual remite).

3. — El derecho de la demandante a ser reconocida como organización sindical resulta de la aplicación directa del art. 14 bis, primer párrafo in fine, de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria intermediación normativa alguna sino la mera inscripción en un registro especial (del voto en disidencia del Dr. Rosatti según su disidencia en "Sindicato Policial Buenos Aires", Fallos: 340:437, AR/JUR/8443/2017, a la cual remite).

CS, 22/04/2021. - Sindicato de Policías y Penitenciarios de la Provincia de Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ley de asociaciones sindicales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11850/2021]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

DERECHO A CONSTITUIRSE EN UNA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Miembros de la fuerza policial. Policía de la Provincia de Buenos Aires. Interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Constitucionalidad de la legislación provincial que prohíbe el ejercicio de derechos sindicales. Disidencia. Libertad de asociación. Alcance. Exigencia de reglamentación por ley.

Con nota de Alberto J. Maza y Bernabé L. Sánchez

1. — La fuerza policial —en el caso, la policía de la provincia de Buenos Aires— no tiene un derecho colectivo a constituirse en una organización sindical, pues el Congreso de la Nación, representante democrático de la voluntad popular, de modo uniforme impidió, mediante reservas a los convenios internacionales y la sanción de las leyes 21.625 y 26.884, la sindicalización de la Policía Federal, porque siempre entendió que los Convencionales de 1957, al sancionar el art. 14 bis de la Constitución Nacional, no consagraron en modo alguno tal derecho a los miembros de la policía.

2. — Los miembros de la policía no tienen un derecho constitucional a constituir un sindicato, pues la manera en que el art. 14 bis fue introducido en la Constitución Nacional por la reforma de 1957 y el proceder uniforme e inequívoco del Estado durante más de 70 años y hasta el día de hoy, congruente con la regulación a nivel internacional en los Convenios de la OIT y la opinión de los organismos especializados, son consideraciones que, en conjunto, muestran esta conclusión, ello más allá del mérito político del reclamo, de la opinión personal que se tenga al respecto o del cambio de convicciones que la sociedad pueda experimentar acerca de qué sería deseable.

3. — Si bien el derecho de los miembros de la policía a sindicalizarse fue reconocido por el art. 8º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 8º del Protocolo de San Salvador, estas normas condicionaron el derecho a que los Estados signatarios de los tratados en cuestión no hubiesen adoptado medidas restrictivas al respecto —arts. 80, inc. 2 del PIDESC; 22, inc. 2 del PIDCP; 8º, inc. 2 del Protocolo de San Sal-

vador— o no prohibiesen la sindicalización —art. 16, incs. 2 y 3 de la CADH—.

4. — La restricción o la prohibición de la sindicalización de los miembros de las fuerzas de policías provinciales es constitucionalmente admisible si ella es dispuesta por una ley local, tal como es el caso de la ley 13.982 de la provincia de Buenos Aires y su dec. reglamentario Nº 1050/09.

5. — Aun cuando la normativa nacional y local determina que la asociación profesional de policías tiene vedado el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga, y que debe atenerse a ciertas pautas restrictivas para ejercer el derecho de convocar a reuniones o manifestaciones, ello no debe verse como un obstáculo decisivo para que la asociación pueda cumplir un rol significativo en la defensa y promoción de los derechos e intereses profesionales, económicos y sociales de ese colectivo de trabajadores (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

6. — El derecho de la demandante a ser reconocida como organización sindical resulta de la aplicación directa del art. 14 bis, primer párrafo in fine, de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria intermediación normativa alguna sino la mera inscripción en un registro especial (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

7. — El hecho de que la organización de las fuerzas de seguridad sea jerárquica y vertical no resulta un factor inhibitorio de la sindicación ni contradictorio con la deliberación democrática y participativa que debe preceder a las decisiones y guiar la acción gremial, pues la jerarquía es propia de toda organización burocrática, sea ésta militar, de seguridad o de otro tipo; y porque la deliberación democrática interna en materia gremial no impide que el resultado de esa deliberación se vea plasmado en reivindicaciones unificadas, tal como es de práctica en la realidad del mundo del trabajo (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

8. — El análisis de la normativa de la provincia de Buenos Aires en relación con los derechos de las fuerzas policiales a constituirse en sindicatos permite concluir que ese derecho no se encuentra prohibido por una ley en sentido formal, en los términos del art. 8º del Protocolo de San Salvador —aunque sí lo está por el dec. reglamentario 1050/09—, y si ella existiera, devendría inconstitucional por violación del art. 14 bis de la Carta Magna (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

9. — El ejercicio del derecho de asociación de las fuerzas policiales no puede encuadrarse dentro de los impedimentos establecidos en el art. 12, inc. e), de la ley de la provincia de Buenos Aires Nº 13.982 que establece que el personal tendrá, entre otras prohibiciones, la de desarrollar actividades lucrativas o de cualquier otro tipo, incompatibles con el desempeño de las funciones policiales (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

10. — La sindicalización no se agota con el ejercicio de los tres derechos constitucionalmente reconocidos por el art. 14 bis, susceptibles de reglamentación por ley, como concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje y el derecho de huelga, sino que abarca un amplio abanico de reivindicaciones factibles de ser ejercitadas democráticamente en un marco de participación y tolerancia (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 11/04/2017. - Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8443/2017]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la constitucionalidad de la Ley de la Provincia de Buenos Aires 13.982.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

Sindicalización de la fuerza policial

Alberto J. Maza (*)
Bernabé L. Sánchez (**)

El tema referido a la posible sindicalización de la policía resulta controvertido en la opinión pública, la doctrina y la jurisprudencia. En esta última, un fallo de la Corte Suprema del 11 de abril de 2017, "Recuso de hecho en la causa Sindicato Policial Buenos Aires c /Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" (CSJ 909/2010, (46-S)/CS1) considero denegada esta posibilidad por mayoría, con fundamento en el art. 14 *bis* de CN, normas internacionales y de orden local.

La minoría en ese fallo sin embargo, reconoció paradójicamente, con similares fuentes y fundamentos, el derecho a sindicalizarse de las fuerzas policiales con argumentos que en este comentario, en general, habrán de compartirse.

No dejan de sorprender las argumentaciones del fallo, desde que con base en casi idénticas fuentes y fundamentos se llega, por mayoría a una conclusión y por minoría a la contraria.

En efecto tanto la mayoría como la minoría se valen del art 14 *bis* de la CN y de pactos internacionales como los Convenios OIT 87 y 98 o PIDESC, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, atribuyendo a estos distintos alcances.

Ello especialmente en cuanto todos los votos coinciden en que los derechos sindicales del personal policial están admitidos en principio en esas normas, pero pueden ser excluidos expresamente por los estados, aunque solo mediante leyes.

Y aquí la gran diferencia en las interpretaciones. Mientras la mayoría admite que la exclusión pueda efectuarse por vía de una disposición que, aunque emanada del Estado no sea una ley en sentido formal, la minoría recuerda que el art. 30 de la Convención Americana, requiere para estos menesteres una norma del Poder Legislativo democráticamente elegido, y promulgada por el Poder Ejecutivo, al igual que el Protocolo de San Salvador, que también requiere que las restricciones a las que se ha referencia, se materialicen en leyes en sentido formal.

Asimismo, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es objeto de los Estados, garantizar el derecho de asociación y derechos sindicales del personal policial.

Lo cierto es que no hay ley restrictiva alguna en la provincia de Buenos Aires, lo que da razón a la posición minoritaria del fallo

Una de las cuestiones que siempre se plantean respecto de este tema es el de la especial subordinación con que se organizan las fuerzas policiales para cumplir su especial cometido.

Sin embargo esto no parece ser un inconveniente insalvable para la acción gremial en sede policial.

En primer lugar, debemos resaltar que el hecho de que se desempeñen en tareas de seguridad no desvirtúa la calidad de trabajadores de los policías; más aún, lo resuelto en el fallo precedente, viola la garantía constitucional de igualdad consagrada en el art. 16 de nuestra Carta Magna.

(*) Exprofesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las Carreras de Abogacía y Ciencias Económicas de la UNLPam. Exjuez de la Cámara de Apelaciones de La Pampa.

(**) Abogado (UNL). Posgrado de especialización en Gestión Estratégica de los Recursos Humanos (Universidad de San Andrés). Posgrado en Especialización en Derecho del Trabajo (UCA). Profesor titular de la Universidad Nacional de La Pampa, en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en las carreras de Ciencias Económicas y Abogacía.

A poco que se analice la cuestión, es claro que todo trabajador está sujeto a una mayor o menor subordinación.

La presente subordinación se cristaliza en subordinación técnica, en donde el trabajador hace el aporte de brindar su fuerza creativa; en subordinación jurídica en donde el trabajador se somete al cumplimiento de órdenes, instrucciones, y cumplimiento de deberes de fidelidad y colaboración, que provienen de los poderes de dirección, organización y disciplinario del superior; en subordinación económica atento que el hecho de que el trabajador coloque su capacidad de trabajo a disposición del superior, genera el derecho a recibir una contraprestación económica; y por último existe una dependencia jerárquica, más en este caso en particular, atento a que el trabajador, que en este caso desempeña una actividad como policía, está sometido a las órdenes e instrucciones que imparta el superior, en función de la atribución de este de disponer la organización y dirección de la fuerza a través de los recursos humanos y de los medios técnicos y organizativos.

Ello no es óbice para la sindicalización de los trabajadores, en general, y del ejercicio de los derechos derivados de ello, como la negociación colectiva o la huelga, instituciones que la mayoría refiere como cuestiones insalvables.

Podría pensarse que la función sindical en el ámbito policial afectaría la relación jerárquica allí tan necesaria, e incluso fomentar la insubordinación. Muy por el contrario, se trata de un temor infundado, y, según como se vea, podría evitar conflictos y hasta encausarlos por una vía en que las jerarquías no se vean amenazadas, y podría decirse, al contrario, que justamente la acción gremial en ese ámbito ayudaría a la correcta conducción de un cuerpo jerárquico como es la Policía.

La sindicalización, tanto en el ámbito laboral común como en el policial no afecta a la debida subordinación. Adviértase que los reclamos en el ámbito de las fuerzas de seguridad, que pueden efectuar los agentes vía sindicato, no tendrían como sujeto pasivo a la autoridad policial (superior jerárquico) sino que en general se trata de reclamos laborales ante la autoridad política, que es la que dispone vía ley o reglamento, sobre la discutidas normas de trabajo, de manera que la entidad gremial permitiría la canalización de los reclamos sin que se altere lo sustancial de la relación disciplinaria y subordinada que supone la función policial.

Partiendo de la premisa de que la relación jurídica en este caso, entre empleador y trabajador no guarda equilibrio, y por ende, una de ellas está en inferioridad de condiciones respecto de la otra, por medio de la sindicalización se encontraría un equilibrio a través de la protección especial que se le brinda a la parte más débil, es decir al trabajador policial.

No debemos perder de vista que una de las características del derecho del trabajo, es la posibilidad de que las partes se den sus propias normas a través de la negociación colectiva, esta herramienta se encuentra vedada al trabajador policial, situación que podría subsanarse por medio de normas a nivel local.

Desde el ámbito constitucional, los agentes policiales, son trabajadores en el más estricto de los sentidos. Como tales les caben las previsiones del art. 14 *bis* de la CN, entre otras la que dispone que su trabajo goza de la protección de las leyes que aseguran al trabajador: organización libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Podría preguntarse respecto de la inclusión plena de estos trabajadores en la norma constitucional, porque es que gozan de otros derechos de igual fuente, como condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada, descanso y vacaciones pagadas, retribución justa, salario mínimo, protección contra el despido arbitrario, estabilidad en el empleo público, y se les deniega o cuestiona el derecho a la sindicalización, sin ningún fundamento realmente convincente.

No es el caso tampoco, de asimiliar sin más al personal policial en su totalidad con aquellos funcionarios públicos que, en razón de ejercer parte de la autoridad están excluidos de algunos derechos colectivos como la huelga. Por esta razón podría contemplarse la posibilidad de distinguir entre oficiales y suboficiales y tropa, reservando solo a estos dos últimos la posibilidad de agremiación y con las reservas que

en este trabajo se hacen, también, el derecho de huelga.

De esta manera, se evitaría que el trabajador policial tenga vedado el ejercicio de los derechos de negociación colectiva, y podría —por medio de dicha asociación— cumplir un rol significativo en la promoción y defensa de los derechos e intereses de ese colectivo de trabajadores.

Si acudimos a las normas internacionales, estas no implican tampoco obstáculo alguno a la actividad gremial en ámbito policial, ya que ninguna prohíbe expresamente este derecho colectivo comprensivo de la libertad sindical, al que tienen derecho todos los trabajadores subordinados, limitándose en todo caso a prevenir a los estados que adhieran a sus disposiciones, que sean tan solo cautelosos y prudentes en lo referido a la inclusión del personal policial a las actividades sindicales.

El no estar expresamente prohibido, no debe interpretarse como que el silencio normativo implica una negación del derecho, sino en todo caso que se trata de una facultad que puede ser implícitamente reconocida.

Interpretar que se trata de una prohibición, niega en realidad el principio de igualdad (Convenio 154 OIT) ya que restringe la concesión de ese derecho a parte de la población trabajadora.

El art. 9° del Convenio 87 OIT no descarta el supuesto en análisis. Según este, la legislación nacional —sin negar la agremiación— tan solo debe determinar hasta qué punto se aplicaran a la policía las normas referidas a la acción gremial y las garantías del Convenio.

El Convenio 98 OIT por su parte, requiere únicamente "discreción" para resolver sobre el tema, lo que no significa tampoco, negar el derecho. Podría, tal vez, implicar cierta precaución en cuanto a los derechos emergentes como el derecho de huelga, el que podría encontrar su cauce a través de la aplicación del concepto de "servicios esenciales", pero siempre, sin negar de plano, uno de los derechos fundamentales del derecho colectivo.

La tradición legislativa, tampoco niega o sanciona con falta de reconocimiento a este derecho.

Los pactos internacionales con jerarquía constitucional como San José de Costa Rica, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puede decirse que aunque con ciertos recaudos precaucionales, en realidad no prohíben, sino que admiten, la aplicación prudencial de la actividad gremial de las fuerzas policiales. La precaución que aconsejan tampoco es sinónimo de prohibición.

De lo expuesto y de lo que surge del art. 14 *bis* de la CN, resulta que la regla es la libertad de asociación (ver voto del Dr. Maqueda en fallo *ut supra*) y ello no puede ser desvirtuado cuestionando el tema desde el derecho de huelga para el personal de las fuerzas de seguridad.

No hay duda de que el derecho de huelga, estrechamente emparentado con el derecho de agremiación, (sobre todo después del fallo CS "Orellano") tiene distintas connotaciones en este ámbito que en el de los trabajadores comunes, pero eso puede resolverse mediante previsiones de la misma ley.

No solo por aplicación del concepto de servicios esenciales, sino también, por ejemplo, disponiendo el no uso de armas o de uniforme durante los actos de protesta

Por otro lado, es sabido que las provincias pueden disponer sobre el empleo público provincial, lo cual ha sido admitido por el más alto tribunal de la Republica.

Al respecto en los arts. 121 y 122 de la CN, las provincias se han reservado la facultad de darse sus propias instituciones y de regirse por ellas, motivo por el cual es competencia del poder legislativo local, reglar todos los aspectos de las relaciones jurídicas en el ámbito provincial, circunstancia esta que no es ajena a la fuerza policial, que permitiría su regulación, atento que se trata de un servicio esencial para que las provincias puedan cumplir con sus propios cometidos en materia de seguridad.

Sobre el particular, la ley 13.982 de la Prov. de Bs. As., y de manera similar otras provincias, no trataron en forma específica la posibilidad de afiliarse o no, o de formar sindicatos o no, al personal policial.

Respecto de la mencionada ley resulta una destacable cuestión: en la Prov. de Bs. As, en la que aunque la ley nada dice respecto de la sindicalización del personal policial, se incorporó en el decreto reglamentario, la prohibición de actividades gremiales a los agentes de la Policía.

Dicha prohibición, en realidad no es tal. No se prohibió por ley formal 13982 (el pueblo de la provincia) sino tan solo por la voluntad del gobernador (Scioli) mediante un decreto (1050/09) en esto inconstitucional, ya que además de ser ley en sentido formal, modifica la ley que se supone que tan solo debe reglamentar.

En definitiva, no debe caerse en esta materia en el criterio simplista de que la tarea policial requiere tal orden interno de la fuerza, que impide la formación de un sindicato para su personal.

Ese sindicato, que tiene suficiente cabida tanto en la Constitución Nacional como en los convenios internacionales, al contrario, funcionaria como un elemento de orden interno y permitiría la existencia de un ámbito de discusión de condiciones de trabajo, paralelo al de la vía jerárquica profesional de la fuerza, que así no se vería afectada ni afectaría tampoco, la seguridad jurídica.

INTERMEDIACIÓN

Tareas desempeñadas por el dependiente. Rechazo de la compensación telefónica y escolar. Certificado de trabajo.

Con nota de Martín D. Petasne

1. — La empresa codemandada actuó como una mera intermediaria entre el real empleador y el dependiente —sin perjuicio de que deba responder en forma solidaria—, ya que las tareas de desarrollo de *roaming* y de MOL que efectuaba el accionante coincidían con el objeto y actividad donde prestaba servicios, siempre se desempeñó en los edificios que eran propiedad de esta e incluso recibía órdenes de personal jerárquico de esta última.

2. — Asiste razón a la codemandada cuando cuestiona la condena al pago de los rubros "compensación tarifa telefónica" y "compensación escolar", en tanto no se encuentra acreditado que el actor contara con una línea telefónica de la demandada y tuviera un hijo en edad escolar.

3. — Aun partiendo de la tesis de que los certificados fueron puestos a disposición, lo relevante es que la documental que la recurrente pretendía entregar no se ajusta a las reales circunstancias del vínculo, lo que impide tener por cumplida la obligación que establece el art. 80, LCT.

CNTrab., sala IV, 31/03/2021. - Ludueña, Javier Ignacio Federico c. Telefónica Móviles Argentina SA y otro s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/22756/2021]

Expte. n° CNT 017414/2015/CA001

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 31 de 2021.

Considerando:

La doctora *Pinto Varela* dijo:

I) Contra la sentencia de primera instancia (fs. 329/336), que admitió la demanda interpuesta, se alza la parte actora a fs. 538 y las demandadas Telefónica Móviles Argentina S.A.(en adelante Telefónica) y Connectis ICT Services S.A. (en adelante Connectis) a tenor de los memoriales obrantes a fs. 339/343 y 344/353 respectivamente, replicados a fs. 371/372 y 364/370.

II) Razones de orden metodológico me conducen a tratar conjuntamente las quejas esgrimidas por las accionadas dirigidas a cuestionar el mismo aspecto del fallo de grado, esto es, que se haya condenado solidariamente en los términos del primer párrafo del art. 29 LCT a ambas sociedades.

Ambas demandadas critican la valoración de la prueba testimonial obrante en autos. Connectis hace hincapié en que no es una mera colocadora de personal o persona interpuesta. Explica que los "servicios de IT (tecnología de información)" que brinda comprenden "no sólo el almacenamiento, seguridad y procesamiento de información (materia sensible en cualquier empresa) sino también el desarrollo de sistemas informáticos específicos y puntuales, a través de lenguajes de programación determinados" (fs.345). Telefónica destaca que aquélla demostró ser "una empresa solvente con objeto propio y desarrollo en el mercado" (fs. 340). Ambas señalan que Connectis tenía otros clientes. Asimismo, Telefónica agrega que las tareas del actor no formaban parte de la actividad especifica y propia de Telefónica. Por su parte, Connectis manifiesta que es erróneo concluir que, por realizar tareas que pueden coadyuvar al giro de Telefónica, el trabajador se convierte en empleado de ésta. Y que el hecho de prestar servicios en las oficinas de la cliente "no implica delegar la función de contralor en ésta última, en tanto las tareas eran asignadas por personal directivo de mi mandante a partir de los términos de contratación con Telefónica, siendo lógico que las órdenes diarias sean entregadas por personal de esta última, sin delegación alguna" (fs. 347/347vta.).

Adelanto que, de aceptarse mi propuesta, las quejas no pueden prosperar, pues no observo refutados los argumentos concretos que llevaron a la magistrada de grado a resolver como lo hizo, y siendo ello así, la argumentación recursiva se traduce en meras afirmaciones dogmáticas y en la mera disconformidad con la solución adoptada.

Si bien la Sra. Jueza de grado mencionó que las tareas de desarrollo de roaming y de MOL que efectuaba el accionante coincidían con el objeto y actividad de Telefónica (fs. 334, 1er párrafo), previamente consideró que Ludueña "siempre se desempeñó en los edificios que eran propiedad de Telefónica...y que incluso recibía órdenes de personal jerárquico de esta última", a la par de tener en cuenta que Connectis no precisó cuánto tiempo habría trabajado en Telefónica ni si lo hizo para otras empresas. Son estas consideraciones las que no observo refutadas en el caso.

No soslayo lo expuesto por Connectis acerca de la utilidad de prestar servicios en las oficinas de los clientes, pero lo cierto es que no probó –como explica al apelar- que las tareas del actor fueran asignadas por

personal propio, y tampoco acompañó "los términos de contratación" a los que alude.

Nótese que el único testigo que declaró a instancias de la demandada, Amschlinger (fs. 259), declaró ser empleado de Connectis pero dijo no saber qué hacía el actor (por no estar en su equipo) ni tampoco conocer quién le daba las órdenes. Incluso refirió que él mismo, cuando trabajaba en Telefónica, recibía directivas "de los jefes de Telefónica" y que "no recibía órdenes de Connectis, sino que eran órdenes administrativas nada más", pero de su testimonio tampoco surge en qué consistían éstas ni mucho menos su relevancia.

Por lo demás, comparto la valoración que hizo la Sra. Jueza de grado de los testimonios brindados por Sánchez Loria -fs. 180-, Belloti -fs. 237-, Rondina -fs. 239- (empleados de Connectis) y Anfuso -fs. 256- (empleado de Telefónica), todos propuestos por la parte actora. Así, también opino que de sus declaraciones puede extraerse que Ludueña, quien cumplía tareas en el área de sistemas del establecimiento de la codemandada Telefónica, únicamente recibía ordenes de empleados jerárquicos de dicha empresa. Incluso de las citadas declaraciones se desprende que Telefónica le otorgaba las herramientas de trabajo.

En efecto, Sanchez Loria refirió que el actor y ella "tenían como líder a Alicia Carreras y el jefe era José Luis Yunis, ellos dos respondían a la Gerencia de sistemas, de Telefónica". También expuso que "para organizar el régimen de licencia lo hablaban con Alicia Carreras y José Luis Yunis, que lo informaban oralmente y por mail" (fs. 180/181). A su vez, Belloti afirmó que "el jefe era José Luis Yunis, hacían un proyecto para Telefónica" y que ésta trabajaba para Telefónica porque era "quien repartía los recibos de sueldo de Telefónica" (fs. 237/238). Rondina expuso que "en el trabajo todos trabajaban como si fuesen de Telefónica... Que las órdenes al actor se las daba José Luis Yunis, que era de Movistar. Dice que Yunis era del area de sistemas" (239/240). Por último, Anfuso declaró que "las órdenes a Ludueña venían de jefatura, que cuando compartían jefe, José Luis Yunis y otro jefe Ricardo Sucate, que además compartían proyectos y a veces tenían que vincularse porque los sistemas tenían que vincular... Yunis y Sucate pertenecían a Telefónica... el actor era un empleado más de Telefónica porque tenía las mismas responsabilidades, obligaciones, respondía de la misma forma que el dicente y eso implicaba bajo el mando de la gerencia y de la jefatura, es decir no había una persona de Connectis que estuviese ahí bajándole tareas, que los proyectos eran de Telefónica y los encaraban como tal, que era de la misma forma, no había una diferencia de que el actor era de Connectis y el dicente de Telefónica y bajaban tareas de personas distintas, es decir compartían misma jefatura, misma gerencia, mismos objetivos y mismas responsabilidades" (fs. 256/257).

No paso por alto las impugnaciones a los testimonios mencionados, ni las observaciones efectuadas por Connectis al apelar, ni que la testigo Sanchez Loria haya afirmado tener juicio pendiente contra las demandadas; pero al margen de que ello no la inhabilita como tal -aunque sí exige analizar sus manifestaciones con mayor estrictez- (conf. arts. 386 CPCCN y 90 in fine LO), lo relevante es que no advierto en el caso razón alguna para descalificar sus dichos sobre la cuestión bajo análisis ni los de los restantes declarantes, cuando éstos se observan coherentes y suficientemente fundados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo conocimiento de los hechos sobre los cuales se expiden (esta Sala S.D.95.696 del 31/08/11 "Mitre Natalia Inés c/ Centromedica S.A. S/ despido").

En definitiva, en función de la prueba vertida en autos Connectis actuó como una mera intermediaria entre el real empleador y el dependiente.

Por ende, corresponde aplicar la regla del art. 29 apartado 1º de la LCT y considerar que la real empleadora de Ludueña fue Telefónica durante toda la relación laboral sin perjuicio de que Connectis deba responder en forma solidaria por la condena de autos, por lo cual sugiero confirmar lo decidido en grado al respecto.

III) La codemandada Connectis cuestiona la condena al pago de diferencias salariales por categoría. Anticipo que la queja no tendrá favorable andamiento en mi voto.

En primer lugar, la coaccionada critica que el actor se considerase "especialista" desde el comienzo del vínculo, pero al margen de que esto no es exacto, pues en la demanda expuso que inicialmente fue "senior consultant" y que luego fue ascendido a "principal consultant", lo que equivaldría a "especialista" (fs. 5vta.), lo cierto es que Ludueña reclamó –y se admitieron- las diferencias por categoría correspondientes a los últimos dos años de una relación laboral de casi 7, lo que echa por tierra la objeción.

En segundo lugar, la apelante manifiesta que "de la propia declaración testimonial surge la verdad de los hechos" y hace hincapié en lo declarado por Anfuso acerca de que la categoría especialista tenía rangos, tras lo cual explica que "si bien podían coexistir varios especialistas, no todos compartían el mismo rango" y, puntualmente, señala que Anfuso era un especialista de mayor rango y antigüedad que el actor. Asimismo, afirma que Rondina no mencionó al accionante como especialista pero sí a Anfuso.

Sobre esto último, cabe aclarar que Rondina no nombró al actor al enumerar a los especialistas de su propio sector -comisiones-, pero sin duda afirmó que Ludueña era especialista y dio suficiente razón de sus dichos (fs. 239/240).

Sin embargo, lo decisivo es que no observo refutados los argumentos concretos que llevaron a la magistrado de grado a resolver como lo hizo, pues la recurrente pasa por alto que aquélla tuvo en cuenta el salario de Turdo y no el de Anfuso y, siendo ello así, la argumentación recursiva no constituye una auténtica expresión de agravios en el sentido exigido por el art. 116 de la LO (ver, al respecto, fs. 279).

Cabe recordar que la expresión de agravios debe consistir en una exposición jurídica que contenga un análisis razonado y crítico de la sentencia apelada dirigida a demostrar la errónea aplicación del derecho o la injusta valoración de la prueba producida. Tal como lo ha señalado la doctrina: "la ley adjetiva requiere un análisis razonado del fallo y también la demostración de los motivos que se tienen para estimarlos erróneo, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa al apelante, no puede haber agravio que atender en la alzada, pues no existe cabal expresión de éstos" (cfr. Falcón, Enrique M. , "Código Procesal", t. II, p.266).

Por las consideraciones exxpuestas, considero que no cabe más que desestimar la queja así planteada.

IV) En cambio, he de admitir la queja de Connectis acerca del rubro "bono". Si bien la judicante de grado lo consideró procedente con el único fundamento en el "incorrecto encuadre convencional por categoría", y mas allá de que propongo mantener la decisión de admitir las diferencias salariales por la categoría pretendida, lo relevante es que no encuentro elementos objetivos que me lleven a sostener que por el hecho de ser especialista, el actor debió tener derecho al beneficio. Digo ello porque los testigos que declararon en autos manifestaron en forma harto genérica que los empleados "especialistas" de Telefónica percibían un bono, pero el informe contable sólo informa la situación de dos trabajadores (fs. 282), lo cual –reitero- no alcanza para admitir el concepto; máxime cuando no se invocó ni se acreditó el cumplimiento de los objetivos fijados para reclamar su pago.

V) Connectis también cuestiona la condena al pago de los rubros "compensación tarifa telefónica" y "compensación escolar" y a mi juicio le asiste razón, en tanto no se encuentra acreditado que el actor contara con una linea telefónica de la demandada y tuviera un hijo en edad escolar.

VI) Lo expuesto en el Considerando III respecto de las diferencias salariales por categoría, sella la suerte adversa de la queja de la codemandada Telefónica acerca de la base de cálculo y la procedencia de diferencias indemnizatorias (fs. 341/341vta.).

En cuanto al rubro "adicional por antigüedad referido en el CCT 130/75" que la Sra. Jueza de grado menciona entre los conceptos que progresan, entiendo que lo incluyó por error, en tanto no ha sido objeto de reclamo ni defirió a condena suma alguna por tal concepto.

Por lo demás, no resulta atendible la petición de dicha parte de que, para el caso de que prosperen las diferencias salariales e indemnizatorias, se considere el salario aducido en el reclamo inicial, pues al margen de que no funda su agravio, cabe señalar que el art. 56 de la L.O. faculta al juez a fallar "ultra petita" –no extra petita- y fijar el importe correcto del crédito reclamado en estas actuaciones.

VII) Sentado ello, y merced a la queja esgrimida por Connectis por la condena al pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323, he de señalar que mantendré su procedencia. Ello, porque en atención a las diferencias salariales que prosperan, la remuneración devengada es mayor a la registrada y, como más adelante se observará, se verifica la existencia de diferencias indemnizatorias.

Sin embargo, y toda vez que arriba sin cuestionar a esta alzada el pago oportuno de una suma (fs. 148) y esta incluye sumas en concepto de indemnizaciones por despido (fs. 59), no corresponde imponer la sanción de marras por la totalidad de las sumas adeudadas como si se hubiese incumplido lisa y llanamente la obligación; por el contrario, entiendo justo y razonable calcular el recargo del art. 2º de la ley 25.323 sobre el saldo impago (en igual sentido ver, entre otros, "Viva, Lorena M. c/ Estudio Levy Guido y Levy Soc. de Hecho s/ Despido", SD Nº 95.893 del 11/11/2011; "Guerreiro, Ariel Aníbal c/ Campo Austral S.A. s/ Despido", SD Nº 97.280 del 28/08/2013; y "Romero Aguirre, María Laura c/ Consolidar AFJP S.A. s/ Despido", SD Nº 98.805 del 31/03/2015, todas del registro de esta Sala).

VIII) No tendrá favorable andamiento en mi voto la crítica de Connectis en torno de la procedencia de la multa dispuesta en el art. 80 de la LCT.

De las constancias de la causa resulta que mediante el telegrama de fecha 24/12/2014 (fs. 171 y 173) el actor cumplió con la intimación pertinente una vez transcurrido el plazo del art. 3 del decreto 146/01.

Por lo demás, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aun partiendo de la tesis de que los certificados fueron puestos a disposición -sin que sea necesario consignarlos judicialmente (ver, entre otros, "Rojas, Christian A. c/ Campo Austral S.A. s/ Despido", SD Nº 95.264 del 31/03/2011, y "Coronel, José Alberto c/ Hurón Construcciones S.A. s/ Indem. Art. 80 LCT L. 25.345", SD Nº 96.538 del 10/09/2012)-, lo relevante es que la documental que la recurrente pretendía entre-

gar no se ajusta a las reales circunstancias del vínculo, lo que impide tener por cumplida la obligación que establece el art. 80 citado.

Por lo expuesto, corresponde mantener la sentencia de primera instancia también en este aspecto.

IX) Telefónica cuestiona la condena a entregar los certificados previstos en el art. 80 LCT pero, a mi juicio, la objeción no tendrá favorable andamiento en mi voto.

Hago esta afirmación pues, en tanto se ha determinado que el accionante fue empleado de dicha codemandada desde el inicio de la relación hasta el despido indirecto sin solución de continuidad en los términos del art. 29 párrafo 1º de la LCT, ésta tiene la obligación de entregar los certificados previstos en el art. 80 LCT, los que deberán incluir las constancias relativas al vínculo habido entre las partes y judicialmente reconocido; es decir, que la certificación debe incluir las características reales de los servicios prestados por el actor (en el mismo sentido, esta Sala in re "Arancibia, Gastón Adrián c/ Adecco Specialties S.A. y otro s/ Despido", SD Nº 96.324 del 31/05/2012; "Durán, Noelia P. c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ Despido", SD Nº 96.617 del 28/09/2012; y "Kadic, María Noelia c/ Standard Bank Argentina S.A. y otro s/ Despido", SD Nº 97.185 del 28/06/2013).

Por lo expuesto, sugiero confirmar lo resuelto en grado al respecto.

X) En función del resultado que he dejado sugerido en los Considerandos que anteceden, y teniendo en cuenta las restantes pautas consideradas por la magistrada de grado que arriban firmes a esta Alzada, al Sr. Ludueña le correspondería percibir:

Indemnización por despido	$ 146.650
Indemnización por preaviso omitido más SAC	$ 45.391,67
Integración del mes de despido	$ 13.268,33
Días trabajados diciembre 2013	$ 7.681,67
SAC propocional	$ 9.369,31
Vacaciones proporcionales	$ 16.760
Diferencias salariales periodo no prescripto	$ 186.576
Incidencia de dif.sal. en SAC	$ 15.548
Incidencia de dif.sal. en vacaciones	$ 13.060,32
Art. 1 de la ley 25.323	$ 146.650
Art. 2 de la ley 25.323	$ 38.092,60
Art. 80 de la LCT	$ 62.850
Subtotal	$ 701.897,89
Menos lo abonado	$ 141.925
Total	$ 559.972,90

Resta señalar que la cifra supra indicada llevará los intereses dispuestos en la sede de grado, que arriban firmes a esta instancia.

XI) Conforme con el resultado sugerido, corresponderá dejar sin efecto lo dispuesto en la instancia previa en torno a las costas y regulaciones de honorarios, y proceder a su determinación en forma originaria (art. 279 CPCCN), lo que torna abstracto los planteos efectuados al respecto.

En orden a ello, considero que las costas de ambas instancias deberán imponerse a cargo de las demandadas vencidas en lo principal de la contienda (cfr. art. 68 CPCCN).

En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes en el presente trámite judicial, y a la ley de honorarios vigente, sugiero regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la codemandada Telefónica Móviles Argentina S.A., de la codemandada Connectis ICT Services S.A. y los correspondientes al perito contador en el 18%, 15%, 15% y 6%, respectivamente, sobre el monto total de condena (capital más intereses). que comprende los intereses.

Asimismo, y con arreglo a lo establecido en el art. 38 L.O. y art. 30 de la ley 27.423, corresponde fijar los honorarios de la representación letrada de las partes, por sus labores en esta etapa, en el 30% de lo que le corresponda por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Déjase constancia -para el caso de corresponder- que las proporciones expresadas no incluyen el Impuesto al Valor Agregado.

XII) En consecuencia, de compartirse mi voto, corresponderá: 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada y reducir el monto total de condena a la suma de pesos quinientos cincuenta y nueve mil novecientos setenta y noventa centavos ($559.972,90), cifra a la que se le aditarán los intereses dispuestos en la anterior sede; 2) Costas y honorarios de ambas instancias conforme lo previsto en el Considerando XI de la presente resolución.

El doctor *Guisado* dijo:

Por análogos fundamentos adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal *Resuelve:* 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada y reducir el monto total de condena a la suma de pesos quinientos cincuenta y nueve mil novecientos setenta y noventa centavos ($559.972,90), cifra a la que se le aditarán los intereses dispuestos en la anterior sede; 2) Costas y honorarios de ambas instancias conforme lo previsto en el Considerando XI de la presente resolución.

Cópiese, regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase. — *Héctor C. Guisado.* — *Silvia E. Pinto Varela.*

La primacía de la realidad en las relaciones laborales intermediadas

Martín D. Petasne (*)

Sumario: Introducción.— II. Antecedentes del caso.— III. Los fundamentos de la decisión. La posición mayoritaria del fuero.— IV. Aspectos derivados y no menores.— V. Situación fáctica vs. Normativa aplicable.— VI. Comentario final.

I. Introducción

El fallo que analizaré si bien no trae consigo una solución que podamos señalar como novedosa para la casuística en cuestión, no por ello resulta de poca relevancia para llevar adelante su comentario. Veamos porqué.

Muchas veces reclamamos de nuestros tribunales, en pos de la seguridad jurídica, criterios coincidentes y concretos que otorguen previsibilidad a los actores del mundo laboral. En ese sentido, este fallo es una ratificación de un criterio extendido, que con claridad meridiana permite zanjar una cuestión que podría dejar lugar a dudas interpretativas.

Resulta inevitable que con respecto a determinados casos la legislación existente no ofrezca respuesta alguna, o no ofrezca una respuesta clara. Los tribunales en su conjunto gozan de un cierto poder de interpretación e integración del derecho. Entonces se impone la necesidad de unificar criterios a través de la jurisprudencia de los tribunales que están en el vértice del sistema judicial **(1)**.

La existencia de pronunciamientos judiciales disímiles y contradictorios suelen herir, frecuentemente, el más profundo sentido de justicia **(2)**.

En el caso, se ha resuelto una controversia en torno a la aplicación del art. 29, primera parte de la LCT. Como todos conocemos, el citado art. 29 de la LCT dispone: "Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas".

Si bien podría considerarse que el art. 29 contiene un principio muy simple, como ser que la ley tendrá por empleador del trabajador a aquel

(*) Abogado (UMSA). Especializado en Derecho Privado (2001, UMSA). Certificado internacional en Ética y Compliance. Socio titular en RYPA Abogados.

(1) FERRERES COMELLA, "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", en FERRERES, Víctor-XIOL, Juan Antonio, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 46.

(2) FOGLIA, Ricardo A., en AAVV., Fuentes del derecho del trabajo, RODRÍGUEZ MANCINI (coord.), Astrea, Buenos Aires, 2013, t. II, p. 393

para el cual este preste servicios, aun cuando se pretenda registrar a un tercero como empleador, ha quedado demostrado que en la práctica la controversia presenta mayor habitualidad que la imaginable.

Incluso, una parte importante de la doctrina se ha se ha pronunciado en distintos sentidos, afirmando alguno su licitud **(3)** mientras que otros sostienen que la intermediación prohibida y/o fraudulenta es la regla general **(4)**.

Sin pretender llevar adelante una enumeración taxativa, podemos sostener que en rubros específicos vinculados al sistema financiero, a las telecomunicaciones, a las ventas y marketing remoto, y al área de sistemas informáticos en general, resulta habitual que las empresas empleadoras (no habilitadas como empresas proveedoras de servicio eventual) contraten personal para cubrir puestos específicos que se desarrollarán plenamente fuera de la sede de dicho empleador. Así el nuevo trabajador ocupará desde el primer día una posición en una tercera empresa o establecimiento, integrándose a esta, recibiendo órdenes de la jerarquía existente en aquella, aunque permanecerá registrado y recibiendo el pago de salario por parte de aquel que supo contratarlo. Con el paso del tiempo, lo común es que la única relación con su empleador formal se reduzca al cobro del salario, y aquí es donde se desata la conflictividad, dado que el trabajador asignado al tercero podría pretender ser reconocido como empleado de aquel, lo que ocurrirá solo si percibe que esto le otorgará mayores beneficios. Convengamos que nadie realizase tal planteo si el tercero resultara ser una empresa de menor solvencia, jerarquía, se aplicara un convenio colectivo desventajoso, etc.

Veamos primero los hechos y antecedentes del caso en cuestión, para luego analizar la posición imperante a través de la representatividad que de aquella doctrina judicial encontramos en el fallo que comentamos.

(3) ACKERMAN, Mario E. (dir.) - TOSCA, Diego M. (coord.), "Tratado de derecho del trabajo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, t. II, p. 166.

(4) SERRANO ALOU, Sebastián, "El plenario 323: ante todo, progresividad en el logro de trabajo decente", TR LALEY AR/DOC/5447/2010.

II. Antecedentes del caso

En primera instancia las demandadas, Telefónica Móviles Argentina SA y Connectis ICT Services SA, fueron condenadas en forma solidaria a responder por el despido sin causa de un trabajador, el cual ocurriera en contemporáneo a la intimación que este efectuara con el fin de ser registrado como empleado de la codemandada Telefónica.

Cabe aclarar que se consideró probado que si bien había sido contratado por la demandada Connectis ICT Services SA, desde el comienzo de su relación laboral se había desempeñado en, para y bajo las órdenes de Telefónica. En consecuencia, el fallo de primera instancia tuvo por probado que Telefónica resultó ser el verdadero empleador del trabajador aplicando el art 29, LCT, y lo condenó a registrar la relación bajo su dependencia.

Al presentar recurso de apelación, ambas empresas sostuvieron que no se trataba de una simple intermediación fraudulenta, que Connectis es "una empresa solvente con objeto propio y desarrollo en el mercado", con otros clientes, además de la codemandada, sosteniendo asimismo que "el hecho de prestar servicios en las oficinas de la cliente "no implicaba delegar la función de contralor en esta última, en tanto las tareas eran asignadas por su personal directivo a partir de los términos de contratación con Telefónica, siendo lógico que las órdenes diarias sean entregadas por personal de esta última, sin delegación alguna" y que Connectis es "una empresa que brinda servicios de *outsourcing* en el área de IT, esto es, el manejo tecnológico de datos consistentes en adquisición, procesamiento, almacenamiento y de su seguridad; que dicha práctica abarcaba diferentes áreas donde prestaban servicios para sistemas informáticos, desarrollo de lenguajes de programación, etc., que tenían por objeto proveer información exacta y una mejor conectividad con los clientes, por lo que muchos de estos clientes requerían la presencia de los empleados dentro de sus instalaciones.

Sin embargo, la Sala interviniente de la Excma Cámara de Apelaciones del Trabajo, consideró no probado que Connectis diera orden alguna al trabajador, como tampoco dio por acreditados

los términos de contratación que dicha codemandada sostenía poseer con Telefónica.

Con todo ello y, sin perjuicio de haber reconocido que ambas demandadas poseían objetos distintos, independientes, con funcionamiento y giro propio, se resolvió rechazar el recurso confirmando la sentencia de primera instancia, que había tenido por probado que el verdadero empleador resultaba ser Telefónica, condenando a ambas codemandadas en forma solidaria al pago de las indemnizaciones por despido, la multas dispuestas por la ley de empleo, diferencias salariales (derivadas del nuevo encuadre convencional), multa art 2° de la ley 25323, multa art 80, LCT, y a la entrega de nuevos certificados del art 80, LCT, a emitirse por su verdadero empleador.

III. Los fundamentos de la decisión. La posición mayoritaria del fuero

Tal como ha sido decidido en el caso, en forma coincidente con la posición casi unánime del fuero, las intermediaciones —no justificadas en los términos del párrafo segundo del art 29, LCT, que refiere a empresas de servicio eventual— deberán ceder inevitablemente ante la primacía de la realidad, considerándolas intermediaciones prohibidas o fraudulentas.

En lo pertinente, el fallo comentado resuelve: "[E]n función de la prueba vertida en autos Connectis actuó como una mera intermediaria entre el real empleador y el dependiente. Por ende, corresponde aplicar la regla del art. 29, apartado 1° de la LCT y considerar que la real empleadora de Ludueña fue Telefónica durante toda la relación laboral sin perjuicio de que Connectis deba responder en forma solidaria por la condena de autos, por lo cual sugiero confirmar lo decidido en grado al respecto".

Se podría considerar como regla "antifraude" desprendida del art. 29, LCT, que el trabajador no necesite demostrar que el tercero fue interpuesto y que su verdadero empleador era esa empresa o establecimiento para el que, de hecho, trabajó. Resultaría entonces suficiente que quedara probado que prestó servicios en beneficio de este último para que se lo considerará entonces como su empleador. El empleador "inicial" que devino en tercero, será solidariamente responsable por las obligaciones nacidas del contrato de trabajo.

No resultaría trascendente ninguna prueba sobre hechos externos a las de cumplimiento de la relación laboral. Si de dicha prueba no surge un rol cumplido por el apuntado como posible intermediario, será de aplicación lo dispuesto por el art 29, LCT, primera parte.

Es importante insistir en que esta posición es mayoritaria, costando esfuerzo encontrar fallos que realicen un enfoque diferente **(5)**, por lo que sorprende que se continúe pretendiendo apelar a defensas basadas en el supuesto carácter de empresa bien constituida, de objeto propio y diferenciado de la empresa señalada como intermediaria.

Concretamente ese fundamento no es atendido, porque lo verdaderamente considerado es que aquel empresario que toma el personal, no lo emplea ni lo utiliza en su propio giro sino que lo envía a prestar servicios en otra organización, sin mantener vínculo ni poder de dirección alguno sobre su propio empleado.

Y lo que resulta determinante es que la ley 20.744 no contempla ni autoriza la posibilidad de tercerizar personal propio, sino, por el contrario, lo sanciona al consagrar expresamente, y sin atenuantes: "[L]os trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación" (art 29, LCT).

Por lo que ante la falta de dudas interpretativas sobre la norma aplicable, la cuestión deviene de prueba, como ha ocurrido en el caso que comentamos.

Si el trabajador acredita que ha mantenido presencia personal en la actividad de la empresa, ha recibido órdenes directas de los directivos de la demandada, y ha actuado a la par de otros empleados de la empresa, la aplicabilidad del principio legal que comentamos se demuestra inevitable.

(5) CNTrab., sala X, "Mercado, Sergio Javier c/ Cornejo, Roberto Ismael Fernando y otros s/ despido", 26/05/2021.

Cabe recordar que el art. 29 de la LCT fue incorporado con el claro objeto de evitar la interposición fraudulenta de personas físicas o jurídicas, generalmente —aunque no siempre— insolventes. Se trata, como dice Fernández Madrid **(6)**, de "pseudoempleadores" que se interponen entre el auténtico empleador, que dirige el trabajo y se beneficia de él para evitar la responsabilidad interpuesta por la ley laboral.

A modo de ampliar fundamentos como base de esta posición, y aunque el fallo comentado no hace referencia a ello, es interesante agregar que el espíritu del art 29, LCT, queda al descubierto con la lectura del art. 136 de la misma ley. Allí específicamente cuando se hace alusión al supuesto beneficiado de la prestación de tareas se lo denomina "empleador principal". Esta situación sirve de fundamento a la teoría de multiempleadores que ha utilizado alguna parte de la jurisprudencia **(7)**, ya que se sostiene que siempre que exista un principal, existiría un secundario, que en este caso sería el intermediario.

Aunque esta teoría de múltiples empleadores tiene sus detractores **(8)** que sostienen: "[E] n primer término, el art. 26, LCT, no prevé expresamente tal situación. Y tal omisión es una clara expresión legislativa que tiene su razón de ser. Como ya señaláramos en otra oportunidad, toda la actuación societaria debe surgir de sus registros y por lo tanto, una persona jurídica no podría formalmente ser empleadora sin que ello obre en su contabilidad. Por lo tanto, el supuesto de empleador plural, compuesto por personas jurídicas, resulta formalmente inadmisible **(9)**.

Lo que surge es que no cabe más que concluir que la norma del art 29, LCT, está prevista como una cobertura a los efectos de evitar la violación del orden público laboral. La ley imputa la relación laboral en forma directa a quien se beneficia de los servicios de los trabajadores, sin que sea necesaria la acreditación de un propósito de defraudar a terceros acreedores **(10)**.

Por ello, decimos que en definitiva, se trata de la primacía de la realidad normada por el art. 14, LCT, en encuentro con el art 26, LCT, más allá de que el supuesto concreto de la intermediación haya recibido una regulación específica en el art 29, LCT, que contempla la intermediación fraudulenta de personas y la hipótesis de provisión de mano de obra por un tercero a favor de una empresa principal para que esta se sirva de los servicios del trabajador.

Para la LCT el carácter de empleador le corresponde a quien requiere y se beneficia de los servicios del trabajador.

IV. Aspectos derivados y no menores

Como consecuencia directa de la decisión que comentamos, se deriva la obligación del "real" nuevo empleador de realizar un encuadre convencional, abonar diferencias salariales —si las hubiera, en el caso comentado existieron sobre salarios básicos y adicionales—, abonar indemnización del art 2 de la ley 25.323 —en el caso se devengó un salario superior, lo que impactó en el monto indemnizatorio que Connectis había abonado por el despido sin causa y resultó insuficiente—, abonar la multa del art 80, LCT, y en la entrega de certificados de trabajo ajustados a la realidad laboral reconocida.

Al respecto de este último aspecto, el fallo sostiene: "[S]e ha determinado que el accionante fue empleado de dicha codemandada (Telefónica) desde el inicio de la relación hasta el despido indirecto sin solución de continuidad en los términos del art. 29, párrafo 1º de la LCT, esta tiene la obligación de entregar los certificados previstos en el art. 80, LCT, los que deberán incluir las constancias relativas al vínculo habido entre las partes y judicialmente reconocido; es decir, que la certificación debe incluir las carac-

(6) Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, La Ley, 3ª ed., t. I, p. 638.

(7) CNTrab, sala IV, "Antonelli, Iván c/ Imat S.A., 16/08/2001, Cita: 70020490 / CNTrab., sala II, "Natali, Nadia c/ Citibank NA y otro s/ despido", 14/06/2007 (Pirolo - Maza)

(8) CASTAGNINO, Laura, "Contrato de trabajo a tiempo parcial y pluriempleo", Revista de Derecho Laboral, 2005-2, p. 170

(9) MARK, Mariano H., "El contrato de trabajo plural", http://www.estudiokma.com.ar/site/wp-content/uploads/2013/02/El-contrato-de-trabajo-plural.pdf

(10) HIERREZUELO, Ricardo D., "Tratado de derecho del trabajo", ACKERMAN, Mario E. (dir.), t. IV, esp. ps. 166 y 167

terísticas reales de los servicios prestados por el actor (en el mismo sentido, esta Sala in re "Arancibia, Gastón Adrián c/ Adecco Specialties SA y otro s/ Despido", SD Nº 96.324 del 31/05/2012; "Durán, Noelia P. c/ HSBC Bank Argentina SA s/ Despido", SD Nº 96.617 del 28/09/2012; y "Kadic, María Noelia c/ Standard Bank Argentina SA y otro s/ Despido", SD Nº 97.185 del 28/06/2013)

Sobre este aspecto no menor, referido a la obligación de entregar certificados de ley, la coincidencia jurisprudencial advertimos que no es total. Por ejemplo, en un criterio más restringido que el que consta en el fallo comentado, la Sala III tiene dicho: "Es verdad que las disposiciones contenidas en la res. gral. AFIP 2316 (BO del 27/09/07) y en la res. ANSeS 601/08 (del 28/7/08), que regulan la extensión de las certificaciones de aportes y contribuciones previstas en los arts. 80 de la LCT y 12, inc. g) de la ley 24.241, determinarían la imposibilidad de que quien no ha actuado como empleador formal pueda extender certificaciones válidas a los efectos de su presentación ante los organismos de la seguridad social, por lo que la imposición de una condena al respecto solo conduciría a que posteriormente deba admitírsele, en su caso, la presentación de formularios o planillas que ningún valor van a tener para el trabajador, porque no son las que la ANSeS acepta como válidas, a lo que cabe agregar que, en definitiva, el propio interesado puede consultar los registros correspondientes a sus aportes directamente del organismo administrativo..." **(11)**.

En ese sentido, nosotros coincidimos con el criterio más amplio, que entendemos comparte el fallo comentado, considerando que la obligación presenta también solidaridad, porque el empleador directo es quien se encuentra obligado a registrar la relación laboral, de conformidad con la doctrina emanada del Fallo Plenario Nº 323 de esta Cámara, del 30/06/2010, recaído en autos "Vázquez María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro", citado por la Sra. Juez *a quo* y por tanto, quien también deberá velar por la emisión de todos los certificados necesarios, no solo el del art 80, LCT, integrando las diferencias de aportes que pudieran existir respecto a las ya ingresadas por el intermediario **(12)**. De otro modo, se estaría premiando el recurso de la intermediación fraudulenta al permitir evadir aportes y contribuciones, que en casos puntuales, hasta podría generar graves perjuicios al trabajador que se encuentra computando sus últimos 10 años de actividad a los efectos de obtener una jubilación acorde a sus verdaderos salarios.

V. Situación fáctica vs. Normativa aplicable

En este apartado nos interesa puntualizar que la cuestión se encuentra estrechamente vinculada a la situación fáctica imperante, en particular, al grado de "desconexión" que exista entre el empleador inicial (intermediario) y el trabajador.

Ello porque aún en situaciones similares, que hasta incluso podrían haber sido idénticas durante largos años, y encuadrables por ello, durante ese mismo tiempo, dentro del supuesto normado por el art. 29, LCT, podría corresponderle una solución legal diversa al modificarse la situación de hecho.

Para concretizar lo que queremos aportar vamos a citar un precedente, de fecha cercana al fallo que aquí comentamos, en el cual también son parte ambas demandadas **(13)**.

Como antes contextualizamos, este caso se da en una situación fáctica similar a la resuelta por el fallo en comentario. En ese caso, una trabajadora que también había sido asignada a Telefónica desde el inicio de la relación por parte de Connectis, y que supo intimar a Telefónica a registrarla como empleada, considerando que había existido una intermediación prohibida por el art 29, LCT, recibió una sentencia de rechazo de demanda.

Pero porqué la suerte de la trabajadora en este caso fue distinta? Porqué se rechazó su demanda? Particularmente, fue por el hecho de que la

(11) CNTrab., sala III, "Di Santo, Miguel Angel c/ BBVA Banco Frances S.A. y otro s/despido", 26/05/2021.

(12) CNTrab., sala II, "Lolo Alfonsín, Silvia c/ Prevent Empresa de Servicios Eventuales SA y otro s/ despido", 09/12/2009, (Maza - Pirolo)

(13) CNTrab., sala IX, "Villanueva, Patricia Veronica c/Telefónica Móviles Argentina S.A. s/despido", 16/12/2020, TR LALEY AR/JUR/79578/2020

intimación de la trabajadora ocurrió cuando habían transcurrido algunos meses de haber dejado de prestar tareas en Telefónica (las que prestó durante 8 años consecutivos) para prestarlas directamente desde las oficinas de Connectis. Se dijo para así resolver que esto "ha evidenciado que el invocado vínculo laboral con Telefónica no resultó tal porque la demandante aceptó reintegrarse a las oficinas de Connectics y dejar transcurrir un tiempo importante sin efectuar reclamo alguno" **(14)**.

Entonces, queda en evidencia lo que sostenemos, ya que en un caso similar al que comentamos, incluso con identidad de partes demandadas, le correspondió una solución distinta, únicamente por el hecho que la trabajadora consintió, a criterio de los sentenciantes, reintegrarse a las órdenes directas de su empleador sin reclamar contemporáneamente una registración en los términos del art 29, LCT.

Es un supuesto que nos pareció interesante compartir, porque los hechos transcurrieron de forma muy similar, casi idéntica durante largos años, pero al aceptar la trabajadora ser trasladada de la sede de Telefónica a las oficinas de Connectis, se consideró que quedó excluida la aplicación del art 29 LCT, aun cuando unos meses después de tal hecho, intimó a Telefónica para su registración como empleada de aquella.

VI. Comentario final

En definitiva, la Sala IV de la Cámara fija en su fallo posición, compartida por la mayoría del fuero, sobre una temática frecuente y que establece un llamado de atención para aquellas empresas que poseen como modalidad habitual asignar al personal por ella contratado, por tiempos muy prolongados, al exclusivo servicio y beneficio de un único cliente.

(14) Ibidem.

SERVICIOS PRESTADOS POR PROFESIONALES DE LA SALUD

Asesor médico en un hospital. Configuración de una relación laboral. Indemnización prevista en el art. 248 de la ley 20.744.

Con nota de Pablo G. Castillo

1. — La circunstancia de que el accionante fuese un profesional universitario (en el caso del arte de curar) no impide, de modo alguno, la posibilidad de establecer una relación laboral de tipo dependiente, ya que aun las profesiones tradicionalmente consideradas como liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento e inversión en el campo social, pudiendo afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común.

2. — Reconocida la prestación de servicios por parte de la demandada, y por aplicación del art. 23 de la LCT, debe presumirse la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que la accionada no logró acreditar la existencia de otro tipo de vínculo jurídico que desplace tal calificación, lo cual torna admisible el reclamo de la actora.

3. — La mera circunstancia de que el actor sea un profesional no permite inferir, por esa sola condición, que no haya podido estar a órdenes de la demandada, ni que no sea aplicable la presunción establecida en el art. 23 de la LCT.

4. — El ejercicio de una profesión liberal llega a constituir un verdadero contrato de trabajo cuando se desarrolla como función de colaboración permanente, con vínculo continuado y evidente jerarquización, obligándose al profesional a acatar y cumplir las órdenes del empleador, aunque no exista dependencia técnica, y sin tener relevancia el hecho de calificar de "honorarios" a las periódicas entregas de dinero efectuadas por el principal.

5. — La falta de exclusividad de la actora no es una nota esencial para tipificar un contrato de trabajo. Lo que interesa determinar es si el trabajador, cualquiera sea el área en que se desempeñe, estaba integrado junto con otros medios personales y materiales a la empresa demandada para el logro de los fines de esta.

6. — La emisión de facturas que no es un elemento que tenga entidad suficiente para desvirtuar la presunción del art. 23, LCT, ya que por sí sola no confiere el carácter de empresario ni descarta la posibilidad de que entre las partes exista un vínculo laboral dependiente en los términos de la ley de contrato de trabajo.

7. — Surge demostrada la inserción de la reclamante en una organización preponderantemente ajena a fin de cumplir con tareas tendientes a que ésta logre sus objetivos, aspecto definitorio a la hora de establecer la existencia de contrato de trabajo, en tanto del referido informe pericial contable se desprende que el causante integraba el "staff médico" del establecimiento, más allá de la manifestación que señala la recurrente en torno a su apreciación meramente subjetiva —que no surge del informe pericial ni se invoca material probatorio que lo avale— respecto de si su función era asistencial o de asesoramiento.

8. — No resulta obstáculo para determinar la existencia de una relación dependiente el hecho de que la requirente no cumpliera un horario fijado por la demandada y que no necesitara justificar inasistencias. Lo entiendo así puesto que las características propias que rodean al modo en que se debe cumplir con la prestación constituye un aspecto susceptible de ser estipulado libremente por las partes, sin que el mayor o menor tiempo pactado determine la naturaleza de la relación habida.

CNTrab., sala X, 22/12/2020. - Mazzadi, Ermelinda Palmira c. Hospital Alemán Asociación Civil s/ indemnización por fallecimiento.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/67769/2020]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Damonte, Andrea Susana c. Schwanek, Nicolas y otro s/ Despido", 13/10/2020, La Ley Online, AR/JUR/46593/2020.

Expte. N° 61.078/2017/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 22 de 2020.

El doctor *Corach* dijo:

I. Llegan estos autos a conocimiento de la alzada con motivo de los agravios que, contra la sentencia dictada en primera instancia, expresara la parte demandada a tenor del memorial obrante a fs. 178/182 con réplica de su contraria a fs. 184/vta. A su vez a fs. 177 la perito contadora interviniente apela los honorarios que le fueren asignados por estimarlos bajos.

II. Se agravia la demandada por cuanto la magistrada de la instancia anterior tuvo por acreditada la existencia de una relación laboral dependiente y, en consecuencia, hizo lugar a la demanda en procura del cobro de la indemnización prevista en el art. 248 de la LCT con motivo del fallecimiento de quien en vida fuera A. D. B.

Desde ya adelanto que los mismos, por mi intermedio, no habrán de tener favorable andamiento.

Liminarmente señalo que los agravios desarrollados por la recurrente no constituyen una crítica concreta, pormenorizada y razonada de los fundamentos traídos por la magistrada de grado para admitir la acción intentada conforme lo exige el art. 116 de la LO.

En efecto, la recurrente no aporta nuevos elementos de valor y consideración capaces de desvirtuar los argumentos esgrimidos por el sentenciante "*a quo*". Repárese que cita jurisprudencia que entiende aplicable sin otras consideraciones valederas, lo cual no constituye técnicamente un "agravio".

En primer lugar, cabe resaltar que mientras la accionante invocó la existencia de una relación de dependencia entre el causante B. y la demandada, ésta última adujo que la actividad realizada por el mismo era efectuada como cualquier profesional bajo la modalidad impuesta por la Resolución N° 1415/2003 de la AFIP brindando asesoramiento.

De lo expuesto, se desprende sin hesitación alguna que la accionada reconoció la prestación de servicios por parte del causante, aun cuando pretendiera subsumirla en un tipo legal diferente del contrato de trabajo. Para ello, para comenzar no resulta atendible la disconformidad expresada por la demandada, quien insiste con las defensas ya desarrolladas en el escrito de contestación de demanda y que fueran analizadas a mi ver con acierto y acabadamente por la magistrada de grado en el fallo apelado, omitiendo desarrollar una crítica concreta y razonada de esa decisión, de acuerdo a los términos exigidos por el art. 116 LO.

Desde esta perspectiva, y pese a lo manifestado por la ahora recurrente, resulta a mi juicio, de plena aplicación la presunción contenida en el art. 23 de la LCT conforme el cual, "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario".

En igual sentido esta Sala tiene dicho que desconocida la relación laboral pero admitida la prestación de servicios, alegando que lo fue por una causa jurídica ajena a un contrato de trabajo, pesa sobre el excepcionante la carga de demostrar que dicha prestación no fue realizada bajo relación de dependencia (SD N° 4144 del 23/06/1998, "Soldavini Gustavo A. c. Fire Seguridad SRL" entre muchísimos otros).

Cabe resaltar que la presunción mencionada opera igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio. Se ha consagrado legislativamente dicha presunción, a fin de facilitar la prueba de la existencia del contrato de trabajo: el trabajador debe probar la prestación de los servicios para otro —la que en el caso que nos ocupa surge expresamente reconocida atento los términos del responde y del recurso interpuesto— y a éste último le corresponderá acreditar que esos servicios no tipifican una relación laboral dependiente lo que a mi juicio no logró, sellando así la suerte del recurso intentado.

Dicha presunción legal responde a la naturaleza de las cosas y plasma el principio protectorio que rige en materia de derecho del trabajo (conf. CNAT, Sala X, SD 7456, del 29/11/1999, *in re:* "Retamar de Luque, Angelia c. Montisol Argentina SA s/ despido").

Más allá de la apariencia que la accionada haya dado a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le hayan dado, pues el contrato de trabajo es siempre un contrato realidad.

En efecto, es el Juzgador quien debe determinar, en base a los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo sin que la apariencia real disimule la realidad (conf. CSBA, 09/11/1977, Ac. 23.767).

En el caso, reitero, reconocida la prestación de servicios por parte de la demandada, y por aplicación del mencionado art. 23 de la LCT, debe presumirse la existencia de un contrato de trabajo toda vez que la accionada no logró acreditar la existencia de otro tipo de vínculo jurídico que desplace tal calificación, lo cual —a mi ver, y coincidiendo con la *a quo*— torna admisible el reclamo de la actora.

En cuanto al tipo de función cumplida por el causante o su calificación profesional, nada agrega o quita al concepto de dependencia o subordinación, ya que ella está presente de acuerdo a las modalidades en las que eran prestados los servicios por el mismo, pues quien fija el lugar de prestación del servicio y la modalidad de cumplimiento del mismo era la aquí accionada, y la accionante, para la realización de sus actividades, se servía de elementos provistos por la empleadora (ver en especial a fs. 125 la declaración de la testigo B. quien refiere a las reuniones que se llevaban adelante en el hospital —en el mismo sentido a

fs. 143 vta.— conforme las órdenes que impartían las autoridades del hospital).

Al respecto, ha dicho Krotoschin que el hecho de que el trabajador dependiente normalmente se incorpore a un establecimiento extraño lleva consigo y determina el carácter del trabajo heterónomo. Por eso la incorporación del trabajador adquiere tanta importancia para la existencia de la relación de trabajo, pues ni el locador de servicios, ni el de obra, ni el mandatario se integran, físicamente a una unidad laboral ajena.

Mantienen por lo menos, la independencia de su conducta personal que el trabajador dependiente, en mayor o menor grado, subordina al mecanismo de la empresa (Conf. "Tratado Práctico del derecho del Trabajo", 3ª ed. Bs. As., VI-I p. 104).

En este sentido cabe efectuar algunas consideraciones en relación a la falta de sujeción a pautas técnicas debido a la calidad de profesional que detenta el accionante que apuntó la accionada, pues tal como fuera señalado por la Sra. juez "*a quo*" que su labor como asesor médico del Hospital demandado en los temas de riesgo que eventualmente pudieran derivar en reclamos o litigios y también como perito de parte descriptos por los testigos, no estuviera sujeta a pautas técnicas no es irrazonable teniendo en cuenta la jerarquía y relevancia de su labor a la luz de sus antecedentes médicos y académicos. Sin perjuicio de ello, la testigo B. afirmó que eran las autoridades del hospital quienes impartían órdenes al Dr. B. (ver fs. 125).

Por lo demás coincido con la magistrada de grado que ello tampoco resultaría óbice para considerar que el causante se hallaba afectado como elemento profesional infungible debido a su idoneidad y conocimientos científicos y profesionales para desarrollar una tarea inherente a la defensa de los intereses médicos y patrimoniales de la institución. Máxime cuando no fue reemplazado en su función por personal alguna durante todo el extenso período que se desempeñó por la institución médica demandada y así lo atestiguan los deponentes, a diferencia de lo que sostiene la apelante pues no se infiere de la declaración del testigo, Dr. O. M., que surgiera tal reemplazo del causante, sino que el director médico y los jefes de servicios "concurrían en busca de consejo" y analizaban los temas que se sometían a la consulta del departamento de riesgo y la testigo B. aseguró que cuando el Dr. B. no se encontraba presente físicamente respondía consultas en forma telefónica. Además cuando la testigo B. refiere que el Dr. B. se ausentaba por viajes, seguido a ello detalla que lo hacía en virtud de que realizaba "estudios en la universidad de Miami en el hospital relacionado al riesgo medico" (ver fs. 126) lo cual resulta razonable en virtud de los conocimientos científicos con los que debía contar para ejercer su labor y dado su carácter de profesional del nivel académico que surge de la causa no enerva la relación dependiente que la uniera a la aquí accionada.

Tampoco se encuentra demostrado que el causante asumiera el carácter de empresario para excepcionarse (en igual sentido, ver mi voto en SD 6887 del 27/08/1999 del registro de esta Sala X, *in re:* "De Luca, Jorge F. c. Laboratorios Cammarota SA y otro s/ despido", entre otros).

La circunstancia de que el accionante fuese un profesional universitario (en el caso del arte de curar) no empece, de modo alguno, la posibilidad de establecer una relación laboral de tipo dependiente, ya que aun las profesiones tradicionalmente consideradas como liberales han sufrido sensibles modificaciones en su desenvolvimiento e inversión en el campo social, pudiendo afirmarse que la excepcionalidad que antes se asignaba al desempeño como dependiente de personas con esa capacitación o habilitación, hoy ya es un fenómeno común.

La mera circunstancia de que el actor sea un profesional no permite inferir, por esa sola condición, que no haya podido estar a órdenes de la demandada, ni que no sea aplicable la presunción establecida en el art. 23 de la LCT (al respecto ver, Sala X, SD 213 del 16/09/1996 *in re* "López Gay, Cristina c. Congregación de la Santa Unión de los Sagrados Corazones y otro"; íd. Sala II, sent. 69.691 del 31/03/1992 *in re* "Pellegrini, Silvia c. Iglesias Blanco, José").

En este sentido también se ha afirmado, en términos con los que coincido, que el ejercicio de una profesión liberal llega a constituir un verdadero contrato de trabajo cuando se desarrolla como función de colaboración permanente, con vínculo continuado y evidente jerarquización, obligándose al profesional a acatar y cumplir las órdenes del empleador, aunque no exista dependencia técnica, y sin tener relevancia el hecho de calificar de "honorarios" a las periódicas entregas de dinero efectuadas por el principal (conf. CNAT, Sala VIII, sent. 20.720 del 23/08/1994 *in re:* Moncayo Sandra c. F.Es.Vi.).

En cuanto a la falta de exclusividad de la actora debo recordar que la misma no es una nota esencial para tipificar un contrato de trabajo. Lo que interesa determinar, para supuestos como el presente, es si el trabajador, cualquiera sea el área en que se desempeñe, estaba integrado junto con otros medios personales y materiales a la empresa demandada para el logro de los fines de ésta (conf. CNAT, Sala IV, SD 70.244 del 21/03/1994, *in re:* "Estevez, Marcia c. Inst. Arg. del Riñón y Transplantes s/ despido", en igual sentido ver SD 1234 del 31/03/1997 del registro de esta misma

Sala X *in re:* "Pereira, Carlos F. c. Sempre SA y otro s/ despido"), cosa que en el caso quedó debidamente acreditada.

En relación a la emisión de facturas que efectuaba la demandante, tal como lo he sostenido en otros precedentes, no es un elemento que tenga entidad suficiente para desvirtuar la antes mencionada presunción del art. 23 LCT ya que por sí sola no confiere el carácter de empresario ni descarta la posibilidad de que entre las partes exista un vínculo laboral dependiente en los términos de la ley de contrato de trabajo. Vale destacar que en la especie el experto contable informó que los pagos efectuados a la demandante por la requerida fueron abonados mensualmente mediante la entrega de cheques (luego transferencia bancaria) y la contra entrega de factura y tal como fuera señalado por la Sra. juez "*a quo*" eran fijos pues solo se observan ajustes lógicos que requiere el paso del tiempo (ver fs. 148). Por lo tanto, el hecho de haber emitido y suscripto las facturas en el caso en estudio y con las circunstancias fácticas desarrolladas *ut supra*, no torna improcedente el reclamo posterior, ya que dicha conducta no puede ser interpretada como aceptación tácita de la forma en que se desarrollaba la relación laboral (art. 58 LCT) ni se vislumbra que la facturación dependiera de la cantidad de intervenciones o servicios profesionales, sino de montos que se mantuvieron en el tiempo con regularidad.

A lo dicho, se suma el testimonio prestado por B. quien da cuenta que los cheques se le abonaban al causante los primeros días de cada mes y que era el hospital quien fijaba dichos emolumentos actualizándolos cada 6 meses aproximadamente (ver fs. 125).

En el supuesto bajo análisis, en mi opinión como adelanté, surge demostrada la inserción de la reclamante en una organización preponderantemente ajena a fin de cumplir con tareas tendientes a que ésta logre sus objetivos, aspecto que esta Sala X ha entendido definitorio a la hora de establecer la existencia de contrato de trabajo (SD 1751 del 06/06/1997 *in re:* "Calvo, María c. Amid SA s/ despido, entre otros), en tanto del referido informe pericial contable se desprende que el causante integraba el "staff médico" del establecimiento (punto 2.1 a fs. 148) más allá de la manifestación que señala la recurrente en torno a su apreciación meramente subjetiva —que no surge del informe pericial ni se invoca material probatorio que lo avale— respecto de si su función era asistencial o de asesoramiento.

Tampoco resultaría obstáculo para determinar la existencia de una relación dependiente el hecho de que la requirente no cumpliera un horario fijado por la demandada, y que no necesitara justificar inasistencias. Lo entiendo así puesto que las características propias que rodean al modo en que se debe cumplir con la prestación constituye un aspecto susceptible de ser estipulado libremente por las partes, sin que el mayor o menor tiempo pactado determine la naturaleza de la relación habida.

Al respecto, tal como lo ha sostenido De la Cueva (ver Fernández Madrid en ob. cit. p. 702) toda relación de trabajo está limitada al servicio que se hubiera convenido y concluida la labor diaria queda el trabajador en libertad de desarrollar la actividad que mejor le plazca, pues si el contrato es una relación entre dos personas, cumplidas las respectivas obligaciones, la restante actividad de cada una es indiferente para la subsistencia de la relación, a lo que agrega que el contrato de trabajo de los profesionales es igual a cualquier otro (Derecho Mexicano del Trabajo T. 1, ps. 560 y ss.).

Ante lo apuntado en el memorial recursivo respecto de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el precedente "Rica" cabe señalar que lo allí resuelto obedeció a las cuestiones de hecho ventiladas y acreditadas en dichas actuaciones, supuesto que no se asimila sin más al de autos. En efecto, lo resuelto por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación fue conforme los hechos allí comprobados y evaluados, sin que la recurrente mencione siquiera someramente algún paralelismo entre ese caso y el que arriba a esta alzada para su tratamiento, que permita inferir que guarda similitud con los hechos ventilados en este proceso.

Por el contrario, cita la recurrente el referido precedente "Rica" en el que se expidió la CSJN, solo en cuanto extrae de allí el modo en que los jueces deben decidir; directivas que no advierto y tampoco se señala, mas allá de la enumeración de esos señalamientos, en qué medida se encuentran incumplidas en el caso de autos. Análisis ausente éste último que impide inferir arbitrariedad alguna en el fallo apelado.

Resta señalar que los testimonios analizados precedentemente que no fueron objeto de impugnación alguna, revisten a mi ver, plena fuerza probatoria y valor convictivo al ser concordantes, dar debida razón de sus dichos, y reflejar sucesos de los que tuvieron conocimiento directo (arts. 90 LO y 386 y 456 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Por último, sin embargo, no puedo dejar de observar que la declaración prestada a fs. 127 por el deponente O. M. M., de la cual la recurrente infiere la presencia de una "autonomía organizativa" y luce más bien como manifestaciones tendientes a caracterizar la relación como no laboral, y que este voto no comparte y que se basa en su calidad de ex apoderado del Hospital, como surge de la documental obrante a fs. 106/108 vta. "Sustitución de poder: M., O. M. a R. L., M.". Es decir que este testimonio, tan importan-

te para la construcción del agravio de la demandada analiza los hechos desde un punto de vista jurídico legítimo pero que no es compartido en este voto.

En consecuencia y en virtud de todo lo expuesto, corresponde desestimar los agravios vertidos por la accionada, confirmando el fallo apelado.

III. En relación a los honorarios regulados en origen a la perito contadora que fuera objeto de apelación, atento el mérito y extensión de las tareas realizadas y de conformidad con las pautas arancelarias vigentes, estimo que los mismos resultan equitativos y ajustados a derecho por lo que sugeriré su confirmación (art. 38 LO).

IV. Las costas de alzada sugiero sean impuestas a la demandada vencida atento la forma de resolver y de acuerdo al principio objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); a cuyo efecto propongo regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada por su intervención en esta instancia, en el 30 %, respectivamente para cada una de ellas, de los que les corresponda percibir su actuación en la etapa anterior (art. 38 LO y conc. ley arancelaria).

Por lo expuesto, de prosperar mi voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a la demandada vencida; 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada por su intervención en esta instancia, en el 30 %, respectivamente para cada una de ellas de lo que les corresponda percibir por actuación en la etapa anterior.

El doctor *Stortini* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El doctor Leonardo J. Ambesi: no vota (art. 125 de la LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a la demandada vencida; 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada por su intervención en esta instancia, en el 30 %, respectivamente para cada una de ellas de lo que les corresponda percibir por actuación en la etapa anterior; 4) 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. — *Gregorio Corach. — Daniel E. Stortini.*

Indemnización por fallecimiento: aplicación del art 23 de la LCT

Pablo G. Castillo (*)

Nos encontramos frente a interesante fallo que nos permite abordar uno de los temas más debatidos en el mundo del trabajo como es la presunción de la existencia de un contrato de trabajo por aplicación del art 23 de la LCT.

Comenzaré por la ponderación que efectúa el Dr. Corach sobre la aplicación del art 23 de la LCT, al entender que si bien la demandada había negado la existencia de una relación laboral e invocado la aplicación de la res. 1415/2003 de AFIP, la demandada no aportó ninguna prueba que respalde tal extremo.

Es decir, se parte del presupuesto factico del reconocimiento de una efectiva prestación de servicios y se invierte la carga probatoria y es la contraria la debe acreditar que dicha prestación se correspondía con otro origen no laboral.

(*) Abogado. Especialista en derecho laboral.

En esa inteligencia, en caso de que el beneficiario de los servicios no pudiese acreditar que los mismos tenían un origen autónomo y que contradigan la relación subordinada o que acrediten la condición de empresario quedará sujeto a la presunción mencionada.

Otro aspecto del fallo es la consideración que el solo hecho que el actor sea un profesional o que haya emitido facturas no obstaculiza la posibilidad de que el actor sea un trabajador en relación de dependencia, y que ha quedado acreditado la inserción de este en una organización ajena, con el fin de cumplir los objetivos de esa organización.

Por último, es del caso mencionar que el fallo comentado ha efectuado una interpretación amplia del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que quienes tienen una interpretación restringida de la norma entienden que la carga de la prueba de que la relación es subordinada o de dependencia, no se ve alterada por la aplicación dicho artículo.

Jurisprudencia Anotada

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA LABORAL

Condena en los términos del art. 30 de la ley 20.744. Tareas de limpieza en una entidad dedicada a la prestación de servicios médicos. Certificado de trabajo.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Los trabajos de limpieza forman parte de la totalidad de la organización y si bien en el caso no es la actividad principal, no puede admitirse que las actividades propias de un sanatorio se puedan llevar a cabo sin aquellos. Por ello, se impone confirmar la condena en los términos del art. 30 de la ley 20.744.

2. — La indemnización correspondiente al art. 80 de la ley 20.744 es procedente, ya que solamente se ha acompañado la certificación PS 6.2, no así el certificado de trabajo; y puesto que la norma refiere a dos obligaciones, una de ellas resulta incumplida. La condena a hacer entrega de las certificaciones en cuestión en modo alguno implica asignarles a las demandadas el carácter de empleador, sino únicamente la condena a una obligación de hacer.

3. — Tratándose del art. 30 de la ley 20.744, corresponde una proyección racional de la norma dentro de la realidad económica, lo que en el caso, y prima facie, permite el reproche de responsabilidad solidaria, pues una entidad dedicada a la prestación de servicios médicos no puede funcionar sin la colaboración de dependientes que se dediquen a la limpieza de sus instalaciones (del voto del Dr. Pose).

CNTrab., sala VI, 11/02/2021. - Lugo López, Marco Antonio c. Short Time SRL y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/970/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV Aguilera, Carina Alejandra c. Sulimp SA y otro s/ despido 24/10/2018, AR/JUR/84814/2018

COSTAS

A los demandados.

Expediente N° CNT 78.848/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 11 de 2021.

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Contra la sentencia de primera instancia, que hizo lugar a las pretensiones deducidas, apelan las demandadas a tenor de sus memoriales de fs. 307/308, fs. 312/318 y fs. 320/323 que recibieron réplica por parte de su contraria a fs. 327/328 y fs. 329/330.

En materia de honorarios, apela el perito contador, por entender reducidos los que le fueron regulados (fs. 306).

Por razones de método, en primer lugar, trataré el recurso de la codemandada Sodexo, quien cuestiona que el sentenciante de grado haya entendido que el despido decidido por el accionante resultó ajustado a derecho.

En este aspecto, entiendo que no le asiste razón. Digo ello porque el actor se colocó en situación de despido indirecto ante la falta de pago del salario correspondiente al mes de enero de 2017 y en autos no se ha acreditado su cancelación. La demandada en cuestión expresó que abonó el salario correspondiente a dicho mes en la cuenta sueldo del Banco Galicia (fs. 37). Ahora bien, a fs. 174 obra la contestación de oficio de dicha entidad, donde se precisa que la caja de ahorro en pesos del actor no registró acreditaciones en su cuenta entre el período octubre de 2016 a marzo de 2017 y que la otra cuenta que posee el accionante tiene fecha de alta mayo de 2017.

Por otra parte, en la pericia contable obrante a fs. 260/271 se desprende de los puntos propuestos por la codemandada Short Time a la prerrogativa "Si el actor percibió alguna de las sumas que reclama en la presente acción. Acompañe las constancias de pago de dichos conceptos" surge que no le fue exhibido registro ni documentación alguna. Y a la prerrogativa "Exprese si se abonado al actor sumas en concepto de liquidación final y en tal caso los montos de cada concepto abonado" también surge que ellos no le han sido exhibidos.

Siendo ello así y que se encuentra acreditada la falta de pago del salario correspondiente el mes de enero de 2017, entiendo que corresponde confirmar lo decidido en relación a la procedencia de las indemnizaciones derivadas del despido.

Las codemandadas Short Time y Sodexo se agravian por la procedencia de las indemnizaciones previstas en los arts. 2 de la ley 25.323 y art. 80 de la LCT, pero en este aspecto entiendo que no les asiste razón. La primera, puesto que el accionante intimó para que le fueran abonadas las indemnizaciones del despido y debió accionar judicialmente para lograr el cobro de su crédito.

La indemnización correspondiente al art. 80 de la citada tiene por fundamento que en autos solamente se ha acompañado la certificación PS 6.2, no así el certificado de trabajo y puesto que la norma refiere a dos obligaciones, una de ellas resulta incumplida. En cuanto a la entrega de las mismas, también corresponde confirmar lo decidido, ya que falta hacer entrega del certificado de trabajo. Por otra parte, la condena a hacer entrega de las certificaciones en cuestión, en modo alguno implican que asignarle a las demandadas el carácter de empleador, sino únicamente la condena a una obligación de hacer.

Las codemandadas Sodexo e Instituto Argentino de Diagnóstico y Tratamiento, se agravian por la solidaridad con fundamento en el art. 30 de la LCT, impuesta respecto de esta última.

El art. 30 de la LCT, supedita la solidaridad legal en las obligaciones a que los trabajos y servicios sean los propios de la actividad normal y específica del establecimiento debiéndose entender en forma extensiva y, consecuentemente, comprensiva de todas aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la accionada.

Desde esta perspectiva, los trabajos de limpieza forman parte de la totalidad de la organización y si bien en el caso, no es la actividad principal, no puede admitirse que las actividades propias de un sanatorio se puedan llevar a cabo sin la limpieza del mismo; por lo que corresponde concluir la actividad de limpieza cumplida por el accionante queda comprendida en aquellas actividades necesarias para el funcionamiento del IADT, toda vez que esta no puede cumplir con su propio objeto social con prescindencia de tal servicio. Por ello, se impone confirmar lo decidido en la instancia previa.

La codemandada Sodexo se agravia, porque fue condenada en forma solidaria en los términos previstos en el art. 29 bis de la LCT. En este sentido, considero que no le asiste razón. Digo ello porque se encuentra presente el presupuesto fáctico de la norma, toda vez que Sodexo ha empleado trabajadores a través de la empresa de servicios eventuales, por lo que se vuelve responsable en virtud de las obligaciones laborales.

Por ello, considero que debe confirmarse lo decidido en la instancia previa.

No encuentro mérito para apartarme de lo decidido en materia de costas, toda vez que las mismas han sido impuestas conforme el principio general en la materia (conf. Art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

En atención al mérito e importancia de las tareas desarrolladas y pautas arancelarias de aplicación, los honorarios regulados a los profesionales intervinientes resultan adecuados, por lo que propongo su confirmatoria (conf. Ley 21.839 y dec.-ley 16.638/1957).

Las costas de Alzada serán soportadas por las demandadas que resultaron vencidas (conf. Art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial) a cuyo efecto se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia previa (conf. Art. 14, ley 21.839).

El doctor *Pose* dijo:

Si bien adhiero a la propuesta de mi honorable colega el doctor *Raffaghelli*, no puedo menos que formular algunas acotaciones sobre un tema sustancial en debate, esto es la operatividad del art. 30 de la LCT.

La aplicación de dicha normativa motiva álgidos debates en el campo del derecho laboral siendo prudente aclarar: a) su objetivo institucional es tanto aventar la posibilidad de fraude laboral como impedir que la eventual insolvencia del empleador directo conlleve la extinción del crédito al incrementar el número de potenciales deudores; b) su inteligencia ha sido discutida por la jurisprudencia y la doctrina entre los que pretenden adjudicarle una proyección que involucre los servicios accesorios en la medida que estén integrados permanentemente al establecimiento o los complementarios que le brinden ayuda a la consecución de sus fines (López, Centeno y Fernández Madrid, "Ley de contrato de trabajo comentada", T. I, p. 258; García Martínez, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", p. 312; CNTr. Sala VII, 19/04/2005, "Pereyra c. Banquideclin SRL", DT, 2005-B-1470; Sala IX, 31/07/2013, "Fernández c. Mail Express", BCNTr. 334) y los que prefieren su proyección estricta (Meilij, "Contrato de trabajo", T. I, p. 76) y c) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su momento, impuso una interpretación estricta (ver Podetti, "El art. 30 de la LCT, DT 1993-B-871; Vázquez Vialard, "La Corte Suprema precisa el sentido del art. 30 de la LCT", TSS 1993-41; CSJN, 15/04/1993, "Rodríguez c. Cía. Embotelladora", DT 1993-A-753; 18/07/1995, "Sandoval c. Compañía Embotelladora Argentina SA", TSS 1995-785) que dejó sin efecto mediante un posterior "leading case" —"Benítez c. Plataforma Cero", sent. del 22/12/2009, Fallos: 332:2815— por entender impropio de su cometido jurisdiccional formular, en el marco de un recurso extraordinario, una interpretación de las normas de derecho común.

La Corte Suprema afirmó, en tal ocasión 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. En especial, enfatizó: "las 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".

La decisión adoptada por el Superior dejó en manos de los jueces del trabajo la aplicación práctica de una directiva que apunta a proteger al trabajador no solamente de una connivencia fraudulenta sino, también, de un proceder negligente del contratante en la elección del contratista, que finalmente deviniera en perjuicio del trabajador ante los incumplimientos y su posible insolvencia (CNTr. Sala III, 09/11/2004, "Silva c. Dihuel SA", DT, 2005-657) siendo que estos, en principio, se han decantado por una proyección amplia de las directivas considerando que engloba toda actividad secundaria o accesoria sin la cual la empresa no podría funcionar (CNTr. Sala X, 18/03/2010, "Truchet c. Cristal Clean SRL", DLSS 2010-1664) y aquellas que resultan necesarias para que la entidad productiva desarrolle su finalidad objetiva y persiga el logro de los fines empresarios (CNTr. Sala II, 10/03/2000, "Macías c. Shifa Services SRL", DT, 2001-A-604; Sala VII, 09/12/2003, "Juárez c. Futurplast SA", DT 2004-B-1371; SCBA, 19/10/1999, "Morello c. Giuliano", DT, 2000-A-1269).

En mi opinión, lo que corresponde es una proyección racional de la norma (conf. crit. CSJN, 30/12/2014, "Gómez c. Saden SA", DT, 2015-5-1024; 29/08/2019, "Payalap c. Sernaglia", Fallos: 342:1426) dentro de nuestra realidad económica lo que, en el caso y *prima facie*, permite el reproche de responsabilidad solidaria pues una entidad dedicada a la prestación de servicios médicos, no puede funcionar sin la colaboración de dependientes que se dediquen a la limpieza de sus instalaciones.

La doctora *Craig* dijo:

Que adhiero al voto del doctor *Raffaghelli*.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345) el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada a cargo de las demandadas. 3) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia previa. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Luis A. Raffaghelli. — Carlos Pose. — Graciela L. Craig.*

¿Debe ser automática la operatividad del art. 30, LCT, en establecimientos de salud por las tareas de limpieza?

Alejandro Gabet (*)

El interrogante del título nos surge a partir de leer, en el voto del Dr. Pose, en la causa en comentario, respecto a la operatividad del art 30 de la LCT. Este nos señala: "[D]e que en el caso y prima facie, permite el reproche de responsabilidad solidaria pues una entidad dedicada a la prestación de servicios médicos no puede funcionar sin la colaboración de dependientes que se dediquen a la limpieza de sus instalaciones...".

Asimismo el camarista del primer voto Dr. Raffaghelli, interpreta en relación con el art 30 de la LCT, que se debe entender en for-

(*) 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.

ma extensiva y, consecuentemente, comprensiva de todas aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la accionada, el sanatorio.

Seguidamente señala: "[L]os trabajos de limpieza forman parte de la totalidad de la organización, y si bien en el caso, no es la actividad principal del mismo".

Al respecto debemos interpretar que se ha querido señalar que la actividad de limpieza no sería autónoma y escindible de la unidad técnica de ejecución, en este caso un sanatorio.

Vale traer a colación que para que exista solidaridad frente a las obligaciones laborales es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios complementarios o que complementen su actividad normal y específica, así se genera una unidad técnica de ejecución entre empresa y contratista. Pero debemos enfatizar que lo encomendado debe ser de aspectos o facetas de la misma actividad que desarrolla el establecimiento.

Concordamos con el Dr. Pose cuando señala que la aplicación de la normativa del art 30 de la LCT genera álgidos debates.

Se desprende de lo decidido al respecto, que la alzada ha elegido la postura amplia en el análisis de que se entiende por actividad principal. Es decir la actividad principal también comprende las actividades que sean secundarias o accesorias con tal que ellas se encuentren integradas permanentemente al establecimiento.

Pero debemos señalar que esos debates ya no deberían ser concentrados entre posturas estrictas o amplias sobre el alcance de la expresión "trabajos y servicios correspondientes a la actividad normal y especifica del establecimiento".

Sino en la premisa constitucional de que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, y para ello sin lugar a duda, debe haber trabajo y propiciar también la existencia de la primera obligación del empleador que es "dar trabajo".

El mayor desafío para responder la cuestión del título lo podríamos hallar en tratar de responder el siguiente interrogante, "indemnización o trabajo".

ADICIONALES REMUNERATIVOS

Compensación por viáticos. Compensación por tarifa telefónica. Convenios colectivos de trabajo.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — Cualquiera sea la causa del pago del empleador, la prestación tendrá carácter salarial si se dan las dos notas relevantes del concepto jurídico del salario consistentes en que, en primer lugar, constituya una ganancia para el trabajador y, en segundo término, que se trate de la retribución de sus servicios, es decir, como contrapartida de la labor cumplida.

2. — El acuerdo —aun cuando haya sido homologado por el Ministerio de Trabajo— es nulo, en tanto determina que las sumas percibidas en función de este no son remuneratorias, y el convenio colectivo, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la ley, no puede válidamente cambiar la naturaleza remuneratoria de un rubro establecida por el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo.

3. — En el derecho del trabajo la norma de rango inferior prevalece sobre la superior solo si establece mayores beneficios. El convenio colectivo no puede exceder los límites de la disponibilidad colectiva, particularmente cuando se trata de una materia tan delicada como el salario, que se proyecta sobre numerosas prestaciones laborales.

CNTrab., sala VIII, 02/02/2021. - Ramírez Mazziotti, Adriana Justina y otros c. Telefónica de Argentina SA s/ diferencias de salarios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/75/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

En "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.", 01/09/2009, Fallos: 332:2043, AR/JUR/29031/2009, declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo relativo a los vales alimentarios, en cuanto negaba a estos naturaleza salarial.

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. N° 61.377/2016

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 02 de 2021.

El doctor *Catardo* dijo:

I. Contra la sentencia de grado, que hizo lugar al reclamo de los actores, viene en apelación la demandada Telefónica de Argentina SA, a tenor del memorial de fs. 324/336.

II. La recurrente objeta que, se haya atribuido el carácter remunerativo a los rubros "compensación por viáticos" y "compensación tarifa telefónica", y en, consecuencia, la procedencia del reclamo de diferencias salariales devengadas por las mismas. El recurso no ha de tener favorable andamiento.

III. Esta Sala en diversos casos sustancialmente análogos al presente, más allá de la vigencia de la Ley 26.341 y el Decreto N° 198/2008, acudiendo a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Pérez, Aníbal c. Disco SA" (Fallos: 342:2043) —a la que remitió la sentenciante de grado—, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 103 bis inciso c) de la LCT al considerar, en concreto, que su directiva vulnera el contenido el Convenio N° 95 de la OIT, ratificado por nuestro país en el año 1956 (cfr. esta Sala, causa N° 33.941/2008, en autos "Gramajo, Domingo A. y otros c. Telefónica de Argentina SA s/ diferencias de salarios", entre otros).

IV. Con respecto al segmento de la pretensión referido al cobro de diferencias salariales emergentes del otorgamiento de carácter remuneratorio a aquellas asignaciones no remunerativas establecidas mediante actas acuerdo de negociación colectiva, considero aplicable al caso, en lo que aquí interesa, el criterio sentado por esta Sala, favorable a la pretensión actora, en los autos "Hidalgo Correa, Marylin J. c. COTO CICSA s/ despido" (SD 38.506 del 12/10/2011; causa n° 47.801/2009).

En lo sustancial, se apuntó allí, y vale para el presente, que Fernández Madrid ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T° II, p. 1331) sostiene, con criterio que comparto, que cualquiera sea la causa del pago del empleador, "la prestación tendrá carácter salarial si —como enseña Justo López— se dan las dos notas relevantes del concepto jurídico del salario consistentes en que, en primer lugar, constituya una ganancia (ventaja patrimonial) para el trabajador y en segundo término, que se trate de la retribución de los servicios de este...es decir...como contrapartida de la labor cumplida", condiciones que se cumplen con las sumas que surgen del acuerdo de marras.

Dice el autor citado (ob. cit., p. 1354) que "El convenio colectivo no puede contrariar la norma del artículo 103, LCT, sin colocar a la propia convención fuera del marco legal (art. 7°, ley 14.250)" (CNAT,

Sala III, 17/12/1993, "Taborda, Javier H. c. Florentia SA", DT, 1996-A-264) y, desde esa óptica, solo cabe concluir que el acuerdo es nulo en tanto determina que las sumas percibidas en función del mismo no son remuneratorias ya que "El convenio colectivo, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la ley (vgr. art. 106, LCT), no puede válidamente cambiar la naturaleza remuneratoria de un rubro establecida por el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo" (ob. cit., T° III, p. 370).

No obsta al carácter nulo de las cláusulas analizadas que el acuerdo haya sido homologado por el Ministerio de Trabajo ya que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9 de la LCT y el orden de prelación normativo (art. 31, CN), en caso de duda en la aplicación de normas legales o convencionales, preponderará la más favorable al trabajador.En el derecho del trabajo la norma de rango inferior prevalece sobre la superior solo si establece mayores beneficios, que no es justamente el caso que nos ocupa. No puede soslayarse tampoco en este análisis que el principio protectorio es el abrigo del derecho del trabajo y ha sido consagrado constitucionalmente en el artículo 14 bis, que determina que las leyes deben asegurar al trabajador una retribución justa.

En materia de derecho del trabajo la naturaleza salarial de las prestaciones está expresamente legislada. Como señalara, el artículo 103 de la LCT establece que, a los fines de la ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Por lo tanto, una resolución ministerial homologatoria no puede calificar un "incremento de salarios" como no remuneratorio porque ello contraría una norma de rango superior y, además, va en contra de principios elementales del derecho del trabajo.

Como dice también Fernández Madrid el acto homologatorio no tiene la virtualidad de purgar el vicio de origen, ya que la autoridad de aplicación debe, en todos los casos hacer un control de legalidad de los convenios y acuerdos, en los términos del artículo 7° de la ley 14.250 y 8° de la LCT Y si lo hace mal, la sanción es la nulidad de la cláusula que contraría la ley. El convenio colectivo no puede exceder los límites de la disponibilidad colectiva, particularmente cuando se trata de una materia tan delicada como el salario, que se proyecta sobre numerosas prestaciones laborales. Y la calificación ilegítima de una determinada prestación como no salarial puede originar un grave conflicto para la empresa, pues esta materia está siempre sujeta a la decisión judicial, que tiene la obligación de adecuar lo actuado en la sede administrativa al tipo legal".

Finalmente, no puede soslayarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 9 de la LCT cabe a los jueces la interpretación de las normas y, dentro de esa tarea, la determinación del verdadero alcance de un acuerdo de salarios, por lo que resulta inoperante que exista homologación ministerial.

Por lo demás, el temperamento expresado resultó avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del fallo dictado *in re* "Díaz, Paulo V. c. Cervecería y Maltería Quilmes", de fecha 04/06/2013, en el cual, siguiendo el criterio emanado del precedente "Pérez, Aníbal c. Disco SA" (Fallos: 342:2043) antes citado, se declaró la invalidez constitucional de sumas acordadas en un convenio colectivo en el que se les asignaba carácter no remunerativo.

En definitiva, las sumas pactadas por las partes colectivas encuadran dentro de las previsiones contenidas en los arts. 103 de la LCT y del Convenio n° 95 OIT, por lo que corresponde otorgar al concepto en examen, esto es, el denominado asignaciones no remunerativas, carácter salarial y, por ende, incluirlo en la base de cálculo del sueldo anual complementario, las vacaciones, horas extras, como pretenden los accionantes (ver en similar sentido sentencia definitiva del 26/10/2015, causa 28.308/2013, "Elías, Eduardo O. c. Telefónica de Argentina SA s/ diferencias de salarios").

V. Los argumentos hasta aquí desarrollados dan respuesta a la objeción planteada por la demandada en torno al rechazo de la defensa de cosa juzgada administrativa.

VI. Es materia de agravio que, el magistrado de grado haya hecho lugar a las diferencias salariales hasta el dictado de la sentencia. El temperamento adoptado en esa instancia fue en el marco las pautas sentadas en el Plenario N° 202, "Condori Limachi c. Valentini" (DT, 1975-48) de observancia obligatoria para la *a quo* y para esta Sala, conforme al artículo 303 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación

VII. Se queja la demandada porque el sentenciante aplica intereses moratorios "desde que cada rubro es debido". Sostiene, en apoyo a su postura que, considera infundado que se la obligue al pago de intereses "como si se tratare de una incumplidora, en cuanto no ha hecho más que aplicar un convenio Colectivo que había sido celebrado de buena con el representante legar de los actores". El planteo no obtendrá favorable acogida.

En el caso, el *a quo* tiene en cuenta dichos rubros a los fines de establecer la incidencia de aquellos en las partidas pretendidas. Conforme lo previsto en los artículos 622 y 509 del Cód. Civil, los intereses se deben desde el vencimiento de la obligación. Específicamente la LCT establece que la mora es automática (artículo 137 LCT). En virtud de ello, corresponde confirmar lo resuelto en grado sobre la aplicación de intereses compensatorios sobre las diferencias reclamadas, los cua-

les, como su propia denominación lo indica, compensan al acreedor por la privación del uso del capital o, dicho de otro modo, como precio adicional por haber usado el deudor aquel capital que debió haber ingresado en tiempo oportuno al patrimonio del acreedor.

VIII. Cabe la confirmación de la tasa de intereses por ajustarse a lo resuelto por esta Cámara conforme las actas 2601, 2630 y 2658, por lo que deberá ser mantenida. El planteo de inconstitucionalidad que introduce la parte en el memorial más allá de la generalidad del planteo y vacío de fundamento no puede ser atendido pues se trata de una cuestión inédita para el proceso, cuyo tratamiento impide el artículo 277 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

IX. No existen motivos para apartarse de lo dispuesto en materia de costas (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), por lo que propondré su confirmación.

X. Las regulaciones de honorarios lucen razonables y no deben ser objeto de corrección (artículos 6°, 7° y 8° ley 21.839, 3° Dec.-Ley 16.638/1957).

XI. Por las razones que anteceden, propongo, en definitiva, confirmar la sentencia apelada en todo lo que y ha sido materia de recurso y agravios; se impongan las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se regulen los honorarios de la representación letrada de los actores y de la demandada, por sus trabajos en esta instancia, en el 30%, respectivamente, de lo asignado en la anterior (conf. art. 14 de la LA).

El doctor *Pesino* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada; 2) Imponer las costas a la demandada; 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 25% de lo que fueran regulados en la instancia anterior. 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. — *Luis A. Catardo.* — *Víctor A. Pesino.*

La delgada línea que separa las prestaciones de carácter salarial de los adicionales no remunerativos

Emiliano A. Gabet (*)

El concepto de remuneración se ha visto fortalecido jurisprudencialmente en el transcurso de las últimas dos décadas. Se puede fijar como hito definitivo, el dictado del precedente "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A." por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde, el Alto Tribunal, declaró la inconstitucionalidad de la legislación que negaba el carácter remuneratorio a los vales alimentarios.

Para ello, la Corte realizó un análisis armónico de la legislación laboral argentina y de aquellas normas de rango superior afectadas en el caso en concreto (Constitución Nacional, Tratados

(*) 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).

con rango constitucional y Convenios de la OIT —en especial el Convenio 95 OIT—) procediendo a delinear y fortalecer el concepto de remuneración.

Dicha doctrina se replicó en fallos posteriores de la Corte afirmándose: "[E]n tal sentido, hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio n° 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de dicho convenio, en cuanto establece: "[E]l término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"..." **(1)**.

En el citado precedente "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A." la Corte ratificó la invalidez de las sumas no remunerativas acordadas en el marco de una negociación colectiva.

No obstante ello —a diferencia de como se lo cita en el fallo en comentario— el Alto Tribunal consideró que no todas las situaciones en las que se estipule el carácter no remuneratorio de las sumas que se abonan implica que automáticamente deba declararse la inconstitucionalidad de la normativa que la sustenta.

Más allá de ello, es importante destacar que en el caso en comentario los rubros en discusión —y que se estableció su carácter salarial— eran "compensación por viáticos" y "compensación tarifa telefónica".

Con relación a la compensación por tarifa telefónica puede claramente ponerse en duda su carácter no salarial. Si no existe una política que limita el uso del teléfono a cuestiones de índole laboral, la compensación abarca su uso personal. Allí claramente ingresamos en el terreno de que esta compensación es una ganancia para el trabajador ya que evita una erogación personal en telefonía.

En cuanto a la compensación por viáticos, la Ley de Contrato de Trabajo es clara en cuanto a que ellos no tienen carácter remuneratorio cuando se abonan con un respaldo documental que justifique el gasto que se compensa. Si se abonan en forma genérica y sin necesidad de rendirles cuenta, claramente tiene carácter salarial la suma así abonada.

A modo de conclusión, es importante destacar que pueden establecerse adicionales no remuneratorios pero, la sola designación convencional del carácter de tal no basta para su justificación y/o validación ya que, para su encuadramiento no deben encontrarse en ellos las notas características de la remuneración.

(1) CS, "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.", 04/06/2013, DT 2013 (agosto), 1874.

PROCEDIMIENTO LABORAL

Restablecimiento de las condiciones de trabajo. Art. 66 de la ley 20.744. Vía sumarísima. Medida cautelar.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Asiste razón al trabajador en cuanto a que la implantación natural de la medida intentada es el trámite del juicio sumarísimo que persigue el restablecimiento de las condiciones de trabajo, debido a que así lo determina lo prescripto por el art. 66 *in fine* de la Ley de Contrato de Trabajo en términos que sugieren cierto grado de imperatividad, razón por la cual debe imprimirse a las presentes actuaciones el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

2. — Corresponde revocar el decisorio, imprimir a las presentes actuaciones el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. y hacer lugar a la medida innovativa solicitada, ordenando a la demandada (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados) a abstenerse de innovar en las condiciones y modalidades de trabajo del accionante, quien deberá mantener la categoría ostentada y la remuneración devengada con anterioridad al *ius variandi* cuestionado, hasta que se dicte sentencia definitiva.

3. — La medida que dispuso la demandada ha incidido, en principio, sobre la remuneración. Y esta última resulta ser una de las "modalidades esenciales del contrato de trabajo" que, también en principio, constituyen terreno vedado para el ejercicio regular de esa facultad de variar —dentro de ciertos límites— otorgada por el art. 66 LCT al empleador.

4. — El trabajador afectado por el ejercicio irregular del ius variandi tiene derecho de accionar en procura del restablecimiento de las condiciones alteradas, ello si no lo estima un obstáculo insuperable de la continuación de la relación laboral o no desea considerarse despedido sin causa.

5. — El trabajador optó por iniciar la vía sumarísima —a fin de proseguir la vinculación laboral—, razón por la cual de conformidad a lo dispuesto en el art. 66, LCT, no se podrá innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

CNTrab., sala VIII, 19/02/2021. - Lemos, Christian Ariel c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ juicio sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/639/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 09/06/1986 Guardo, Pedro J. c. Segba, S.A. DT 1986-B, 1135 DJ 1987-1, 77 AR/JUR/1060/1986.

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. N° 24233/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 19 de 2021.

Considerando:

I. Para así decidir la sentenciante de grado tuvo en consideración la naturaleza de la cuestión debatida en torno a la modificación de la categoría laboral y reducción salarial del actor y concluyó que la medida adoptada no constituía un acto de ilegalidad manifiesta que habilitara la vía de la acción de amparo y que teniendo en consideración lo prescripto por el art. 319 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, las presentes actuaciones debían regirse por el proceso ordinario establecido por la ley 18.345. En orden a la medida de no innovar, sostuvo la improcedencia del reclamo precautorio dado que la misma coincide con el objeto principal de la pretensión y que una solución contraria implicaría "prejuzgar" o un anticipo de jurisdicción favorable del reclamo de fondo.

II. El apelante cuestiona la decisión adoptada. Sostiene que la Señora Juez *a quo* yerra al interpretar que se ha iniciado una acción de amparo, toda vez que se ha entablado la acción de restablecimiento de las condiciones alteradas del contrato de trabajo previsto en el art. 66 de la LCT y que en virtud de la modificación introducida por la ley 26.088, el trámite de la misma es sumarísimo. Por lo demás, afirma que, corresponde hacer lugar a la medida de no innovar que acompaña la acción prevista en el art. 66 del citado cuerpo legal, por no resultar menester invocar y acreditar la existencia de peligro en la demora, requisito usual en los ordenamientos procesales (arts. 62 LO y 230 Cód. Proc. Civ. y Comercial), al tratarse de una medida consagrada en una norma sustancial que prevalece sobre la normativa adjetiva.

III. De la lectura del escrito de inicio y del memorial recursivo surge que el accionante peticiona que

se deje sin efecto la Resolución N° 669/2020 de la Dirección Ejecutiva, que en el artículo 1 limita sus funciones de titular del Departamento de Recursos Humanos de la Dirección de Atención Médica No Programada y Programada, Gerencia de Prestaciones Médicas, dependiente de la Secretaría General Técnico Médica, que le fueran asignadas por Resolución N° RESOL-2019-1949-INSSJPDE#INSSJP, como así también el adicional por función jerárquica que se encuentra percibiendo al solo efecto remunerativo otorgado por Resolución N° RESOL-2019-1661-INSSJP-DE#INSSJP y en el artículo 2, lo reubica en el Tramo C del Agrupamiento Profesional con una carga horaria de treinta y cinco horas semanales de labor y dispone su traslado a la Unidad de Gestión Local VIII, San Martín, a la Mesa de Atención Personalizada. Atención al Público. Que ello importó una alteración en las condiciones de trabajo en su categoría donde paso de ostentar el tramo A (mayor cargo jerárquico) conforme el CCT 697/05 E a el tramo C, y en torno a su remuneración afectando derechos consagrados constitucionalmente. Asimismo peticiona como medida cautelar la inmediata suspensión de los efectos del acto cuestionado y el restablecimiento de las condiciones anteriores correspondientes al tramo A y la resolución 798/2012 de la Dirección Ejecutiva que lo había designado en tal escalafón transitoriamente "...Por el período que dure la coordinación..." (ver artículo 3 Res. 798).

Sentado lo anterior, la naturaleza de la cuestión revela que —más allá del debate de fondo acerca de los alcances de la reasignación de funciones desde la perspectiva de su legitimidad, razonabilidad e inocuidad— la medida que dispuso ha incidido, en principio, sobre la remuneración. Y, esta última resulta ser una de las "modalidades esenciales del contrato de trabajo" que, también en principio constituye, terreno vedado para el ejercicio regular de esa facultad de variar —dentro de ciertos límites— otorgada por el art. 66 LCT (t.o. ley 26.088) al empleador.

En tal contexto, cabe señalar que la misma norma le reconoce al trabajador afectado por el ejercicio irregular del "ius variandi" de accionar en procura del "restablecimiento de las condiciones alteradas", ello si no lo estima un obstáculo insuperable de la continuación de la relación laboral o no desea considerarse despedido sin causa.

En el *sub lite*, el actor optó por iniciar la vía sumarísima —a fin de proseguir la vinculación laboral—, razón por la cual de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo 66, no se podrá "innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva".

En consecuencia, asiste razón al apelante en cuanto a que la implantación natural de esta medida es el trámite del juicio sumarísimo que persigue el restablecimiento de dichas condiciones debido a que así lo determina lo prescripto por el art. 66 "*in fine*" de la LCT (texto según ley 26.088) en términos que sugieren cierto grado de imperatividad, razón por la cual debe imprimirse a las presentes actuaciones el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Por último, esta Sala recientemente se ha expedido en un caso de aristas similares sosteniendo que en todos los casos objetivamente comprobada la modificación indebida de las condiciones de trabajo que no tenga carácter general, resulta procedente el dictado de una orden, de naturaleza cautelar, de no innovar o, en su caso, de restituir el *statu quo* ante, lo que resulta suficiente para la admisión de la medida cautelar peticionada (ver en similar sentido esta Sala *in re* "Vargas, Omar A. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ acción de amparo" Expte. N° 10.798/2020, sentencia del 11/11/2020).

Por lo expuesto, corresponde revocar el decisorio apelado, imprimir a las presentes actuaciones el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y hacer lugar a la medida innovativa solicitada, sin que ello implique sentar posición acerca de lo acontecido y sin perjuicio de lo que pudiera llegar a decidirse al dictar la sentencia definitiva en el presente proceso. Costas de Alzada por su orden atento la índole de las cuestiones debatidas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia de grado e imprimir a las presentes actuaciones el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; 2) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por el actor, ordenando a la demandada Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados a abstenerse de innovar en las condiciones y modalidades de trabajo del accionante Christian Ariel Lemos (en los términos de la Resolución N° 669/20 INSSJP-DE#INSSJP del 21/02/2020), quien deberá mantener la categoría ostentada y la remuneración devengada con anterioridad al "ius variandi" cuestionado, hasta que se dicte sentencia definitiva en el marco de este proceso, bajo apercibimiento de ordenar, en caso de incumplimiento la aplicación de astreintes; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden; 4) Proceder a la remisión virtual de las actuaciones al Juzgado de origen; Regístrese, notifíquese y, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/13 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvanse. — *Luis A. Catardo.* — *María D. González.*

La acción de restablecimiento del art. 66, LCT, se debe substanciar por procedimiento sumarísimo

Alejandro Gabet (*)

Llegan a la alzada la presente causa en comentario toda vez que la magistrada a quo consideró que las actuaciones que perseguían el restablecimiento de las condiciones de trabajo, atento a la modificación de categoría laboral y reducción en la remuneración del trabajador debía tramitarse por el proceso ordinario ley 18.345.

Ello sustentado en que una solución contraria implicaría "prejuzgar" o un anticipo de jurisdicción favorable del reclamo de fondo.

Se apela la decisión adoptada ya que sostiene el actor que las modificaciones introducidas a su relación laboral son las contempladas en el art. 66 de la LCT.

Dando una rápida lectura al citado artículo, podemos observar que este señala específicamente para el caso de que el trabajador decida accionar para perseguir el restablecimiento de las condiciones modificadas, la que procederá por un procedimiento sumarísimo.

La modificación negativa de la remuneración o cualquier acción que produzca la disminución de esta no se encuentra dentro de las facultades del empleador atento a la condición de hiposuficiencia del trabajador en una relación asimétrica de poder.

Señala Amanda Caubet en relación con la modificación de la remuneración: "[N]o puedan ser alteradas [...] ni la retribución ni la categoría contractual..." (CAUBET, Amanda, "*Ius variandi:* Distintos aspectos que puedan considerarse comprendidos en la ley 26.088", Errepar, junio/2006, 250-517).

También es oportuno recordar que la legitimidad del ejercicio del Ius Variandi se halla subordinada a la no alteración sustancial del contrato, a la ausencia de perjuicio material o moral y la existencia de razonabilidad y un carácter funcional, es decir que existan objetivas razones derivadas de la organización, que obligan o justifican el tomar esas medidas.

Lo resuelto en la presente causa se ajusta a derecho, el trabajador actuó conforme lo señalado por el art. 66 de la LCT. Es decir para la acción de restablecimiento del art. 66, LCT, corresponde el trámite previsto en el art. 498 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, Proceso sumarísimo.

(*) 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.

RELACIÓN DE TRABAJO

Prestaciones de servicios en el marco de una relación familiar. Alcances de la presunción del art. 23, LCT. Rechazo.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — A efectos de rechazar la demanda por despido, la judicante evaluó, en base a la prueba rendida en las actuaciones, el contexto familiar en el que se enmarcó la prestación o ayuda que pudo haber brindado la actora a los padres de su pareja, y en base a ello concluyó que no es posible atribuirles el carácter subordinado o por cuenta ajena que le asignó al demandar, por cuanto se llevaron a cabo a modo de colaboración en una estructura familiar que le hacía de sustento.

2. — La presunción emergente de la prestación de servicios en los términos del citado art. 23, LCT, debe entenderse limitada a los servicios bajo relación de dependencia pues sólo éstos están contemplados en la tipificación legal del contrato de trabajo.

CNTrab., sala X, 02/12/2020. - Mieres, Lorena Karina c. Juan Anastasio Franco s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73898/2020]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 37.229/2014/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 02 de 2020.

El doctor *Corach* dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta alzada a propósito de los agravios que contra la sentencia de fs. 252/254 interpusieron el demandado a fs. 255, con réplica de la contraria a fs. 271/272 y la parte actora a fs. 258/263, con réplica del contrario a fs. 267/269.

Asimismo, la perito contadora apeló los emolumentos que le fueron regulados por estimarlos reducidos (fs. 264/265).

II. Contra el pronunciamiento de grado que rechazó la acción incoada se alza la parte actora porque, según sostiene, la Sra. Juez "*a quo*" no hizo aplicación de la presunción contenida en el art. 23 LCT, al hacer jugar erróneamente la confesión ficta prevista en el art. 86 LO, ya que no tuvo en cuenta la providencia dictada el 10/02/2106 (fs. 127), a través de la cual se dejó sin efecto lo resuelto en el acta labrada a fs. 118, ocasión en la que equivocadamente se tuvo a la quejosa por incursa en las previsiones del citado art. 86.

Sostiene que sobre la base de una confesión ficta inexistente, se obvió el alcance de la presunción del art. 23 LCT, no se aplicó el principio de primacía de realidad que surge de las pruebas aportadas, las que —a su entender— acreditan las tareas cumplidas en beneficio del demandado en los hoteles de su propiedad. Cuestiona la idoneidad de la prueba testimonial producida a instancias del demandado.

Objeta, asimismo, que no se merituara la conducta del demandado en los términos del art. 57 LCT, configurada ante el silencio que aquél guardara a las intimaciones que le cursara mediante despacho telegráfico del 24/10/2013.

Solicita que para el caso de haber alguna duda se aplique las previsiones del art. 9 de la LCT, se revoque la sentencia apelada y se admite la demanda en todas sus partes, con costas.

Liminarmente cabe recordar que la actora en su escrito de inicio denuncia haber ingresado a trabajar para el demandado el 01/07/2006, realizando tareas de encargada (atención de huéspedes cobranzas, atención de proveedores, pago de servicios, compra de insumos y limpieza), de lunes a sábados de 8:00 a 20:00 hs., asignándosele una habitación para su uso personal. Señala que comenzó a desempeñarse en el hotel-pensión familiar ubicado en ..., luego a partir de setiembre de 2009 continuó en la misma función pero en el hotel ubicado en ..., hasta febrero de 2012 en que regresó al primer hotel hasta su desvinculación. Invoca que la relación laboral nunca fue registrada y que jamás percibió sus salarios de acuerdo a las escalas previstas en el CCT 389/04.

Por su parte, el demandado tras efectuar una negativa pormenorizada, explicó que la actora convive con su hijo desde fines del año 2006 y producto de esa relación nació su nieta K. J. F. Relata que ninguno de los dos quería trabajar, que a su hijo se le complicó obtener un empleo por haber cumplido una condena penal por homicidio y que junto a su nieta les dieron cobijo en su casa. Dichas circunstancias quedaron acreditadas en el expediente que tramitó ante el Juzgado Civil N° 84, donde la accionante y su hijo les concedieron la guarda de su nieta. Indica que el inmueble de ... era una casa grande que nunca fue habilitado como hotel, tenía ocho habitaciones y para los gastos su esposa (fallecida) alquilaba las habitaciones a personas recomendadas, no había personal

ya que cada inquilino aseaba su habitación y una vez por semana la Sra. Castillo limpiaba los sectores comunes. En cuanto al inmueble de ... explica que funcionó como hotel cuatro años y allí era la Sra. Castillo, quien habita en la propiedad que está abajo, la que tenía el control único y absoluto y se ocupaba del cuidado del lugar.

Delimitados de tal modo los cuestionamientos sometidos a estudio de este Tribunal, he de señalar que asiste razón a la reclamante en cuanto a que no ha quedado incursa en la situación prevista en el art. 86 LO (cfr. fs. 127), por lo que deviene inadmisible introducir dicha cuestión procesal en el análisis de la controversia.

Por lo demás, comparto en lo sustancial los argumentos y consideraciones brindados al respecto por la señora Jueza "*a quo*", la evaluación de las probanzas obrantes en autos (artículo 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y las conclusiones a las que arribara tras realizar, a mi juicio, un adecuado análisis de los elementos fácticos y jurídicos de la causa.

Así lo sostengo pues aún descartada la equívoca aplicación de la presunción contenida en el art. 86 LO, la sentenciante de grado para resolver como lo hizo efectuó un análisis integral y conjunto de la totalidad de las pruebas aportadas por las partes y sobre tal base señaló que: "...aún no descartando la existencia de prestaciones o ayudas en beneficio de la actividad lucrativa llevada a cabo en los inmuebles administrados por el matrimonio Franco-Schiavi (progenitores del concubino de la reclamante, no resulta posible atribuir a tales actividades el carácter subordinado y ajeno que se le atribuye al demandar y ello toda vez que, habitando la reclamante en los inmuebles en su calidad de pareja del hijo del demandado cuando este último a su vez, resultara quien tenía a su cargo a su pequeña hija, las tareas desarrolladas no pueden considerarse integrativas de una explotación que a la reclamante le resultara totalmente ajena en la medida que directa o indirectamente se beneficiaba de sus frutos y se vinculaban a su vez con el mantenimiento y cuidado del edificio en el que se ubicaba su casa-habitación y la de su familia. (...) el trabajo aportado por Mieres en beneficio de la actividad lucrativa desarrollada en el mismo edificio donde se domiciliaba su grupo familiar y del cual sacaba rédito, no reconoce su origen en un contrato de trabajo en los términos de los arts. 21 a 23 de la LCT sino en un aporte atinente al vínculo familiar, no resultando por tanto la aportante ajena a la explotación (...) En el *sub lite*, la prueba testimonial producida evaluada a la luz de la sana crítica (arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la LO), permite corroborar que si la actora ha colaborado en forma personal con los padres de su pareja, no lo ha hecho en el marco de una relación claramente dependiente (trabajo por cuenta ajena) sino a modo de colaboración en una estructura familiar que le hacía de sustento."

Lo reseñado revela que no se obvió —como sostiene la recurrente— el alcance de la presunción del art. 23 LCT, por el contrario, la judicante de grado evaluó, en base a la prueba rendida en las actuaciones, el contexto familiar en el que se enmarcó la prestación o ayuda que pudo haber brindado la actora a los padres de su pareja, y en base a ello concluyó que no es posible atribuirles el carácter subordinado o por cuenta ajena que le asignó al demandar, por cuanto se llevaron a cabo a modo de colaboración en una estructura familiar que le hacía de sustento.

Sentado lo expuesto, además de señalar que con la prueba rendida tampoco se acreditó el pago de una remuneración ni el cumplimiento de órdenes e instrucciones, no advierto que los argumentos esbozados en el memorial recursivo resulten eficaces para revertir las conclusiones del fallo cuestionado.

Así lo entiendo, pues la actora no explica de qué modo los testimonios de A. M., S., P. y G. acreditarían que las diversas tareas que dijo haber cumplido en los inmuebles que administraban el demandado y su esposa —fallecida un mes antes de comenzar el intercambio telegráfico— habrían tenido lugar en el marco de un vínculo ajeno al familiar.

En tal sentido, los testimonios brindados por P. (fs. 165) y G. (fs. 166) deben evaluarse en consonancia con las declaraciones que ambas deponentes han brindado el 01/04/2011 en la causa civil "Franco, Karina J. s/ guarda", donde se le otorgara al demandado y su esposa la guarda de su nieta (cuyos progenitores son su hijo Federico Anastasio Franco y la actora). Tal como surge de la documental obrante a fs. 123-VII/123-XIX (admitida como hecho nuevo a fs. 130) y de la impugnación formulada por el demandado (fs. 179/180 y 183/184), ambas testigos, además de mencionar que eran amigas de la Sra. Mieres (lo que omitieron en autos), corroboraron a través de sus testimonios lo manifestado por la actora y su pareja en cuanto a que ninguno de los dos tenía trabajo y vivían con el demandado y su esposa, por eso le concedían la guarda de su hija a sus abuelos. Tales circunstancias fueron acreditadas también con un informe social obrante a fs. 49/53 de la citada causa (ver fs. 123-XV).

Por su parte, la testigo S. (fs. 156/157), quien dijo haber vivido en el hotel de la calle ... desde principios de 2010 hasta mediados de 2013 más o menos, refirió que "la actora vivía ahí en el hotel al principio cuando alquilaba ahí la dicente" y que después —sin precisar cuándo— la accionante se fue a vivir a otro hotel ubicado en ..., donde la dicente alegó haberla visitado.

Dicho testimonio no sólo resulta contradictorio con los dichos de las testigos P. y G., quienes expresaron que la actora habría vivido en los hoteles en otras fechas, sino con lo relatado en el inicio, pues a la fecha que la testigo ubica a la accionante viviendo en el hotel de ..., según la versión de la demanda ya había sido trasladada al hotel de ...

En cuanto al testimonio brindado por A. M. (fs. 153/154), el mismo no me genera convicción a los fines que aquí interesan y están teñidos de parcialidad. Hago esta afirmación porque además de desprenderse de su declaración en otro expediente (acompañada a fs. 123-I/123-I y reconocida expresamente por la actora a fs. 129) la relación de amistad que la une con la Sra. Mieres —la que fue ocultada al ser preguntada por las generales de la ley en estos actuados—, pone en evidencia las severas discrepancias en las que ha incurrido al declarar en esta causa y genera dudas sobre la forma en que habría tomado conocimiento de los hechos sobre los cuales depuso, extremos que le restan eficacia suasoria.

Sentado ello, destaco que "en la apreciación de la prueba testimonial, lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de sus dichos y coherencia; requisitos que, de no concurrir total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la inidoneidad del declarante". Y es, justamente, la dudosa credibilidad de lo mencionado por quienes comparecieron a propuesta de la accionante, puesta de manifiesto no sólo a través de las fundadas impugnaciones formuladas por el demandado a fs. 161/162 y 179/184, sino a partir de su examen integral con todo el material probatorio colectado en autos, lo que, en definitiva, sella su análisis en forma negativa (arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la LO).

Por lo demás, las declaraciones rendidas a propuesta del demandado (a fs. 151/152, 158/19, 173/174 y 175/176), no impugnadas por la contraria, sustentaron su postura en cuanto a que la explotación de los inmuebles era puramente familiar.

Sólo a mayor abundamiento, ante lo expresado por la recurrente en el memorial recursivo, agrego que si las circunstancias y relaciones verificadas no hacen presumir la existencia de un contrato de trabajo, se configura un presupuesto de inoperatividad del art. 23 de la LCT (ver en este sentido esta Sala X "Martínez, Virginia G. c. Lobo, Enrique G. s/ despido").

En este sentido, memoro que la presunción emergente de la prestación de servicios en los términos del citado art. 23 debe entenderse limitada a los servicios bajo relación de dependencia pues sólo éstos están contemplados en la tipificación legal del contrato de trabajo y relación de trabajo previstos en los arts. 21 y 22 de la LCT.

En nada modifica el resultado al que arribó la sentenciante anterior lo sostenido por la apelante en el sentido de que se omitió aplicar la presunción del art. 57 de la LCT, por cuanto ésta requiere para ser operativa, que previamente se acredite la existencia de un contrato de trabajo, lo que no ha acontecido en autos.

Omito a esta altura continuar examinando el resto de las cuestiones alegadas por la parte actora, ya que las considero inconducentes para la solución del litigio. En este aspecto se ha dicho que "los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta la que estiman pertinente para la correcta solución del litigio" (CSJN, "Tolosa, Juan C. c. Cía. Argentina de Televisión SA" del 30/04/1974, LA LEY, T. 155, p. 750, núm. 385).

En consecuencia, por las razones expuestas y por compartir los fundamentos de la judicante "*a quo*", de prosperar mi voto, corresponderá confirmar la sentencia apelada y mantener el rechazo decidido.

III. El planteo recursivo del demandado en torno a la forma en que fueron distribuidas las costas no tendrá favorable recepción.

Al respecto considero que si bien el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, establece la regla básica de aplicación derivada del principio objetivo de la derrota, también habilita al juzgador a examinar si la eventual razón fundada que pudo tener la pretendiente para promover la acción justifica apartarse de dicho principio rector. Desde esa perspectiva, comparto el criterio expuesto por la magistrada que me precede en cuanto a que las particularidades del vínculo debatido y la índole de las cuestiones que se suscitaron en torno al mismo, explicitadas algunas de ellas en el fallo de grado, justifican la imposición de las costas en el orden causado y las comunes por mitades, pues la actora pudo considerarse asistida con mejor derecho a litigar (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por iguales motivos, sugiero imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), regulando los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada en el 30%, a cada una, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO y conc. ley arancelaria).

En atención al mérito e importancia de la labor desarrollada por los profesionales intervinientes, facultades del art. 38 LO y normativa arancelaria vigente, estimo que los honorarios regulados en la anterior instancia a la representación letrada de la parte acto-

ra y a la perito contadora lucen razonables, por lo que propiciaré su confirmación.

IV. En consecuencia, de compartir mi voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada en el 30%, a cada una, de lo que les corresponda por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO y conc. ley arancelaria).

El doctor *Ambesi* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto precedente, adhiero al mismo.

El doctor Daniel E. Stortini: no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada en el 30%, a cada una, de lo que les corresponda por su actuación en la instancia anterior (art. 38 LO y conc. ley arancelaria); 4) 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. — *Gregorio Corach.* — *Leonardo J. Ambesi.*

La prestación de tareas en un contexto familiar no activa la presunción del art. 23, LCT

Emiliano A. Gabet (*)

Las cuestiones que rodean el encuadramiento de una relación como propia o ajena al ámbito del derecho de trabajo son, claramente, de las que revisten mayor complejidad en nuestra especialidad. Como consecuencia del corte netamente casuístico resulta imposible la formulación de una máxima que direccione al juzgador o al doctrinario al arribo de una conclusión uniforme.

La interpretación de la normativa debe ser integradora y no excluyente. La aplicación expansiva del derecho del trabajo más allá de los límites previstos por el legislador trae, como consecuencia, imprevisión jurídica.

Lo afirmado hasta el momento no implica que en muchos casos fraudulentamente se encubra una relación de trabajo bajo distintas figuras jurídicas ajenas al ámbito del derecho laboral. Pero, ello no habilita la afirmación genérica de que todas las relaciones deben presumirse y ser encuadradas en la figura del contrato de trabajo.

El art. 23 de la LCT establece la presunción de que existe contrato de trabajo en los siguientes términos: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no la-

(*) 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).

borales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio".

De la lectura de la norma surge que lo que resulta claro es: "[E]n los términos del art. 23, LCT, lo que dispara la presunción de existencia de un contrato de trabajo es, precisamente, la prestación de servicios, y que esta es una cuestión de hecho y prueba que exclusivamente puede definir el juzgador quien tiene los elementos a su alcance para hacerlo..." **(1)**.

Sabido es que la presunción sobre la existencia de contrato de trabajo aparecida en la norma mencionada reviste el carácter *iuris tantum* por lo cual reconoce la admisión de prueba en contrario destinada a desestimación de la nota de la dependencia con apoyo en circunstancias, relaciones o causas, que se denotaren en cada supuesto particular **(2)**.

Así se ha dicho: "[L]a presunción iuris tantum establecida en el art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo queda desvirtuada, aun cuando medie admisión en el responde de la prestación de servicios, si la prueba producida demuestra que las tareas prestadas no lo fueron en relación de dependencia..." **(3)**.

En el presente caso, se rechazó la existencia de una relación laboral atento que las tareas fueron prestadas en el marco de un contexto familiar. Ello desplaza —tal como ha establecido la jurisprudencia— la posibilidad de considerar que eventualmente, lo percibido en el transcurso de la prestación pudiera ser calificado como una "ganancia" obtenida para su propio y exclusivo provecho y beneficio **(4)**.

A mayor abundamiento, se ha resuelto en un caso de similares aristas: "[E]l vínculo familiar acreditado, constituyen la justificación objetiva al hecho material de la prestación de servicios, que en modo alguno puede presumirse como subordinación laboral sino más bien dan cuenta de que ambos trabajaban en un negocio que constituía una explotación familiar..." **(5)**.

---

(1) LITTERIO, Liliana H., "Los alcances de la prueba de la prestación de servicios", DT 2011 (septiembre), 2404.

(2) AQUINO, Claudio, "La presunción del art. 23 LCT frente a la prueba", DT 2011 (julio), 1788.

(3) SC Buenos Aires, "Domínguez, Jorge Alberto c. Remises Rosas SRL y otros", 27/04/2011, LLBA 2011 (junio), 515, DT 2011 (julio), 1787; DJ 28/09/2011, 46, AR/JUR/15845/201

(4) CNTrab., sala VII, "Rinaldini, Edmundo C. c. Solares, Graciela M.", 20/11/2006, LA LEY 2007, 54, AR/JUR/7352/2006

(5) STJ de Córdoba, sala laboral, "Cavaglia Isidro Walter c. Walter Raúl Cavaglia", 20/11/2009, AR/JUR/45664/2009.

Jurisprudencia Nacional

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Procedencia de la extensión de responsabilidad en los términos del art. 30 de la LCT. Tareas de vigilancia prestadas en una entidad bancaria.

> El banco codemandado es responsable en forma solidaria, en los términos del art. 30 de la LCT. por las obligaciones derivadas del despido del dependiente de la empresa de seguridad demandada, pues las tareas de vigilancia son normales en un establecimiento de las características de la codemandada, debido a que no puede admitirse que la actividad que realiza pueda ser desarrollada en un espacio sin seguridad y fue la entidad, quien –al contestar demanda- admitió que el trabajador fue asignado a prestar tareas de vigilancia en una de sus sucursales.

CNTrab., sala I, 20/04/2021. - Andrés, Marcelo Ezequiel c. ACP Seguridad SA y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9681/2021]

Causa Nro. 55.128/16

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 24 de 2021.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 182/186 se alzan ACP Seguridad SA y el accionante, a tenor de los memoriales presentados el 08/05/2020 y el 26/05/2020, respectivamente. Dichos recursos merecieron oportuna réplica de sus contrarias.

De su lado, la representación letrada de la actora apela los honorarios regulados a su favor, por considerarlos reducidos.

II. El Sr. Andrés relató en su demanda que comenzó a trabajar para ACP Seguridad el 16/05/2012 como vigilador y que fue destinado a prestar tareas en tal carácter al Banco Patagonia SA. Manifestó que con fecha 04/08/2015 remitió un telegrama a su empleadora y a la entidad bancaria mencionada a los efectos de que le otorgaran tareas —en atención a la negativa que alegó en igual fecha—; en la misma comunicación intimó a fin de que le pagaran el incremento salarial correspondiente al mes de julio de 2015 y que subsanen distintas irregularidades registrales. Refirió que ante el silencio guardado por su empleadora, se consideró despedido el 04/09/2015.

III. La sentenciante de grado hizo lugar a la demanda entablada por el actor contra ACP Seguridad SA. Para así decidir, consideró que había quedado configurada la presunción del art. 57 de la LCT ante la falta de respuesta oportuna por parte de aquélla —pues si bien la codemandada alegó haber contestado la intimación cursada por el accionante— expresó que la misiva agregada a fs. 28 había sido desconocida, que no poseía respaldo de prueba informativa alguna y además, que no había sido remitida al domicilio del trabajador. Asimismo, ponderó que la prueba testifical producida en autos sustentó la postura del inicio.

De tal modo, condenó a APC Seguridad SA a pagar al accionante los rubros salariales que reclamó y las indemnizaciones derivadas del despido. Por otro lado, rechazó las diferencias remuneratorias y horas extraordinarias solicitadas en el inicio, pues entendió que no fueron correctamente reclamadas. Con relación a las multas previstas en la ley 24.013, ponderó que la intimación cursada por el Sr. Andrés no cumplía los requisitos establecidos en el art. 11 de tal norma, mas al valorar que se encontraba acreditada la percepción de salarios fuera de registración, hizo lugar al incremento indemnizatorio previsto en el art. 1° de la ley 25.323.

Finalmente, desestimó el reclamo fundado en el art. 30 de la LCT contra el Banco Patagonia SA. Ello, toda vez que consideró que de las constancias de la causa no surgía que el accionante hubiera sido destinado a prestar tareas de modo exclusivo a la referida entidad.

IV. APC Seguridad SA se agravia por el progreso de la acción. Sostiene que el accionante dejó de prestar tareas el 01/07/2012 y que no medió silencio por su parte. Insiste en que no se encuentra acreditado el pago de salarios fuera de registración. Resiste, además, la condena al pago del incremento indemnizatorio previsto en el art. 1° de la ley 25.323, porque —según sostiene— no fue reclamado. Del mismo modo, controvierte que se la haya encontrado incursa en el art. 2° de la misma norma y niega la procedencia de la sanción establecida en el art. 80 de la LCT. Finalmente cuestiona la condena en costas y los honorarios regulados a los profesionales intervinientes, por considerarlos elevados.

De su lado, el actor se queja por el rechazo de la acción entablada contra el Banco Patagonia SA. Asimismo, critica que se haya desestimado el reclamo de diferencias salariales y horas extraordinarias, de las multas previstas en la ley 24.013 y en forma subsidiaria, alega un error de cálculo en la liquidación del incremento indemnizatorio establecido en el art. 1° de la ley 25.323.

Finalmente, postula que se omitió condenar a su empleadora a la entrega de los certificados de trabajo y cuestiona la imposición de costas en el orden cau-

sado con relación a la acción entablada contra la entidad bancaria.

V. Sentado lo expuesto, por razones de orden metodológico comenzaré con los cuestionamientos de la codemandada ACE Seguridad SA, relativos a la configuración de la presunción prevista en el art. 57 de la LCT y a la comprobación de las injurias alegadas por el accionante.

Ante todo, pongo de relieve que el agravio de la demandada no cumple con los requisitos establecidos en el art. 116 de la LO. Digo así, pues la apelante cuestiona genéricamente la decisión de grado, mas no controvierte los fundamentos de los que se sirvió la sentenciante de la anterior instancia. Nada dice respecto a la falta de acreditación de la efectiva notificación de la misiva que acompañó ni del error en la consignación del domicilio del accionante.

En este punto, merece ser reiterado que la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida. La exigencia de que el memorial contenga una crítica detallada y concreta de todos y cada uno de los puntos del decisorio apelado, demostrativa de qué es erróneo, injusto o contrario a derecho, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de "demanda dirigida al superior", por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora (conf. CNAT, Sala VI, 16/11/1987, DT, 1988-623, citada por Pirolo, Miguel Á. y otros en Manual de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial Astrea, 2004, p. 266). Por lo expuesto, considero que los agravios expuestos por la demandada no cumplen con los mínimos estándares que requiere el art. 116 LO. Sin perjuicio de lo anterior, observo que del intercambio telegráfico (v. documental obrante en sobre de fs. 4) surge que el Sr. Andrés intimó a su empleadora a los efectos de que abonara correctamente el salario correspondiente al mes de julio de 2015, las vacaciones gozadas y no abonadas, SAC mal liquidados, diferencias salariales y salarios no pagados, "ya que figuraba como el mes íntegro y una parte me depositaba en mi cuenta del HSBC y otra parte me lo abonaba en negro (aunque sumado ambas no coincidían con lo reflejado en el recibo de sueldo)... Intimo 30 días consigne mi real remuneración percibida de $10.000 mensuales". Asimismo, alegó —en tal misiva— que percibía el 47% de su salario como "no remunerativo" en concepto de viáticos, y en contradicción con lo establecido en el convenio 95 OIT.

La demandada alegó que dio respuesta a tal comunicación y acompañó una carta documento a fs. 28, mas —tal y como apuntó la *a quo*— no libró oficio a la empresa de correo OCA a los efectos de acreditar su autenticidad; apunto que aun cuando haya sido acompañada en original, no puede tenerse como válida pues el domicilio que allí se consignó no resulta idéntico al que el accionante designó en su telegrama. En razón de ello, corresponde confirmar la decisión de grado en cuanto tuvo por configurada la presunción prevista en el art. 57 de la LCT.

Con relación a los pagos fuera de registración, observo que bien la intimación efectuada por el accionante no cumplió con los requisitos establecidos en el art. 11 de la ley 24.013, pues —como surge de la transcripción efectuada supra— los términos en los que fue realizada resultan vagos, imprecisos y confusos, no puedo soslayar que los dichos del testigo Zarate, quien refirió que fue compañero de trabajo del actor y dependiente de la empresa de seguridad demandada, refieren a significativas irregularidades en el pago de salarios.

En este sentido, el declarante señaló: "[q]ue sabe que al actor le pasaba también porque cuando le depositaban la mitad del sueldo en la cuenta bancaria y el resto los citaban para pagar el resto del sueldo que se lo daban en mano..." (fs. 155/7). Este elemento de juicio, concordante con lo alegado en el inicio con relación a las deficiencias en la registración del salario, sumado a que la demandada no exhibió los libros y documentación exigida por el perito contador (conf. Art. 55 LCT, v. fs. 112/114 y 150), me conduce a confirmar lo decidido en grado en cuanto condenó a la demandada a abonar el incremento indemnizatorio previsto en el art. 1° de la ley 25.323.

Sobre el particular, la demandada sostiene que la sentenciante de grado falló "extra petita" porque el art. 1° de la ley 25.323 no fue específicamente reclamado en la demanda. No corresponde hacer lugar al agravio, pues he sostenido reiteradamente que cuando en el escrito de inicio se reclama con fundamento en la ley 24.013 y las multas allí previstas resultan improcedentes por cuestiones de inadmisibilidad formal, si se encuentra demostrada la irregularidad registral, como acontece en el caso, el incremento indemnizatorio previsto en el art. 1° de la ley 25.323 resulta procedente, pues tal norma sanciona exactamente el mismo incumplimiento que la anterior. En razón de ello y del principio *iura novit curia*, corresponde confirmar lo decido en grado.

Por lo demás, la queja de la demandada vinculada al pago de los distintos rubros indemnizatorios y salariales debe desestimarse. Digo así, pues el actor se encontró asistido a derecho al considerarse despedido, y no obra en autos elemento de prueba alguno que acredite la cancelación de aquéllos por parte de la demandada. Agrego que el accionante intimó correctamente a la demandada, de conformidad con el

art. 2° de la ley 25.323 y con el decreto 146/2001 (v. documental obrante en sobre cerrado).

Por último, y en atención a las intimaciones efectuadas por el actor que fueron transcriptas en la demanda, y puesto que no surge de las constancias de autos que la demandada haya dado cumplimiento con la entrega de las certificaciones de trabajo previstas en el art. 80 de la LCT, corresponde hacer lugar al agravio y condenar a la empresa empleadora.

VI. Como adelanté, la queja planteada por el accionante —dirigida a cuestionar el rechazo de las multas previstas en la ley 24.013— no tendrá favorable recepción. El telegrama, anteriormente transcripto, no cumple con los requisitos establecidos en el art. 11 de la mencionada ley. Nótese que de aquél surgen datos imprecisos y vagos que impiden la procedencia de las sanciones previstas en el régimen mencionado.

Ahora bien, sí le asiste razón al apelante en cuanto advierte un error en el cálculo del incremento indemnizatorio establecido en el art. 1° de la ley 25.323, por lo que corresponde hacer lugar al agravio y establecerlo en la suma de $40.000.

Con relación a las horas extras y diferencias salariales, propicio confirmar lo decido en grado. Tanto del telegrama de intimación del 04/08/2015 como del escrito de inicio no surge de forma clara la petición. En cuanto a las horas extraordinarias exclusivamente se alegó: "entiendo necesario reclamar que las horas extraordinarias se abonan por encima de las 8 horas diarias o de las 48 horas semanales. No hay ni debe haber discusión al respecto y la prueba contable determinará las mismas" (v. fs. 12).

El reclamo por diferencias salariales resulta harto impreciso, como apuntó la magistrada de grado: "[e]n cuanto a los reclamos por diferencias salariales y horas extras, el relato de la demanda luce confuso y en parte contradictorio puesto que por un lado se sostiene haber percibido sumas inferiores a las que indican los recibos y por el otro se alega la insuficiencia de los pagos realizados e irregularidad registral por haberse asignado carácter "no salarial" a algunos rubros establecidos mediante la negociación colectiva. Es más, el telegrama intimatorio no aclara cual sería la fuente jurídica del reclamo y lo invocado en cuanto a los hechos no logra comprenderse puesto que sostiene la existencia de "aguinaldos mal liquidados, diferencias salariales y sueldos adeudados atento que no fueron liquidados correctamente... ya que figuraba como el mes integro y una parte me depositaba en mi cuenta del HSBC y otra me la abonaba en negro (aunque sumando ambas no coincidían con lo reflejado en el recibo de sueldo)".

En la liquidación efectuada en su escrito inaugural, el accionante consignó que reclamaba $24.000 por "Diferencias salariales, estimado de $1000 x mes x 24 meses. A determinar correspondientes a horas extras, feriados, día del gremio, antigüedad, vacaciones no gozadas ni liquidadas como así también sac, por no contemplar para su cálculo el presentismo ni las cifras no remunerativas y viáticos" (v. fs. 16 vta.). Lo anterior deja al descubierto la vaguedad del reclamo, el que resulta insuficiente para tener por cumplimentado lo establecido en el art. 65 de la LO.

Como nos señala Falcón, es de la esencia de los escritos constitutivos de la litis, la determinación, con claridad y precisión, de las pretensiones de las partes. Hago esta mención porque el art. 65 inc. 4° de la ley 18.345 impone, al igual que la norma procesal común, que la demanda contenga "[l]os hechos en que se funde, explicados claramente"; siendo ello así, la acción se individualiza por la base fáctica y no por el texto abstracto de la ley. Esos hechos, nos ilustra el autor, pueden ser apreciados por los sentidos u obtenidos por los efectos que produzcan.

Asimismo, la línea expositiva debe ser sólida: el relato debe manifestar, en un lenguaje que no requiere sofisticación, los cambios experimentados a los que se les imputa el efecto jurídico que se persigue. Con cita de Rosenberg, explica que "[e]n el proceso laboral, el actor (...) tiene la carga de la afirmación, por lo que debe relatar todos aquellos acontecimientos concretos, espacial y temporalmente determinados de los cuales pueden deducirse los presupuestos de las normas jurídicas que amparan o protegen una situación jurídica determinada..." (Falcón, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I, Rubinzal Culzoni Editores, 2011, ps. 1135/1142 y Tratado de Derecho Procesal Laboral, T. I, Rubinzal Culzoni Editores, 2012, p. 618).

De tal modo, lo alegado en el inicio, no subsana la omisión de una petición expresa, pues las pruebas se circunscriben a corroborar hechos concretamente enunciados (art. 80, ley 18.345 y 364, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), que validan las pretensiones exteriorizadas en el juicio, y no a sustituir su ausencia. Es decir, más precisamente, los hechos deben aportar a los autos un panorama que sea la expresión sincera de la realidad, objetivamente comprobable a través de elementos de juicio idóneos y eficaces en orden a la consecución del objetivo propuesto.

En síntesis, considero incontrovertible que la prueba ofrecida no suple la alegación inexistente o defectuosa. Y la circunstancia de que la naturaleza laboral de la pretensión haya permitido superar —como era menester, por la índole de los derechos en juego— el tradicional proceso adversarial civil mediante nor-

mas tuitivas de carácter procesal (art. 67, última parte), ello no puede, nuevamente, suplir la negligencia jurídica del accionante. Como expresa Pirolo, "[d]emás está decir que la intimación previa establecida en el art. 67 (...) debe perseguir, únicamente, el cumplimiento de los recaudos mínimos de índole formal que permitan la apertura del proceso judicial. En otras palabras, dicha intimación debe tener como norte el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y no los de fundabilidad" (Pirolo, Miguel Ángel, Manual de derecho procesal del trabajo, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 193).

Por todo lo anterior, propicio rechazar el agravio del accionante.

VII. Resta dar tratamiento al agravio planteado por el actor relativo a la extensión de la condena contra el Banco Patagonia SA, ello en virtud de lo dispuesto por el art. 30 de la LCT.

Observo, al respecto, que el testigo C., quien refirió haber trabajado para la entidad bancaria mencionada señaló que laboró allí con el actor, en el horario de 9 a 17, de lunes a viernes y que este último vestía con el uniforme de la empresa ACP Seguridad SA (v. fs. 103).

Sentado lo expuesto, debo señalar, ante todo, que para definir el ámbito de aplicación del artículo 30 de la LCT, debe considerarse aquella actividad normal, específica, habitual y permanente de la empresa, es decir, la relacionada con la unidad técnica de ejecución destinada al logro de los fines de esta última; debiendo descartarse la actividad accidental, accesoria o concurrente. Por ende, para establecer si las tareas desarrolladas por el accionante hacen o no a la actividad normal, propia y específica de la apelante, debe considerarse si resultan integrativas del bien o servicio que se ofrece.

En el sentido apuntado, observo que las tareas de vigilancia son normales en un establecimiento de las características de la codemandada: una entidad bancaria. Ello es así, debido a que no puede admitirse que la actividad que realiza pueda ser desarrollada en un espacio sin seguridad; la cual es indispensable para el resguardo de las personas y bienes de la codemandada y la presencia de personal de vigilancia en los lugares de ingreso o egreso atenúan el riesgo de inseguridad (por delitos contra la propiedad o las personas) el que no sólo existe en la vía pública, sino también al interior de los establecimientos, y ello debido al tránsito constante de personas —ajenas a la planta— que concurren a efectuar trámites y gestiones comerciales, máxime en el caso de una entidad bancaria, por las características propias de la actividad que allí se lleva a cabo (ver en similar sentido, SD 93.193 del 03/12/2018 *in re* "C. R., S. R. c. Coto CICSA y otros s/ despido", del registro de esta Sala en el que voté adhiriendo a las conclusiones del primer voto).

No soslayo lo apuntado por la *a quo*, con relación a que el accionante no fue destinado de modo exclusivo al Banco codemandado, mas fue este último quien —al contestar demanda— admitió que el actor fue asignado a prestar tareas de vigilancia en una de sus sucursales (v. fs. 51 vta.).

Por último, pongo de relieve que no desconozco el reciente pronunciamiento dictado por el máximo Tribunal en la causa "Payalap, Marcelo A. c. Sernaglia, Raúl y otro s/ reclamo" del 29/08/2019; empero —por todos los fundamentos expuestos— no he incurrido, en el presente caso, en una desmesurada extensión del ámbito de aplicación del art. 30 de la LCT ni en una desnaturalización de su contenido.

En consecuencia y por lo expuesto, sugiero revocar la sentencia de grado y hacer extensiva la condena de forma solidaria al Banco Patagonia SA.

VIII. En razón de las modificaciones que se proponen, sugiero imponer costas a cargo de las codemandadas (art. 68 y 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por su parte, de conformidad con el 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 y art. 3° inc. b) y g) del dto. 16.638/1957; cfr. CSJN, *in re* Fallos:319:1915 y 341:1063), sugiero regular los honorarios de la representación letrada del actor, de ACP Seguridad SA, del Banco Patagonia SA y del perito contador en el 16%, 14%, 14% y 7%, sobre el monto de condena más intereses.

IX. En atención al resultado que se propone, las costas de Alzada deben imponerse a las codemandadas vencidas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Asimismo, propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y de las codemandadas, en el 30% de lo que en definitiva les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27.423).

XV. Por todo lo anterior, de compartirse mi propuesta, correspondería: a. Revocar la sentencia con relación a la acción interpuesta contra el Banco Patagonia SA y condenar a esta última de forma solida-

ria en virtud de lo establecido por el art. 30 de la LCT. b. Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, elevar el monto dispuesto en grado y condenar a las codemandadas de modo solidario, a abonar al actor la suma de $176.838,88, más los intereses dispuestos en grado. c. Condenar a ACP Seguridad SA a entregar al actor las certificaciones de trabajo del art. 80 LCT, en el plazo de diez días posteriores de haber quedado firme la liquidación, en la etapa prevista por el art. 132 de la LO, bajo apercibimiento de imponer astreintes. d. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las codemandadas vencidas. e. Regular los honorarios por la actuación en primera instancia, de la representación letrada del actor, de ACP Seguridad SA, del Banco Patagonia SA y del perito contador en el 16%, 14%, 14% y 7%, sobre el monto de condena más intereses. f. Regular los honorarios de Alzada, de la representación letrada de la parte actora y de las codemandadas 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 a las conclusiones del voto que antecede, por compartir sus fundamentos y conclusiones. Con respecto a la responsabilidad vicaria de la entidad financiera codemandada, fundada en el art. 30 LCT, si bien no participo de una visión estricta de la citada preceptiva, coincido con la postulación de la Dra. Hockl porque entiendo que las tareas de seguridad integran la actividad normal y específica de la quejosa.

Por ello, el Tribunal resuelve: a. Revocar la sentencia con relación a la acción interpuesta contra el Banco Patagonia SA y condenar a esta última de forma solidaria en virtud de lo establecido por el art. 30 de la LCT. b. Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, elevar el monto dispuesto en grado y condenar a las codemandadas de modo solidario, a abonar al actor la suma de $176.838,88, más los intereses dispuestos en grado. c. Condenar a ACP Seguridad SA a entregar al actor las certificaciones de trabajo del art. 80 LCT, en el plazo de diez días posteriores de haber quedado firme la liquidación, en la etapa prevista por el art. 132 de la LO, bajo apercibimiento de imponer astreintes. d. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las codemandadas vencidas. e. Regular los honorarios por la actuación en primera instancia, de la representación letrada del actor, de ACP Seguridad SA, del Banco Patagonia SA y del perito contador en el 16%, 14%, 14% y 7%, sobre el monto de condena más intereses. f. Regular los honorarios de Alzada, de la representación letrada de la parte actora y de las codemandadas en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423) y g. 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 (art. 4°, Acordadas CSJN N° 15/2013 y 11/2014) y devuélvase. — *María C. Hockl.* — *Gabriela A. Vázquez.*

DESPIDO CON CAUSA

Procedencia. Prueba del acoso laboral. Configuración del acoso.

1. — El comportamiento del trabajador, más precisamente la situación de abuso sobre su compañera de trabajo, tornó imposible la prosecución del vínculo y el despido resultó sin duda justificado conforme el art. 242 de la LCT.

2. — En materia de acoso, no se quiere intencionalidad subjetiva de dañar a quien agrede, sino que, para tornar ilícito y reprochable su comportamiento, basta con que se cause, o sea posible causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico a otra persona, es decir que deben concurrir un comportamiento de carácter sexual, que no sea deseado, y que la víctima lo perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante.

CNTrab., sala I, 20/04/2021. - M., E. D. c. Sehos SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9674/2021]

Causa N° 80.820/2017/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 20 de 2021.

La doctora *Vázquez* dijo:

I. El señor juez de primera instancia rechazó la demanda deducida por E. D. M. y consideró que el despido decidido por su empleadora el día 21/12/2016 resultó justificado. No obstante, condenó a la demandada a entregar los certificados de trabajo del artículo 80 de la LCT.

II. Ambas partes atacan el decisorio de grado. El actor porque, según su parecer, el señor juez *a quo* hizo una incorrecta interpretación del hecho y la sanción decidida por su empleadora (despido) que considera desproporcionada. Por su parte, la demandada se queja de la condena a entregar un nuevo certificado pues, según sostiene, ha cumplido con la obligación poniéndolo a disposición del trabajador y, luego, acompañándolo en estos actuados.

III. La queja del actor no será admitida por mi intermedio. En primer lugar, debo decir que el memorial en estudio, en cuanto ataca el rechazo de demanda decidido en grado, no cumple con los requisitos del art. 116, ley 18.345, ya que no contiene una crítica concreta y razonada de los fundamentos de la sentencia. La presentación no se basta a sí misma, olvidando que los agravios están dirigidos a rebatir el decisorio de grado como culminación del contradictorio (Sala I, "González c. Pirelli SAIC s/ art. 1113 CC", SD 50.635 del 26/06/1985).

Para que exista expresión de agravios, no bastan manifestaciones imprecisas, genéricos razonamientos totalizadores, ni remisiones. Se exige legalmente que se indiquen, que se patenticen, analicen, parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada (cfr. CNEsp. Civ. y Com. Sala I, "Silva Pacino de Herminia c. Arce, Juan", 23/08/1985).

En este marco, el apelante se limita a reiterar algunas de las observaciones efectuadas oportunamente a los testigos (v. fs. 161/167) e intentar, —con argumentos que lucen infundados y endebles desde la óptica del art. 116, de la ley 18.345— restarle gravedad a un hecho contrario a los derechos humanos de las mujeres. Digo esto porque, luego de analizada la prueba producida en el expediente, coincido con la solución adoptada en grado en cuanto a que el comportamiento del accionante, más precisamente la situación de abuso sobre su compañera de trabajo, tornó imposible la prosecución del vínculo y el despido resultó sin duda justificado (artículo 242 de la LCT).

En efecto, la prueba testifical rendida a instancias de la demandada, no solo dio cuenta de la conducta abusiva que el accionante manifestaba regularmente en su lugar de trabajo hacia sus compañeras, sino también el hecho puntual que, por su elevado grado de violencia llegó a conocimiento de la empresa y culminó, para mi acertadamente, en su despido con causa. Así, la testigo R. (fs. 148/150) quien dijo ser compañera de trabajo del accionante y de la víctima (R. C.), y estar presente en ese momento, explicó que "Que el actor dejó de trabajar ahí por un problema con una de las compañeras, que fue agresivo con una de las compañeras... Que fue en el 2016 seguro, en diciembre, que fue cuando ya se estaban por ir, que habrá sido entre las 19:30 y las 19:45 hs., que ellos trabajaban hasta las 20 hs. Que ocurrió en el vestuario, afuera de los vestuarios, donde estaba el dispenser para tomar agua, que ellas bajaron, estaban tomando agua y sale el actor de su vestuario y también se acerca a tomar agua y ahí le empezó a decir cosas a su compañera (...) que primero la empezó a joder con el tema de la rodilla, que el actor le quería tocar ahí donde ella tenía lastimado y ella le decía que no le toque porque le dolía, que exactamente no recuerda qué rodilla era, que amagó, amagó hasta que llegó a tocarle donde ella tenía lastimado, que ella le decía que no le toque porque le dolía, y él le tocó y ella como que no le gustó que él la haya tocado y agarró y la empujó, mucho así no se recuerda, que la dicente recuerda así por partes, que después que ella lo empujó él le tiró con el vaso del agua, que el actor estaba tomando agua, que le tiró con vaso y le pegó en la ceja, que el vaso se rompe con el mismo golpe que le dio en la ceja, que el vaso era de plástico.

Que R. C. subió al tercero donde estaba la que era la encargada de ellos en ese momento... Que la dicente tuvo muy poco trato con el actor porque él hacía cosas que un hombre no debe hacer delante de otras mujeres, como tocarse sus partes o contar lo que hacía con su mujer, que la dicente lo ha visto al actor en varias ocasiones haciendo esas cosas, que una vuelta estaban tomando mate abajo donde estaban, y él se acercó donde estaban ellas y enseguida se empezaba a tocar sus partes, que en ese momento estaban presentes sus compañeras. Que dentro del trabajo siempre hizo lo mismo, que era seguido, que descansaban todos los días juntos, hasta que un día esta chica S. (...) le dijo que no lo haga más porque se sentían incómodas, no quedaba bien que lo haga, que no les gustaba que él les cuente las cosas que hacía con las mujeres. Que el actor ante ese planteo se reía. Que lo seguía haciendo".

Por otro lado, la testigo R. (fs. 151/153), también compañera de trabajo, dijo haber estado en el tercer piso del edifico cuando R. C. subió golpeada. Explicó que llegó "llorando diciendo que E. le pegó, y tenía un golpe en la boca, que tenía lastimada la boca y la ceja. Que se refiere a E. M. Que atrás de ella llega el actor, estaba enojado, alterado, le dijo a la dicente que ella lo provocó, que 'ella estaba drogada', eso le dijo el actor. Que ella dijo que él le pegó, que él le tocó la pierna, no sabe. Que la dicente le dijo al actor que se vaya porque estaba alterado, el actor se fue, la dicente no sabe más nada porque se fue, la dicente se quedó con R. C., ella le empezó a contar por qué le pegó y ella se defendió porque él le tocó la pierna y ella se defendió tirándole agua, que eso es lo que le contó ella a la dicente, que se defendió porque le tocó la pierna. Que la dicente la curó porque tenía un corte en la boca (...) y estuvo con R. C. hasta que vino la ART".

Sorprende el recurrente cuando afirma que la testigo R. habría admitido "no haber visto absolutamente ninguna maniobra abusiva de parte del actor" o que, con esa misma declaración, "quedó manifiesta la falta de tocamientos en zonas íntimas". En primer lugar, la testigo R., al ser compañera de trabajo y estar presente en el momento del hecho, pudo dar cuenta del episodio y su declaración, al menos en este sentido, resulta incuestionable. Asimismo, contrariamente a lo invocado por el recurrente, su declaración se corresponde

con la brindada en sede penal (que ella misma agrega al impugnar su declaración, v. fs. 161/164), Por otro lado, pretender reducir la gravedad de su accionar por considerar probado que "el tocamiento no ha sido en zonas íntimas", da cuenta del análisis parcial y de la clara falta de perspectiva de género con que procura el ejercicio de su defensa.

Al respecto, debo recordar que, en materia de acoso, no se quiere intencionalidad subjetiva de dañar a quien agrede, sino que, para tornar ilícito y reprochable su comportamiento, basta con que se cause, o sea posible causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico a otra persona. En otros términos, para que se configure acoso sexual deben concurrir un comportamiento de carácter sexual, que no sea deseado, y que la víctima lo perciba como un condicionante hostil para su trabajo, convirtiéndolo en algo humillante. Tampoco es necesario que la violencia sea sufrida por determinado tiempo o por conductas reiteradas, como pareciera proponer el recurrente al afirmar que para que una conducta sea considerada falta grave debe ser reiterativa (v. segundo agravio), porque basta con que se manifieste una sola vez.

A su vez, 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 .

Por último, reiterando los fundamentos expuestos por mi distinguida colega la Dra. Cecilia Hockl en la causa N° 57.090/2013 en autos "S. A. M. c. Rago, Juan Carlos y otro s/ despido" (v. protocolo de esta Sala, Sentencia N° 93.860 del 19/07/2019), considero necesario destacar —por tratarse de un hito insoslayable— el último de los Convenios celebrados por la Organización Internacional del Trabajo en el en el marco de la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo el 19 de junio de 2019. Me refiero, claro, al Convenio 190 de OIT y su Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo .

Aunque resulte evidente, quiero remarcar que todo lo anteriormente reseñado resulta, a mi juicio, suficiente para encuadrar el tema a decidir desde el aspecto normativo; empero, pienso que el consenso internacional 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 comenzado a regir en el orden internacional, pues no han pasado los doce meses que exige el artículo 14.2 del Convenio; más si ha sido ratificada por nuestro país (cfr. Ley 27.580 del 14/12/2020), incorporado así a nuestro ordenamiento interno y, por ello, de aplicación inmediata en conflictos como el que hoy toca tratar (ver en este sentido: CSJN, "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros" del 07/07/1992.

En esta línea, el art. 1° del 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 art. 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 art. 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 tal entendimiento y a la luz de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedente "Álvarez, Maximiliano c. Cencosud SA" (Fallos: 333:2306) recuerdo que "la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (...) expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios (...)".

Resalto esto último porque si entre esos ocho "Convenios Fundamentales", dos son atinentes a la práctica de la discriminación —el Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100) y el Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111)— la significación trascendente del novel instrumento no puede dejar lugar a dudas. Digo así, puesto que acoso laboral y discri-

minación, lamentablemente, y a fuerza de utilizar una expresión corriente, suelen "ir de la mano"; por lo que me animo a afirmar que, a la luz de aquellos instrumentos generales, el flamante abreva en sus conceptos indiscutidos. En tal sentido, y con el objeto de remarcar la íntima vinculación entre el Convenio 190 y los recién mencionados, destaco que este último recuerda "que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;" y reconoce —entre otros— que "la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano para prevenir la violencia y el acoso".

Finalmente, como he dicho en un ya viejo artículo publicado, argumentos que mantengo y resultan plenamente aplicables al caso en estudio, el trabajador o trabajadora que comete acoso sexual en perjuicio de alguna o algunas de las restantes personas que conforman la comunidad de trabajo (pares, superiores, inferiores, clientes, etc.) incurre en una conducta injuriosa que, desde lo normado por el artículo 242 de la LCT, puede validar un despido sin consecuencias indemnizatorias .

Así también lo ha dicho la jurisprudencia: "el acoso sexual laboral puede constituir injuria, en los términos del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo y justa causa de despido, conforme a la valoración que realicen los jueces, teniendo en consideración el carácter de la relación laboral, lo dispuesto por la ley citada, las modalidades y circunstancias personales de cada caso" .

Como corolario de todo lo expuesto, propongo rechazar la queja del accionante.

En nada modifica el último punto del memorial en estudio ("El derecho"), en cuanto pareciera proponer un "especial análisis" de la Ley Micaela (Ley 27.499 del 10/01/2019), más se limita a transcribir el artículo 14 bis de nuestra Constitución y doctrina en materia de género, extremos que, en lo particular, nada hacen al objeto de este pleito. Tampoco la cita del alegado veredicto de la justicia penal que, además de no ser probado en estas actuaciones no resulta vinculante para este Tribunal en el caso en estudio.

IV. Por el contrario, de compartirse mi postura, corresponderá hacer lugar a la queja de la demandada. El señor juez de primera instancia, condenó a la demandada a entregar a la parte actora los certificados de aportes y de servicios de acuerdo a las circunstancias acreditadas en autos, que el primero deberá confeccionarse de acuerdo al Formulario AFIP N° 984 y, el restante, es el conocido Formulario PS.6.2. (cfr. sentencia de primera instancia). Por su parte, a fin de fundar el planteo y expresar agravios, la demandada afirma que puso a disposición del trabajador los certificados del artículo 80 de la LCT y que, al momento de contestar la demandada, los acompañó para su retiro. Advierto que los agravios no recibieron réplica por el accionante.

La accionada, al momento de contestar demanda, acompañó el formulario AFIP N° 984 de fecha 29/12/2016 (confeccionado a los ocho días del distracto, v. fs. 29/30) y, además, el formulario AFIP PS.6.2 de fecha 10/03/2017 (v. fs. 31/32). No advierto tampoco que el señor juez *a quo* haya tenido por acreditado un deficiente registro del contrato de trabajo (fecha de inicio, jornada o remuneración), extremo que tampoco fue planteado por el actor M. en su escrito inicial. Destaco que no se ha atacado la aplicación de la multa del artículo 45 de la Ley 25.345, extremo que me llevaría a analizar si la expedición fue temporánea, sino simplemente la obligación de entrega.

En este marco, como los formularios N° 984 y PS.6.2 que el magistrado de primera instancia condenó a entregar ya se encuentran agregados en este expediente, y que su contenido se corresponde con los datos que surgen de la causa (v. fs. 29/32), propongo revocar ese aspecto del decisorio y hacer saber al accionante que podrá retirarlos previa constancia de ello en estas actuaciones.

V. De conformidad con lo normado por el artículo 279, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde una nueva decisión sobre costas y honorarios, sin perjuicio de lo cual, considero que la imposición de las costas de primera instancia al actor debe confirmarse, porque resultó vencido (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VI. En cuanto a los honorarios regulados a los profesionales en primera instancia, teniendo en cuenta el mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos, el resultado del pleito y lo normado por el artículo 38 de la LO y 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; ley 27.423 y 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: 341:1063), los mismos lucen adecuados y razonables, por lo que propicio que se mantengan.

VII. Las costas de alzada deben imponerse al actor vencido (artículo 68, segundo párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regularse los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la de-

mandada, por las tareas realizadas ante esta alzada, en el 30% a cada una de ellas de lo que les ha sido fijado como retribución por las tareas de origen (art. 30, ley 27.423).

VIII. Por lo expuesto, propongo en este voto: 1) Confirmar en lo sustancial la sentencia apelada, con excepción de la condena a entregar los certificados de trabajo del artículo 80 de la LCT que se deja sin efecto. 2) Hacer saber al accionante que podrá retirar los certificados obrantes a fs. 29/32 previa constancia de ello en estas actuaciones. 3) Imponer las costas de Alzada a cargo del accionante y regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la demandada, por su actuación ante esta instancia, en el 30% de lo que en definitiva le corresponda percibir como retribución por las labores realizadas en grado.

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 en lo sustancial la sentencia apelada, con excepción de la condena a entregar los certificados de trabajo del artículo 80 de la LCT que se deja sin efecto. 2) Hacer saber al accionante que podrá retirar los certificados obrantes a fs. 29/32 previa constancia de ello en estas actuaciones. 3) Imponer las costas de Alzada a cargo del accionante y regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la demandada, por su actuación ante esta instancia, en el 30% de lo que en definitiva le corresponda percibir como retribución por las labores realizadas en grado. 4) Hacer 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). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese y devuélvase. *— Gabriela A. Vázquez. — María C. Hockl.*

Ver punto 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; v. entre otros, "V. P. M. A. c. Teletech Argentina SA s/ despido", SD 87.370, del 13/02/2012, del registro de esta Sala).

De consulta pública en el sitio web de la OIT: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:4000085:NO Fallos: 315:1492, y más recientemente CSJN, "Pinturerías y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra" del 26/03/2014, Fallos: 337:315), aunque no obligue a la Argentina en el orden internacional hasta pasados doce meses a contar de la fecha del depósito de instrumentos, hecho que aconteció el 23/02/2021.

De mi autoría, Aspectos Jurídicos del Acoso Sexual en el Trabajo en "Discriminación y violencia laboral", Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, 2008. Cita Online: RC D 3887/2012.

CNAT, sala VI, 04/08/2000, Expte. 6451/98, sent. 53.185, "P., D. A. c. MEGRAV SA s/ despido", del voto del juez Rodolfo Capón Filas. Véase también: CNAT, Sala II, 06/03/2007, "Sassi, Sergio G. c. Grupo Ilhsa SA y otro", DT, 2007-578; íd., 06/11/1997, "S., G. J. c. Bestov Foods SA", DT, 1998-A-533; íd., 31/10/1991, "M., L. G. c. Antigua SA", DT, 1992-B-1433; Sala VIII, 19/04/2005, "M., P. N. c. Compañía Gral. de Comercio e Industria SA", T. y S. S. 2005-696.

COMMUNITY MANAGER

Carácter de la relación. Locación de servicios profesionales. Existencia de varios clientes. Inexistencia de horarios. Mantenimiento y reparación de sus propios elementos de trabajo.

1. — Está desvirtuada la presunción que emana del art. 23 de la LCT, toda vez que, según refieren los testigos en concordancia con los dichos del responder, la accionante se vinculó con el grupo de empresas demandadas mediante una locación de servicios profesionales, consistentes en el manejo de redes sociales a través de posteos y publicaciones efectuadas por la actora a partir del contenido facilitado por las empresas demandadas. Ninguna relevancia guarda el hecho de que las empresas, a través de su equipo de comunicación, fueran las que en última instancia validaban o aprobaban las publicaciones efectuadas por la accionante en su carácter de "administradora de redes sociales", pues, aun cuando las partes estuvieran unidas por un vínculo no laboral, bien podía la destinataria del servicio exigir ciertos parámetros o aprobar previamente los contenidos a publicar, sin que ello signifique la existencia en el caso de subordinación jurídica o técnica.

2. — No se advierte que la accionante se encontrara inserta en la organización empresaria de las accionadas, no siendo un dato menor que aquella indicara que se dedicaba a prestar servicios de *Community Manager,* Redacción y edición", presentándose como "Profesional independiente" y "con varios clientes". Dicha circunstancia denota el carácter autónomo de dicha prestación de servicios y se ve corrobo-

rada con la facturación analizada por la perito contadora, de la que surge que la prestación de la actora no era cumplida con total regularidad ni era la accionada la única empresa a la que la actora le facturaba sus servicios. Además, no se le requería el cumplimiento de un horario —ni siquiera de una determinada cantidad de horas de trabajo—; y si bien el hecho de que la accionante prestara sus tareas desde su hogar no es óbice para la existencia de un contrato de características laborales, sí lo es la circunstancia de que lo hiciera desde su propia computadora y de que fuera ella misma quien tuviera a su cargo el mantenimiento y reparación de su elemento de trabajo.

3. — De conformidad con las reglas del onus probandi, habiendo los demandados reconocido la prestación de servicios brindada por la actora, a su cargo se hallaba la obligación procesal de demostrar que, por las circunstancias, las relaciones o causas que motivaron dicha prestación no se trató de un contrato de trabajo.

CNTrab., sala II, 19/04/2021. - Cescon, Paola Daniela c. Romikin SA y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11340/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CNT 100880/2016/CA001

2ª Instancia. — Buenos Aires, abril 19 de 2021.

Considerando:

En la Ciudad de Buenos Aires, luego de deliberar en forma remota y virtual mediante los canales electrónicos disponibles, a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, los integrantes de la Sala II, practicado el sorteo pertinente, en la fecha de firma indicada al pie de la presente proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

El doctor *Stortini* dijo:

Contra la sentencia de la instancia anterior se alza la actora y los demandados a tenor de los respectivos memoriales interpuestos en forma digital, mediante el sistema *Lex 100*. También apelan sus honorarios la representación y patrocinio letrado de los accionados y los peritos ingeniero informático y contadora, por considerarlos reducidos.

Razones de orden metodológico me llevan a dar liminar tratamiento a la queja que vierte la accionante, quien controvierte la decisión del sentenciante de grado que, con prescindencia de la presunción que emana del art. 23 de la L.C.T., y tras un –a su criterio– incorrecto análisis de la prueba rendida en la causa, concluyó que no existió entre las partes un contrato de carácter laboral y, consecuentemente, rechazó la demanda interpuesta en todas sus partes.

Conforme explicitó la accionante en el escrito de inicio, se desempeñó bajo la dependencia de las demandadas (Romikin S.A. –cuyos socios fundadores son Hugo Arnoldo Sigman y Silvia Gold de Sigman–, Capital Intelectual S.A., K&S Films, Garruchos S.A.), todas ellas dedicadas a variadas actividades e integrantes de un mismo grupo económico, el 1/9/2009. Sostuvo que cumplió tareas de *community manager* (administradora de redes sociales) con modalidad "trabajo en casa" y que las mismas consistían en el manejo de las cuentas del Grupo Insud en las distintas redes sociales (*Facebook, Twitter* y *YouTube*), además del manejo y administración de las distintas páginas *web* de las empresas integrantes del grupo y las páginas *web* personales de los codemandados Hugo Arnoldo Sigman y Silvia Gold de Sigman. Mencionó que no tenía un horario fijo de labor (por cuanto las tareas eran prestadas en su domicilio) pero señaló que debía estar disponible las 24 hs. e incluso sábados y domingos y que sus empleadores la obligaron a presentar facturas a fin de percibir el pago de su prestación.

Los demandados negaron la existencia de relación laboral e indicaron en sus respectivos respondes que Paola Daniela Cescon era una trabajadora autónoma con características empresariales. Sostuvieron que contrataron sus servicios y los de su empresa Friul Group Sociedad de hecho, como *community manager* para crear y administrar los perfiles de cada una de las demandadas en las redes sociales y difundir información relacionada a los negocios de las empresas, pero indicaron que la actora solventaba sus propios gastos, no tenía horario fijo ni lugar de trabajo en la empresa y siempre facturó por los servicios prestados.

Cabe puntualizar que, de conformidad con las reglas del *onus probandi*, habiendo los demandados reconocido la prestación de servicios brindada por la actora, a su cargo se hallaba la obligación procesal de demostrar que, por las circunstancias, las relaciones o causas que motivaron dicha prestación no se trató de un contrato de trabajo (cfr. arts. 377 CPCCN y 23 LCT).

Liminarmente debe ponerse de relieve que esta Sala desde antiguo ha sostenido que para que resulte aplicable la presunción contenida en el art. 23 de la L.C.T., no es necesario que el prestador de los servicios acredite el carácter subordinado de los mismos,

siendo justamente este el contenido de la presunción establecida en la norma para cuya operatividad basta, en principio, que se acredite la prestación de servicios (cfr. sentencia Nº 89.921 del 14/11/2001 *in re* "González, Juan Carlos y otros c/ Transportes Automotores Riachuelo S.A. s/ despido", del registro de esta Sala, con criterio que comparto).

Claro que atento el carácter *iuris tantum* de dicha presunción legal, la misma puede verse desvirtuada mediante la producción de prueba que determine que efectivamente la prestación de servicios no tiene como causa un contrato de trabajo. Ello quedará en cabeza del beneficiario de los servicios, quien deberá acreditar que "el hecho de la prestación de servicios", está motivado en otras circunstancias, relaciones o causas distintas de un contrato laboral (arts. 377 CPCCN y art. 23 L.C.T.).

A tal fin los demandados ofrecieron los testimonios de D. R. (fs. 420/421), A. (fs. 426/429), M. (fs. 430/433), S. (fs. 436/440), B. (fs. 468/473), R. (fs. 479/480), G. (fs. 481/482) y C. (fs. 489/491), mientras que la actora hizo lo propio con A. (fs. 418/419) y Dell'A. (fs. 441/443).

De las declaraciones rendidas por quienes comparecieron a instancias de los accionados surge que la accionante era proveedora de servicios en el área de comunicaciones corporativas y gestionaba las redes sociales de las empresas demandadas. Sostuvieron que Cescon trabajaba fuera de la empresa y recibía el material para postear del equipo de comunicaciones del grupo empresario. Explicaron que los contenidos para subir a las redes los iban generando en la empresa o estaban a cargo de otros proveedores (fotógrafos, diseñadores gráficos, imprentas, productores audiovisuales, redactores, correctores de texto, diseñadores y programadores *web*) y se los pasaban a la actora para que, los publicase porque ella tenía conocimiento de cómo postearlos. Manifestaron que se comunicaban con Cescon a través de su correo personal (...) y que esta realizaba el trabajo en distintos horarios (no tenía un horario fijo). En este sentido, el testigo D. R. manifestó que "en alguna oportunidad pasaron dos o tres días sin que nos respondiera un *mail* y después les decía que había estado enferma o algo así". Manifestaron los testigos, con relación a la frecuencia con que le enviaba la información a la actora para que subiera a las redes, que no era regular y explicaron al respecto que el tema de las redes en ese momento era algo incipiente, no como ahora que está más sistematizado. En ese momento se le daba más importancia a trabajar con los medios y la prensa tradicional y las redes sociales no tenían tanta importancia como la tienen ahora. No aportaron datos acerca de cuánto cobraba la actora y dijeron que los montos la empresa los acordaba con cada proveedor de acuerdo a lo que pedían o a lo que era el valor del mercado. En especial la testigo A. recordó que, en algún momento, Leonardo Cescon presentaba facturas por el servicio que prestaba la actora.

Por su parte, A., ofrecido por la actora, que dijo ser vecino de Cescon y tener como *hobby* el arreglo de computadoras, manifestó saber que la accionante prestaba servicios de *community manager* para Romikin S.A., Grupo Insud y Hugo Sigman y Silvia Gold, por haber visto dichos nombres porque, según dijo, suele arreglar las computadoras de la actora y de sus hijas. Dijo saber –por haber estado presente– que la accionante efectuaba las publicaciones desde su computadora personal y que antes de publicarlas, pedía la aprobación de alguien de la empresa. Dell'A. no aportó mayores datos de interés, más que corroborar las tareas de *community manager* desempeñadas por la accionante.

Obra en autos asimismo la prueba pericial contable, en la que la experta detalló las facturas presentadas por la actora a las empresas Romikin S.A., Garruchos S.A. y Capital Intelectual S.A. durante el período diciembre de 2009 a mayo de 2014. Cabe aclarar que, a partir de noviembre de 2012, las facturas aparecían expedidas por una persona de nombre Leonardo Cescon (ver fs. 367).

Surge asimismo de dicho detalle que no existió correlatividad en las facturas extendidas a las accionadas y que en algunos meses no se advierten pagos efectuados a la actora, lo que denotaría que no existió prestación alguna durante dichos períodos.

La prueba hasta aquí reseñada me lleva a considerar desvirtuada la presunción que emana del art. 23 de la L.C.T., toda vez que, según refieren los testigos en concordancia con los dichos del *responde*, la accionante se vinculó con el grupo de empresas demandadas mediante una locación de servicios profesionales, consistentes en el manejo de redes sociales a través de *posteos* y publicaciones efectuadas por la actora a partir del contenido facilitado por las empresas demandadas.

Los cuestionamientos efectuados por la quejosa con relación al análisis efectuado en grado respecto de la prueba testimonial rendida en la causa resultan inatendibles, en tanto como reiteradamente se ha sostenido, las declaraciones de los testigos no deben mirarse con disfavor, ni con exageradas aprehensiones; su aceptación tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Ello por cuanto el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto porque existe una punición legal sobre el falso testimonio (art. 275 del Cód. Penal), o porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442 del Cód. Proc.), facilita la posibilidad de indagar la falsedad en que pudieran incurrir.

De igual modo, los testimonios deben analizarse conforme las reglas de la sana crítica y las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones (art. 456 del Cód. Procesal); que está vinculada con la razón de sus dichos y, en particular, con las explicaciones que pueda dar acerca del conocimiento de los hechos a través de lo que sus sentidos percibieran.

En el caso de autos, los testigos aportados por la accionada pudieron dar datos certeros acerca de la modalidad en que la accionante prestó sus servicios a partir del conocimiento directo que tuvieron de estos, siendo dable destacar que ninguna relevancia guarda el hecho de que las empresas, a través de su equipo de comunicación fueran quienes en última instancia validaban o aprobaban las publicaciones efectuadas por la accionante en su carácter de "administradora de redes sociales", pues aun cuando las partes estuvieran unidas por un vínculo no laboral bien podía la destinataria del servicio exigir ciertos parámetros o aprobar previamente los contenidos a publicar, sin que ello signifique la existencia en el caso de subordinación jurídica o técnica, como refiere la quejosa en su presentación recursiva.

No se advierte de los elementos de autos que la accionante se encontrara inserta en la organización empresaria de las accionadas, no siendo un dato menor que, como se advierte del acta de constatación efectuada por la Escribana Elena Schlenew respecto del perfil de LinkedIn de Paola Cescon (ver fs. 4/6 del sobre de fs. 94), esta indicara en dicha red que se dedicaba a prestar servicios de "*Community Manager*, Redacción y edición", presentándose como "Profesional independiente" y "con varios clientes". Dicha circunstancia denota el carácter autónomo de dicha prestación de servicios y se ve corroborada con la facturación analizada por la perito contadora, de la que surge que la prestación de la actora no era cumplida con total regularidad ni era la accionada la única empresa a la que la actora le facturaba sus servicios (adviértase en este sentido que ninguna prueba aportó Cescon a fin de demostrar que la presentación de facturas no correlativas era una exigencia de la demandada).

Además, no se le requería el cumplimiento de un horario –ni siquiera de una determinada cantidad de horas de trabajo– y si bien el hecho de que la accionante prestara sus tareas desde su hogar no es óbice para la existencia de un contrato de características laborales, sí lo es la circunstancia de que lo hiciera desde su propia computadora y de que fuera ella misma quien tuviera a su cargo el mantenimiento y reparación de su elemento de trabajo, como señaló su propio testigo A.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a concluir, tal como lo hiciera la Judicante de grado, que la relación que unió a las partes careció de las características típicas de un contrato laboral, razón por la cual habré de confirmar lo resuelto en grado en cuanto desestimó la acción en todas sus partes.

Lo así decidido torna abstracto el tratamiento de los restantes agravios y de las manifestaciones vertidas por la actora respecto de la codemandada Silvia Gold de Sigman, respecto de la cual tampoco se acreditó la existencia de un vínculo laboral.

Respecto de la queja vertida por la demandada con relación a la imposición de costas decidida en grado, toda vez que, tal como lo hiciera el sentenciante *a quo*, considero que las particulares circunstancias de autos bien pudieron llevar a la accionante a considerarse con mejor derecho para litigar, propongo confirmar la imposición de costas en el orden causado (art. 68 2° parte CPCCN).

Corresponde a esta altura dar tratamiento a la queja que esgrime la representación y patrocinio letrado de los demandados y los peritos ingeniero informático y contadora respecto de sus honorarios, por considerarlos reducidos y la vertida por la demandada respecto de estos últimos, por reputarlos elevados.

En este sentido, corresponde señalar que los trabajos realizados por la representación letrada de las accionadas fueron llevados a cabo bajo la vigencia de dos regímenes arancelarios distintos, esto es, el anterior y el posterior a la entrada en vigencia de la ley 27.423 (B.O.: 22/12/2017); norma que, ante la observancia efectuada por el art. 64 por el decreto 1077/17 (B.O.: 21/12/2017), entró a regir el 05/01/2018 (arg. art. 3º del CCyCN).

Consecuentemente, y de conformidad con la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente que se registra en Fallos 319:1915 ("Francisco Costa"), ratificado posteriormente en Fallos 320:2756, 321:330, 532 y 325:2250 y, en especial, en Fallos 341:1063 ("Establecimiento Las Marías"), debió tenerse en cuenta, al momento de su regulación, la época en que los trabajos profesionales fueron realizados, oportunidad en que se constituye el derecho (arg. arts. 14 y 17 de la CN).

Sentado lo expuesto, adelanto que los emolumentos fijados en la anterior instancia a la representación y patrocinio letrado de los demandados y a los peritos contadora y perito ingeniero informático resultan reducidos.

Así las cosas, en atención a la calidad, mérito y extensión de las labores profesionales realizadas en la instancia anterior por la representación y patrocinio letrado de los demandados Romikin S.A., Capital Intelectual S.A. y Garruchos S.A. (en forma conjunta)

y de Hugo Arnoldo Sigman y Silvia Gold de Sigman (en forma conjunta), de conformidad con las pautas que emergen de los arts. 6 y cctes. de la ley 21.839 y del art. 38 LO, habida cuenta -además- de la proporción de las tareas realizadas durante la vigencia de dicha norma con relación a la totalidad de las labores cumplidas, corresponde regular los honorarios derivados de ese segmento de su actuación profesional en la suma de $22.500.- y $22.500, respectivamente, ambas a valores del decisorio de grado. A su vez, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia por la representación y patrocinio letrado de las demandadas Romikin S.A., Capital Intelectual S.A. y Garruchos S.A. (en forma conjunta) y de Hugo Arnoldo Sigman y Silvia Gold de Sigman (en forma conjunta), durante la vigencia de la ley 27.423, de conformidad con lo establecido por los arts. 16, 21 y cctes. de la ley 27.423, y a la proporción de las tareas cumplidas en el marco de esta ley con relación a la totalidad de las labores realizadas, corresponde regular los honorarios de dichas representaciones y patrocinio letrado en la cantidad de 20 UMA y 20 UMA, respectivamente (que al día de la fecha representan $70.240.- conforme a la Acordada CSJN Nro. 1/2021).

Por su parte, toda vez que los trabajos cumplidos por los peritos informático y contadora fueron cumplidos durante la vigencia de la nueva ley de honorarios, en atención a la calidad, mérito y extensión de las labores profesionales realizadas de conformidad con lo establecido por los arts. 16, 21 y cctes. de la ley 27.423, corresponde regular sus honorarios en la cantidad de 7 UMA y 7 UMA, respectivamente, (que al día de la fecha representan $27.034.-), conforme a la Acordada CSJN Nro. 1/2021).

Teniendo en cuenta los mismos argumentos explicitados respecto de las costas de primera instancia, propongo que las costas de alzada sean impuestas también en el orden causado (art. 68 2° párrafo CPCCN).

A su vez, y con apego a lo establecido en el art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta el mérito, la calidad y la extensión de la labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la actora y de todas las demandadas (en forma conjunta), propongo regular los honorarios por esas actuaciones en el 30% de lo que le corresponde percibir por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El doctor *Pompa* dijo:

Que adhiere a las conclusiones del doctor *Stortini*, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal *Resuelve:* 1) Confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide; 2) Elevar los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de los demandados y a los peritos contadora e ingeniero informático en las sumas indicadas en el considerando respectivo; 3) Imponer las costas de alzada en el orden causado; 4) Regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la actora y de las demandadas (en forma conjunta), por su actuación en la alzada, en el 30% de lo que le corresponda percibir por su labor en origen; 5º) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Daniel E. Stortini. — Roberto C. Pompa.*

EJECUCIÓN FISCAL

Créditos de asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención. Excepción de inhabilidad de título. Procedencia de la defensa opuesta y rechazo de la ejecución.

> La excepción de inhabilidad de título es procedente, pues no se extrae que el certificado de deuda expedido por la asociación sindical resulte autosuficiente y que verse sobre el cobro de cuotas y contribuciones sindicales que deban abonar los trabajadores afiliados a una asociación sindical, respecto de las cuales el empleador actúa como agente de retención en los términos del art. 1° de la ley 24.642.

CNTrab., sala V, 15/04/2021. - Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina UOCRA c. Pincesteel SRL s/ ejecución fiscal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21129/2021]

COSTAS

Se imponen las de alzada a la actora.

Expte. N° CNT 51.873/2016/CA2-CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 15 de 2021.

Considerando:

1°) La Sra. Juez *a quo* mediante sentencia interlocutoria obrante a fs. 70/71 en lo que aquí interesa hizo lugar a la excepción de falta de inhabilidad de título deducida por Pincesteel SRL y por ende rechazó la ejecución fiscal deducida por la Unión Obrera de la Construcción de la República Argentina.

Que contra tal resolución recurre la actora conforme los agravios expuestos en su memorial recursivo obrante a fs. 79/81 que mereciera réplica virtual de la contraria. Por su parte el Dr. Jorge Daniel Froimovici en el carácter de letrado apoderado de la demandada apela los honorarios regulados por considerarlos reducidos

2°) Se agravia la actora de lo decidido en origen atento que el certificado mediante el cual se pretende la ejecución contenía los rubros "Contribución Empresaria Extraordinaria", "Seguro de Vida" y "Fondo ICYS al 12%" pero omitió considerar que también lo componían deudas en concepto de "cuota sindical" base del certificado en ejecución conforme surge del detalle que indica. Afirma citando fallos de nuestro más Alto Tribunal que resulta hábil la boleta de deuda que permita identificar con nitidez las circunstancias del reclamo y que cuenta con un grado de determinación suficiente que impide que la ejecutada quede en estado de indefensión, tal es según su postura el caso de autos. Sostiene que se ha rechazado en forma improcedente el cobro de los ítems reclamados como ser la cuota sindical, constituyendo dicha omisión sus agravios concretos. A todo evento señala que las deudas en ejecución resultarían de las convenciones colectivas de trabajo y convenios paritarios homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación celebrados en el marco de la ley 14.250 y con la obligatoriedad que imponen sus arts. 7.8 y 9 que afectan tanto a los trabajadores afiliados o no que se desempeñen en las actividades comprendidas para la misma dentro de la zona de aplicación y de disposiciones legales específicas, por lo que la ejecutada no pudo desconocer las obligaciones resultantes sin que hubiese mediado impugnación alguna lo que importó el reconocimiento de su existencia. Sostiene en síntesis que cumplió con el procedimiento previo que avala esta ejecución.

La Sra. Juez que me precede luego de analizar el marco normativo aplicable a la causa (ley 24.642) y las pautas interpretativas fijada por la Corte Suprema de Justicia en orden a que la vía del juicio de ejecución fiscal sólo puede obtenerse el cobro de aquellas cuotas o contribuciones que los trabajadores afiliados a una asociación sindical deban pagar, lo cual veda la posibilidad de que, a través del juicio ejecutivo como el aquí intentado pueda instarse el reclamo tanto de las cuotas de solidaridad como los aportes extraordinarios que los sujetos colectivos suelen pactar en el marco de acuerdos regidos por la ley 14.250 concluyó teniendo en cuenta el certificado de deuda N° 051996 obrante a fs. 5/6 que el cobro de las contribuciones a cargo de la empleadora no puede efectuarse por el procedimiento previsto por la ley 24.642 por lo que hizo lugar a la excepción de inhabilidad de título opuesta por la ejecutada.

3°) Delineados de este modo los agravios y en virtud de los límites que impone el memorial bajo estudio, la solución adoptada en la instancia de grado deberá ser mantenida.

En efecto, cabe memorar que el art. 1° de la ley 24.642 establece que "los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afilados a las mismas, estarán sujetos al procedimiento de cobro que se establece por la presente ley", esto es por la vía de apremio o de ejecución fiscal previsto en los códigos procesales civiles y comerciales correspondientes, "sirviendo de suficiente título ejecutivo el certificado de deuda expedido por la asociación sindical respectiva (...)" (cfr art. 5 ley citada). Sobre tal base normativa la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia que rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó llevar adelante la ejecución por no haber examinado en debida forma los argumentos de la demandada que ponían el acento en el hecho de que como el certificado de deuda incluía rubros correspondientes al aporte solidario al sindicato reclamante por parte de los trabajadores no afiliados así como también la contribución patronal establecida respecto de los empleados afiliados y no afiliados comprendidos en el convenio colectivo de trabajo, - en el caso el CCT 86/89— no resultaba procedente para su cobro la vía ejecutiva regulada en la ley 24.462 (CSJN, 17/06/2014, "Unión Personal de Fábricas de Pinturas y Afines RA s/ Colorín Industrias de Materiales Sintéticos SA s/ ejecución fiscal", pauta interpretativa que tal como lo señaló la magistrada que me precede veda la posibilidad de que, a través del juicio ejecutivo pueda instarse el reclamo tanto de las cuotas de solidaridad como los aportes extraordinarios que los sujetos colectivos suelen pactar en el marco de los acuerdos regidos por la ley 14.250, argumento que no fue objeto de cuestionamiento por parte de la recurrente, por lo que arriba firme a esta alzada (cfr art. 116 LO).

Es cierto que en las planillas obrantes en el sobre de fs. 7 y en el certificado de deuda glosado a fs. 6 constan además deudas eventualmente liquidadas en concepto de aportes sindicales o cuotas sindicales omitidos respecto de las cuales el empleador tiene la obligación de actuar como agente de retención pero lo concreto es que el certificado de deuda N° 051996 con el que se pretende ejecutar además de contener conceptos no alcanzados por la vía ejecutiva intentada según argumentos expuestos por la Sra. Juez que arriban firmes a esta alzada, comprende bajo un mismo procedimiento y sin distinción de rubros las sumas adeudadas sin que se hubiese acompañado el acta de inspección en el que conste la participación de la eventual deudora garantizándose el derecho

defensa de la ejecutada, procedimiento previo que se vincula además con la circunstancia insoslayable en orden a que sólo poseen fuerza ejecutiva las certificaciones emitidas como conclusión del proceso previo (cfr. doct. arts. 5 y 7 de la ley 24.642).

En definitiva no se extrae que el certificado de deuda expedido por la asociación sindical resulte autosuficiente y que verse sobre el cobro de cuotas y contribuciones sindicales que deban abonar los trabajadores afiliados a una asociación sindical, respecto de las cuales el empleador actúa como agente de retención en los términos del art. 1 de la ley 24.642.

Con relación al recurso de apelación interpuesto a fs. 78 corresponde su desestimación ya que el compareciente se presentó como letrado apoderado de la demandada y no por derecho propio en tal carácter carece de interés recursivo para apelar por bajos los honorarios regulados a su propia representación.

4°) En definitiva cabe confirmar la resolución apelada en todos sus términos e imponer las costas de alzada a cargo de la parte actora (cfr art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su actuación en la alzada, en el 30% de lo que a cada uno le corresponda percibir por la labor desplegada en primera instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: 1°) Confirmar la resolución recurrida en todo lo que fue materia de recurso y agravio; 2°) Costas y honorarios de alzada conforme lo dispuesto en el punto 4°) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas CSJN 15/2013 punto 4 y 24/2013 y devuélvase. Se deja constancia que la doctora María Dora González no vota (art. 125 LO). — *Beatriz E. Ferdman.* — *Graciela L. Carambia.*

COMUNICACIÓN DEL DESPIDO

Incumplimiento de los requisitos del art. 243 de la ley 20.744. Utilización de figuras vagas e imprecisas. Procedencia de la demanda

1. — La cartular carece en absoluto de los requisitos que impone el art. 243, LCT, para la comunicación de la denuncia del contrato de trabajo con justa causa. En efecto, el deber de buena fe, principio regente de las relaciones laborales (cfr. art. 63, LCT) impone a las partes la indicación concreta de los motivos objetivos de la ruptura contractual. Esto es así, en aras de viabilizar la garantía genérica de defensa en juicio, principio que se ha violado en el caso, pues la deficiente invocación de la causa, amplitud y vaguedad de sus términos no expresa de modo claro y fehaciente los hechos que se invocan para la decisión extintiva.

2. — La accionada para justificar el despido del actor hace referencia a "reiteradas faltas disciplinarias" "que fueran taxativamente descriptas en la CD" y "persistiendo en su conducta", es decir que utilizando figuras vagas e imprecisas y remitiéndose a una intimación efectuada veinticinco días atrás que adviértase no contenía apercibimiento alguno, pues si bien se le hace mención que dichas inobservancias serán pasibles de las sanciones correspondientes, no las especifican ni describen, no pudiéndose válidamente pretender que lo así expresado en tiempo potencial puede ser considerado un apercibimiento.

3. — El tiempo transcurrido entre la intimación efectuada por la empleadora y la comunicación del despido hace presuponer que las faltas o inobservancias imputadas al trabajador fueron consentidas, por lo que no habiéndose dispuesto el despido en aquel momento y al no haberse esgrimido de forma puntual y circunstanciada los nuevos hechos o injurias que no consintieran la prosecución del vínculo, se incurrió en una clara violación de lo exigido por el precitado art. 243, LCT.

CNTrab., sala V, 15/04/2021. - Fernández, José Silvano c. Consorcio de prop. del edif Las Heras 1693/99 esq Rodriguez Peña 1511/2 s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/25012/2021]

Expte. N° CNT 6471/2014/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 15 de 2021.

La doctora *Ferdman* dijo:

I. La sentencia definitiva dictada el 31/08/2020 recibe apelación de la parte actora a tenor del memorial presentado el 09/09/2020, ello de conformidad con lo que surge del sistema informático Lex 100. Con fecha 18/09/2020 fue agregada digitalmente la contestación de agravios efectuada por la accionada.

II. El primero de los agravios se dirige a cuestionar que la Sra. juez de grado considere que no se encontraba controvertido el telegrama de despido remitido por su ex empleadora, pues señala el apelante que esa pieza postal fue cuestionada mediante CD 396899949 de fecha 16/09/2013 por intermedio de la cual rechaza y desconoce todo lo allí afirmado y procede a considerarse injuriado y despedido. Señala asimismo que con

fecha 23/09/2013 remitió también al Administrador del consorcio de propietarios dos telegramas controvirtiendo el despido dispuesto. En segundo término, le causa agravio que en la sentencia de grado se tenga por justificado el despido directo con fundamento en la falta de devolución al consorcio de propietarios de la vivienda anexa (para uso del encargado suplente) a la destinada para vivienda del encargado titular, pues señala que la causal invocada para su despido fue "reiteradas faltas disciplinarias incurridas...taxativamente descriptas en la CD remitida a Ud. de fecha 20 de Agosto del actual y fuera por Ud recibida sin oposición alguna hasta este momento y persistiendo en su conducta en contra de su empleador...", por lo que considera que ello constituye un incumplimiento a lo previsto por el art. 243 LCT.

Seguidamente cuestiona que se concluya que no le asistiesen razones a su parte para retener el inmueble y que ello resultare de gravedad suficiente para disponer el despido. En otro de sus agravios, objeta que se tome como prueba en contra la sentencia penal en la que el actor fue finalmente sobreseído e impugna la idoneidad de los testigos propuestos por la demandada por ser copropietarios del consorcio accionado. En lo relativo a la multa prevista por el art. 132 bis LCT, cuestiona que se la rechace con el argumento de que no alega el presupuesto fáctico de retención indebida de aportes y falta de depósito, cuando su parte propuso prueba conducente para demostrar la falta de aportes y que no se produjo por exclusiva culpa de la accionada al no presentar la documentación pertinente conforme lo informado por el perito contador. Considera procedente la presunción del art. 55 de la LCT. Cuestiona la imposición de costas en un 90% a su parte, sosteniendo que tuvo motivos para actuar como lo hizo y peticiona se impongan en su totalidad a la demandada. Finalmente, aduce que así como el despido dispuesto resulta injustificado la acción de desalojo llevada adelante por la accionada fue un mecanismo jurídico intimidatorio.

III. Delineados de este modo los agravios, advierto que no se discute en la causa, que la relación laboral habida entre las partes se extinguió por despido directo dispuesto por la ex empleadora quien exteriorizó su voluntad rupturista mediante el telegrama del 14 de septiembre de 2013 en los términos ya transcriptos, y me anticipo a señalar que la demandada no dio cumplimiento con los requisitos impuestos por el artículo 243 LCT.

Digo esto, pues la cartular transcripta carece en absoluto de los requisitos que impone el artículo mencionado para la comunicación de la denuncia del contrato de trabajo con justa causa. En efecto, el deber de buena fe, principio regente de las relaciones laborales (cfr. art. 63 LCT) impone a las partes la indicación concreta de los motivos objetivos de la ruptura contractual. Esto es así, en aras de viabilizar la garantía genérica de defensa en juicio, principio que, considero, se ha violado en autos, pues la deficiente invocación de la causa, amplitud y vaguedad de sus términos, no expresa de modo claro y fehaciente los hechos que se invocan para la decisión extintiva.

Sobre el punto, destaco que se la accionada para justificar el despido del actor hace referencia a "reiteradas faltas disciplinarias" "que fueran taxativamente descriptas en la CD del 20/08/2013" y "persistiendo en su conducta", es decir que utilizando figuras vagas e imprecisas y remitiéndose a una intimación efectuada 25 días atrás que adviértase no contenía apercibimiento alguno, pues si bien se le hace mención que dichas inobservancias serán pasibles de las sanciones correspondientes, no las especifican ni describen, no pudiéndose válidamente pretender que lo así expresado en tiempo potencial puede ser considerado un apercibimiento.

El tiempo transcurrido entre la intimación efectuada por el consorcio el 20/08/2013 y la comunicación del despido (14/09/2013), hace presuponer que las faltas o inobservancias imputadas al trabajador fueron consentidas por lo que no habiéndose dispuesto el despido en aquél momento (me refiero con la CD del 20/08/2013) y al no haberse esgrimido de forma puntual y circunstanciada los nuevos hechos o injurias que no consintieran la prosecución del vínculo, se incurrió en una clara violación de lo exigido por el precitado art. 243 LCT.

Al respecto, debo mencionar que —como es sabido— uno de los presupuestos del despido con justa causa es la contemporaneidad entre la reacción de la parte afectada por la injuria y el momento en que su producción llega a su conocimiento, es decir, debe existir una reacción oportuna del afectado de modo tal que no se entienda que ha existido un consentimiento tácito de la inconducta, presupuesto que no se verifica en el caso.

No soslayo que el actor fue notificado con fecha 21/08/2013 por parte del consorcio demandado por una serie de incumplimientos e inobservancias y que además se le reiteraron las órdenes de trabajo y horarios que debe realizar y que ya había firmado el actor el 14/12/2012, advirtiéndosele que por cada falta o inobservancia señalada se hacía pasible de las sanciones que correspondiesen.

En tal sentido, la ausencia de invocación oportuna de las razones determinantes del despido no puede suplirse con la comunicación postal previa recibida por el trabajador con fecha 21/08/2013 cuando en definitiva la manifestación de la voluntad rescisoria

hace a la certeza de la denuncia del vínculo. Dicho en otros términos, la causa invocada por el empleador para disolver el vínculo fue: "las reiteradas faltas disciplinarias incurridas...que fueran taxativamente descriptas en la CD del 20/08/2013...", siendo insuficiente pues remitirse a un telegrama anterior para justificar un despido con causa, con el argumento que aquélla comunicación no tuvo oposición del trabajador, pues en definitiva la denuncia del contrato con justa causa impone a ambas partes de la relación el compromiso de los requisitos exigidos por el art. 243 de la LCT, lo que no se verificó en la causa, ello sin perjuicio de destacar por lo demás que de la anterior misiva no se advierte que el empleador hubiere manifestado su voluntad rescisoria.

En resumen, el acto unilateral extintivo de la relación si bien es eficaz para extinguir el vínculo, carece de validez como invocación de justa causa y por lo tanto no se ha acreditado un hecho objetivo del trabajador que demuestre un incumplimiento a los deberes de prestación o de conducta que traduzcan la imposibilidad de la prosecución del vínculo y que justifique el desplazamiento del principio de conservación previsto por el art. 10 de la LCT.

En función de ello, se concluye que el despido dispuesto por la accionada carece de justa causa (cfr. art. 242, LCT), por lo que de prosperar mi voto, propiciaré revocar la decisión de grado en este aspecto cuestionado y admitir el reclamo fundado en el despido sin causa y la procedencia de los rubros salariales reconocidos en la sentencia de grado con más la base salarial allí determinada que arriban firmes así como los restantes rubros indemnizatorios que correspondan.

IV. En este contexto, 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 hayan sido omitidos en la sentencia de grado en virtud de la solución que se propuso, y ello involucra inclusive a los de la demandada (si quedaran pendientes) 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.

Aclarado ello y corroborado que fue que los temas litigiosos propuestos ante la Sra. juez de grado, fueron todos tratados, corresponde pues pasar a recalcular el monto diferido a condena y en tanto no se encuentra discutida la antigüedad del trabajador, ni su categoría o salario, extremos que por cierto arriban firmes, a los fines de los conceptos que le corresponde percibir en función del nuevo resultado al que se arriba tomaré en cuenta la remuneración de $14.124,61 correspondiente al mes de agosto de 2013.

Debe tenerse en consideración, que conforme lo dispuesto en el Estatuto de Encargados de Casas de Renta y Propiedad Horizontal, por la antigüedad que tenía el actor al momento de su despido le corresponden tres meses en concepto de Preaviso.

En cuanto al rubro "integración mes despido" este concepto no está previsto en el Estatuto y en ninguna norma relacionada con este CCT, por lo tanto no debe ser abonado.

Corresponde también disponer el rechazo de la indemnización con fundamento en lo normado por el art. 2 de la ley 25.323, en función de lo decidido en el Fallo Plenario 320, 10/09/2008 "Iurleo, Diana L. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Luis Sáenz Peña 1195 s/ despido". Por similares fundamentos corresponde el rechazo de la indemnización peticionada con fundamento en lo normado por el art. 1 de la ley 25.323.

La condena por el rubro "art. 45 ley 25.345" no fue motivo de cuestionamiento alguno, por lo que arriba firme.

En lo relativo al rechazo del rubro "art. 132 bis LCT", lo cierto es que de los términos del escrito inicial no surge petición concreta en tal sentido, por lo que no corresponde verificar si el caso encuadra dentro de esta hipótesis legal. Lo peticionado en este aspecto recién al expresar agravios no fue cuestión sometida al conocimiento de la Sra. juez de primera instancia, por lo que este tribunal no puede expedirse sobre dicho punto (art. 277 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) pues su incorporación en esta etapa del proceso implicaría violar el principio de congruencia de raigambre constitucional porque hace al derecho de defensa en juicio (cfr. arts. 163 inc. 6 y 34 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, y art. 18 CN).

En consecuencia, el accionante resulta acreedor a los siguientes rubros y montos:

1) Indemnización Art. 245 LCT: $324.866,03

2) Preaviso: $42.373,83

3) Haber días septiembre 2013: $6.591,48

4) SAC prop. 2° semestre 2013: $2.903,39

5) Vacaciones prop. 2013 más SAC: $15.913,72

6) Art. 45 Ley 25.345: $42.373,83

Total: $435.022,28

El capital de condena determinado, devengará los intereses dispuestos en la sede anterior, que arriban exentos de agravio.

V. Cuestiona el accionante la condena por la acción de daños interpuesta por la demandada, argumentando que la retención de la vivienda y habitación anexa se vio obligado a realizarla ante la falta de pago de sus haberes, aguinaldo proporcional y vacaciones y eventualmente por encontrarse en recuperación de una operación de hernia inguinal.

El monto cuestionado por el accionante en la alzada asciende a $60.000; dicha cuantía determina que la decisión resulte inapelable de conformidad con el art. 106 de la LO. En efecto, el monto cuestionado no supera el tope de apelabilidad, fijado en el artículo citado en el equivalente a trescientas veces el importe del derecho fijo, previsto en el art. 51 de la ley 23.187, cálculo que debe efectuarse, por otra parte, al momento de tener que resolver sobre la concesión del recurso. A esa fecha, esto es el 14/09/2020 aquel importe equivalente ascendía a $90.000 ($300 x 300). De esta manera, corresponde declarar mal concedido el recurso *sub examine*.

V. 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) solamente respecto de la acción por despido y proceder a su determinación en forma originaria, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos planteados en tal sentido.

Atento el resultado del litigio corresponde imponer las costas a cargo de la demandada substancialmente vencida en la acción por despido en ambas instancias (conf. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Las costas de alzada en lo atinente a la acción entablada por el consorcio contra el actor, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da parte Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), a cuyo efecto se fijan los estipendios de las representaciones letradas intervinientes, en el 30% de lo que en definitiva les corresponda por sus labores en la sede anterior (LA).

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 casi en su mayoría 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.

En consecuencia, atendiendo a las labores profesionales cumplidas, valor del litigio, características del proceso y demás cuestiones arancelarias vigentes, propugno regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO), su similar de la demandada y los de la perito contadora, por su actuación en primera instancia, en el 16%, 13% y 6% respectivamente, del nuevo monto de condena comprensivo de capital más intereses.

VI. Sugiero regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada por los trabajos ante la alzada en relación a la acción de despido, en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (ley 27.423).

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. Modificar la sentencia definitiva en cuanto a la acción incoada por el trabajador y

elevar el capital de condena a la suma de pesos cuatrocientos treinta y cinco mil veintidós con veintiocho centavos ($435.022,28), que devengará los intereses fijados en la sede anterior. 2. Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios en la acción por despido e imponer las primeras y regular los segundos de conformidad con lo propuesto en el punto V del primer voto del presente acuerdo. 3. Declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el accionante. 4. Imponer las costas de alzada por la acción incoada por la demandada contra el trabajador en el orden causado. 5. Regular los estipendios de las representaciones intervinientes ante la alzada —por ambas acciones—, en el 30% de lo que en definitiva les corresponda por sus trabajos en la sede anterior. 6. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 y punto 4 de la Acordada CSJN 15/2013 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras juezas por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la Dra. María Dora González no vota (art. 125 LO). — *Beatriz E. Ferdman. — Graciela L. Carambia.*

Jurisprudencia Provincial

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Distracto contemporáneo con un reclamo laboral colectivo. Carga de la afirmación de los hechos. Falta de demostración del paro de la producción y del perjuicio para la empresa. Irrelevancia de las sanciones disciplinarias existentes. Nulidad. Reinstalación del trabajador.

1. — El trabajador cumplió con la carga de afirmación requerida en demanda, toda vez que claramente expuso las circunstancias concretas, temporalmente correlativas que desembocaron en su despido. A su vez las constancias de la causa reflejan el relato cronológico efectuado en el escrito inicial, dando cuenta de su activismo en procura de —lo que considera— sus derechos laborales y del conjunto de sus compañeros, el que resulta coetáneo a su despido; lo que razonablemente lleva a presumir que el distracto dispuesto obedeció a tal circunstancia, máxime, se adelanta, cuando de los propios términos de la comunicación rescisoria, la empleadora le atribuye al dependiente, entre otras cosas, haber detenido la producción "reuniendo personal, vociferando presuntos reclamos", afirmación idónea, por sí sola, para conjeturar la probabilidad de que la extinción unilateralmente dispuesta tuvo su razón de ser en tal activismo.

2. — Debe decretarse la nulidad del despido y reinstalar al trabajador en su puesto de trabajo, toda vez que la accionada le reconoció explícitamente la calidad de "instigador, provocador" de una medida de índole gremial que concretamente produjo el freno de la línea de pan dulce. A ello se suma que los representantes jerárquicos de la empresa, según testimonios colectados, tenían conocimiento de la calidad de delegado, vocero o representante del actor; de lo que no media prueba que permita sostener lo opuesto. Surgió también de las declaraciones colectadas que el accionante efectuaba reclamos de índole personal. Tales circunstancias, configuran indicios sobrados que habilitan a conjeturar que su despido obedeció a tal actividad, conducta de por sí discriminatoria por arbitraria e irracional, de no ser revertida por prueba idónea y categórica que indique lo contrario.

3. — La empleadora en su afán de demostrar haber mantenido trato cordial con los trabajadores, de estar abierta a la recepción de sus reclamos personales y colectivos, como así también el apego a las normas labores en general, omite diligenciar en los presentes prueba idónea que permita tener por fehacientemente probado los hechos y conductas atribuidas al actor con motivo de la reunión de empleados ocurrida a fines de diciembre de 2018, lo que torna a su despido en incausado e impide tener por desvirtuada la presunción generada. En efecto, no hay constancia probatoria que habilite a afirmar sin lugar a duda que, con motivo de la reunión u asamblea de trabajadores, se haya detenido efectivamente la producción, mucho menos que ello haya ocurrido a instancias del accionante y "durante 1.45 h", tal como se enfatiza en la comunicación del distracto, circunstancias que eran de necesaria e ineludible acreditación. Los testigos no son coincidentes en cuanto al corte de línea.

4. — No acreditó la accionada en forma categórica, tal como exige la naturaleza de la cuestión planteada, que el actor, el día 11/12/2018 siendo aproximadamente las 14.10 h, haya "provocado, ideado, instado o motivado" el corte de producción de la línea de pan dulce; que dicho paro de línea haya sido por "1 hora, 45 minutos"; que fuera él, quien, en esa ocasión, reuniera al personal; que descuidara sus tareas con motivo de la asamblea; ni el daño invocado, esto es, que efectivamente hayan quedado "gran cantidad de pan dulce horneado sin envasar".

5. — El trabajador que alega un acto un despido arbitrario discriminatorio, debe cumplir con la carga de afirmación en la demanda, explicando adecuada y claramente las circunstancias concretas, temporalmente correlativas, que desembocaron en la conducta discriminatoria endilgada a la dadora de trabajo; resultando suficiente luego la demostración de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inferir su existencia, correspondiendo en tal caso a la demandada, la acreditación fehaciente de que la conducta adoptada tuvo como causa "un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación". De tal manera, no se exime de prueba a quien tilda de discriminatorio un acto determinado, puesto que pesa sobre éste la carga de acreditar hechos de los que "verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido".

6. — Quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una

actividad sindical específicamente protegida en dicha ley.

7. — No toda actividad constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales.

8. — Las sanciones disciplinarias acompañadas en documental por la demandada, no citadas como fundamento injuriante motivo del distracto, en nada hacen variar la conclusión a la que se arriba respecto a la ilegitimidad del despido por incausado y discriminatorio, toda vez que la valoración de los antecedentes disciplinarios sólo se impone cuando se acredita previa e inequívocamente la causal o hecho motivante de la rescisión unilateralmente dispuesta.

CTrab., Córdoba, sala 6, 14/04/2021. - Carrizo, Germán Eduardo c. Firenze SRL s/ procedimiento sumario - acciones sindicales.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/60682/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

En "Varela, José Gilberto c. Disco SA s/ amparo sindical", 04/09/2018, Fallos: 341:1106, AR/JUR/4707/2018 sostuvo que cuando se discute si el despido obedece a un motivo discriminatorio, se lo considerará probado si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. N° 8228257

2ª Instancia.- Córdoba, abril 14 de 2021.

Resulta:

I. Mediante despacho dictado el 09/02/2021, la Magistrada Patricia Raquel Farga, titular del Juzgado de Conciliación de Séptima Nominación, concede el recurso de apelación intentado por los letrados apoderados del actor, Ariel José Curone y Juan Ignacio Ferrer, en contra de la Sentencia N° 155 de fecha 15/12/2020, notificada por e-cédula el 18/12/2020, en virtud de lo agravios formulados a través de presentación electrónica efectuada el 01/02/2021 a las 23:27 hs. Expresan que disienten con Jueza, tanto en la estructura de razonamiento como el rigorismo formal exhibido a la hora de interpretar la normativa aplicable al sub lite, en el marco de la Jurisprudencia emanada de la CSJN, transgrediendo con lo resuelto el orden público laboral, la libertad sindical, el derecho a la propiedad, igualdad y no discriminación; como así también el derecho de defensa y debido proceso. Afirman que la Magistrada incurre en "arbitrariedad", lo que causa un gravamen irreparable. Peticionan que se revoque la sentencia por contrario imperio, y se haga lugar íntegramente a la demanda interpuesta por el actor, con costas a la accionada. Reiteran reservas efectuadas de acudir ante la CSJN, ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aclaran que la Sentencia en crisis, posee similitudes textuales idénticas con la Resolución N° 1174, dictada hace 14 años atrás por la misma Jueza en los autos caratulados "Peralta, Roberto M. y otro c. CAT Argentina SA - cargo servicios industriales SA - (UTE) - Acc. de reinstalación - Expte. 50.715/37" de fecha 13/12/2006; la cual se encuentra publicada en las páginas 512 a 520 del libro "Código Procesal del Trabajo - Ley 7987", 2ª edición ampliada y actualizada, de los Dres. Carlos Alberto Toselli y Alicia Graciela Ulla (Alveroni Editores, Córdoba, noviembre de 2007). Agregan que, a largo de toda la resolución atacada, en ningún momento hace referencia a que se ratifiquen, reiteren y/o sostengan los argumentos vertidos en el antecedente del año 2006, lo cual implica que, pese al transcurso del tiempo, los criterios sostenidos por la Sra. Jueza, resultan idénticos a los de catorce años atrás, con independencia del avance jurisprudencial y doctrinario habido sobre la materia. Exponen, a los fines meramente ilustrativos que el punto "VI", de los considerandos de la resolución en crisis, resulta igual a los puntos "II" y "III", de los considerandos de la Resolución supra reseñada N° 1174/2006. Señalan que el apartado "VII" a su vez posee una transcripción parcial textual del contenido del punto "VI; en tanto que punto "VI" posee una similitud casi idéntica al contenido del punto "V". Indican que tal aclaración, lejos de pretender desacreditar la estructura de razonamiento llevada adelante, persigue poner de resalto —exclusivamente— que la decisión adoptada en autos resulta manifiestamente "desactualizada" a tenor del contenido de la Jurisprudencia emanada de la CSJN en los autos "Álvarez, Maximiliano; Pellejero, María M.; Arecco, Maximiliano; Parra Vera, Máxima; Pellicori, Liliana S.; Cejas, Adrián E.; Ledesma, Florencio; Farrell, Ricardo D.; Bibby, Nicolás; José G. Varela". Enfatizan que el Alto Cuerpo Nacional dictó un total de diez fallos vinculados con la materia, esto es, con despidos calificados como discriminatorios, modificando a partir de los mismos, la interpretación llevada adelante por la a quo, tanto en el año 2006 como en el año 2020. Expresan que el razonamiento llevado a cabo está desactualizado a te-

nor de la doctrina especializada elaborada con posterioridad al leading case "Alvarez" (CSJN 07/12/2010 - Fallos: 333:2306), de la cual incluso, algunos de los autores citados por la propia judicante, han modificado su posición anterior al año 2006, fecha del fallo usado como modelo de resolución en los presentes. Manifiestan que la existencia de fallos idénticos y sostenidos en el tiempo, aún por lapsos de tiempo muy superiores a los catorce años, no constituye una causal de agravio en sí misma; sin embargo, si el sostenimiento de una posición jurisprudencial determinada atenta contra el principio de interpretación nomofiláctico de la CSJN, lo que a la postre violenta abiertamente la economía procesal, torna a la resolución adoptada en arbitraria tal como ocurre en autos. Advierte que la resolución en crisis posee un yerro en la numeración de los apartados de los considerandos, los cuales en numeración romana siguen un orden del "I" al "VII", para luego volver a numerar dos apartados como "V" y "VI" y, por último, retomar la numeración originaria continuando por el "VIII", concluyendo en el "IX". Sostienen poseer un interés legítimo y directo para recurrir en virtud de la lesión a los derechos que constituyen la Libertad Sindical del actor (cf. art. 4 LAS), los que son violentados a través del trato discriminatorio dispensado, en contraposición a lo previsto por la Ley Antidiscriminatoria - 23.592), lo que le genera una afectación en su derecho de propiedad y derecho de trabajar, como consecuencia de una resolución que resulta "arbitraria", todo lo cual constituye el gravamen irreparable que solamente puede ser reparado mediante la vía recursiva impetrada. Cita los arts. 94 del CPT, y 14 bis, 17, 18, 75, inc. 22 CN, por medio del cual se incorporan los Convenios de la OIT N° 87, 98, 111 y 135. Remarcan que la decisión no se adecua al derecho vigente según las circunstancias comprobadas en la causa, sino en afirmaciones claramente apartadas, careciendo de una interpretación integral del derecho vigente y cuestiones fácticas expuestas, sobradamente acreditadas en los presentes. Desarrollan los antecedentes de la causa. Indican que, desde sus orígenes, en Firenze SRL no existió una representación sindical activa y efectiva; nunca hubo un delegado de personal electo por la entidad sindical con personería gremial. Explican que en un comienzo, tratándose la demandada Firenze SRL de una "panadería", el CCT aplicable a sus trabajadores era el correspondiente a la actividad de panificación y afines. Agregan que a raíz de ello, la representación sindical se llevaba adelante a través es la Sociedad de Obreros Panaderos de Córdoba Capital y su zona de actuación; aplicándose en el último tiempo el CCT N° 461/06. Relatan que, con el transcurso del tiempo, la demandada creció sostenidamente y mutó hacia una verdadera "industria de la alimentación"; no obstante ello, continuó aplicándoles a sus dependientes el CCT N° 461/06. Agregan que la ausencia de representación sindical y el vacío generado por parte de la entidad gremial posibilitó que la empresa actuara libremente, en forma contraria al orden público laboral. Indican que, entre los incumplimientos al orden público laboral, el que generó el primer reclamo por parte del conjunto de trabajadores, fue el vinculado con el deficiente encuadramiento convencional, dado la actividad de la alimentación, y no de panadería. Dicen que el reclamo fue zanjado por medio de la inclusión dentro de la estructura remuneratoria de un adicional denominado "Gratificación Mensual Variable" que tenía por finalidad incrementar el salario de la escala prevista para la actividad de panadería, hasta equipararlo con el salario de la escala estipulada para la actividad de la industria de la alimentación. Exponen que tal adecuación salarial, que se llevó adelante sin realizar el re-encuadramiento sindical, tenía como objetivo dar por concluido el reclamo realizado y evitar la intervención de las entidades sindicales en el conflicto. Destacan que tal adecuación salarial se realizó en forma unilateral, absolutamente arbitraria y sin intervención de ninguna entidad sindical y/o autoridad de aplicación. Agregan que el mentado adicional "Gratificación Mensual Variable", en algunos casos, representa entre el 50% y el 100% del sueldo básico convencional. Afirman que, con el paso del tiempo, la empresa utilizó discrecionalmente la "Gratificación Mensual Variable" para disciplinar a los trabajadores, cuando a su criterio se incurría en algún incumplimiento o bien, cuando no se alcanzaba un objetivo impuesto. Aseveran que también fue utilizada para castigar a aquellos trabajadores que se veían obligados a hacer uso de licencias médicas, ya sea por enfermedad inculpable, ya sea por siniestros laborales, viéndose igualmente afectados por esta discrecionalidad, aquellos trabajadores que efectuaron reclamos o peticiones frente a la empleadora. Señalan que al accionar descripto, se agrega el incumplimiento de cláusulas convencionales propias del CCT 461/2006 tales como los aumentos salariales fijados en acuerdos paritarios, la octava hora, la falta de entrega de ropa de trabajo y calzado de seguridad, la modificación de turnos de trabajo sin previo aviso, la aplicación de sanciones disciplinarias abusivas o injustificadas, etc. Indican que, frente a esta situación, que se veía agravada por la ausencia total de representación sindical interna y externa, los trabajadores de Firenze SRL requirieron la intervención de la entidad sindical en reiteradas oportunidades, sin obtener respuesta favorable alguna. Añaden que los trabajadores solicitaron la afiliación por medio de la entrega de las fichas pertinentes y ante la negativa a recibirlas por parte de la entidad sindical, se hizo lo propio por medio de la remisión de carta documento; solicitando a su vez al sindicato la convocatoria a elecciones de delegados de personal, solicitud que fue rechazada. Que en razón de todo lo expuesto, ante la necesidad de designar trabajadores (compañeros de labores) que desarrollen la función de "voceros" e "interlocutores"

para con la empresa, la entidad sindical y la autoridad de aplicación, se eligieron representantes de manera directa por el conjunto de laborantes, entre los que se encontraba el actor Sr. Germán Eduardo Carrizo. Expresan que, en cumplimiento del rol expuesto, se formularon denuncias ante el área de Inspección del Trabajo y del Área CyMAT (Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo) del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba. Manifiestan que la entidad sindical fue denunciada ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación - MTEySS por más de ochenta trabajadores dependientes de la demandada, por incumplir su deber de afiliación y convocatoria a elecciones de delegados de personal. Relatan que, en el marco de la actividad desplegada, de la cual el actor fue un activo participante, se llevaron a cabo asambleas en plazas barriales, dentro y fuera del establecimiento de la demandada, sin daños patrimoniales por corte a la empresa. Enfatizan que todo lo expuesto culminó con el despido en represalia de todos los trabajadores que habían oficiado de "voceros", "interlocutores" y/o "representantes" del conjunto de trabajadores dependientes y de muchos de sus compañeros que habían participado en reuniones y asambleas. Que en el caso del actor, la supuesta causal de despido invocada, demuestra la veracidad del aserto formulado en relación a que su desvinculación obedecía a una motivación discriminatoria vedada por la Ley Antidiscriminatoria - 23.592, al sostener que "...que el día 11 de diciembre del año 2018, aproximadamente a las 14:10 Hs. sin causa ni razón ni justificativo alguno, los empleados que más adelante se mencionarán, idearon, instaron, motivaron y provocaron el corte de producción, la parada abrupta de funcionamiento de la línea de pan dulce, lo que duró aproximadamente 1 hora y 45 minutos, reuniendo personal, vociferando presuntos reclamos y descuidando sus tareas con los consecuentes daños y perjuicios... Esta actitud ya de por si resulta muy agraviante e intolerable y amerita la máxima sanción laboral, que se condice con las actitudes y maniobras que se vienen observando a lo largo del ultime mes y que ha generado numerosos reclamos de terceros sobre el producto fabricado, hecho que jamás antes existió... Finalmente y habiéndome explayado sobre antecedentes varios y a título de ejemplo que acredita que nos hemos tomado el tiempo necesario y legal para arribar a una justa decisión, temporal, proporcionada y clara, siendo la causa del corte de producción la que ya nos demuestra la total falta de contracción al trabajo, además del daño y perjuicio que nos ha provocado... es por ello que entendiendo que resulta indispensable y procedente el despido causado de la siguiente persona German Eduardo Carrizo, DNI N° ... que es la directamente involucrada en la maniobra supra (corte-paro)..."; lo que motivo que con fecha 03/01/2019 remita TCL 23.789 (CD N° 353386350 AR), denunciando accionar discriminatorio, solicitando la retractación de la medida, sin obtener respuesta favorable, circunstancia que obligó a la interposición de la acción de amparo interpuesta en el sub lite. Expresan que la a quo, para rechazar se basó en dos líneas argumentales diferenciadas: La primera de ellas relacionada con la acción de amparo interpuesta en los términos del art. 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales - 23.551, la cual consideró improcedente en virtud de que el actor "VI.-... a través de la vía de amparo sindical pretende ejercer una acción similar a la prevista por el art. 52 ib., esto es la reinstalación en su puesto de trabajo. Que conforme lo expresamente dispuesto por dicha norma tienen únicamente acción para solicitar la reinstalación los dirigentes, representantes, trabajadores en ejercicio de cargos públicos, representantes gremiales en la empresa y candidatos comprendidos en el ámbito subjetivo de los arts. 40, 48 y 50 de la LAS.- En ninguno de los supuestos expresados se encuadra el actor.- El demandante pretende extender el alcance de la norma a los delegados de hecho o activistas sindicales, como ellos se denominan... Por todo lo expuesto, la vía del artículo 47 LAS no resulta la idónea para la procedencia del planteo del actor..."; reafirmando luego tales conclusiones, sosteniendo que Carrizo "...V.... carece de legitimación activa contra la demandada por la vía del art. 47 íb., para accionar por su reinstalación, con fundamento en el art. 52 íb. Tampoco posee legitimación actividad por no reunir, como expresamente lo reconoce, las condiciones establecidas por los arts. 40, 48 y 50 de la presente ley...". Señalan que la segunda de las líneas argumentales se relaciona con la acción impetrada con fundamento en las previsiones del art. 1° de la Ley Antidiscriminatoria - 23.592, la cual consideró improcedente en virtud de que la actividad desplegada por el actor no fue acreditada en autos y, sin perjuicio de ello, tampoco se encuentra prevista en la norma la cual se circunscribe exclusivamente a la "opinión" gremial y no a la "actividad" gremial, afirmando en este sentido que "...VII.... El texto expreso de la norma refiere en al caso de discriminación por opinión política o gremial. Es decir, esa distinción debe surgir conforme lo expresa la norma de la opinión gremial del trabajador.- En el caso de autos el actor acciona por la protección de dicha norma pero no por sus opiniones gremiales sino por su alegada participación en actividades gremiales, como representante de los trabajadores, que no logró acreditar...". Ponen de resalto que, la "acreditación de la actividad sindical" desplegada por Carrizo exigida por la a quo en los presentes actuados es la "acreditación plena" con grado de "certeza" habiendo expuesto en tal sentido que "...La segunda de las cuestiones se vincula con el planteo del actor que ha sostenido que el mismo ha sido objeto de un acto de discriminación encuadrado en las previsiones del art. 1 de la ley 23.592, por actuar en defensa de los derechos e intereses de sus compañeros que lo eligieron para representarlos ante la patronal. La premisa

mayor del silogismo jurídico corresponde a la acreditación por parte del demandante de la "representación sindical" que se atribuye, pues sin esta certeza resulta imposible arribar a ninguna conclusión sobre si dicha "representación sindical" fue en realidad la causa oculta del despido del actor..., VIII. Con relación a la prueba aportada a esta causa, a pesar de haber sido exhaustivamente estudiada y valorada por el Tribunal, atento la inadmisibilidad que se resuelve con relación a la primera cuestión planteada y al entender el Tribunal que la normado por el art. 1 de la ley 23.592 resulta inaplicable a la presente causa, tornan innecesaria su mención.- A pesar, de que se ha analizado toda la prueba aportada, de la misma, como ya se dijo, no surge la representación sindical que se atribuye el actor, ni la discriminación sindical que se alega. Reitero, el actor ha acreditado en la causa que se mantenía una situación conflictiva como consecuencia de la falta de afiliación a un sindicato, no por prohibición de que se afilien por parte de la empresa; también que había por parte de ciertos trabajadores, disconformidad con las liquidaciones de haberes, sobre todo con horas extras y el item gratificación mensual variable; que se realizaron asambleas, etc..., pero no logró acreditar que el actor haya sido un referente de sus compañeros con conocimiento por parte de la empresa. En cuanto a la causal de despido, no es objeto de este juicio, ya que no reclama indemnización por despido injustificado sino su reinstalación por despido discriminatorio..."; imponiendo las costas por el orden causado, bajo el siguiente argumento "Por todo lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citadas, corresponde rechazar la demanda incoada, con costas por el orden causado, atento que las nuevas corrientes doctrinas y jurisprudenciales pudieron dar motivo a la presente acción (art. 28, ley 7987)...". Invocan arbitrariedad y apartamiento de la fundamentación debida. Sostienen que la sentencia yerra en la calificación, análisis y naturaleza del derecho aplicable al sub lite el cual ha sido sobradamente tratado y analizado por la CSJN, a partir del caso "Alvarez" (2010) y "Varela" (2018). Que a su vez, como consecuencia del yerro en la calificación de la naturaleza y del derecho aplicable, la sentencia incurre en un análisis errado de los elementos de prueba, los cuales no han sido identificados correctamente, generando un apartamiento de la prueba producida con relación a tales hechos y limitándose de este modo a aplicar una estructura analítica sostenida en una premisa improcedente. Destacan que el primer y principal agravio radica en la errónea identificación de la cuestión a resolver, la calificación y determinación del derecho aplicable. Indican que siguiendo el iter de razonamiento efectuado por la judicante respecto de la primera línea argumental supra señalada —relacionada con la acción de amparo interpuesta en los términos de la Ley 23.551—, la a quo sostiene que Carrizo carece de legitimación activa para accionar con fundamento en el art. 47 ib., toda vez que por tal vía procedimental, no se puede pretender obtener la reincorporación, extremo que resulta "similar" a la acción prevista en el art. 52 ib.; ergo, atento a que Carrizo no posee el carácter de dirigente, representante, electo para el ejercicio de cargos públicos, representante gremial en la empresa y/o candidato, la demanda (acción) fundada en esta vía (art. 47 de la Ley 23.551) es rechazada. Expresan que la mentada posición asumida por la Jueza, respaldada en la doctrina a la cual adscribe, posee posiciones contrapuestas por doctrinarios de igual fuste a los citados en la resolución en crisis. Citan y transcriben doctrina, concretamente los autores, Dres. Antonio Vázquez Vialard, José Daniel Machado y Raúl Horacio Ojeda. Expresan que, atendiendo a tales opiniones doctrinarias, siguiendo las previsiones del art. 47 ib., resultaba absolutamente posible y factible que la a quo dispusiera el cese inmediato del comportamiento antisindical y consecuentemente ordenase la reincorporación de Carrizo a su puesto de trabajo. Remarcan que en materia de despidos discriminatorios por actividad sindical, tal aserto encuentra correlato en el hecho de que, pese a que la CSJN omitió expedirse de manera expresa y exclusiva sobre el particular (esto es, la vía procedimental prevista en el art. 47 ib), en el leading case "Alvarez" (07/12/2010 - Fallos: 333:2306), así como en los sucesivos "Arecco" (23/06/2011), "Cejas" (26/03/2013), "Ledesma" (09/09/2014) y "Varela" (14/09/2018 - Fallos: 341:1106), la base fáctica del planteo judicial realizado, en todos los casos, se fundó en la mentada vía prevista en la Ley de Asociaciones Sindicales, habiendo sido con posterioridad a ello y en ejercicio del iura novit curia, re-direccionados los reclamos bajo las previsiones del art. 1° de la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592, la que a la sazón, configura la segunda línea argumental de la resolución en crisis. Afirman a tenor de lo expuesto que la a quo, al momento de analizar la normativa que se vincula con la aplicación en el sub lite de las previsiones del art. 47 ib. (en función del art. 4° del mismo cuerpo normativo), no solamente ha desatendido las posturas doctrinarias que colisionan con aquella a la cual adscribe, sino que ha desatendido la jurisprudencia de la CSJN que particularmente en el precedente "Ledesma" y "Varela" ha dejado claramente establecido que el accionar discriminatorio con connotaciones antisindicales (violatorio de la Libertad Sindical) encuentra adecuada respuesta dentro del plexo normativo que regula específicamente el derecho colectivo (Ley 23.551) en correspondencia con la norma que proscribe el accionar discriminatorio en general (esto es la Ley Antidiscriminatoria N° 23.592), facultando al damnificado del accionar prohibido a optar por restitución in integrum (léase reincorporación) no pudiendo desatenderse tal opción por ningún motivo. Enfatizan que, habiéndose acreditado sobradamente el desarrollo de la actividad sindical relevante por parte del actor, extremo que

surge del escrito de Alegatos, peticionan se revoque por contrario imperio la sentencia de grado, y se admita la acción disponiendo —conforme lo tiene previsto el art. 47 de la Ley de Asociaciones Sindicales —23.551— el cese inmediato de la práctica antisindical en que incurre la demandada Firenze SRL materializada a través de la desvinculación del actor, y —consecuentemente— se ordene su reincorporación efectiva, con más salarios caídos e intereses moratorios. Expresan, en relación a la segunda línea argumental planteada por la a quo (Ley Antidiscriminatoria N° 23.592), que la judicante ha incurrido en un evidente yerro en el análisis y aplicación del derecho que regula el instituto, realizando una valoración equivocada de los elementos de prueba, los cuales no han sido identificados correctamente, generando un apartamiento de la prueba producida con relación a tales hechos, limitándose a aplicar una estructura analítica sostenida en una premisa improcedente. Reparan en las afirmaciones efectuadas por la a quo que dan cuenta de lo señalado, a saber: 1) Que pesa sobre el actor (víctima del accionar discriminatorio) la carga de "acreditar" con grado de "certeza" la actividad sindical desplegada y, luego de ello, la vinculación de tal extremo con el proceder denunciado como discriminatorio y que, a la postre, en el sub lite se materializara a través del despido "con" supuesta causa (cf. punto VII de los Considerandos de la resolución en crisis). Subrayan que tal nivel de exigencia, en relación a la imposición de acreditación probatoria como obligación del actor, ha sido expresamente desestimado por la CSJN en los precedentes "Pellicori", "Sisneros" y "Varela". Afirman que resulta suficiente, para la parte que afirma discriminación arbitraria, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación; siendo la evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. Que según dicho estándar, cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación, cf. CSJN en autos "Varela, José G. c. Disco SA". Manifiestan que la discriminación, por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta, conforme lo dijera la CSJN "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Farrell, Ricardo Domingo c. Libertad SA s/ despido", Sentencia de fecha 06/02/2018 (Fallos: 341:29). 2) Que la aplicación de la Ley 23.592, en el ámbito del Derecho del Trabajo, debe llevarse adelante adecuando los efectos de la misma al marco reglado por la estabilidad relativa o impropia regulada por el art. 245 de la LCT, al decir "...VII... Con relación a la aplicación de la ley 23.592 o ley antidiscriminatoria, entiendo que la misma es una norma de carácter general, y dentro de la reglamentación del contrato de trabajo, debe ser aplicada funcionalmente con el sistema de estabilidad relativa o impropia adoptado por la LCT, que es la legislación específica para las relaciones laborales... Por estas razones, y hasta tanto no se sancione una norma que establezca la aplicación de una indemnización agravada o una protección temporal para los casos de despido discriminatorio, el resarcimiento correspondiente a tales hechos queda subsumido en el régimen general del art. 245 LCT que establece una tarifa para los daños y perjuicios emergentes del despido sin justa causa, es decir del despido dispuesto por la voluntad unilateral del principal, sin ninguna explicación de las razones que motivaron su decisión resolutoria del contrato de trabajo; dado que todo despido sin justa causa encierra en sí mismo un acto discriminatorio..."; citando en respaldo 2 fallos de la CCSJN del siglo pasado, previos al dictado de la Ley Antidiscriminatoria - 23.592 y a la Reforma Constitucional del año 1994, como lo son las causas "De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata s/ reincorporación y cobro de pesos" que data el año de 1969 (25/02/1969 - Fallos: 273:87) y "Figueroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra SA" que data del año 1984 (04/09/1984 - Fallos: 306:1208). Indican que tal forma de adecuar el contenido de la Ley 23.592, e interpretarla como sometida a las reglas de la estabilidad relativa o impropia, ha sido desestimada en el leading case "Alvarez" (07/12/2010 - Fallos: 333:2306), a partir de que, los integrantes de la mayoría expresamente previeron no solo la aplicación directa y plena de las previsiones del referido plexo normativo al ámbito del Derecho del Trabajo, sino que —en respuesta al fallo de la a quo— expresamente desestimó que el precedente "De Luca" fuera asimilable al caso bajo estudio (y por carácter transitivo al sub lite) y admisible como excepción al pedido de reinstalación en el puesto de trabajo. Que, como nota adicional para demostrar la improcedencia de limitar la reincorporación del trabajador, bajo el argumento sostenido por la CCSJN en los precedentes "De Luca" (Fallos: 273:87) y "Figueroa" (Fallos: 306:1208), reparan en que, en el segundo de los precedentes citados ("Figueroa") el Ministro Dr. Carlos S. Fayt, se expidió en un sentido favorable al sostenimiento de la estabilidad relativa establecida en la LCT, para luego de ello, en el caso "Alvarez" (Fallos: 333:2306), como integrante de la mayoría, se expidió en el sentido favorable a la reinstalación del trabajador víctima de despido discriminatorio, todo lo cual demuestra a las claras que los precedentes referenciados por la a quo en respaldo de su postura resultan improcedentes por ser disímiles con el thema decidendum en autos. Ci-

tan y transcriben el voto de la mayoría de la CSJN en los autos la causa "Ledesma", en los que sin hesitación, descartan de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo. 3) La Ley 23.592, solamente califica como discriminatorios los actos que violentan el ejercicio de derechos constitucionales, cuando se fundan en los móviles expresamente previstos en la norma y, en el sub examine, lo circunscribe a la discriminación motivada en la "opinión política o gremial", quedando excluida de la posible tipicidad y calificación como discriminatoria la causa fuente y/o móvil vinculada con la "actividad gremial", al decir "...VII.... Con relación a sí el actor ha sido objeto de un acto discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592, corresponde hacer algunas consideraciones...El texto expreso de la norma refiere en al caso de discriminación por opinión política o gremial. Es decir, esa distinción debe surgir conforme lo expresa la norma de la opinión gremial del trabajador. En el caso de autos el actor acciona por la protección de dicha norma pero no por sus opiniones gremiales sino por su alegada participación en actividades gremiales, como representante de los trabajadores, que no logró acreditar...Con base en esta noción amplia el Tribunal verifica que de acuerdo a la hipótesis del actor no estuvo en juego la facultad de opinar gremialmente, sino el derecho a ejercer la representación gremial por fuera del sistema garantizado en el art. 14 bis CN, ley reglamentaria 23.551 y convenios de la OIT. Derecho que de conformidad al modelo sindical argentino sólo está autorizado a ejercerlo de modo directo, las asociaciones con personería gremial y las simplemente inscriptas (sólo con relación a sus afiliados o de todos los trabajadores cuando no hubiese en la misma actividad o categoría una asociación con personería gremial). De tal manera la situación planteada por el actor en el sentido de haber asumido la representación sindical de los trabajadores de la demandada en reemplazo del gremio con personería (circunstancia no acreditada en la causa), no está reflejado en el dispositivo, el que prevé casos de acusada ilicitud por vía de la discriminación. Por lo tanto no está legitimado sustancialmente para pedir la reinstalación ya que la situación planteada (aun considerándola real) no es de las amparadas por el art. 1 de la ley 23.592". (Resolución número ciento sesenta y siete, del quince de junio de dos mil seis, dictada por la Sala V, de la Excma. Cámara de Única de Trabajo, en autos: "Sampo, Elvio y otros c. Cargo Servicios Industriales SA —Procedimiento Sumario— Acción de Reinstalación".)..." (cf. punto VII de los considerandos de la resolución atacada). Ponen de manifiesto que tal forma de razonar, analizar y fundar la resolución en crisis por parte de la a quo, colisiona abierta y directamente con la posición sentada por la CSJN en la totalidad de los precedentes vinculados con el tema, toda vez que en todos los casos, los actores, a más de emitir una mera "opinión" desarrollaron alguna "actividad" gremial. A los fines de demostrar el yerro del razonamiento transcribe el voto del Dr. Horacio Rosatti en la causa "Varela". Señalan que, siguiendo el entendimiento del citado Ministro, al contrario de lo que sostiene la a quo, la "opinión gremial" comprende la "actividad gremial" y, luego, la mentada "actividad" puede asumir diferentes maneras, modos o formas, todas las cuales se encuentran idénticamente protegidas, so pena de vaciar de contenido a la norma en cuestión. 4) Conforme lo expuesto por la Magistrada, el thema decidendum en los presentes actuados, resultaba ser el pedido de declaración de nulidad del acto cuestionado (despido "con" supuesta causa) y no la validez o no de la causa de despido invocada (a través del reclamo del pago de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo), por lo que no correspondía expedirse sobre el particular; absteniéndose de ingresar al análisis y valoración de la causal de despido invocada por la empresa como justificativo de la extinción del vínculo laboral; al expresamente sostener "...VIII... En cuanto a la causal de despido, no es objeto de este juicio, ya que no reclama indemnización por despido injustificado sino su reinstalación por despido discriminatorio...". Dicen que tal forma de proceder, además de desatender el concreto planteo realizado en el libelo introductorio a través del cual se identificó a la propia comunicación rescisoria como la demostración palpable del accionar discriminatorio en que incurriera la demandada Firenze SRL, colisiona abierta y directamente con la posición sentada por la CSJN en el precedente "Varela" a través del cual expresamente se impone a los Magistrados la obligación de valorar la causal de despido invocada y, en caso de no resultar acreditada la misma, declarar procedente la acción interpuesta en la que se denuncie un proceder discriminatorio y que haya sido acreditado sobre una plataforma mínima de verosimilitud. Transcriben la parte pertinente del precedente señalado. Enfatizan que queda claro, en virtud de todo lo expuesto, que la Magistrada ha errado en:

a) el nivel de exigencia de acreditación del hecho discriminatorio denunciado (generado una imposición legal improcedente); b) en la forma en que la norma debe aplicarse en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo (generado una adecuación y/o modificación ilegal); c) en la identificación de los motivos discriminatorios que se encuentran protegidos por la norma (generado una exclusión, distinción y/o segregación injustificada); y d) en la determinación de los términos integrantes de la Traba de la Litis (generando una incongruencia o inconsistencia manifiestamente arbitraria); generando consecuentemente la vulneración de los derechos integrativos de la Libertad Sindical (en sentido individual positivo previstos en el art. 4° de la Ley de Asociaciones Sindicales - 23.551), a la igualdad de trato (y/o no discriminación

previstos en la Ley Antidiscriminatoria - 23.592), de propiedad y debido proceso; peticionando a raíz de ello que se revoque por contrario imperio la sentencia de grado, y se haga lugar a la acción intentada por el actor Germán Eduardo Carrizo, disponiendo —conforme lo tiene previsto el art. 1° de la Ley Antidiscriminatorio —23.592— que se haga cesar el acto discriminatorio en que ha incurrido la demandada Firenze SRL (materializado a través del despido "con" supuesta causa del actor) ordenando la reposición de las cosas al estado anterior al acto lesivo (restitución in integrum), conforme lo dispone el artículo 390 del Cód. Civ. y Comercial, con costas. Expresan que, como segundo y consecuente agravio, la resolución en crisis incurre en fundamentación dogmática, ausencia de valoración de prueba y elementos de juicio decisivos, e incorrecta y arbitraria valoración de la prueba considerada para dictar sentencia. Indican que este segundo agravio se deriva del primero y se hace evidente (y se correlaciona) desde los 4 aspectos diferenciados al momento de relevar los yerros en que incurriera la a quo al momento de estructurar su razonamiento por el reclamo interpuesto con fundamento en la acción prevista en la Ley 23.592. Que tal como fuera detallado y fundamentado en el primer agravio, a raíz de la interpretación errada del derecho aplicable (léase Ley Antidiscriminatoria - 23.592) conforme las directrices dadas por la CSJN, la judicante ha incurrido en una "Fundamentación Dogmática" sobre la cual se estructura la resolución en crisis, lo que ha generado que se desatiendan y, consecuentemente, no se valoren elemento de prueba que resultan transcendentes y que, de haberse meritado adecuadamente, la resolución recaída en estos actuados hubiera sido exactamente contraria a la alcanzada en autos, lo que demuestra el gravamen irreparable provocado. Dicen que a los fines de demostrar el aserto formulado y acreditar los extremos expuestos, reparan en que la Magistrada impuso a Carrizo la carga de "acreditar" con grado de "certeza" la actividad sindical desplegada y, luego de ello, la vinculación de tal extremo con el proceder denunciado como discriminatorio. Destacan que en los presentes, sin hesitación de ningún tipo, el mínimo probatorio necesario requerido para generar la inversión de la carga probatoria (conforme los precedentes de la CSJN en los autos "Pellicori", "Sisnero" y "Varela") se encuentra superado desde el momento mismo del despido. Señalan que la propia comunicación rescisoria contiene la prueba necesaria para generar el mínimo de convencimiento sostenido en la verosímil demostración del móvil discriminatorio (y antisindical) que dirigía el actuar de Firenze SRL. Transcriben el contenido del Acta Notarial N° 282, de fecha 28/12/2018, labrada por el Esc. Carlos Luis Oliva, Titular del Reg. Notarial N° 518, de esta ciudad. Enfatizan que, parafraseando a la propia empresa, el actor, ideó, instó, motivó y provocó un "corte de producción" que luego denomina "parada" y durante el cual se reunió al personal y se vociferaron presuntos reclamos. Que más allá del esfuerzo exhibido por la demandada para ocultar tras la eufemística descripción realizada en el acta notarial, la existencia de una asamblea de personal ocurrida el día 11/12/2018, lo cierto y real es que tal evento ocurrió y jamás fue negado por Carrizo, el cual previo identificarlo adecuadamente como una asamblea de personal, intentó poner en su quicio la valoración que debía realizarse del mismo, extremo que resultó inútil a la luz del contenido de la resolución en crisis. Insiste en que del contenido de la propia comunicación extintiva surge el mínimo de verosimilitud requerida jurisprudencialmente para acreditar la presunción del móvil discriminatorio que dirige el actuar de la demandada y que, justamente, era la "opinión y actividad gremial" desplegada por el mismo. Remarcan que la Jueza en ningún momento reparó y/o se detuvo a analizar el contenido del mentado instrumento probatorio, no habiendo (ni siquiera) relevado el contenido del mismo en los Vistos, todo lo cual demuestra una evidente omisión de fundar la sentencia en las constancias de la causa, absteniéndose de valorar prueba dirimente a raíz de haber incurrido en una "fundamentación dogmática" desapegada de los claros y reiterados parámetros fijados por la CSJN supra reseñados, para resolver causas como la sub examine.- Destacan que Carrizo no solamente "vociferó reclamos" en la asamblea de personal llevada adelante en fecha 11/12/2018, sino que a más de ello instó, junto a su compañera N. B. D., la denuncia ante el Área de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo - CyMAT, que diera origen a las inspecciones realizadas por el Ministerio de Trabajo, conforme surge del Expte. 0648-348695/2019, agregado a fs. 127 a 145 de autos, que tramitó por ante la Dirección de Jurisdicción de Fiscalización y Policía del Trabajo, dependiente del Ministerio de Trabajo de la Pcia. de Córdoba, a través del cual emerge —a fojas 129— el escrito de denuncia suscripto por el accionante, junto con la Srta. N. B. D., a partir de la cual se llevaron adelante dos inspecciones en el establecimiento productivo de la demandada Firenze SRL, la primera de ellas el día 16/10/2018 —cf. fojas 130 de autos— y la segunda el día 10/12/2018 (seg. fojas 128). Manifiestan que del contenido de las Actas de Inspección se pueden extraer las siguientes observaciones: La primera de ellas (de fecha 16/10/2018 - fojas 130 de autos) surge que quien recibe al Inspector y se anoticia del pedido de inspección suscripto por actor, es la Srta. M. G. en su carácter de Encargada de Producción; y la segunda de ellas (de fecha 10/12/2018 - fojas 128 de autos) que en el Acto Inspectivo (realizado un día antes de que se llevara adelante la asamblea de personal, que sirviera de excusa a la empresa para justificar la desvinculación del actor, se verificó "...Falta de Calzado de Seguridad..."; "...Falta de Iluminación..."; "...Falta Ventilación..."; "...Falta de Orden y Limpieza..."; y "...Falta de

Planillas de Capacitación..." (sic.). Subrayan que todos los incumplimientos detectados fueron verificados a partir de una inspección que llevó adelante la autoridad administrativa de control a instancia de la denuncia suscripta por Carrizo, un día antes de que se realice la asamblea de personal del 11/12/2018, en que la demandada Firenze SRL sostiene que "vociferó presuntos reclamos" y de la cual participó, según los dichos de los testigos que depusieron en la causa, la Srta. M. G. quien a la sazón fue quien recibió al Inspector del Ministerio de Trabajo. Observan que no solamente la empresa confesó que Carrizo llevó adelante reclamos mediante una asamblea de personal, sino que el contexto de la misma se encuentra absolutamente probado, lo que no puede llevar a otra conclusión que no sea la sostenida en el libelo introductorio, esto es, que su desvinculación obedeció a una motivación discriminatoria por sus "opiniones gremiales" y "actividades gremiales", al ser electo representante, participado en las asambleas y realizado denuncias ante la autoridad de aplicación; lo que al decir de la CSJN constituyen un conjunto de "...hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio..." ("Sisnero" - Fallos: 337:611). Indican que, acreditado ese mínimo verosímil requerido, pesaba sobre la demandada Firenze SRL la demostración de que la extinción del vínculo laboral de Carrizo obedecía a una causal distinta del móvil discriminatorio denunciado; lo que no ocurre en el sub lite, dado que tal carga probatoria no fue satisfecha por la demandada, conforme lo expuesto en alegatos, lo que debió decantar en la declaración de procedencia del reclamo formulado por el actor. Peticionan que se repare en las transcripciones textuales de las declaraciones testimoniales rendidas en la causa, de donde se podrán extraer los dichos de los testigos en relación a la representación, actividad, participación y opinión gremial desplegada por el accionante, todo lo cual sirve de suficiente base para demostrar el yerro en que incurriera la Jueza al incurrir en una "fundamentación dogmática" que la llevó a omitir el análisis adecuado de la prueba agregada a autos, absteniéndose de meritar la prueba dirimente y en exclusivo perjuicio del actor. Ponen de resalto la manifiesta incongruencia en que incurre la Magistrada a la hora de analizar la prueba que se vincula con el acta que refleja la elección de Carrizo como representante de sus compañeros de trabajo. Dicen al respecto que resulta particularmente llamativa la atención puesta por la a quo sobre un instrumento que pudo no existir (ya que la elección de representantes en contextos como el ventilado en autos en la mayoría de los casos se lleva adelante sin ninguna formalidad) y en los presentes actuados la a quo (suspicazmente) exigió a un grupo de trabajadores desamparados de su entidad sindical, que llevaran adelante un proceso de selección respetando los requisitos que la Ley de Asociaciones Sindicales - 23.551 (y su Decreto Reglamentario 467/1988) impone a las entidades gremiales. Agregan que, a pesar de haber superado holgadamente el valladar impuesto por la CSJN para generar la inversión de la carga de la prueba, la a quo se detuvo a analizar un instrumento cargado de la informalidad propia que se deriva de la actividad colectiva llevada adelante por un grupo de trabajadores que se encaminan a intentar documentar los antecedentes de las actividades desarrolladas por los mismos en pos de mejorar sus condiciones de trabajo. Afirman que todo el esfuerzo realizado por la a quo para concentrarse en la imposición de requisitos al acto de elección del actor como representante, cae inevitablemente en "saco roto", ya que, realizada la supresión mental hipotética del argumento vinculado con la prueba en cuestión, el resto de las objeciones realizadas sobre la resolución en crisis se mantienen incólumes deviniendo todo el estudio desarrollado por la Jueza, en colateral, accesorio e intrascendente. Señalan que en la resolución en crisis se subsume la Ley 23.592 tanto a las pautas de la estabilidad relativa impropia prevista en la LCT, como igualmente, a las pautas de la Elección de Representantes Sindicales prevista en la Ley 23.551. Que de tal manera, en la inteligencia de la Magistrada solamente pueden revestir el carácter de representantes quien resulten electos conforme a las pautas previstas por la Ley de Asociaciones Sindicales 23.551; sin embargo, tal juicio resulta errado a la luz de las previsiones de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, destinados a proteger la Libertad Sindical, la Libertad de Agremiación, la No Discriminación, como así también en el voto emitido por el Dr. Horacio Rosatti en el precedente "Varela" (Fallos: 341:1106), al decir: "...11) Que dadas las particularidades del caso y los fundamentos de la sentencia impugnada mediante la apelación federal en el sentido de que la protección no alcanza al actor por carecer del carácter de representante sindical es útil recordar los categóricos términos con los que el Comité de Libertad Sindical advirtió que "la protección contra la discriminación antisindical se aplica de la misma manera a los afiliados sindicales y ex representantes sindicales que a los dirigentes sindicales en ejercicio" (Véase Recopilación de 2006, párr. 775, énfasis agregado)... 12) Que la protección efectiva contra todo acto u omisión discriminatorios en el ámbito de la libertad sindical y de sus condiciones imprescindibles: libertad de opinión, de expresión y de reunión, son, en definitiva, patrimonio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o no, así como recaudos necesarios para que la organización sindical "libre y democrática" que asegura el art. 14 bis de la Constitución Nacional sea una realidad concreta y significativa. "La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales" (Corte IDH, Caso Huilca Tecse, cit., párr. 75; Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz, cit. párr. 146).

Más aún en un universo que, como el laboral, se encuentra regido por el principio de justicia social y tiene al trabajador como "sujeto de preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327:3677; "Aquino", Fallos: 327:3753; "Alvarez", Fallos: 333:2306, "Pérez", Fallos: 332:2043, entre otros)...". Dicen que pareciera escapar a los fundamentos de la Jueza, la naturaleza sindical de la acción entablada, cuyo fundamento radica en la protección y desarrollo de la actividad que se ve afectada cuando el representante sindical se ve neutralizado en el ejercicio de la defensa de los intereses del colectivo de trabajadores. Expresan que exigir de manera desproporcionada formalidades no requeridas en la norma, como lo ha hecho la a quo, lo único que demuestra es la desconexión con el sustrato fáctico en que se desarrollan este tipo de conflictos, lo cual podría haberse superado holgadamente si se hubieran respetado las "máximas de la experiencia" como integrante de uno de los tres conjuntos de reglas que deben respetarse para arribar a una resolución fundada en el ejercicio de la "sana crítica racional" (a saber: reglas de la lógica, reglas de la psicología y reglas de las experiencia), todo lo cual se ha visto vulnerado a través de la Sentencia. Que desde otro costado, y puntualmente vinculado con la "fundamentación dogmática" realizada por la a quo en relación a segregación, distinción y/o exclusión que lleva adelante entre "opinión gremial" y "actividad gremial", resultado solamente alcanzada por las previsiones protectoria de la Ley 23.592 la primera de ellas (es decir la "opinión gremial"), desprotegiendo a raíz de ello a la "actividad gremial", sin perjuicio de haber sido demostrado con abundantes argumentos y citadas de jurisprudencia del Tribunal Cimero el yerro, es dable poner de resalto en esta instancia y como segundo agravio (derivado del primero) la prueba que ha sido desatendida por la judicante y que debió ser analizada debidamente, concretamente las testimoniales relevadas, resultan especialmente ilustrativas a los fines de demostrar las "acciones" desplegadas por Carrizo, todas las cuales encuentran correlación con los precedentes jurisprudenciales del Máximo Tribunal en las "acciones" que concluyeran en el reconocimiento y protección de la actividad desarrollada por los actores y que fuera motivo de proceder discriminatorio censurado por la CSJN. Observan que al igual que lo sucedido en el precedente "Ledesma", el actor desarrollo actividad sindical en su propio beneficio y en el de sus compañeros de trabajo, reparando muy especialmente en la denuncia presentada ante el Área de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo - CyMAT, dependiente del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba (cf. Considerandos "1°" y "2°" del precedente citado). Indican que a su vez, y de la misma forma que en la causa "Varela", el actor requirió a la entidad sindical que poseía la representación de los trabajadores del establecimiento de la demandada, que llevara adelante elecciones de delegados de personal y llevó adelante una asamblea de personal en la sede de Firenze SRL de la cual participó una representante de la empresa (ver Considerandos "1°" y "2°" del precedente referenciado). Expresan que tales extremos, plenamente acreditados por medio de la prueba incorporada a autos —y que se corresponden con idénticas causas tramitadas por ante la CSJN—, demuestran que la segregación, distinción y/o exclusión efectuada por la Jueza, entre "opinión gremial" y "actividad gremial", carece absolutamente de asidero y de respaldo jurisprudencial. Cita doctrina. Remarcan que la a quo se abstuvo de enderezar su estructura de razonamiento a las pautas previstas por la CSJN en el precedente "Varela" (04/09/2018 - Fallos: 341:1106), el cual impuso la obligación en cabeza de los Magistrados de analizar el contenido y procedencia de las eventuales causales de despido que pudieran ser invocadas por los empleadores. Enfatizan que la sentenciante se abstuvo expresamente de ingresar al análisis de la causal de despido invocada por la empresa lo que generó que no analizara tal extremo como elemento constitutivo del mínimo de verosimilitud requerida para generar la inversión de la carga de la prueba y, a su vez, no evaluó si la "supuesta" causal de despido se encontraba acreditada en autos. Que ante ello y habiéndose inhibido deliberadamente de analizar la procedencia de la causal de despido invocada, omitió considerar que no se probó los perjuicios que la empresa afirma haber sufrido a raíz de la asamblea personal realizada el día 11/12/2018, ni los "supuestos" actos de sabotaje que a modo de ejemplo y sin imputación directa al actor, sostuvo haber sufrido durante los últimos meses; ni se ponderó que pese a que la demandada sostuvo poseer registros fílmicos respaldatorios de las afirmaciones realizadas, los mismos jamás fueron incorporados a autos. Manifiestan que las constancias de la causa permiten concluir que la sentencia de grado debe ser revocada por contrario imperio, por cuanto se encuentra acreditado que la desvinculación del actor obedeció a una motivación discriminatoria vinculada con la asamblea de personal celebrada el 11/12/2018 derivada de la denuncia realizada ante el Ministerio de Trabajo, a raíz de los incumplimientos laborales en que incurriera Firenze SRL. Formula reserva del caso federal. II) La sociedad demandada, bajo la representación letrada Gabriel Sergio Bleger, mediante presentación electrónica efectuada el 23/02/2021 08:00 h, contesta agravios en virtud del emplazamiento efectuado a través de despacho dictado el 09/02/2021. Expresa que rechaza en forma absoluta cada uno de los fundamentos y agravios vertidos en la apelación, peticionando en consecuencia que ratifique la sentencia recaída en autos, la que goza de plena razonabilidad y legalidad. Destaca que los letrados del actor, si bien invocan altísima estima y respeto hacia la Magistrada interviniente, a continuación la acusan de manera indirecta y perspicaz de copiar y pegar argumentos de un fallo de hace

14 años, lo que resulta inadmisible, no sólo porque es falso, sino también por resultar una acusación grave que deberá ser canalizada a través de la vía correspondiente. Dice que es el propio abogado del actor, quien en forma contradictoria, luego de acusar a la Jueza de copiar y pegar, le endilga falta de actualización en doctrina y jurisprudencia, citando fallos favorables a su postura, algunos de los cuales datan del año 2010. Enfatiza que Carrizo fue despedido con causa; el cual no era delegado ni representante ni nada, por lo que no se le afectó su derecho de propiedad. Agrega que el dependiente perdió el trabajo porque cometió injurias laborales imposibles de superar. Agrega que el actor deja traslucir su verdadera intención consistente en fulminar al sindicato de panaderos, e ilegalmente afiliar a los empleados de la demandada en el sindicato de la alimentación u otro a formarse con el manejo de ellos, extralimitándose en sus pretensiones toda vez que es el Ministerio de Trabajo de la Nación quien tiene potestad al respecto. Afirma que esa es y fue su intención. Niega, tal como expusiera al contestar demanda, que a Carrizo se le haya cercenado algún derecho constitucional, como así también que haya sido objeto de discriminación por ideales políticos o sindicales; que se le haya impedido ejercer derecho alguno, concretamente, que fuera impedido de afiliación sindical, gremial u otro que afecte su liberta individual, colectiva o laboral. Rechaza asimismo que la empresa haya obstaculizado el desarrollo de actividad sindical; que haya dispuesto despido arbitrarios o discriminatorios a raíz de la ausencia de delegados gremiales. Afirma que Carrizo ingresó a trabajar el 25/08/2007 y que desde el principio estuvo correctamente registrado. Que después de un tiempo, la conducta del empleado se modificó abismalmente, circunstancia que obligó a la patronal a tomar la medida de despedirlo con causa. Dice que el actor comenzó a manifestar hostilidades contra sus superiores jerárquicos, no acatando órdenes dadas, respondiendo de forma burlona frente a los demás compañeros, lo que genera un clima de descontento generalizado e incomodidad. Que en principio se pensó que podría deberse a alguna cuestión personal del propio actor, pero no fue así, sino que su malestar era por el enfrentamiento con la patronal, ya que decayó en el rendimiento de sus tareas. Afirma que se le llamó la atención por estas conductas, pero las respuestas fueron contestaciones despreciativas y desafiantes. Cita los antecedentes disciplinarios del actor. Expone que el acta de despido de Carrizo es clara, concreta, específica, temporánea y proporcional a la falta cometida. Enfatiza que el distracto trata de un despido con causa de un empleado común, que no revestía personería ni condiciones de considerarlo bajo la tutela sindical, no era delegado ni vocero, con lo cual su despido no fue discriminatorio ni obedeció a las condiciones que arteramente denuncia en su libelo. Sostiene que el despido fue coetáneo con el de otros compañeros que estaban en la misma tesitura y conducta; los cuales habían provocado los daños que enuncia el acta notarial de fecha 28/12/2018, quienes no efectuaron reclamos de ningún tipo. Cita y transcribe los arts. 11, 17, 18, 41, 49; nada de lo cual —agrega— se verifica en el sub lite. Asevera que la parte actora sólo revela un disconformismo unilateral y propio del perdidoso, sin concretar cuál es el error de interpretación y de derecho de la Juez. Transcribe el fallo en crisis, formulando luego la siguiente pregunta retórica: ¿Puede considerarse que la sentenciante no ha identificado el problema y ha errado en el derecho? Enfatiza que la sentencia es clara, fundada con rigor legal extremo. Dice que de la propia resolución surge claramente que la Jueza valoró y analizó todas las pruebas rendidas y receptada. Transcribe parte del fallo atacado, en relación a tal aspecto. Desarrolla y reproduce las pruebas confesionales y testimoniales. Indaga si en virtud de tales constancias puede considerarse que la Magistrada no valoró la prueba. Sostiene que la parte actora, con la intención de denostar el fallo, miente al endilgar a la demandada presuntas frases o dichos, cuando en realidad Carrizo confesó que previo al despido sólo reclamaba por su categoría y que la relación se encontraba perfectamente registrada; mintiendo luego respecto a su existencia en la reunión celebrada en el interior de la Planta. Dice que el actor se agravia porque la Jueza no reparó en el acta de despido, cuando en realidad fue clara en su enfoque y análisis. Sostiene que el accionante debió incoar una demanda por despido incausado, mas nunca jamás por despido discriminatorio por gremialista. Que la parte acusa a la Jueza, pero nada dice en su agravio el motivo por el cual no llevo a testimonio a M. G.; tampoco menciona la respuesta de la representante legal del Sindicato de Obreros Panaderos, a cuyo texto hace remisión, la que sin duda alguna acreditan los asertos de su representada. Enfatiza que tampoco menciona la parte actora que la Sra. N. B. D., cambio de patrocinio, reconoció la ilegitimidad de su reclamo, idéntico al de Carrizo, con mismos abogados y hechos invocados, y finalmente desistió de su acción. Concluye que el fallo es ejemplar, fundado con sana critica racional. Que las falacias, yerros e incoherencias señaladas solo demuestran que el actor y sus letrados equivocaron el camino, y tratan de interpretar la ley en forma antojadiza y caprichosa, porque a tenor de las pruebas receptadas se ha demostrado claramente, y así lo dictamino la Magistrada, que en este pleito no se cumplió en absoluto con el rigor legis previsto. Que de conformidad a lo dispuesto por los arts. 11, 17, 18, 41 y 49 de la Ley de Asociaciones Sindicales, es imposible considerar que el despido puede configurarse dentro de dicha normativa. Destaca que el actor en vez de plantear la ilegitimidad de su despido, fue por su reinstalación, tratando de engañar al Tribunal, haciendo pasar al mismo por discriminatorio. Formula la reserva del caso Federal.

Considerando: I. Elevada la causa a esta Sala, firme el decreto de autos, los presentes quedan en estado de ser resueltos.

II. Revisado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso de apelación intentado, se advierte que fue planteado en tiempo y forma, por quien tienen interés directo y en contra de una resolución impugnable por esta vía (arts. 3, inc. 2, 83, 85, 94, 95 y cctes. LPT), por lo que corresponde ingresar a su tratamiento.

III. Analizados los planteos de las partes, las constancias de autos y los argumentos brindados por la Magistrada en la resolución en crisis —a los que se hace remisión en honor a la brevedad—, cabe en primer término formular las siguientes consideraciones: La CSJN a través de los precedentes Pellejero (07/12/2010), Pellicorí (15/11/2011) y Varela (04/09/2018), entre otros, elabora el estándar probatorio aplicable para aquellos supuestos en los que se denuncia acto discriminatorio arbitrario por parte de la empleadora; el que se revela omitido por la a quo. Dicho estándar señala que: El trabajador que alega un acto de tal característica, debe cumplir con la carga de afirmación en demanda, explicando adecuada y claramente las circunstancias concretas, temporalmente correlativas, que desembocaron en la conducta discriminatoria endilgada a la dadora de trabajo; resultando suficiente luego la demostración de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inferir su existencia, correspondiendo en tal caso a la demandada, la acreditación fehaciente de que la conducta adoptada tuvo como causa "un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación". De tal manera, queda claro que la doctrina del Máximo Tribunal, no exime de prueba a quien tilda de discriminatorio un acto determinado, puesto que pesa sobre éste la carga de acreditar hechos de los que "verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido". Fecho, frente al margen de duda existente, propio de la prueba indiciaria, corresponderá a la accionada, a los fines de desvirtuar la presunción generada, acreditar la razonabilidad de la conducta adoptada, y consecuentemente la ausencia de discriminación arbitraria. El señalado estándar probatorio se impone por adecuado —y por razones de economía procesal ante la función nomofiláctica del Alto Cuerpo Nacional—, puesto que "la discriminación por lo común, se caracteriza por constituir una conducta solapada, oculta o encubierta, que no es reconocida por quien la ejecuta" (cf. autos: Farrell, Ricardo D. c. Libertad SA - CSJN Sentencia 06/02/2018). Cabe en este punto destacar lo señalado por el Cimero Tribunal en el precedente "Pellicori" —en el apartado 11) de los considerandos—, al decir "...Que las consideraciones que ha sido desarrolladas con arreglo al bloque de constitucionalidad y a la preceptiva supra legal, establecen bases suficientes... para la solución del sub lite. En efecto, primeramente ratifican la ya enunciada necesidad de que el diseño y las modalidades con que han de ser reguladas las garantías y, ciertamente su interpretación y aplicación, deben atender, y adecuarse, a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos, derivadas de los caracteres y naturaleza de éstos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso. Y, en segundo término, ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de ius cogens. Todo ello, finalmente, determina las especificidades a las que han de ajustarse las reglas o pautas que en materia probatoria han de regir los procesos... en los que se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio en el acto en juego...". Por su parte, en el precedente "Varela" la CSJN, reiteró y especificó que, cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos de considerar fehacientemente acreditada la discriminación, la existencia de tal motivo se presumirá demostrada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en tal caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación. Ese estándar probatorio fijado por el Tribunal es aplicable cuando se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592 y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen. De tal manera, quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca.Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión. Una vez demostrados de tal forma los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despi-

do no fue discriminatorio. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. En los presentes actuados, conforme surge del escrito de demanda, el actor peticiona la declaración de nulidad de su despido y la reinstalación en su puesto de trabajo, con más salarios caídos. Funda su pretensión en las Leyes 23.551 y 23.592. Sostiene que fue objeto de despido discriminatorio en virtud de sus "opiniones y actividad sindical". Relata, en apretada síntesis que, a partir del mes de marzo de 2018, junto con sus compañeros de trabajo, formuló reclamos —principalmente de índole salarial— a la empleadora, sin obtener respuesta. Destaca que, ante la ausencia total de representación sindical dentro del establecimiento, decidieron organizarse mediante la celebración de asambleas para articular mecanismos de defensa de sus derechos. Que de la reunión llevada a cabo el 09/06/2018, eligieron como voceros, representantes y colaboradores a los trabajadores O. E. G., W. J., G. L. y N. B. D.; lo que fue comunicado a la empleadora mediante carta documento y escritura pública. Indica que el 19/06/2018 la accionada, con la intención de desarticular la organización de los trabajadores, despidió a O. E. G., lo que motivó la celebración de una nueva asamblea a modo de manifestación para que revirtiera la decisión adoptada. Afirma que a partir de tales sucesos las diferencias con la empresa se acentuaron; cuyos atropellos hicieron que un grupo de trabajadores efectuara una denuncia ante el MT, quien realizó una inspección general el 23/07/2018 y fijó audiencia; circunstancias que agudizaron los embates de la accionada, efectivizándolos a través de un descuento arbitrario de haberes, reflejado en el ítem "gratificación mensual variable". Enfatiza que, ante la práctica habitual de desoír los reclamos, conjuntamente con N. B. D., el 27/09/2018 efectuó denuncia ante el MT a los efectos que constate el cumplimiento de las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo. Que posteriormente, de la asamblea celebrada el 06/10/2018, resultó designado representante de sus compañeros, junto con M. D. y A. S., lo que comunicó a la accionada mediante escritura pública N° 100 de fecha 01/11/2018. Indica que también formularon denuncia ante el Sindicato, lo que derivó en una inspección del establecimiento el día 16/11/2018, quien constató el uso arbitrario del concepto "gratificación mensual graciable", intimándola en consecuencia al pago de diferencias de haberes. Relata que el 10/12/2018 en virtud de la denuncia que realizó, el MT llevó a cabo una inspección para relevar las condiciones de higiene y seguridad; quien determinó incumplimientos a dicha normativa. Enfatiza que el 11/12/2018 alrededor de las 14.00 h, cuando finalizó el turno mañana, el conjunto de trabajadores decidió llevar a cabo una asamblea informativa, de la que participaron muchos operarios de producción sin hacer abandono de puesto de trabajo, a los efectos de comunicar lo acontecido con el compañero C. en la audiencia celebrada ante el MT y lo inspeccionado por dicho organismo el día anterior; procediendo la accionada a despedirlo el 28/12/2018 mediante escritura pública N° 282, en los siguientes términos: "...que el día 11 de diciembre del año 2018, aproximadamente a las 14:10 Hs. Sin causa ni razón ni justificativo alguno, el empleado que más adelante se mencionará, junto con otros empleados, idearon, instaron, motivaron y provocaron el corte de producción, la parada abrupta de funcionamiento de la línea de pan dulce, lo que duró aproximadamente 1 hora y 45 minutos, reuniendo personal, vociferando presuntos reclamos y descuidando sus tareas con los consecuentes daños y perjuicios, los que a modo ejemplificativo, ya que el normal funcionamiento de la maquinaria se verá con el tiempo y por ahora desconocemos, reitero, como ejemplo, provocó el hecho que a raíz del corte, quedó gran cantidad de pan dulce horneado sin envasar, motivo por el cual al día siguiente se debió organizar un refuerzo en el que algunos operarios voluntariamente aceptaron trabajar horas extras para poder envasar el remanente que fue un total de 800 cajas de pan dulce Pamela x 400. Esta actitud ya de por si resulta muy agraviante e intolerable y amerita la máxima sanción laboral, que se condice con las actitudes y maniobras que se vienen observando a lo largo del último mes y que ha generado numerosos reclamos de terceros sobre el producto fabricado, hecho que jamás antes existió, ya que los procesos de control y calidad son exigentes, pero por la actitud renuente de varios empleados, manifiesto como ejemplo que —600 cajas de pan dulce Jumbo c. capa x 700, las cuales fueron devueltas por el cliente debido a que tenían falta de cocción a la vista, esto se notaba ya que el pan presentaba el defecto—; 900 cajas de pan dulce Carrefour sin frutas el cual tenía como defecto la fecha de vencimiento, los mismos salieron vencidos, se colocó 17/07/2018 en lugar de la correspondiente 17/07/2019, el cliente realizó retiro de mercado el cual ya se encontraba a la venta en 600 tiendas; —400 cajas de pan dulce Steinhauser—, en el cual el encajonado no fue correcto, puesto que no se colocaron en la caja los separadores que evitan que se aplasten los panes, motivo por el cual hubo que cambiar las cajas y estuches de adentro (6 por caja); 40 cajas de Steinhauser que fueron encajonadas sin los estuches correspondientes y se enviaron a los clientes; —1 reclamo de pan dulce que contenía un tuerca—; en la línea existe detector de metales el cual automáticamente separa los panes contaminados con metales evitando que se envasen y salgan a la venta, etcétera. Finalmente y habiéndome explayado sobre antecedentes varios y a título de ejemplo que acredita que nos hemos tomado el tiempo necesario y legal para arribar a una justa decisión, temporal, proporcionada y clara, siendo la causa del corte de producción la que ya nos demuestra la total falta de contracción al trabajo, además del daño y perjuicio que nos ha provocado, luego de recabar testi-

monios numerosos e inclusive mencionan presiones personales para adherirse a la medida, y luego de examinar registros fílmicos, es por ello que entendiendo que resulta indispensable y procedente el despido causado de la siguiente persona G. E. C., DNI N° ... que es la directamente involucrada en la maniobra supra (corte-paro)...". De lo relacionado se concluye que el actor cumple con el primero de los requisitos exigidos, supra relacionados, esto es, con la carga de afirmación requerida en demanda, toda vez que claramente expone las circunstancias concretas, temporalmente correlativas que desembocaron en su despido. A su vez las constancias de la causa reflejan el relato cronológico efectuado en el escrito inicial, dando cuenta de su activismo en procura de —lo que considera— sus derechos laborales y del conjunto de sus compañeros, el que resulta coetáneo a su despido; lo que razonablemente lleva a presumir que el distracto dispuesto obedeció a tal circunstancia, máxime, se adelanta, cuando de los propios términos de la comunicación rescisoria, la empleadora le atribuye a C., entre otras cosas, haber detenido la producción "reuniendo personal, vociferando presuntos reclamos", afirmación idónea, por sí sola, para conjeturar la probabilidad de que la extinción unilateralmente dispuesta tuvo su razón de ser en tal activismo. La conducta señalada desplegada por el actor, generadora de la presunción requerida, emerge de las siguientes constancias: 1) Confesional: De la afirmación propuesta por la empleadora a los fines que el actor absuelva posiciones, en la que plantea como cierto que C., junto con sus compañeros de trabajo, participó de una reunión en la que el Sr. A. S. le manifestó que la empresa garantiza todos los derechos laborales, por lo que en todo caso, deberían recurrir al Sindicato a los fines de tramitar lo que crean conveniente (cf. posición N° 8, art. 236 ultima parte del Cód. Proc. Civ. y Comercial - de aplicación supletoria cf. art. 114 LPT, fs. 294). 2) Testimoniales (obrantes en soporte digital en formato audiovisual) brindadas por D. S. P., A. E. S., M. D., M. E. M., H. B., A. Q., C. D., F. A., J. M., S. R. y F. C.; a las que, luego de analizadas, el Tribunal les otorga pleno valor convictivo, con las salvedades que infra se señalaran, por cuanto los deponentes dieron razones de sus dichos; en términos generales fueron coincidentes, salvo algunas discrepancias en determinados aspectos; quienes cabe destacar tuvieron intervención personal en diversas cuestiones dentro del ámbito de la empresa; máxime cuando fueron indagados y no han sido impugnados por las partes, con excepción de P., cuyo testimonio se adelanta nada aporta para la dilucidación de los aspectos controvertidos a favor de ninguna. A modo de adelanto, conforme se advertirá de su transcripción que hace éste Tribunal, los deponentes dependientes de la firma dieron cuenta de un evidente estado de conflictividad a partir de mediados de 2018; de la existencia reclamos personales por parte de los trabajadores; de la ausencia de representación gremial en el establecimiento, lo que motivó la organización de los laborantes en procura de lo que consideraban sus derechos (por descuentos salariales principalmente derivados del rubro "gratificación variable", por jornada, categoría, representación sindical, colocación de dispenser de agua, aumento y refacción de lockers, por inconvenientes en la presentación de certificados médicos, etc.); como así también, de la realización de reuniones y asambleas, con la Jefa de Planta M. G. fuera de la planta (consensuada) y dentro de la misma; en una plaza y en el interior en presencia del socio Gerente A. N. S. En lo que atañe específicamente a la prueba indiciara en este pasaje exigida, cabe destacar las declaraciones testimoniales brindadas por: A. E. S., quien afirmó que C. participaba siempre de las reuniones (de aproximadamente entre 70/80 asistentes) y expresaba sus opiniones; de las cuales resultaron electos delegados conjuntamente con él, los compañeros G. G., M. D., N. D. y el actor (uno por línea para poder comunicar si había soluciones o dialogo con la empresa). Contó que realizaron una asamblea en el interior del establecimiento (por la quita durante 4 meses consecutivos de la "Gratificación" al compañero C., dado que representaba el 40% de su salario), reunión que fue dirigida por G. C., M. D. y N. D., de la que participó M. G. por la empresa, al finalizar el horario de trabajo (14.00 h / 15.00 h). Contó que efectuaron un corte de calle por el despido del compañero G., el cual entendían obedeció a sus reclamos laborales; que luego hubo una reunión dentro de la fábrica en la cual N. S., con su abogado y policías les manifestaron que la empresa estaba en regla; que luego de eso se produjeron varios despidos de los trabajadores que reclamaban, en tandas, entre 8/12 primero, entre 6/8 después, por distintas causales. Reconoció la documental indicada al punto 4 y 17 del escrito de ofrece prueba de la parte actora (libro de actas y volantes distribuidos entre los trabajadores, fs. 190/192). Manifestó que la vocera de la empresa M. G., tenía conocimiento que C. era uno de los representantes de los compañeros; no obstante, ésta no se dirigía a los varones, sino que lo hacía con N. D., quien luego le trasladaba lo expresado al resto de los delegados, los que a su vez trasmitían la información al resto de los laborantes. Indagado por la parte demandada, el testigo expresó que a él lo despidieron con causa, por el hecho de haber salido mal unos panes dulces, cuando nunca trabajó en esa línea, sino que lo hizo en la línea Comas, que es la marca del producto (magdalenas y budines). Indagado por la misma parte respecto a si "participó de una asamblea en diciembre de 2018, dentro del horario o apenas terminado el horario de trabajo, que provocó el corte de la línea de producción y que el turno siguiente no pudo retomar", expresó que sí, que cuando finalizó el horario de trabajo del turno mañana, se reunieron con motivo del descuento cuatrimestral a C. del rubro gratificación. Repreguntado si C. partici-

pó, contestó afirmativamente. Dijo que la línea de producción no se detuvo. Que la asamblea duró 30 minutos, de la que participaron 40 trabajadores y se realizó donde se hacía el encajonado de pan dulce. Reiteró no recordar si esa parte de la línea se detuvo. Expresó que después del corte de calle por el despido de G., a los delegados los cambiaron de puesto, de tareas, de horario. Afirmó que tanto él como C. participaron de la reunión con N., su abogado y los policías de civil. Que en esa oportunidad llamaron a todos los que estaban allí, disponiendo previamente que los que ingresaban a trabajar esperasen, que no ingresaran, porque querían hablar con ellos. Señaló que se habló del despido de G. y el incorrecto pago de haberes, horas extras, categoría; reunión que resultó incomoda por la presencia de los agentes policiales, sobre todo teniendo en cuenta que nunca hubo un acto de violencia. Que al principio existía entre los trabajadores temor en afiliarse porque "caían en esa famosa lista negra y los echaban", pero luego en esa reunión les manifestaron que no había problema, aclarándoles que no tomarían represalias. Agregó, que nadie se afiliaba porque el Sindicato no se los permitía. Manifestó que con anterioridad nunca hubo inspecciones del MT ni del Sindicato, las que se dieron a partir de las denuncias que ellos efectuaron. Que por comentarios se enteró de la aplicación de multas.

Indicó que nunca le dieron explicaciones respecto al rubro "gratificación"; que no pudo saber jamás con exactitud a cuanto ascendía su sueldo fijo dado que variaba de mes a mes; que incluso llegó a cobrar más cuando no hacia horas extras, que cuando las desarrollaba. Aseveró que, si no firmaban determinados papeles, no les extendían los recibos de haberes. Manifestó que M. G. en su carácter de Jefa de Planta, estuvo presente y participó de la asamblea llevada en el interior, hablando con todos los que allí estaban. Dijo que no le recibían los certificados médicos si no estaba visada la firma del galeno por un Centro de Salud y que no le extendían copias de las sanciones que aplicaban. M. D., dijo que tiene juicio pendiente en contra de la demandada por despido. Relató que trabajó junto al actor en Firenze SRL, dirigida por N. A. S. Que antes de que empiece la temporada, para la cual se contrata trabajadores temporales, la jornada se prestaba en uno o dos turnos dependiendo de la producción. Expresó que a partir de una reunión entendió que la "gratificación" era un obsequio de la empresa, que lo daban y quitaban según antojo, la cual en su caso representaba entre un 30% y 40% de su salario. Señaló que los encargados de línea eran "M., R. y C. V.". Dijo que efectuó reclamos a la empleadora, concretamente a M. o a J. de Recurso Humanos, por el rubro gratificación, horas, categoría, calzado, ropa, mantenimiento de máquinas que no estaban en buen estado; cuyas respuestas dependían siempre de N. Narró que, a partir del despido de G., quien fue uno de los primeros que despidieron por reclamar por sus problemas, empezaron a organizarse, lo que derivó en la adopción de medidas sindicales. Indicó que el establecimiento no contaba con delegados gremiales y que el gremio se negaba a afiliarlos bajo el argumento que no pertenecían al Sindicato de Panaderos. Señaló que fueron también al Sindicato de la Alimentación dónde le dieron idéntica respuesta, esto es, que no encuadraban en la actividad alimentaria, con lo cual nadie los representaba frente a lo que consideraban atropellos de la empleadora, tales como el retiro de la gratificación, no recepción de las constancias médicas particulares sino estaba la firma certificada del profesional, exigencia que comenzó a partir de marzo de 2018. Dijo que los trabajadores tenían inconvenientes comenzaron siendo 80/100; que todos estaban de acuerdo con la existencia de tales problemas y la necesidad de mejorar; que luego por miedo se abrieron. Contó que hicieron asambleas fuera de la fábrica, en una plaza donde "eran un montón" de trabajadores pretendiendo mejorar las condiciones laborales y de vida. Que las veces que fueron a hablar no obtenían respuestas; que se dio casos donde iban dos o tres a reclamar y sólo ellos reciban beneficios y el resto quedaba mirando. Explicó que en la planta tenía aproximadamente 100 empleados, quienes los eligieron como delegado. Que él cuando fue a hablar no recibió beneficio personal alguno porque fue por el conjunto de los trabajadores. Afirmó que C. participaba de las asambleas y expresaba sus opiniones. Qué al no tener representantes en la fábrica, comenzaron a movilizarse, primero estuvo G., a quien despidieron, luego "G. F." y W. J. que se terminó "bajando" por miedo porque tenía antigüedad; luego de lo cual quedaron N. D., A. S., "D." y él, todos elegidos por los compañeros. Aclaró que C. sí formó parte de ese grupo de representantes, que fue elegido, pero hubo un problema con las "firmas y cartas", no hizo tiempo para "enviar el oficio", para notificar; lo que sí pudieron hacer N. D., A. S. y él, de que habían sido electos por 80 compañeros. Señaló que los encargados de planta M., "R." y C. V. sabían que C. era delegado. Explicó que a partir de 2018 fueron varias veces en grupo al Sindicato de Panaderos; donde le requirieron una serie de papeles (fotocopia de DNI y recibo, etc.) con la promesa de que en tres meses estarían afiliados; lo que no ocurrió puesto que transcurrido ese lapso seguían sin estar afiliados. Contó que les respondieron desde el Sindicato que no correspondía la aplicación del convenio de panaderos por el tipo de máquinas que tenía la empresa. Que la Secretaria General del Sindicato le mostró mensajes de N. en su celular requiriendo hablar con ella, lo que le resultó extraño. Agregó que buscaron varias alternativas de representación, motivo por el cual fueron al MT de la Provincia y de la Nación, y buscaron asesoramiento legal, momento a partir del cual comenzó el rumor de que iban a "correr gente", deslizado por trabajadores con antigüedad cercanos

al señor N. Explicó que a G. lo despidieron a partir de un reclamo que efectuó por descuento de dinero, lo que afectó a los compañeros dado que fue por peticionar por lo que consideraba era lo que le correspondía, distracto que la empleadora fundó en falta de respeto a gente de Recurso de Humanos, cosa que no es así; lo que motivó un corte de calle por parte de los compañeros para que lo reincorporasen, lo que fue gratificante porque estaban todos, lo cual no era común por miedo a perder el trabajo. Que si bien G. arribó a un acuerdo conciliatorio con la empresa, ellos continuaron con la iniciativa. Reconoció la documental indicada al punto 4 y 17 del escrito de ofrece prueba de la parte actora (libro de actas y volantes distribuidos entre los trabajadores en oportunidad del corte de calle, fs. 190/192). Aseveró que C. tuvo participación en las asambleas que reflejan el libro de acta. Dijo que M., el sobrino de N., estuvo en el corte de calle; que de la patronal era el más accesible, quien los vio repartiendo panfletos. Contó que hacían asambleas fuera del horario de trabajo, dentro del predio, pero no adentro de planta; que eran grupales, en cada turno, con un delegado, por ejemplo 20 minutos antes del ingreso a los turnos (6 am, 14 pm y 22 pm) ocasión en la que hablan de la situación laboral actual de ese momento. Recordó una asamblea dentro de la fábrica antes del comienzo de tareas del turno; no dentro de la jornada de producción, la que se llevó a cabo sólo con la gente que ingresaba de relevo, las que asistieron antes del comienzo del horario de trabajo; mientras los otros trabajaban. Afirmó que C. estaba en las asambleas, opinaba y aconsejaba. Expresó que tuvo una sanción disciplinaria por un hecho que no lo ameritaba, dado que no cometió ningún incumplimiento, negándose a firmar la notificación por tal motivo, lo que terminó haciendo por presiones y miedo a perder el trabajo. Manifestó que C. prestaba tareas como maquinista en la línea "grisines". Narró que luego del despido de G., el señor N. junto con policías habló con los 80/100 empleados por el tema del corte de calle, reclamándoles la adopción de tal medida, la cual lo había afectado, ocasión en la que se le aclaró que se debió al reclamo de reincorporación el cual consideraban justo. Indicó que tuvieron anteriormente reuniones con el señor N., pero ya no quiso tratar luego con los delegados electos, sino que quería hacerlo con las personas que siempre lo hacía. Dijo que en los tres años anteriores a tales sucesos no era habitual tener reuniones con N. Agregó que a los electos luego los separaron, los cambiaron de turno con la finalidad de evitar que dialoguen. Que siempre la intención fue organizarse sin perjudicar a nadie. Afirmó haber participado junto con C. y aproximadamente 20/30 compañeros de la asamblea que se llevó a cabo en el interior de la planta en el mes de diciembre de 2018, aclarando que nunca se dejó de producir, con la intervención de la Jefa de Planta M., la cual habló con N. D. Señaló que siempre actuaron con discreción sin perjudicar a la empresa.

Que desde la firma "se dijeron un montón de cosas que nada que ver", como que por tal reunión hubo pérdida de producción y que rompieron máquinas. Sostuvo que luego de la reunión se produjeron desvinculaciones; siendo sacados de la fábrica con la policía; pese a que N. en la reunión por el corte de calle afirmó que no iba a haber represalias. Preguntado por la parte demandada, el testigo dijo que ingresó a trabajar para la demandada el 17/08/2013. Expresó que desde su inicio de actividades hasta el año 2018 no efectuó reclamos personales; que los primeros años no hizo requerimientos porque estuvo contratado por temporada. Contó que fueron al MT en el año 2018 para ver de qué forma podían organizarse y obtener respuestas, quien hizo inspecciones en Recurso Humanos. Relató que fue despedido sin causa el 23/24 de diciembre de 2018. Que los reclamos los efectuaban juntos, N., A., el actor y él. Expresó que si bien el señor N. estaba en la empresa, una sola vez pudo hablar con él por el funcionamiento de una máquina y la carga laboral del sector, que era muy pesada, planteándole la necesidad de otro empleado más allí, a lo que accedió, cuestión extraña dado que el Jefe de Planta C. V. anteriormente le había manifestado que N. no quería. Recordó que la reunión con N., su abogado y policías de civil fue en un clima de temor al comienzo, y de risas al final. Que en esa oportunidad N. preguntó por qué no hablaban con él, pero lo cierto es que un montón de veces pretendieron comunicarse y no pudieron; recién se acercó a conversar cuando ocurrió la medida de corte de calle; que en su momento cuando se le requirió a M. G. una mesa de diálogo nunca quiso asistir. Manifestó que, si bien no se les prohibía expresamente concurrir al Sindicato o al MT, eran perseguidos por hacerlo. Relató que estuvo presente en la asamblea que se realizó por la tarde en la línea de producción, la cual estaba en funcionamiento con la gente que estaba trabajando, de la que participaron también los que estaban por ingresar al turno. M. E. M., reconoció que tiene juicio contra la accionada por despido, con otra representación letrada. Manifestó que conoce a C. de Firenze SRL; que ingresó a la empresa en el año 2008; que laboró hasta el año 2018 y que la empresa es dirigida por el señor A. N. S. Dijo que allí realizaba tareas de maquinista; que eran aproximadamente 110 empleados de planta permanente y que en temporada se contrataban otro tanto, que en total eran aproximadamente 200 empleados. Aseveró que lo despidieron con causa inventada, sin tener nada que ver, la misma que le notificaron a G. C., por llevar adelante acciones gremiales, ser sindicalista. Que de Recurso Humanos le dijeron primero que la gratificación era un premio, luego una bonificación extra variable, y otros nombres, que le daban a esa plata extra. Recordó que cuando él ingresó la gratificación, que representaba entre un 30% y 40% del salario, era abonada sin registro, luego de lo cual para no tener problemas comenzó a aparecer en

los recibos. Expresó que, cuando se enfermaba por cualquier causa, incluso laboral, y sacaba carpeta médica, le descontaban la gratificación, por lo que muchas veces debió concurrir enfermo a trabajar dado que no podía dejar de percibir esa plata. Contó que la encargada de la planta era "M." quien diagramaba la jornada junto con Recurso Humanos. Que a veces no recibían los certificados médicos y al último comenzaron a requerir que la firma del profesional estuviese visada. Afirmó haber hecho reclamos por descuento de haberes. Acotó que a F. C. le descontaron durante cuatro meses la gratificación pese a que iba a trabajar y no faltaba; desconociendo la razón de porque no se la abonaban. Aseveró que los reclamos se los hacia a J. de Recursos Humanos, de todos los cuales obtuvo respuesta negativa. Que hubo un grupo de trabajadores que quiso hablar con S. y nunca se pudieron hacerlo. Dijo que le aplicaron sanciones a partir de los reclamos por la gratificación graciable, las que le fueron comunicadas por Recurso Humanos, sin entrega de copia. Indicó que C. era maquinista en la línea "grisine" y un tiempo en "galletas", con quien coincidió en turnos.

Que a C. lo despidieron por el tema del sindicato, por ser delegado.

Afirmó que cuando él ingresó no había delegados de personal en la fábrica; que el Sindicato recién al último, cuando comenzó todo, empezaron a ir por la empresa. Relató que quiso afiliarse junto con siete u ocho compañeros, entre los que estaba G. C., pero en el Gremio, luego de tomarle los datos, la Secretaría General les dijo que demoraban de 3 a 4 meses, lo que les sorprendió dado que creían que era automático. Que luego la Secretaria General del Gremio de Panaderos supo ir por la fábrica. Sostuvo que ante los descuentos de haberes y no recibo de certificados médicos, decidió apoyar a los delegados G. C., A. S., N. D. y M. D., todo los cuales fueron electos por los empleados de la fábrica en asamblea, ocasión en la que suscribió un libro de actas. Contó que comenzaron a reunirse a fines de 2017 en una plaza; que comenzaron siendo 80/90 compañeros, luego fueron bajando en número. Agregó que en todas ellas el actor manifestaba sus opiniones.

Recordó una reunión dentro del establecimiento, antes del horario de ingreso, por la situación de F. C., de la que participó G. C. y N. D. Explicó que las reuniones duraban 15 minutos aproximadamente para no perjudicar la producción. Que en una de las asambleas participó el señor N., su abogado y policías, cree para intimidar, ocasión en la que manifestó que no tomaría represalias. Manifestó que G. tuvo problemas de salario, reclamó en Recursos Humanos, luego de lo cual lo despidieron, lo que motivó que salieran a la calle a protestar. Afirmó que los delegados electos eran quienes estaban al frente de los reclamos, fueron los primeros en poner la cara ante A. S., M. G. y en Recurso Humanos. Que llegó un momento que en esa dependencia había mucha cola de gente para hacer reclamos, básicamente por descuentos salariales, dado que los haberes variaban mucho de mes a mes. Expresó que terminaron despidiendo alrededor de 20 personas, incluidos todos los delegados que habían elegido. Dijo que el establecimiento contaba con cámaras de video que enfocaban los sectores de trabajo. A requerimiento de la parte demandada, recordó que su causal de despido es por haber estado en el sector de pan dulce, dónde nunca estuvo. Reiteró que fue despedido por la misma causa de C., porque en definitiva apoyaba a los delegados, y que no es cierto que se haya perdido tal cantidad productos, cuando en realidad todos los días quedaba producto sin envasar. Describió que la reunión con A. N. S., su abogado y los policías fue en términos cordiales; todos manifestaron su disconformismo; que el único que se puso nervioso fue N., quien los indagó de que por qué no hablaban con él, que los iba a escuchar, cosa que nunca ocurrió. Aclaró que no pidió luego hablar personalmente con N. porque supuestamente ya tenían delegados. Preguntado por la demandada si participó de la reunión u asamblea que se llevó a cabo a la tarde antes del ingreso del turno, contestó que sí, que estuvo un rato, porque estaba de salida, de la cual participó M. G. Recordó que esa asamblea, de la que participó C. y los demás delegados, fue cerca de la entrada de la planta, entre el depósito y el final de la línea de pan dulce; y que varios de los que ingresaban no se quedaron en la asamblea, se fueron a trabajar. Sostuvo que existían diferencias salariales entre los varones y las mujeres, puesto que los hombres cobraban más por la misma tarea. Que siempre busco dialogo con los representantes de la empresa, efectuando reclamos en Recurso Humanos, todos infructuosos, por lo que se resignó. J. M., expresó que trabaja en Firenze SRL desde agosto de 2014, en el área de Recursos Humanos, donde presta servicio junto a dos compañeras, R. M. y R. S.

Contó que en el portón de ingreso está el puesto de guardia con policías, los cuales efectúan un control aleatorio a los trabajadores en función de un semáforo. Negó que la empresa efectúe diferencias salariales entre hombres y mujeres por igual tarea. Acotó que hay mujeres que tienen puestos importantes; que son referentes de línea y de planta, o como ella, que es la de Recursos Humanos. Afirmó que la empresa no paga rubros sin la debida consignación en los registros laborales. Explicó que los empleados tienen acceso directo a su área. Relató que la "gratificación variable" es percibida por los empleados dado que el salario derivado del convenio de Panaderos es muy bajo; en carácter de premio por desempeñó, dependiendo su variación de los días del mes que trabaja o no por

ausencias, realización de horas adicionales etc.; no obstante, tiene por finalidad compensar el magro salario fijado por escala. Contó que desde su ingreso y desde antes, en la empresa jamás hubo delegados; que hay un montón de gente que tienen acceso para hablar con los dueños de la firma; A. N. S. está habitualmente en la planta, y M. S., otro de los dueños, está más todavía; a quienes les manifiestan sus deseos. Expresó que la gratificación graciable es producto de un "muto acuerdo", dado que a la firma no le conviene tener a los dependientes disconformes. Indagada por la Magistrada, respecto a que si el rubro era descontado por ausencias por carpetas médicas, la testigo contestó que dependía de muchos aspectos. Repreguntada si en tal supuesto el ítem es o no liquidado, expresó que "se le quita o se le baja, dependiendo del empleado, su historial, etc.; si es una persona que no falta nunca y es internado, no se la quitan; que son "muchas cosas las que se consideran" a tales fines. Aclaró que es su área la que liquida los haberes; y que, actualmente, para saber si la pagan o la descuentan lo consultan con E. la Jefa de Planta, dado que se evalúa el desempeño y tareas realizadas por el dependiente. Señaló que la gratificación surge de un acuerdo individual suscripto por el trabajador con la firma; el cual se le explica pormenorizadamente, sobre todo a los que no lo entienden o tienen dudas. Que fueron todos los laborantes por Recursos Humanos a los efectos de que se les explique; además que entre ellos también lo hacían. Dijo que los "puntos propuestos" para su percepción fueron efectuadas, no por todos, sino por "los voceros". Indagada por la Jueza, afirmó conocerlo a Carrizo, como vocero de los trabajadores, quien a veces iba a pedir cosas. Acotó que no siempre eran los mismos; reiterando que en ocasiones le requirió algunas cuestiones, incluso personales. Explicó que desde su oficina no ve las líneas de producción. Preguntada por la parte demandada, expresó que los empleados tienen acceso a M. y A. S. Aseveró que jamás recibió de los jerárquicos indicación, sugerencia o presión para impedir o cercenar el ejercicio de derechos laborales. Contó que, de toda la planta, sólo un dependiente se encuentra afiliado al Gremio, no así el resto. Que la empresa a través de sus dueños y de su área, les comunicó a los empleados que pueden acercarse al Sindicato para afiliarse; lo que no depende de la firma. Rememoró que en el año 2018 hubo inspecciones, sin poder precisar si fueron del MT y del Sindicato, o sólo de este último; oportunidad donde le requirieron legajos al azar, recibos, pago de horas extras, planillas de entrega de ropa y elementos de trabajo. Dijo que las notificaciones de inspecciones son recibidas por el guardia o por Recursos Humanos; no recordando haber recibido la notificación de la aplicación de multa. Afirmó que asistió alguna vez a audiencias en el MT, porque normalmente "vas vos" (refiriéndose a la representación letrada de la parte demanda). Que la vez que el letrado no pudo asistir, lo hizo ella, al vicio —agregó—, oportunidad en la que le requirieron poder, a lo que contestó "no tengo ningún poder porque no soy dueña, ni abogada ni nada por el estilo"; teniéndola el citado organismo a la firma por no presentada. Agregó que se quejó, diciéndoles que ella estaba presente con la documental solicitada, haciéndoles saber que no tenía poder porque el abogado está de viaje; que luego pidió una constancia de comparendo y se la negaron. Sostuvo que le comunicaron una fecha de audiencia en forma verbal; que el abogado se presentó cuando volvió de viaje y le notificaron fecha de nueva audiencia. Repreguntada por la parte demandada, reiteró que, quien le negó su comparendo fue una empleada del MT; que en esa oportunidad estaba además el abogado con el exempleado, sin recordar qué caso era, el nombre del dependiente, ni la cara de su abogado, dado que no tiene buena memoria para eso. Indagada por la misma parte, si dicho letrado era alguno de los dos abogados de la parte actora, dijo que no. Expresó que Carrizo tuvo sanciones disciplinarias, pero sin poder recordar nada más. Que, si los trabajadores piden una copia de la sanción, hacen entrega; si no la solicitan, no. Afirmó que no piden visado de firma de los certificados médicos; que mínimamente requieren que los certificados médicos para la apertura de carpeta "sean más serios", porque vienen sin membrete, con tachones. Contó que hubo una época en que muchos empleados acompañaban certificados de un mismo médico de barrio La France; y empezaron a sospechar dado que, si bien poseían membrete, los diagnósticos eran "gastroenteritis por 48 h"; no eran cosas graves. Agregó que a través de comentarios de trabajadores se enteró que le pagaban al médico para que extienda los certificados, por no más de 24 o 48 h de reposo, 72 h como mucho; motivo por el cual comenzaron a estar más atentas en el área con ese médico, pero que, en definitiva, frente a un "certificado como corresponde", no se puede negar a recibirlo. Que los requisitos para su presentación son los básicos y cuentan en el Reglamento Interno; que diga la indicación del reposo, fecha, firma y sello del médico, más membrete. Que no todos los empleados presentaban certificado médicos deficientes, sólo eran los que viven en la zona de barrio La France. Dijo que se enteraron de ello a través de sus propios compañeros que no toleraban que "la estén pasando bien con algo que está mal, y nadie hace nada"; igual con otras cuestiones. Que cuando se pusieron exigente en torno a la presentación de certificados médicos, el ausentismo por tal cuestión bajo un poco; incluso de ese médico no acompañaron más. Afirmó conocerlo a G., el cual fue desvinculado. Aclaró que era un dependiente con el cual estaba teniendo conflicto; que tuvo un problema con su compañera M. J., a la cual la trató mal; igual su esposa cuando la llamó por teléfono. Agregó que M. J. le recriminó el mal trato de su señora esposa, a lo que G. se ofuscó manifestando cómo podía decir eso de su mu-

jer; motivo por el cual no interactuaron más. Que unos meses antes de su desvinculación, G. era un empleado que cuando iba por Recursos Humanos tenía mal modo, quejas. Recordó que luego la trató mal a R., por una sanción; que en una oportunidad pidió a una ambulancia (Family o Emi), a lo que accedieron, y después de una hora sin arribar, abrió la puerta del área y preguntó ¿llamaron al médico?, a lo que respondió que sí, y ahí empezó a gritar qué cómo podía demorar tanto. Indagada por la Jueza, contestó no recordar si el médico era para él o para un compañero. Que, con posterioridad a lo relatado, un día ingresó y se encontró con R. llorando quien le contó que había vuelto a tener problemas con G.; procediendo a comunicar a sus jerárquicos las circunstancias relatadas, siendo ese uno de los motivos de su despido, luego de lo cual los trabajadores cortaron media calle. Señaló que dentro de la empresa por asamblea "cortaron unas líneas de producción"; desconociendo cuántos empleados eran los que participaron porque ella no estaba adentro en producción. Agregó que el freno de línea fue de dos horas, una hora y media. Expresó que además de las reuniones por la bonificación graciable, participó con A. S. de una asamblea; que se reunió a los empleados a pedido de los dueños, por medio de la comunicación que ella misma realizó, porque éstos querían saber de los empleados de la planta, no por una, dos o tres voces, dado que, al no haber delegados, a veces iba un dependiente, luego otros, según la inquietud que tuviesen. Que la reunión se hizo en el ingreso de la planta, donde están los relojes; sin recordar cuáles eran los reclamos concretos que efectuaron en esa oportunidad los trabajadores. Que el abogado Bleger habló bastante en esa ocasión; sin recordar que hubiese policías de civil. Dijo que hubo empleados que le manifestaron que no habían participado, que no habían cortado la línea; que no querían problemas, dando cuenta que si no participaban los tenían con sus propios compañeros, quienes les pedían que firmaran asistencia. Señaló que los trabajadores por temporada se quejaban de los de planta permanente; que éstos le comentaban que armaban grupos por wasap para "firmar contra la fábrica", lo que no querían hacer; que la situación de los dependientes por temporada y los efectivos, es como "un Boca - River". Que los temporarios "no les comunicaban amenazas de parte de los efectivos, pero sí que estos le manifestaban que no eran parte de ellos si no firmaban, que los aislaban si no lo hacían, sino se sumaban al conflicto". Contó que N. D. era una operaria de producción, maquinista, una referente de las líneas; que tenía una pareja, M. M., que trabaja también en la firma. Manifestó no saber bien el motivo por el que la desvincularon; que ellas de algunos despidos se enteraron en el momento en que los efectivizaron. Indicó tener conocimiento que N. D. había bajado "el rendimiento en el sentido que estaba siendo muy conflictiva"; que cree que se la despidió por el tema de la fecha de vencimiento de los pan dulce, que según tiene entendido, fue adrede; como la vez que encontraron un plástico o vidrio en la línea de producción. Ratificó que su despido fue por el problema de las fechas de vencimiento; además del hecho de ser muy conflictiva; que trabajo siempre bien hasta el 2018, que fue un año muy raro, porque fueron muy conflictivos. Relató que, al momento del distracto, N. D. la responsabilizo a ella de mala manera del mismo; situación similar a la que le sucedió con G., quien no la amenazó; que por suerte no pasó nada después. Dijo que cuando la propusieron para declarar, no quería ser testigo, porque tiene miedo de tener problemas por hablar a favor de F. Repreguntada por la parte demandada, aclaró que no tiene temor por Carrizo puntualmente, pero sabe que él se habla con los otros chicos; que no sabe, que tal vez sea sólo una idea suya porque nunca le pasó nada, más que culparla de algunas cosas porque Recursos Humanos es la cara visible de la firma; que mentiría si dijese que padeció una situación violenta, que fue amenazada o que sufrió daños en su automóvil por parte de los trabajadores. Preguntada por la parte actora, contestó que es la primera vez que es citada como testigo. Manifestó que el acuerdo por gratificación graciable fue en el año 2015; que cuando ella ingresó en agosto de 2014, el ítem no se abonaba. Que la explicación del rubro, a los trabajadores, la hizo ella junto a "M. J.". Afirmó que el trabajador no tiene posibilidad de saber a cuánto va a ascender la gratificación antes de cobrar el salario. Explicó que son ellas quienes tienen que saber cuántas horas trabajadas tiene, las inasistencias, todo lo cual cierra a fin de mes. Ratificó que a los fines de su percepción consultaba con la Jefa de Producción, cómo fue su desempeño, si tuvo ausencias. Recordó que una vez una dependiente estuvo faltando por estar internada, por lo cual debatieron con "E." que no les parecía justo que no la cobrase completa. Seguidamente, la parte actora, leyó a la testigo lo manifestado por la accionada ante el MT en el año 2018, y ante los empleados en reunión, conforme lo consignado en acta, para que manifieste si recuerda haber estado presente, cuando sostiene haciendo referencia a la gratificación "que se trata de una liberalidad voluntaria discrecional de la patronal que no genera obligación alguna", la deponente dijo no recordar asistido, reiterando que la calidad de "variable y voluntaria" lo dice en el acuerdo que hicieron con los empleados. Que antes, el tema de la gratificación lo consultaba con M. S. y M. G., la cual estaba a cargo de la Planta. Expresó que "generalmente Carrizo iba a reclamar por cuestiones personales". Contó que con M. y S. ocurrió lo mismo que con N. D., y que a D. se lo desvinculó sin causa; no tenía causa el escrito de despido. Dijo saber que el corte de línea fue en temporada, sin recordar el mes en que ocurrió. Que se enteró del corte por comentarios de las chicas de Calidad. Aclaró que no vio personalmente el corte de produc-

ción. Reiteró que los trabajadores que les manifestaban "que no querían firmar contra la empresa", era porque "no querían tener problemas a nivel compañerismo". Explicó que las notificaciones, de cualquier tipo, las recibe la guardia, recepción o Recursos Humanos, sobre todo si es de algún empleado. Dijo que algunas veces suelen mandar médico de control a domicilio; que a veces no había tiempo porque las prescripciones de reposo son por 24 h. Expresó que no siempre eran los mismos dos o tres, lo que iban a reclamar; que a Recursos Humanos puede ir cualquiera y decir lo que quiera; no hay un referente, a veces van de a uno, de dos. Reiteró que la reunión con los empleados fue a requerimiento de los dueños. Señaló que N. D. y G. eran conflictivos porque se quejaban de todo, hasta por la demora del médico de emergencia, por la no entrega de recibos apenas liquidados o ropa de trabajo; mal predispuestos. Que no puede precisar si la gratificación representa el 10% o el 50% del total del sueldo, lo que sí, en los puestos de responsabilidad, es alto el porcentaje. Recordó que el obrero F. C. le efectuó un planteo respecto a la gratificación, dado que había tenido muchas carpetas médicas, al cual "cree" se la bajaron y luego devuelto. Acotó "creer" también que renunció al trabajo. En este estado la parte demandada, desistió del careo solicitado entre la deponente y el testigo D. F. C., quien relató que ingresó a trabajar por tiempo indeterminado para Firenze SRL en el año 2011, adonde hacía de todo un poco; manejaba maquinas. Expresó que el Sindicato nunca visitó la empresa; que se afilió, oportunidad en la que presentó todos los papeles, pero nunca le constaron si lo estaba, ni le mandaron el carnet; descontándole la empresa de sus haberes la cuota correspondiente. Recordó que a fines de 2018 fue a filiarse junto con la mayoría de sus compañeros; que en el Sindicato, la Secretaria General, le dijo que no podían hacerlo. Contó que se reunió con sus compañeros, donde quedaron que iban a ir todos a requerir la afiliación. Aseveró que las reuniones comenzaron en 2018, tal vez antes. Que las mismas estuvieron motivadas por descuento de haberes a antojo de la firma. Explicó que su salario estaba conformado por un básico y una gratificación. Manifestó que supuestamente la gratificación era un arreglo por el cual abonaban haberes conforme al convenio de la Alimentación; constituía la diferencia entre el salario de Panaderos y la citada actividad alimenticia. Aseveró que el rubro era quitado por cualquier motivo, por ejemplo, si tenían carpetas médicas, situación que aconteció en su caso particular, dado que presentaba certificados médicos por apertura de carpeta y no se la abonaron. Dijo que de la fábrica se fue en diciembre de 2018. Indagado por la Magistrada el motivo del distracto y a cuánto ascendía en su caso la gratificación, contestó que se fue porque se cansó; que le habían quitado durante 4 meses seguidos la gratificación y no aguantó más, recién había sido padre. Agregó que tenía problemas al momento de abonar compras con la tarjeta porque en ese momento se daba con la no liquidación del ítem, el cual representaba $8.000, $6.000 pesos. Narró que, en una oportunidad, hace 3 o 4 años, se juntaron todos con el dueño, A., y ahí se acordó el pago del rubro. Que en esa oportunidad el dueño accedió y les manifestó que estaba viendo cómo ponerlo en el recibo. Afirmó que no hubo paro de producción en diciembre de 2018, que se juntaron un breve momento para hablar, un día antes de que él arribara a un acuerdo conciliatorio con motivo de su retiro. Que también hubo asambleas afuera de la planta, por el despido de G., para peticionar por su reincorporación y la representación gremial dentro de la fábrica. Dijo saber que el Sindicato fue por la empresa y también el MT. Indagado por la Jueza respecto a qué problemas concretos tenían, el testigo dijo que era porque a muchos de los trabajadores le sacaban la gratificación, de ahí que fueron y se lo plantearon primero a Recursos Humanos, donde estaban J. y R., la cuales le manifestaron que eran órdenes de A. S., retirar la gratificación ante licencias médicas. Rememoró que participó junto con sus compañeros de una reunión con A. S. Afirmó conocerlo al actor, el cual prestaba tareas junto con él en la línea "grisines". Ante la pregunta si la fábrica contaba con delegados, contestó que sí, elegidos por votación por los compañeros, en una plaza en barrio La France, oportunidad en la que salieron electos N. D., G., German Carrizo, A. S. y otro obrero más (del que no recordó su nombre). Afirmó que todos tenían conocimiento de ello en la empresa, incluidos los jerárquicos, V. y M. G., la cual tenía contacto directo con A. S. Recordó qué de la asamblea celebrada en diciembre de 2018, anterior al día que él se fuera de la empresa, participó M. G., los delegados, concretamente N. D., también los que estaban en el turno y muchos compañeros más; sin recordar si el actor estuvo presente. Preguntado qué hacía M. G. en la asamblea, contestó, nada, escuchó los reclamos que le efectuaron, y les dijo que iba a hablar con A. (S.). Indagado por la Jueza, reiteró que no se paró la producción porque fue justo en el cambio de turno a las 14 h, en ese interín. Ante la repregunta, entonces se detuvo la producción, el deponente contestó, 10 minutos. Expresó que luego a todos los delegados que habían elegido los despidieron. Aseveró que los reclamos él los hacia a los delegados señalados para su traslado a la empresa, sobre todo a N. D. Afirmó que está sin trabajo desde que se fue de la firma porque a donde va le dicen que tienen malas referencias de su paso por Firenze SRL. Relató que el día de la reunión con A. S., su abogado y policías, él no fue porque no estaba de turno. Preguntado por la demandada, aseveró que eran 30/40 compañeros aproximadamente los que participaron de la asamblea previa a su retiro; que entre los que entraban y salían, se formó la reunión, la que se llevó a cabo en Encajonado de Pan Dulce. Que sabe que la asamblea duró 10 minutos

porque había sido convocada por su situación, por su retiro motivado por los descuentos, al igual que les ocurría a otros compañeros. Acotó que fue en ocasión del cobro de haberes, luego de que el cajero les arrojara la quita del rubro. Que en Recursos Humanos le explicaron que, por una carpeta médica, correspondía la quita de la gratificación. Aseveró que su licencia fue por dolores en la columna lumbar que se le irradiaban hacia la pierna y no le permitían agacharse, lo que motivó que hiciera fisioterapia y le aplicaran inyecciones, todo en el Sanatorio Allende, de donde eran los certificados que presentaba en la empresa. Indagado por la accionada, reiteró que la reunión duró 10, 15 minutos no más, que M. G. tomo sus quejas y se fue, dado que él estaba de salida; desconociendo qué ocurrió con posterioridad o si hubo perjuicios para la empresa. Contó que estuvo hablando un tiempo con sus compañeros y se encontró con dos de ellos en la calle, M. y A., quienes le contaron que fueron despedidos; al igual que N. quien le dijo que ya no estaba viviendo más en Córdoba. Explicó que la gratificación sólo la cobraban los permanentes, no así los temporarios. Aseveró que una sola vez, con motivo de la presentación de los certificados médicos expedidos por médicos del Sanatorio Allende, le exigieron la certificación de firma del profesional que emitió el diagnóstico. Indicó que el nombre de la empresa de la cual lo rechazaron para trabajar por no tener buenos antecedentes es N. Contó que en la actualidad trabaja como jardinero, corta césped. Que la certificación de firma del certificado la hizo en un lugar en el centro, adonde tuvo que abonar 100 pesos para que le pusieran el sello de certificación. A los fines reseñados supra, cabe señalar que: El testimonio brindado por D. S. P., tal como se adelantó, nada aporta a la solución de los aspectos planteados en los presentes en favor de ninguna de las partes, resultando por tanto fútil su impugnación por parte de la accionada por tener pleito en contra y manifestar su interés de que el presente se resuelva exitosamente para el accionante, con lo cual se omite la transcripción de su testimonio. Lo mismo ocurre con las declaraciones de: Cr. H. B., quien manifestó que es contador, que asesora a la demandada en materia de impuestos y cuestiones laborales. Dijo saber que la firma tuvo inspecciones de la AFIP, MT, Sindicato de Panderos, peritajes, etc. de las cuales participa en casi todas y sabe sus resultados, sin que se hayan verificado problemas en las que él intervino. Explicó que el rubro "gratificación voluntaria" es producto de un acuerdo entre la empresa y el empleado a modo de estímulo que la patronal resuelve en función de la producción, de lo que aporta el dependiente, la situación de la empresa, en virtud de que los sueldos de panaderos son muy bajos, siendo esa la forma de compensarlo. Expresó que él no se relaciona con los empleados, que las explicaciones las brinda a Recursos Humanos. Aseveró que Firenze SRL tiene alrededor de 200 empleados efectivos; y en temporada alta hasta 500. A. N. Q., quien dijo ser empleado de Firenze SRL con una antigüedad de 10 años (2009); que presta labores en depósito, es el encargado de despachar la mercadería. Afirmó que su jornada es de 7 a 18 hs. Contó que percibe la "gratificación" respecto de la cual le supieron explicar que era un sueldo aparte para levantar el correspondiente al de panaderos. Dijo que en su caso no le descontaban si se enfermaba. Explicó que el depósito está "un poco aislado a lo que es la línea de producción", concretamente se ubica a 100 mts., tal vez un poco más, dado que al tratarse de un deposito, por lógica, no debe haber contacto con la materia prima. Expreso que a él siempre le dieron ropa de trabajo y que nunca le negaron nada de lo que reclamó; que ha intercambiado opiniones con A. N. S., siendo sus respuestas favorables a sus intereses personales. Manifestó que nadie le impidió nunca afiliarse, aclarando que no lo está. Narró que en el depósito son 10 personas las que prestan servicio. Recordó que para percibir la gratificación suscribió un acuerdo conforme y que, en su caso, el criterio para la percepción, es su desempeño, no por medición de algún indicador, sino por responsabilidad, dado que tiene que firmar papeles por entrega de mercadería. Dijo que es el Jefe de Depósito y que a los empleados que están con él le pagan también la gratificación. Expresó que tiene la facultad de decidir si algún empleado no rinde comunicándolo a personal. Explicó que cuando tiene que efectuar un reclamo lo hace ante el encargado D. V. de Logística y Distribución o ante Recursos Humanos. Afirmó no tener conocimiento de delegados o representantes del Sindicato dentro de la empresa. Acotó que la gratificación al ser variable, no es equivalente mes a mes; que si falta o no rinde es lógico que se lo descuenten. Aclaró que nunca faltó, sólo por enfermedad y que nunca "le tocaron" el rubro. C. D., el cual dijo que ingresó en el año 1996; que su jornada normal es de 8 h de lunes a sábado. Expuso que trabaja en el Área Laboratorio y que para ver las líneas de producción tiene que salir a fuera porque es un lugar cerrado. Manifestó que recibe la gratificación variable por producción, puntualidad, otorgada a modo de premio porque el sueldo de panaderos es muy bajo. Sostuvo que él la percibió siempre aun estando de carpeta médica. Contó que es pandero desde los 13 años, que desde los 20 supo estar afiliado al Sindicato cuando estaba "Godoy", que tuvo carnet, pero que luego se enteró que no lo estaba, no figuraba en ningún padrón, por lo que nunca más volvió. Que a la época de su ingreso a Firenze SRL estaba afiliado. Dijo que ingresó el 17/10/1995 contratado por temporada y el 05/01/1996 quedó efectivo. Expresó que su categoría es la de Maestro Panadero. Que fuera de temporada no lo ve a A. N. S., sí durante, que puede bajar a Laboratorio a efectuar alguna consulta. Dijo saber que cuando los trabajadores pidieron reunión, S. bajo a hablar con ellos. Indicó que la mayoría del tiempo que insume su jornada se encuentra

encerrado en el Laboratorio; que ha trabajado en la línea "tostadas", controlando el amasado, el armado, horneado y corte. Afirmó que no participó de ninguna asamblea, pero sí tuvo conocimiento de sus realizaciones con posterioridad. Recordó una reunión con Antonio, la que vio al salir del baño; y de otra en la que paró la línea, de lo que se enteró al otro día por comentarios. Rememoró también una asamblea que implicó un corte de calle por el despido de G., de la cual no participó por ser su primer día de retorno por carpeta. Reiteró que se enteró del corte de producción al otro día; que el no vio nada. Indicó que nunca fue presionado por la empleadora. Que el MT supo hacer inspecciones en la empresa, la cual tiene alrededor de 150 empleados. Manifestó que S. lo ayudo prestándole plata en virtud de un accidente inculpable no laboral que tuvo; préstamo que se lo descontaban del sueldo. Explicó que en la línea de tostadas hay 22 dependientes. Dijo tener conocimiento de algunos inconvenientes que tenían sus compañeros con la empresa, derivados de suspensiones, sanciones, llegadas tarde, ausencias. Manifestó conocer a C., con el cual fue compañero de trabajo en el Laboratorio; y desconocer que le descontaran la gratificación, pero sí que arribó a un acuerdo y se fue de la firma. Acotó que C. trabajaban juntos tres meses al año. Reiteró que nunca participó de las asambleas y que nunca le quitaron la gratificación. Que, según su apreciación personal, el Sindicato no hace nada por los obreros, está para sacar plata nomás; que la vez que fue a reclamar algo lo corrieron. Recordó que fue hace 16 años, en ocasión de la elección de unos delegados que iban a ir a Buenos Aires, oportunidad en la que no lo dejaron a votar en la asamblea por no figurar en ningún padrón, pese tener carnet de afiliación; y de ahí no volvió más por el gremio. Agregó que trabajó en varias panaderías y nunca vio que aparezca gente del Sindicato; sólo manda changarines para darle trabajo. Manifestó que de sus compañeros uno solo está afiliado; L. P., que tiene su misma categoría; desde hace mucho, concretamente de la anterior conducción al mando del Secretario G. Dijo haberse enterado que los empleados pretendieron afiliarse y no pudieron hacerlo, situación que ocurrió en el 2018. Aseveró que tiene más trato con M. el sobrino de S. o sus hijos, que con él. Lo propio acontece con F. A., quien expresó poseer una antigüedad en Firenze SRL de 12 o 13 años ininterrumpida. Contó que su jornada es de lunes a viernes de 9/9.30 a 17/17.30 h; que tiene a cargo las cuestiones de logística trabajando a la par de N. Explicó que su oficina está al lado de la de N., pero que durante temporada se muda a la oficina de Logística. Afirmó que nunca le negaron la extensión de copias y que no percibe rubros sin registrar. Manifestó que no cobra ninguna gratificación; que está como "Coordinador Logístico", cargo que no figura como categoría, siendo una designación fuera de convenio. Dijo saber que los empleados si la cobran, a modo de premio mensual variable según ciertos objetivos, cantidad de horas trabajadas y "otras cosas" que modifican el rubro. Dijo que los empleados de planta pertenecen al gremio de Panaderos; que sus salarios están dentro de la media, ni altos ni bajos; aunque en realidad el premio obedecía a que eran bajos, a modo de incentivo. Relató que lo ve a N. en la planta y lo ha acompañado en recorridos. Que vio como le hacían reclamos, a los que daba respuesta "normal". Expresó tener conocimiento de la celebración de una asamblea por parte de los empleados en el mes de diciembre 2018, en la cual no estuvo presente, pero sí tiene la filmación de la reunión desde que se corta la línea hasta que vuelve empezar lo que duró aproximadamente una hora. Indagado por el Tribunal de por qué tenía una filmación si no estaba presente, respondió porque "tenemos cámaras"; filmación que tiene guardada en su computadora. Que en esa filmación vio que se estaba envasando, encajonando pan dulce, momento a partir del cual se corta la línea, los empleados se agrupan atrás, más al medio del depósito y se empieza a juntar gente, desconociendo de qué hablaban al no tener el video audio, durante aproximadamente una hora, volviendo luego los empleados que estaban allí a sus puestos de trabajo continuando con el encajonado. Dijo no saber si Carrizo estaba afectado a esa línea de producción. Que una parada de una hora producción son aproximadamente 2500 kg. de amasado de pan dulce que se pierde, ya sea porque sale mal envasado, pasado de fermentación, devoluciones por estar mal puesta la fecha de vencimiento. Aclaró que en esa oportunidad se paró el encajonado de pan, lo que trae consecuencia para lo que viene atrás, amasado, fermentación, horneado. Acotó que al otro día le requirieron que supervisara las cámaras. Indagado por la parte demandada, respecto a que si vio en el video el tipo de conducta de los trabajadores que participaban de la asamblea, concretamente si la misma era voluntaria, contestó que "había una chica que va llamando a gente y se van acercando y los que están en la línea los van llamando, no pudiendo identificar mucho más que eso en filmación". Aseveró que había un número importante de gente, que "fueron 30 personas tranquilamente" las que participaron de la medida. Acotó que fue el 12/12/2018, fecha que surge en el video. Dijo tener conocimiento de otra reunión con A. S., donde expusieron manifestaron disconformidad; a la cual el deponente no concurrió. Que también presenció una asamblea donde cortaron la calle por el despido de un trabajador de apellido G. Indagado por la demandada, contó que sólo entrega los certificados médicos en Recursos Humanos, que no le exigen ningún tipo de visado. Manifestó conocerlo a Carrizo de la empresa; que cuando estaba la planta en barrio La France prestaba labores en la línea "grisines", desconociendo en que línea estaba en la fábrica de Avda. Monseñor. Afirmó que con posterioridad a la asamblea de diciembre desvincularon a diez trabajadores y que la

reunión con N. fue con posterioridad al corte de calle, de la cual se enteró a través de las chicas de Recursos Humanos y del propio N. Acotó que entre una y otra pasaron pocos días. Existe una discusión en "los tribunales" respecto al encuadramiento convencional de Firenze SRL. Dijo desconocer cuantos de los 200 empleados efectivos están afiliados, al igual que el otro tanto contratado como temporario. Contó que desde hace 6 años la firma cuenta con policías adicionales en una garita que efectúan controles a los camiones y a los trabajadores; que existe un semáforo, el cual si da verde el trabajador sale, en tanto que si da rojo le revisan la mochila, el auto, etc. Acotó que en muchas oportunidades se descubrió empleados llevándose algún pan dulce, almendras, nueces. Manifestó que del video no logra distinguir ningún rostro, se ven algunos, pero no los distingue porque no los conoce. Aclaró que fue N. quien le pidió que revise la filmación y que lo asiste en todo lo que él le pide, como atender a los clientes más importantes de la fábrica; pasando por las diferentes áreas, lo ayuda también en la cuestión de control de gestión o en entrevistas para contratar personal. Que entre los desvinculados estaba N. D. y "los chicos del juicio". Aseveró que tiene el número de teléfono de N., con el cual se comunica personalmente. Aclaró que tiene el video porque en su computadora personal tiene el programa por el cual puede ver las cámaras de la empresa. Que le pidieron guardar la grabación, porque de lo contrario se borran a los 30 días del sistema. Indicó que le pidieron que grave la sección del encajonado, no el resto de la línea de pan dulce. Manifestó que la Gerente de Producción es E., en tanto M. está en Calidad y M. S. que las asiste, los cuales son puestos importantes claves dentro de la empresa. Que sabe por sus labores que mujeres y varones cobran igual por misma tarea. Acotó que la gratificación es variable en función de las horas que trabajan y otras cuestiones, sin saber bien cómo es el cálculo de variación. R. S., dijo que es empleada de Firenze SRL desde febrero/2016. Que hace un par de meses trabaja en Facturación; pero aclaró que durante el 2018 lo hizo en Recursos Humanos, junto a R. y J. M. Dijo desconocer que la firma efectuase pagos sin registrar; que a los trabajadores que hacen horas extras se las liquidan; que la empresa extiende recibos y que en los propios figura, su real fecha de ingreso, lo que acontece también con el resto de los empleados. Preguntada por la demandada si conoce el rubro gratificación no remunerativa voluntaria, contestó que sí, que es un premio variable a la asistencia y otras causas, por ser tan bajos los salarios de los panaderos. Afirmó que Firenze SRL siempre pagó lo que corresponde sin demora, incluso en temporada alta cuando suele haber hasta 500 trabajadores. Aseveró que una sola vez la firma fue inspeccionada por el MT, lo que ocurrió en el año 2018; oportunidad en la que requirieron legajos e hicieron hincapié en la gratificación variable, expresándole que no estaba bien, no era correcta, cuando en realidad era un regalo que no está en el convenio colectivos de Panaderos. Agregó que todos los legajos contienen el acuerdo por tal rubro. Negó que existan diferencias salariales por género. Contó que recibía certificados médicos; que con el tiempo se dio cuenta por comentarios que algunos eran comprados, porque eran siempre del mismo médico. Dijo que a partir de controles más estrictos algunas carpetas médicas mermaron, otras no. Afirmó que el visado de firma no se lo pedían a todos, sino únicamente en aquellos casos donde la carpeta no parecía real. Que han tenido casos donde enviaban el médico y los dependientes no estaban en el domicilio, oportunidades en la que recibía excusas como que llamaron a la puerta equivocada, que se habían mudado, que estaban en lo de un familiar. Expresó que los trabajadores pueden acceder fácilmente a Recursos Humanos; que los trabajadores que tienen dudas pueden hablar con A. N. S. Dijo haberse enterado por comentarios que por una asamblea se frenó la fábrica por un período muy largo, una línea, porque se amontonó gente, lo que entorpeció la producción. Aclaró que la asamblea se realizó en su horario de trabajo y que no participó; que fue justo en horario de entrada y salida de trabajadores. Que hubo trabajadores temporarios que le dijeron que los perseguían por wasap o en el vestuario para que apoyaran la medida; gente que trabaja eventualmente que cuidan su trabajo porque para ellos es un ingreso extra, por lo cual no querían meterse en problemas. Contó que no son muy compañeros entre los temporales y efectivos, porque hay como una competencia laboral. Relató que las consecuencias comerciales y económicas de un paro de línea pueden ser muchas; que ella en Facturación muchas veces tiene que esperar que se termine un empacado o encajonado de pan dulce por ejemplo, porque la producción por ahí no da abasto porque se puede demorar por una rotura, como ha solido ocurrir, o alguna otra cosa particular, y hay camiones esperando para cargar, se pierden turnos para descarga. Que la línea comprende producción, depósito, facturación y transporte. Dijo creer que el corte fue en noviembre de 2018. Relató que desde su oficina vio la asamblea por la cual cortaron la calle en apoyo a un compañero despedido, O. G.; persona agresiva y compulsiva con la cual tuvo problemas, al agredirla verbalmente, tratándola de ladrona, de quedarse con su salario. Aseveró que participó de la reunión, conjuntamente con los empleados, Recursos Humanos, en presencia del señor A. (S.), abierta para todo el mundo, a requerimiento de los dependientes, en horario laboral, sin embargo, se paró toda la fábrica y toda persona que se quería quedar pudo participar, para preguntar y despejar dudas. Contó que en esa oportunidad exigieron, reclamaron por mejoras en los locker por una cuestión de seguridad para proteger sus efectos personales, porque no había para todos en época de tempora-

da; solicitaron dispenser de agua, consultaron el tema de la gratificación variable; de la cual salieron todos contentos porque fueron evacuadas sus dudas, diciendo que estaba todo bien. Confirmó que en la reunión hubo policías de civil porque había empleados agresivos con ellas y con A. (S.), y no se sabía cómo podía terminar la historia, no obstante fue una reunión tranquila. Aseveró que era normal recibir insultos. Dijo que luego, de un período no muy largo, se trajeron lockers de barrio La France, se arreglaron otros tantos, se colocaron dispenser de agua, se mejoró un poco el comedor; todos beneficios a partir de la reunión, por los reclamos de lo que pensaban que necesitaban, a los que se les dio respuesta inmediata. Acotó que hubo sanciones por roturas de lockers y robo de candados, por fumar marihuana, tomar vino. Que sabe que Carrizo fue sancionado por tomar vino en la planta. Manifestó que hay controles, requisas, sólo a la salida, porque los empleados pueden llevarse un pan dulce o dos budines; que hubo dependientes que salieron con muchas cosas más. Agregó que sólo deben abrir la mochila. Indicó que la empresa tiene 120 trabajadores efectivos, y en temporada hasta 400. Contó que la empresa tiene pocos juicios de antiguos empleados que ella no llegó a conocer. Expresó que la gratificación no es en realidad un regalo; viéndolo desde afuera, es un premio. Explicó que para su liquidación hay un monto fijo por categoría y según el presentismo y puntualidad es que varía; sólo por faltas injustificadas, llegadas tardes recurrentes, no por enfermedades. Acotó que se trata de un monto ni muy grande ni muy chico, considerable, en relación al básico que establece el convenio de Panderos, que están bajo el nivel de pobreza según estimaciones. Preguntada quién autoriza o desautoriza su liquidación, explicó que la procedencia se decidía en conjunto, se analiza con el encargado del dependiente, concretamente con la Jefa de Planta M. G. para ver si tenía alguna falta o había tenido un problema personal con el trabajador; se consideraba todo. Agregó que de la decisión también participaba A. S. Que se hablaba, dado que, si había una persona que había faltado y les parecía "injustamente", hablaban con M., que era la que estaba en contacto con los empleados, y les contaba, tal trabajador faltó por tales por problemas personales y por alguna cuestión no se animó a llegarse por Recursos Humanos, situación que era motivo de análisis. Afirmó que hubo obreros que perdieron toda la gratificación por faltas recurrentes e injustificadas. Manifestó que F. C. perdió la gratificación en el año 2018 por ausencias injustificadas sin aviso y llegadas tarde recurrentes durante temporada, lo que motivó reclamos de su parte ante la oficina de Recursos Humanos. Dijo que el señalado dependiente hizo goce de licencias médicas inculpables y profesionales, pero con anterioridad al inicio de la temporada, luego de eso, iniciada la misma, comenzó con faltas injustificadas y llegadas tarde. Ratificó que la reunión con A. S. fue requerida por los propios empleados, más concretamente por "G. L.", sin recordar si estaba acompañado por otro compañero. Expresó que, con anterioridad a esa reunión con todos los empleados, hubo otra con A. en la oficina de Recursos Humanos, de la que participó G., y no recuerda quien más, a los fines de evacuar dudas, las cuales fueron evacuadas, luego de lo cual requirieron que se realizara una con todos los trabajadores. Que, en ésta última, les quedó claro a los obreros que en virtud del acuerdo suscripto por cada uno de ellos obrantes en sus legajos, si faltaban en forma injustificada se les quitaba o reducía la gratificación, retirándose todos conformes. Dijo conocer el convenio de Panaderos, pero no recordar si la empresa abona el ítem de convenio "Prolongación de jornada u Octava hora", porque no está en Facturación desde febrero. Aseveró que eran varios empleados los que consultaban por las cuestiones relativas a la liquidación de la gratificación, pero eran siempre las mismas, alrededor de un 20% de trabajadores. Hasta aquí la transcripción de las declaraciones testimoniales. 3) Instrumental: a) Denuncia de fecha 27/09/2018 (fs. 129 y 138) efectuada por el actor ante el MT obrante en el expediente administrativo N° 0648-348695/2019, agregado en copias certificadas a fs. 127/145, en la cual pone en conocimiento de la autoridad de contralor incumplimientos por parte de Firenze SRL a las normas de higiene y seguridad en el trabajo; requiriendo la realización de una inspección a los fines de constatar las irregularidades denunciadas; las que se llevaron a cabo el 10/12/2018 y 16/10/2018, conforme actas allí incorporadas, en las que se deja constancia de los incumplimientos incurridos por la accionada, a los que se hace remisión en honor a la brevedad. b) Comunicación rescisoria formalizada a través de escritura pública, supra relacionada, por la cual la empresa le atribuye a C. haber "reunido personal, vociferando presuntos reclamos", lo que derivó en un supuesto paro de línea y perjuicios para la empresa. Pues bien, conforme lo adelantado y hasta aquí enfatizado, la accionada al despedir al actor, le reconoce explícitamente la calidad de "instigador, provocador" de una medida de índole gremial (reunión de trabajadores - asamblea) que concretamente produjo el freno de la línea de pan dulce. A ello se suma que los representantes jerárquicos de la empresa, Encargados de Planta, M. G., "R." y C. V., según testimonios colectados, tenían conocimiento de la calidad de delegado, vocero o representante de C.; de lo que no media prueba que permita sostener lo opuesto. Surgió también de las declaraciones colectadas que el accionante efectuaba reclamos de índole personal. Tales circunstancias, además de la prueba instrumental supra reseñada (denuncia ante MT suscripta por C.), configuran indicios sobrados que habilitan a conjeturar que su despido obedeció a tal actividad, conducta de por sí discriminatoria por arbitraria e irracional, de no ser revertida por prueba idónea y categórica que indique lo

contrario. Corresponde por tanto a la accionada demostrar no sólo fehacientemente las causas invocadas, motivantes del distracto, sino también la inexistencia de móvil discriminatorio derivado de activismo por reclamos laborales. Y analizada la prueba en su conjunto, el Tribunal arriba a la conclusión que no logró tales cometidos. La empleadora en su afán de demostrar haber mantenido trato cordial con los trabajadores, de estar abierta a la recepción de sus reclamos personales y colectivos, como así también el apego a las normas labores en general, omite diligenciar en los presentes prueba idónea que permita tener por fehacientemente probado los hechos y conductas atribuidas a C. con motivo de la reunión de empleados ocurrida a fines de diciembre de 2018, lo que torna a su despido en incausado e impide tener por desvirtuada la presunción generada. En efecto, no hay constancia probatoria que habilite a afirmar sin lugar a dudas que, con motivo de la reunión u asamblea de trabajadores, se haya detenido efectivamente la producción, mucho menos que ello haya ocurrido a instancias del accionante y "durante 1.45 h", tal como se enfatiza en la comunicación del distracto, circunstancias que eran de necesaria e ineludible acreditación. Los testigos no son coincidentes en cuanto al corte de línea. A. S. dijo que la línea de producción no se detuvo. M. D. relató que estuvo presente en la asamblea que se realizó por la tarde en la línea de producción, la cual estaba en funcionamiento. M. E. M. recordó que esa asamblea, de la que participó C. y los demás delegados, fue cerca de la entrada de la planta, entre el depósito y el final de la línea de pan dulce (entre lo que media aproximadamente 100 mts., tal vez más, según dijo Q.); y que "varios de los que ingresaban no se quedaron en la asamblea, se fueron a trabajar; que no es cierto que se haya perdido tal cantidad productos, cuando en realidad todos los días quedaba producto sin envasar". F. C., afirmó que no hubo paro de producción en diciembre de 2018, que se juntaron un breve momento para hablar, un día antes de que él arribara a un acuerdo conciliatorio con motivo de su retiro; que participó la Jefa de Planta M. G., luego, indagado por la Jueza, reiteró que no se paró la producción porque fue justo en el cambio de turno a las 14 h, en ese ínterin, y ante la repregunta (entonces se detuvo la producción), el deponente contestó, 10 minutos. Agregó luego que sabe que la asamblea duró 10 minutos porque había sido convocada por su situación. A su vez, preguntado por la demandada, reiteró que la reunión duró 10, 15 minutos no más, que M. G. tomo sus quejas y se fue, dado que él estaba de salida, desconociendo qué ocurrió con posterioridad; con lo cual, frente a todo ello, corresponde relativizar sus dichos en relación a tal extremo. El testigo D., rememoró una reunión con A.; y de otra en la que paró la línea, de lo que "se enteró al otro día por comentarios". Por su parte J. B. expresó que "se supo del corte por comentarios de las chicas de Calidad; aclarando que no vio personalmente el paro de producción". A su vez R. E. dijo igualmente "haberse enterado por comentarios" que "por una asamblea se frenó la fábrica por un período muy largo, una línea, porque se amontonó gente, lo que entorpeció la producción; aclarando que la asamblea se realizó en su horario de trabajo y que no participó; que fue justo en horario de entrada y salida de trabajadores". Tales declaraciones en definitiva, por sí solas, carecen clara y objetivamente de eficacia convictiva para tener por acreditado el hecho en cuestión, en los términos, modo y lapso alegados por la accionada, expresiones a las que no se les puede otorgar ningún valor al respecto, toda vez que no son producto de la percepción directa de los declarantes, sino por el contrario, efectuadas en virtud de "comentarios de personal", los que no fueron individualizados, ni ofrecidas sus declaraciones; máxime cuando existen manifestaciones en contrario. F. A., jerárquico dependiente de la empresa, circunstancia reconocida al manifestar no estar categorizado por estar fuera de convenio, dio cuenta del contacto estrecho que mantenía y mantiene con el socio Gerente A. N. S., al tener su oficina —fuera de temporada— al lado de la suya y asistirlo en cuestiones de entidad, atinente a los intereses de la empresa, lo que habilita razonablemente a relativizar sus dichos, dijo "no haber estado presente en la asamblea de diciembre de 2018", no obstante tener un video en el que se ve el corte de producción por "aproximadamente una hora" (afirmación que reiteró durante su declaración); imágenes que cabe señalar no acompañó la accionada, lo que no se explica, puesto que hubiera resultado sin duda gráfico, revelador y elocuente, no solo para despejar la duda respecto a la efectiva paralización de la línea, sino también en cuanto al lapso concreto y magnitud del supuesto perjuicio; a tenor incluso, de la relación "hora/kg. pérdida" sostenida por el deponente. De tal manera, cabe afirmar que tampoco se acreditó el perjuicio sostenido, mucho menos en la magnitud indicada en el acta notarial rescisoria ("…quedó gran cantidad de pan dulce horneado sin envasar, motivo por el cual al día siguiente se debió organizar un refuerzo en el que algunos operarios voluntariamente aceptaron trabajar horas extras para poder envasar el remanente que fue un total de 800 cajas de pan dulce Pamela x 400…"), nada de lo cual se demostró. Repárese, además, que el señalado testigo manifestó haber visto en el video que "había una chica que va llamando a gente y se van acercando y los que están en la línea los van llamando, no pudiendo identificarse mucho más que eso en la filmación", afirmaciones que en modo alguno ratifican el hecho de que haya sido el actor quien efectivamente —en tal ocasión— "reunió al personal". Tampoco hay pruebas que habiliten a sostener las conductas expresamente atribuidas a los fines de su despido, concretamente que haya "ideado, instado, motivado y provocado" la asamblea que habría producido el señala-

do corte de producción, ni constancia que permita tener por verificado de su parte "presiones personales para adherirse a la medida", lo que tampoco encuentra sustento probatorio. Repárese que la testigo J. B., sin referirse al actor, en términos generales expresó que, "los temporarios no les comunicaban amenazas de parte de los efectivos, pero sí que estos le manifestaban que no eran parte de ellos si no firmaban, que los aislaban si no lo hacían, sino se sumaban al conflicto"; al igual que R. E., que sin mencionar a Carrizo, sólo dijo "que hubo trabajadores temporarios que le dijeron que los perseguían por wasap o en el vestuario para que apoyaran la medida; gente que trabaja eventualmente que cuidan su trabajo porque para ellos es un ingreso extra, por lo cual no querían meterse en problemas; que no son muy compañeros entre los temporales y efectivos, porque hay como una competencia laboral"; expresiones que en modo alguno resultan suficientes a los fines apuntados. Tampoco se demostró que el actor haya "descuidado sus tareas" en la "línea grisines" a la cual estaba afectado, para asistir a la asamblea, dado que ninguna prueba así lo indica. Por si ello fuera poco, el testigo en cuestión (A.) fue coincidente con los demás al afirmar que participaron cerca de 30/40 personas, lo que pone en evidencia la discriminación arbitraria denunciada por la parte actora, al despedir sólo a algunos de los involucrados y no a todos los que participaron de la medida. Emerge en definitiva de todos los testimonios colectados la existencia —a partir del segundo semestre de 2018— de un indudable clima de conflictividad laboral en la empresa, por el despido de G., por los descuentos a C., por el mantenimiento de maquinarias, por la ampliación y reacondicionamiento de lockers, colocación de dispenser de agua, por requerimiento de visado de certificados médicos (cabe señalar, sin respaldo jurídico a tenor de lo dispuesto por el art. 209 de la LCT, que dispone únicamente "dar aviso" de la imposibilidad de trabajar por prescripción médica; quedando a salvo el derecho de contralor, cf. art. 210 ib.), por descuentos de haberes en función del rubro gratificación variable, entre otras cuestiones. Al respecto cabe destacar que no ofreció la demandada ningún acuerdo por gratificación variable, para el sometimiento a reconocimiento por parte de los deponentes a los fines de permitir al Tribunal analizar y determinar su real naturaleza jurídica (más allá del nomen iuris dado por la empleadora), el alcance de lo allí "convenido", como así también el criterio adoptado que determina su variabilidad, a los fines de verificar si tales variaciones o su quita, según dieron cuenta los testigos, se ajustaban o no a lo "acordado", y justificaban o no la discordia en torno a tal cuestión; razones de su exclusión a los temporarios, etc., no resultando suficiente lo expresado por el Cr. H. B. (ratificado por A.), quien se limitó a decir que era una liberalidad de la empresa en función de la productividad del empleado, entre otras cosas, revelándose su liquidación claramente discrecional, a tenor de lo relatado por J. B. y R. E. (declaraciones a las que se hace remisión); y lo expresamente confesado en tal sentido por la empresa en oportunidad de audiencia de exhibición ante el MT de fecha 08/08/2018 (ver fs. 93, en la que sostiene que se trata de una entrega "voluntaria discrecional de la patronal que no genera obligación alguna"), como así también, en virtud de lo manifestado por Q. y D., quienes afirmaron que lo percibían incluso períodos de improductividad (aún bajo licencia médica) a diferencia de lo sostenido por el resto de los testimonios reseñados. En definitiva, no acreditó la accionada en forma categórica, tal como exige la naturaleza de la cuestión planteada, que el actor, el día 11/12/2018 siendo aproximadamente las 14.10 h, haya "provocado, ideado, instado o motivado" el corte de producción de la línea de pan dulce; que dicho paro de línea haya sido por "1 hora, 45 minutos"; que fuera él, quien, en esa ocasión, reuniera al personal; que descuidara sus tareas con motivo de la asamblea; ni el daño invocado, esto es, que efectivamente hayan quedado "gran cantidad de pan dulce horneado sin envasar"; que al día siguiente en virtud de ello se organizara "un refuerzo en el que algunos operarios voluntariamente aceptaron trabajar horas extras para poder envasar el remanente que fue un total de 800 cajas de pan dulce Pamela x 400"; que existieran "numerosos reclamos de terceros sobre el producto fabricado" y devoluciones de mercaderías (como ejemplo que —600 cajas de pan dulce Jumbo c. capa x 700—, las cuales fueron devueltas por el cliente debido a que tenían falta de cocción a la vista; 900 cajas de pan dulce Carrefour sin frutas el cual tenía como defecto la fecha de vencimiento, el cliente realizó retiro de mercado el cual ya se encontraba a la venta en 600 tiendas; —400 cajas de pan dulce Steinhauser—, en el cual el encajonado no fue correcto, puesto que no se colocaron en la caja los separadores que evitan que se aplasten los panes, motivo por el cual hubo que cambiar las cajas y estuches de adentro (6 por caja); —40 cajas de Steinhauser que fueron encajonadas sin los estuches correspondientes y se enviaron a los clientes—; 1 reclamo de pan dulce que contenía un tuerca, evitando que se envasen y salgan a la venta, etcétera) nada de lo cual se probó; como así también que efectuara "presiones personales para adherirse a la medida". Frente a la ausencia de aval probatorio, el despido por las causales reseñadas, deviene en incausado; no habiendo por tanto desvirtuado la presunción supra arribada. Cabe señalar que las sanciones disciplinarias acompañadas en documental por la demandada, no citadas como fundamento injuriante motivo del distracto, en nada hacen variar la conclusión a la que se arriba respecto a la ilegitimidad del despido por incausado y discriminatorio, toda vez que la valoración de los antecedentes disciplinarios sólo se impone cuando se acredita previa e inequívocamente la causal o hecho motivante de la rescisión unilateralmente

dispuesta. En otras palabras, si bien el despido no puede fundarse exclusivamente en hechos o incumplimientos anteriores, éstos pueden invocarse a los fines de lograr una mayor justificación a la rescisión dispuesta como consecuencia de un incumplimiento nuevo o presente por parte del trabajador, nada de lo cual ocurre en autos. La valoración de tales antecedentes disciplinarios sólo se impone cuando se acredita previa e inequívocamente alguna de las causales motivantes del distracto, según circunstancias de tiempo, modo y lugar invocados, lo que se reitera, no se verifica en los presentes (cf. autos "Gastón, Miguel A. c. Compañía Foresto Industrial del Centro SA. Ordinario - Despido", Expte. N° 267028/37, Sentencia del 22/09/2016; "Guida, Matías O. c. Braty SRL. Ordinario. Despido", Expte. N° 3221300, Sentencia del 30/04/2017; "Dávila, Emanuel M. c. SITA SA ordinario. Despido", Expte. N° 3194012, Sentencia del 07/09/2017). Los hechos ventilados en la presente causa se revelan similares a los ocurridos en el precedente "Varela c. Disco SA" de la CSJN (Sentencia del 04/09/2018), los que arrojan luz sobre el derecho aplicable a situaciones como las de autos. En tales actuaciones, el actor promovió demanda contra de su empleadora persiguiendo la declaración de nulidad de su despido, al igual que en los presentes, con sustento en lo dispuesto por el art. 43 de la Constitución Nacional, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 87 y 98 y el art. 47 de la ley 23.551. Sostuvo que vio alterada su situación cuando comenzó a reclamar su derecho a la representación sindical ante las arbitrariedades en que, según adujo, incurría la compañía. En particular, afirmó que había reclamado a la patronal en reiteradas oportunidades e instado a sus compañeros para que se organizaran y propusieran la designación de delegados obreros. Había requerido también apoyo al gremio, lo que resultó infructuoso, no obstante haber logrado el consenso de la mayoría de sus compañeros; habiendo presentado notas ante el MT de la Nación y ante el propio gremio para que se exigiera a la patronal la elección de delegados. Aseveró que fue suspendido por supuestas impuntualidades en represalia por su actividad sindical; luego de lo cual la empresa lo despide con fundamento en que su conducta era agraviante. En dicho precedente, el Supremo Tribunal Nacional, destacó que: 1) En cuanto a la aplicación de la ley 23.592 a las relaciones laborales, los agravios vertidos encuentran suficiente respuesta en el dictamen de autos "Pellejero", del 08/02/2008; criterio reiterado en "Parra Vera", dictamen del 13/02/2008 y "Arecco", dictamen del 17/03/2008 y en el caso "Álvarez" (Fallos: 333:2306) a cuyas consideraciones y términos corresponde remitir, en todo lo pertinente, por razones de brevedad. 2) En el dictamen "Ledesma, Florencio c. Citrus Batalla SA s/ sumarísimo", del 07/10/2010, se determinó que, si la aplicación de la ley 23.592 estuviese condicionada a que el trabajador se encuentre comprendido en alguna de las previsiones estipuladas en los artículos 48, 50 y 52 de la ley 23.551, se estaría distinguiendo donde la norma no distingue e imponiendo una carga que la ley no exige. 3) Si la Cámara local sostuvo que no podía otorgarse una protección a quien desempeñare actividades sindicales sin ser representante gremial reconocido formalmente, omitió tener en cuenta que la CSJN resolvió en numerosos casos, en los que trabajadores invocaron el artículo 47 de la ley 23.551 por no tratarse de actividades sindicales encuadrables en los artículos 48 y 52 de la ley 23.551, otorgándoles el amparo federal de la ley 23.592, criterio expuesto en el precedente de Fallos: 333:2306 ("Álvarez"), tema que, a pesar de haber sido objeto de debate por el accionante e inclusive admitido por el juez de primera instancia, fue soslayado por el a quo. 4) La Cámara laboral ignoró totalmente el tema a decidir y se limitó a circunscribir el debate en la ley sindical 23.551, prescindiendo del planteo de trato discriminatorio de la ley 23.592. En especial no tuvo en cuenta que los hechos expuestos en el escrito inicial contaban con un efecto de verosimilitud suficiente para que, al menos se exigiera a la reclamada un esfuerzo probatorio mínimo con entidad para descartar la postura del trabajador; cuestión que sí tuvo en cuenta el juez de primera instancia por prueba asertiva en tal sentido derivada de la declaración de testigos, actuación del actor ante la autoridad de aplicación en la que denunciaba la falta de convocatoria a elecciones de delegados en el establecimiento demandado, y su afiliación a la entidad sindical. 5) Cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, de considerar fehacientemente acreditada la discriminación, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación. 6) Ese estándar probatorio fijado por el Tribunal es aplicable cuando se discute si ha existido un despido motivado por razones sindicales en los términos de la ley 23.551 o fundado en una opinión gremial en los términos de la ley 23.592 y adquiere contornos específicos en función de lo que estas leyes disponen. 7) Quien alega la existencia de un motivo discriminatorio debe mostrar prima facie o verosímilmente que estaba llevando a cabo una actividad protegida por las normas que invoca. No cualquier actividad u opinión en el ámbito laboral es de carácter sindical o gremial. Así, quien invoca un despido discriminatorio en los términos de la ley 23.551 debe mostrar verosímilmente que realizaba una actividad sindical específicamente protegida en dicha ley. Más aún, el interesado debe acreditar de modo verosímil que estaba ejerciendo una actividad protegida en dicha ley de modo regular. El art. 47 de la referida ley 23.551 así lo exige expresamente. No toda actividad

sindical constituye el ejercicio regular de un derecho sindical y, dado el lenguaje utilizado, no puede entenderse que la norma otorgue la protección que concede a quien no ejerce uno de sus derechos sindicales. En el caso de la ley 23.592, el interesado debe acreditar de modo verosímil que el tipo de actividad desarrollada cuenta como una opinión gremial a los fines de dicha ley y que la actividad satisface los requisitos más generales del ejercicio de la libertad de expresión. 8) Una vez demostrados verosímilmente por parte del trabajador los extremos mencionados, el empleador puede todavía probar que el despido no fue discriminatorio; resultando suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, el empleador deberá acreditar la configuración configurado. 9) El a quo no consideró elementos que dan cuenta de la verosimilitud de la afirmación del actor acerca de que su desvinculación obedeció a su actividad sindical. La corte provincial soslayó la documentación que acredita la existencia de una presentación concreta formulada por el demandante ante la autoridad administrativa laboral. Esto último era particularmente relevante porque torna creíble que el actor estaba ejerciendo derechos sindicales protegidos por la ley 23.551 de manera regular. 10) Si el a quo tampoco emitió un juicio fundado acerca de la prueba de testigos, cuya ponderación tuvo relevancia concluyente en el pronunciamiento de primera instancia para considerar acreditado que los compañeros de trabajo apoyaron los reclamos de tipo gremial promovidos por el demandante, y la prueba de testigos también fue relevante en dicho pronunciamiento para establecer que la empresa conocía la gestión sindical que aquel desarrollaba, la omisión de estos elementos muestra que no está justificada adecuadamente la postura de la alzada según la cual el actor no acreditó su actividad sindical, que sus compañeros no lo acompañaron o que la empresa no conocía dicha actividad. 11) El a quo tampoco consideró si existían circunstancias que justificaran el despido con causa dispuesto por la empresa. Omitió, además, ponderar el hecho de que la primera reacción de la demandada frente a la comunicación formal que este efectuó, en la que informaba del requerimiento ante el MT, fue el despido. Tampoco evaluó si la causal invocada por la empleadora estaba configurada y si, en el caso de que hubiera sido así, ello constituía injuria suficiente para justificar la desvinculación. 12) El tribunal a quo omitió también examinar si cada parte satisfizo su carga probatoria a la luz de los medios habituales y los mecanismos usuales de valoración. En momento alguno ponderó que la empresa no produjo prueba. 13) El debate se ciñe a dirimir los alcances de la tutela que emerge del art. 1° de la ley 23.592 frente a un despido que impidió el libre ejercicio de la libertad sindical y de los derechos de reunión, de expresión y al trabajo. La exégesis ha de realizarse, bueno es aclararlo, teniendo en cuenta que la ley citada reglamenta de manera directa el art. 16 de la Constitución Nacional, esto es, el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (Fallos: 320: 1842), reglas que, además, fueron receptadas por el texto constitucional en los arts. 14 bis, 37, 75, incisos 19 y 23, y 43. (Del voto del Dr. Rosatti). 14) Los términos generales en que ha sido redactada la norma no permiten excluir de sus previsiones al ámbito laboral privado. Tal conclusión no encuentra obstáculo en lo previsto por la ley 23.551, que contempla —una acción específica de reinstalación para los representantes gremiales ni en la Ley de Contrato de Trabajo—, que prevé supuestos específicos de discriminación cuya reparación consiste en una indemnización agravada. (Del voto del Dr. Rosatti). 15) El art. 52 de la ley 23.551 dio al afectado la facultad de elegir entre una acción dirigida a lograr la restitutio in integrum (dejar sin efecto el acto discriminatorio con más el pago de los salarios caídos durante la tramitación judicial) o una indemnización agravada. De lo expuesto se sigue que para el legislador no había tensión alguna en la coexistencia de distintos modos de reparación; solo así puede justificarse un régimen laboral en el que la respuesta legal transita entre un mínimo —reparación económica— y un máximo —restitución a las condiciones previas al acto discriminatorio—, a opción de la víctima. (Del voto del Dr. Rosatti). 16) La ley antidiscriminatoria es una regla general que vino a ampliar la cobertura que, ante una misma situación, prevén las leyes especiales, sin que de su letra surja restricción alguna de la que pueda derivarse incompatibilidad con las normas que contemplan un resarcimiento económico ni la exclusión de un colectivo de personas del remedio que el legislador quiso como regla. Si el caso no configura ninguno de los supuestos especiales para los que el legislador previó una reparación indemnizatoria la ley aplicable será la ley antidiscriminatoria. (Del voto del Dr. Rosatti). 17) La ley no requiere, para producir sus efectos, que la persona ejerza una "función" sindical. De lo que se trata, por el contrario, es de esclarecer si el resultado del acto impugnado (despido) derivó de un motivo calificable como discriminatorio. Al respecto, si bien es cierto que para que la "opinión gremial" constituya un motivo discriminatorio se requiere de una actividad de parte de quien la alegue, no lo es menos que dicha actividad puede asumir muy diferentes maneras o modos, sin que exista un único supuesto legal protegido, so riesgo de vaciar a dicha libertad de buena parte de su contenido. (Del voto del Dr. Rosatti). 18) La protección efectiva contra todo acto u omisión discriminatorios en el ámbito de la libertad sindical y de sus condiciones imprescindibles: libertad de opinión, de expresión y de reunión, son, en definitiva, patrimo-

nio de todo trabajador, sindicado o no, con pretensiones de representatividad o no, así como recaudos necesarios para que la organización sindical "libre y democrática" que asegura el art. 14 bis de la Constitución Nacional sea una realidad concreta y significativa. La libertad sindical sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales. (Del voto del Dr. Rosatti). Por su parte este Tribunal, en atención a las circunstancias ventiladas en los presentes, obiter dicta, efectúa las siguientes consideraciones: El Convenio N° 135 de la (OIT), que versa sobre los representantes de los trabajadores, ratificado y aprobado mediante la Ley 25.801 (BO 02/12/2003), establece en su artículo primero que "Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos en vigor". Por su parte, la legislación interna otorga un ámbito de protección personal más amplio que el citado Convenio N° 135, dado que comprende además a los "representantes sindicales en la empresa" que son los denominados delegados del personal (cf. Ley N° 23.551). El Convenio en cuestión dispone también en su artículo 2, que los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, pero tal concesión no deberá perjudicar el funcionamiento de la empresa. A su vez, la Recomendación N° 143, complementaria del Convenio N° 135, especifica la necesidad de otorgamiento de tiempo libre para el desempeño de las tareas de representación en la empresa, al acceso a los lugares de trabajo, a la comunicación con la dirección de la empresa, a los avisos sindicales y a las facilidades materiales necesarias para el desempeño de las funciones de los representantes de los trabajadores. Por su parte, la Ley N° 23.551 obliga a las empresas a "facilitar un lugar para el desarrollo de las tareas de los delegados del personal, en la medida en que, habida cuenta de la cantidad de trabajadores ocupados y la modalidad de la prestación de los servicios, las características del establecimiento lo tornen necesario" (ver art. 44 Ley 23.551. Cabe recordar que la citada ley, en el título relativo a la tutela de la actividad sindical, prescribe que los trabajadores tienen el "derecho a reunirse", en los siguientes términos: Art. 4°, inciso c) Las asambleas o reuniones del personal pueden ser realizadas fuera del establecimiento, por trabajadores fuera de su horario laboral, caso que no generará más consecuencias que las derivadas de las decisiones que puedan ser adoptadas en ellas. De otro costado, las celebradas en el establecimiento pueden implicar contacto e interferencias con los derechos del empleador, lo que razonablemente plantea cuestiones que se ofrecen a la discusión jurídica ante la colisión de derechos en juego. En ese orden se puede conjeturar si resulta legítima la realización de una asamblea dentro de la planta, en horario de trabajo y si el empleador debe respetar su realización sin interferencias. Las pautas propuestas a tales interrogantes podrían ser: 1) Si la asamblea se lleva a cabo durante una pausa (verbigracia durante el tiempo de refrigerio, cambio de turno, etc.), sin causar perjuicios, la empresa no podría oponerse a su realización, previa comunicación de su celebración. 2) Si la asamblea va a ser durante el horario de trabajo, se debería solicitar la correspondiente autorización al empleador, para evitar posibles perjuicios. 3) Si la reunión de trabajadores se lleva a cabo durante el horario de trabajo, sin la autorización de la empleadora y los trabajadores abandonan sus puestos de trabajo para concurrir a la misma, se pude inferir la realización de un paro temporal de actividades. Sin embargo, se ha resuelto que "No cabe asimilar los conceptos de asamblea con paro de actividades. Si bien es cierto que nuestro ordenamiento legal no contempla específicamente el tema de las asambleas de personal, la posibilidad de su realización legítima tiene sustento en las disposiciones legales que otorgan a los trabajadores el derecho a reunirse" (CNTrab, en autos "De Candia, José c. La Razón SA. Despido"). El citado fallo consideró que el ejercicio de tal derecho "presupone el cumplimiento de ciertos recaudos entre los que se encuentra la comunicación al empleador con la debida antelación de la convocatoria dispuesta a fin de que aquél pueda adoptar las medidas que permitan reducir al máximo las consecuencias de la interrupción del trabajo por el tiempo que demande la realización de la asamblea. Sin embargo, éste y los demás recaudos que es dable exigir a los trabajadores deben merituarse en el entorno de posibilidades fácticas que rodean al conflicto que dio origen a tal asamblea". De ahí que, la regulación paritaria respecto a la realización de asambleas dentro del ámbito de la empresa, sería necesaria no sólo para evitar conflictos, sino para establecer las condiciones de su ejercicio; lo que nunca podría derivar en una prohibición absoluta, dado que implicaría desnaturalizar el derecho a reunirse, de rango superior.

Efectuadas las precedentes consideraciones, en virtud de todo lo expuesto, prueba colectada, argumentos brindados y conclusiones arribadas, corresponde acoger la apelación interpuesta por la parte actora y en consecuencia declarar la nulidad del despido de Germán Eduardo Carrizo, efectuado por la empresa el 28/12/2018 mediante acta notarial N° 282, y en virtud de ello, disponer su reincorporación en su puesto habitual de trabajo, en las condiciones en que lo venía haciendo previo al distracto, por compartir al respec-

to y en el caso particular de autos los argumentos de la mayoría de la CSJN; con más los salarios caídos desde tal fecha, los que se determinarán en la etapa previa a la de ejecución de sentencia, a los que corresponde aditar, desde que cada uno resultó exigible (art. 255 bis LCT), un intereses del 2% mensual más la tasa pasiva fijada por el BCRA, conforme criterio reiterado del Excmo. TSJ (vgr. in re: Hernández). A los fines de evitar que la condena de reincorporación ordenada, se torne ilusoria ante la renuencia de la demandada a cumplirla, en función de lo establecido por el art. 804 Cód. Civ. y Comercial, se impone como sanción conminatoria (astreintes) una multa diaria a favor del actor equivalente a dos días de salario mínimo vital y móvil, por el término de noventa días corridos, la que se determinará conforme el valor vigente al momento del pago y por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de hacer, suma que se reputa suficiente para compeler la obligada a cumplir, en razón de los valores en juego; sin perjuicio de la que se devengue hasta el cumplimiento efectivo de lo resuelto. Las costas de ambas instancias deben ser impuestas a la demandada, en virtud de la regla del vencimiento objetivo (art. 28 CPT), las que se determinarán en igual oportunidad que el capital, hasta tanto haya base al efecto, debiendo practicarse las regulaciones de honorarios acorde a lo dispuesto por los arts. 40 y cc., ley 9459 (art. 26 ib.).

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Germán Eduardo Carrizo, y en consecuencia dejar sin efecto la Sentencia N° 155 de fecha 15/12/2020. En su mérito declarar la nulidad de su despido efectuado por la empresa el 28/12/2018 mediante acta notarial N° 282, y en virtud de ello, disponer su reincorporación en su puesto habitual de trabajo, en las condiciones en que lo venía haciendo previo al distracto; con más los salarios caídos desde tal fecha, los que se determinarán en la etapa previa a la de ejecución de sentencia, conforme pautas dadas. A los fines de evitar que la condena de reincorporación ordenada, se torne ilusoria ante la renuencia de la demandada a cumplirla, en función de lo establecido por el art. 804 Cód. Civ. y Comercial, se impone como sanción conminatoria (astreintes) una multa diaria a favor del actor equivalente a dos días de salario mínimo vital y móvil, por el término de noventa días corridos, la que se determinará conforme el valor vigente al momento del pago y por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de hacer. II. Costas a cargo de la accionada y apelada (art. 28 LPT), difiriéndose su determinación para la etapa previa a la de ejecución de sentencia; oportunidad en que las regulaciones de honorarios se practicarán acorde a lo dispuesto por los arts. 40 y cc., ley 9459 (art. 26 ib.). III. Protocolícese, hágase saber y oportunamente, bajen. — *Nancy N. El Hay. — Silvia M. Vitale. — Tomas E. Sueldo.*

Novedades Legislativas

DECRETO 413

Coronavirus (COVID-19) – Extensión de la vigencia de la prohibición de despidos y suspensiones sin justa causa y por causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor – Norma complementaria de la ley 27.541 y de los dec. 34, 260, 528, 961, 167 y 39 – Prórroga de lo dispuesto por los arts. 2° y 3° del dec. 329.

Fecha: 25/06/2021

Publicación: BO 28/06/2021

Síntesis: Se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, la prohibición de efectuar despidos y suspensiones sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 4 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)

Trabajo – Fijación del salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados – Norma complementaria de las leyes 20.744 (t.o. 1976) y 24.013 (*).

Fecha: 03/05/2021

Publicación: BO 05/05/2021

Síntesis: Se fija para todos los trabajadores comprendidos en el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley 20.744 (t.o. 1976), en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos del Estado Nacional que actúe como empleador, un salario mínimo, vital y móvil, excluidas las asignaciones familiares, y de conformidad con lo normado en el art. 140 de la Ley 24.013, de $ 23.544,00.- y $ 117,72.- a partir del 1 abril de 2020, de $ 24.408,00.- y $ 122,04.- a partir del 1 de mayo de 2021, de $ 25.572,00.- y $ 126,36.- a partir del 1 junio de 2021, de $ 25.920,00.- y $ 129,60.- a partir del 1 de julio de 2021, de $ 27.000,00.- y $ 135,00.- a partir del 1 septiembre de 2021, de $ 28.080,00.- y $ 140,40.- a partir del 1 noviembre de 2021 y de $ 29.160,00.- y $ 145,80.- a partir del 1 febrero de 2022, para mensualizados y jornalizados, respectivamente.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

(*) Modificada por res. 6/2021 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.) (B.O. 07/07/2021) que establece un salario mínimo, vital y móvil de $ 27.216,00.- y $ 136,08.- a partir del 1 julio de 2021, de $ 28.080,00.- y $ 140,40.- a partir del 1 de agosto de 2021, y de $ 29.160,00.- y $ 145,80.- a partir del 1 septiembre de 2021, para mensualizados y jornalizados, respectivamente.

RESOLUCIÓN 5 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)

Trabajo – Salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados – Modificación de la res. 4 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.).

Fecha: 05/05/2021

Publicación: BO 06/05/2021

Síntesis: Se modifica la res. 4/2021 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.), mediante la cual se fijó el Salario Mínimo, Vital y Móvil en diferentes períodos y montos, para todos los trabajadores comprendidos en el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976), en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos del Estado Nacional que actúe como empleador, excluidas las asignaciones familiares, y de conformidad con lo normado en el art. 140 de la ley 24.013, a efectos de rectificar un error material respecto del año de la etapa de incremento prevista y de determinados montos.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN GENERAL 5008 (AFIP)

Régimen de retención del impuesto a las ganancias – Adecuación normativa – Norma complementaria de la ley 27.617 y de los dec. 824 y 862 – Modificación de la res. gral. 4003-E (AFIP).

Fecha: 14/06/2021

Publicación: BO 15/06/2021

Síntesis: Se modifica la res. gral. 4003-E/2017 (AFIP), la cual estableció un régimen de retención del impuesto a las ganancias aplicable a las rentas comprendidas en los incs. a), b), c), excepto las correspondientes a los consejeros de las sociedades cooperativas, y e) del primer párrafo, y en el segundo párrafo del art. 82 de la ley del mentado gravamen, a efectos de adecuarla a los cambios normativos introducidos por la ley 27.617 y los decs. 824/2019 y 862/2019, entre otros aspectos, aplicando un esquema de liquidación para la determinación de la deducción especial incrementada que cumpla con el objetivo previsto, atendiendo a las variaciones normales y habituales que pueden sufrir las remuneraciones y/o haberes brutos, por motivos estacionales (mayor demanda de trabajadores), negociaciones colectivas o situaciones similares.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 2 (C.N.T.C.P.)

Personal de Casas Particulares – Incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas – Norma complementaria de la ley 26.844.

Fecha: 24/06/2021

Publicación: BO 25/06/2021

Síntesis: Se fija un incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas para el Personal de Casas Particulares comprendido en el Régimen establecido por la ley 26.844. Asimismo, se dispone un aumento del porcentual por "zona desfavorable", fijándose su importe total en un 30% sobre los salarios mínimos correspondientes a cada una de las categorías estipuladas, a partir del 1° de junio de 2021.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 345 (M.T.E. y S.S.)

Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral – Creación del "Programa para la Promoción e Inclusión de Mujeres en la Actividad del Transporte Automotor" – Modificación de la res. 45 (M.T.E. y S.S.).

Fecha: 22/06/2021

Publicación: BO 24/06/2021

Síntesis: Se crea el Programa para la Promoción e Inclusión de Mujeres en la Actividad del Transporte Automotor, en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Asimismo, se dispone que el objetivo de dicho Programa será la promoción de estándares de igualdad de género y de igualdad real de oportunidades y de trato, en el acceso a los puestos de trabajo y al sostenimiento del empleo, en la actividad del transporte automotor.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

Dossier

El pensamiento de Humberto A. Podetti: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social, internacional 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. Humberto A. Podetti **(1)**. La cita en el mismo, donde tuvo dictámenes memorables que aún se recuerda. Pasó después a la Cámara correspondiente, para retirarse en 1973. Su espíritu de Juez, que nunca se pierde, cuando se vivió la Justicia con amor, se vio complacido al ser designado Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1978 y después, por el mismo Tribunal, Director Adjunto de la Escuela Judicial Argentina, por ella creado. Finalmente cabe destacar que, entonces obtuvo, en 1988, el Premio Konex en la categoría de Jueces. Luego de su retiro judicial ejerció la abogacía, en un estudio integrado por destacados colegas, que pertenecieron también al fuero laboral, hasta que años más tarde instaló su propio estudio, que adquirió gran jerarquía profesional. En función de su prestigio como tal, fue vicepresidente del Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, y luego su Presidente, todo entre 1988 y 1992. Luego, integró su Tribunal de Disciplina, como Vocal, para finalmente seguir ligado a la Institución, como Miembro de la Asamblea de Delegados, función que cumplía a la fecha. En el año 1963 comienza su actividad docente universitaria, en la Universidad de Buenos Aires, donde se desempeñó como Profesor adjunto interino en la Facultad de Derecho y Ciencias sociales a partir de 1966. Diez años más tarde sería designado Profesor Titular Interino de la Cátedra de Trabajo y Seguridad Social, para finalmente en 1982, en función de un concurso de profesores al efecto, ser designado Profesor Titular de aquella materia, en oportunidad que tuve el honor de compartir con él mismo, y con Goyena, Rodríguez Mancini y Vázquez Vialard, quienes fuimos reconfirmados por la Universidad en el año 1984. Tiempo más tarde, pasó a ser Profesor Titular Consulto, en aquella especialidad, y a desempeñarse como Consejero Titular en Consejo Directivo de la Facultad a partir de 1998, cargo que aún detentaba. Allí, también tuvo otras funciones, como director del Instituto de Derecho Social. Cumplió, asimismo, tareas como docente en la Universidad Católica Argentina, en Política Social, otra de sus especialidades entre 1977 y 1982. Actualmente dirigía el Master en Derecho y

(1) (*) 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) Obituario del Dr. Podetti redactado por Julio J. Martínez Vivot (ver en https://www.aadtyss.org.ar/files/constructores/10/Humberto%20A.%20Podetti.pdf) Humberto A. Podetti: El Derecho está de luto, pero más particularmente lo está el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, por la muerte de uno de sus más brillantes cultores. Precisamente, cuando estaba viviendo tiempos de gran actividad, lo sorprendió, y nos sorprendió, su muerte repentina. Y, como era tan variada aquella, el pesar no comprende solo un área delimitada, sino que comprende diversas materias, que sentirán su ausencia, como lo sentimos nosotros los laboralistas. Nacido en la Pcia. De San Luis, en Villa Mercedes, conservaba sentido afecto por la tierra de sus mayores, donde tenía familia y amistades. Era parte de su sentido nacional, de su orgullo patriótico, del que hacía ostentación al reverenciar los símbolos y recordar nuestros próceres. Tenía en su mente a su pequeña Patria, a la que volvía, entre otras veces, todos los años, para compartir una memoriosa comida con sus compañeros del Colegio Nacional. Afincado en esta Ciudad de Buenos Aires, como estudiante universitario, se recibió de abogado en su Universidad en 1956, donde más tarde se doctoró. Desde aquella fecha comenzó su recordada carrera judicial, donde fue Secretario de Juzgado y luego de Cámara, para pasar en 1961 a integrar el Poder Judicial de la Nación en el fuero laboral, en calidad de Juez de Primera Instancia. Luego, se desempeñó como Procurador General

de los artículos de doctrina abarca en gran parte aquellos que se encuentran publicados en la base online de la editorial.

Podrán observar la preocupación del Dr. Podetti por analizar el presente y futuro del derecho del trabajo bajo la óptica de una visión internacional. Tanto desde el punto de vista práctico como jurídico.

Tengamos presente que dichos artículos fueron redactados en pleno crecimiento de la globalización como fenómeno, pero en los albores de lo que sería la revolución digital. Aun así, los conceptos y el pensamiento trascienden la frontera del tiempo. Para quienes nos gusta leer y estudiar el derecho como un todo sin fronteras temporales es apasionante encontrar trabajos doctrinarios como los del Dr. Podetti.

Los invito a leer esta humilde reseña y recomendar la lectura completa de los trabajos aquí citados. Así solo se hará honor a la gran labor doctrinaria del Dr. Podetti.

II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

II.1. Derecho individual

II.1.a. Crisis del derecho del trabajo clásico

A la temática de la flexibilidad —incluidas las nuevas formas de contratación laboral—, y más en general el conjunto de innovaciones legislativas y doctrinadas que últimamente vienen incorporándose al derecho del trabajo, entre otros sus nuevos sujetos, los alcances de la negociación colectiva, o nuevas técnicas jurídicas, cabe ubicarlas en el contexto de discusión de lo que —no sin cierto cariz dramático— se denomina la crisis del derecho del trabajo, como consecuencia de la influencia de factores económicos, sociales, políticos, tecnológicos y culturales. Más bien que de una "crisis del derecho del trabajo" se trata de una crisis del derecho laboral clásico (Borrajo Dacruz); y de ahí se infiere la inquietud acerca del destino de esta rama del derecho, en lo que hace a su identidad. Esta debe ser mantenida en función de la vigencia de la justicia social, del bien común y el principio protectorio. Es a través de la fidelidad a los valores inherentes a ellos que, cualesquiera sean los avatares de los cambios de inevitable adopción ante nuevas circunstancias socioeconómicas, políticas, tecnológicas y culturales que el derecho del trabajo podrá mantener su identidad y su razón de ser; y que este sea "servidor de la aspiración de una sociedad más progresista y más justa" (Rodríguez Mancini). Es que los perceptibles cambios normativos y doctrinarios en el derecho del trabajo, alcanzados algunos e intentados otros, ponen en cuestión no solo si en el futuro esa rama del derecho contará prevalecientemente con normas de origen estatal o con normas convencionales colectivas, o aún (aunque muy poco probable) con una "desregulación" traducida en la supresión de normas, para

---

Magistratura Judicial, en la Universidad Austral. Pero es especialmente en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social donde adquirió notable renombre. Es que, más allá de la función docente referida, debe destacarse que en 1961 obtuvo el Premio Alejandro Unsain, a la mejor monografía en esa materia. Desde entonces partició activamente en la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la que era actualmente Presidente, luego de haber sido vicepresidente en dos oportunidades. También fue elegido Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de esa especialidad, donde estaba ahora propuesto para ser su Secretario General, como asimismo presidente de la Academia Científica Latinoamericana de la Seguridad Social, la Empresa y el Trabajo (1999) y Vicepresidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo en el corriente año. Integró como Miembro la Asociación Iberoamericana el Instituto Latinoamericano de dicha materia. Su labor de publicista se advierte en más de 200 colaboradores, publicada en Revistas Jurídicas del país y del exterior y en su libro "Política social" (1982). Actualmente tenía, en preparación, otro intitulado "La seguridad social en el tercer milenio". Son numerosos también sus libros escritos en colaboración con destacados colegas, así como su participación obras colectivas de homenaje a colegas y publicadas por la Academia Iberoamericana. De trato afable, pleno de cordialidad, gozaba de la simpatía de quienes lo conocieron. Era destacable su sencillez, a pesar de la trayectoria expuesta, como debe ocurrir cuando se tiene el difícil don de gente y s calidad correspondiente. Siempre recordaremos nuestras tertulias y reuniones, compartidas con distinguidos colegas, que sentiremos el vacío de su ausencia. Casado en 1961, con su noble esposa y sus cuatro hijos, constituyó un respetable hogar, donde estos también cumplieron con sus estudios y hasta uno de ellos contrajo matrimonio. Fue precisamente ese día, de gran emoción como corresponde, cuando pasó a la Eternidad, llamado por el Padre. En fin, creo que lo más apropiado a su respecto, atento a las características antes señaladas, que es cerrar esta recordatoria, expresando que le son aplicables las palabras que componen una de las Profecías de Daniel (12, 1-3), donde dice "Los hombres prudentes resplandecerán con el esplendor del firmamento y los que hayan enseñado a muchos la Justicia, brillarán como las estrellas, por los siglos de los siglos".

volver a la libertad Individual de contratación. Esta última alternativa debería descartarse, no solo porque implicaría desproteger a los trabajadores individuales, que siguen siendo la parte más débil en la relación de trabajo, sino porque implicaría la desaparición misma del derecho del Trabajo. Este puede cambiar, puede "flexibilizarse", puede reforzar su garantismo, pero para mantener su identidad debe seguir ajustado, por una parte a la idea de justicia social, y por la otra, a la vigencia del principio protectorio, que es su razón de ser, en lo que a las relaciones individuales de trabajo se refiere (cfr. Panorama actual...). La elección de un "modelo" de derecho del trabajo que se adecue a tales valores debería llevar a la configuración de un derecho del trabajo personalista, que como lo postula Borrajo Dacruz "sirve en el trabajador su condición de ser humano, por encima de sus dimensiones de productor o consumidor"; y que pese a su "gestión difícil, fragmentado, trabajosa, puede ser el derecho laboral de la sociedad postindustrial, que en tanto se mantenga la subordinación, sea elaborado con base en el principio de participación, y con él, en la búsqueda —dentro de la Empresa y fuera de la Empresa— de instituciones de cooperación"

PODETTI, Humberto A. "Cambio social y adaptabilidad del derecho del trabajo", DT 1990-B, 2519, TR LALEY AR/DOC/17925/2001

II.1.b. El impacto de las nuevas tecnologías

En su difundido libro, Jeremy Rifkin aborda el impacto sobre el empleo de las nuevas tecnologías. A su juicio, en contra de las previsiones económicas tradicionales, que "afirmaban que el aumento de la productividad, como consecuencias de las nuevas tecnologías, la reducción de los costes de producción y el incremento de la oferta de productos baratos que estimulan el nivel adquisitivo, ampliaban las dimensiones del mercado y generaban un mayor número de puestos de trabajo", la realidad es que en la actualidad se ha llegado "a unos hasta ahora desconocidos niveles de desempleo tecnológico, a una disminución precipitada en el poder adquisitivo de los consumidores y, finalmente nos sitúa frente al espectro de una depresión a nivel mundial de magnitudes y duración incalculables". En orden a los puestos de trabajo, afirma la desaparición pura y simple del trabajo productivo en el modo que era conocido hasta ahora, como resultado de la "tercera revolución industrial", en la que los ordenadores protagonizan una revolución tecnológica, poniendo fin a la "edad de la industria" para ingresar en la "edad de la información". Las consecuencias no son solo laborales: la prescindencia de la mano de obra industrial incrementaría el número de iletrados y a la vez habría un crecimiento de la violencia. Su propuesta para la era posmercado, incluye una "reingeniería" de la semana laboral, organizar la vida social más allá del mercado para el tercer sector ajeno al estatal y al empresarial, potenciarlo con un salario social por servicios a la comunidad que sean ajenos a la producción industrial, y globalizar la economía social con la mundialización del voluntariado. El análisis de Rifkin es más que inquietante, pero no carece de propuestas positivas, sustentada en: "[U]n sector de voluntarios transformado ofrece el único medio viable para canalizar, de forma constructiva, el excedente de mano de obra marginado por el mercado global". Su conclusión se expresa en una alternativa: el final del trabajo que represente "una sentencia de muerte para la civilización, tal y como la hemos conocido"; o que pueda "señalar el principio de una gran transformación social, el renacimiento del espíritu del hombre". En realidad no es nuevo el abordaje de la perspectiva de una creciente supresión de los puestos de trabajo como consecuencia del avance tecnológico: la diferencia estriba, quizás, en que Rifkin escribe cuando dicho avance es mucho más acusado, y el desempleo por motivos tecnológicos se va convirtiendo en estructural en los países industriales avanzados.

PODETTI, Humberto A. "Un destino para el derecho del trabajo", DT 1997-B, 1713, TR LALEY AR/DOC/13449/2001.

II.1.c. Metamorfosis del trabajo

La postura de Rifkin sobre el "fin del trabajo" —que encuentra ciertas coincidencias con las ideas de Michel Rocard, quien asimismo escribió el prólogo a la edición francesa del libro de aquel— ha sido criticada como una expresión de la "vieja teoría del desempleo técnico, remozada, y que implícitamente, inspira las del crecimiento sin empleo, la de la desvinculación de los ingresos y el empleo o la plena ac-

tividad como sucedáneo del pleno empleo. La idea básica es que al, no ser posible crear un número suficiente de fuentes de trabajo, se desatascaría el mercado de trabajo y se prevendría la exclusión social, proporcionando a todos los ciudadanos la posibilidad de dedicarse a una ocupación subvencionada o bien la garantía de percibir unos ingresos mínimos, con lo que podrían elegir libremente entre el trabajo a tiempo completo o parcial, el trabajo ocasional, actividades no mercantiles o actividades de esparcimiento". Una respuesta concreta es la que se recoge en el difundido informe francés "*Le travail dans vingt ans*", que afronta las nuevas realidades económicas y tecnológicas y su impacto sobre el trabajo, con la propuesta de una nueva figura jurídico-laboral, la del contrato de actividad, para favorecer una movilidad que no sea sinónimo de precariedad, inseguridad o exclusión, ni encubrir la realidad del desempleo. Para la Organización Internacional del Trabajo, los datos globales no corroboran en absoluto "la tesis de una 'desaparición del trabajo'" inminente, "y ni siquiera anuncian un crecimiento sin nuevos empleos ... La realidad es que el ingente desempleo actual se debe en gran parte a un crecimiento más lento de la producción y de la productividad, más que a los efectos de desalojo de mano de obra inherente a unas nuevas tecnologías hiperproductivas".

PODETTI, Humberto A. "Un destino para el derecho del trabajo", 1997-B, 1713, LALEY AR/DOC/13449/2001.

II.1.d. Hacia un derecho del trabajo personalista

Resulta oportuno, a propósito de la problemática actual del derecho del trabajo, hacer referencia a las dos opciones que sobre el futuro de esta disciplina dejara formulada Lord Weldderburn of Charlton, el iuslaborista de la Escuela de Oxford. Pero antes, cabe una puntualización acerca de la humanización del derecho del trabajo, en camino hacia un derecho del trabajo personalista. Esa humanización es concebible como un derecho del trabajo adecuado a la persona de quienes como trabajadores o como empleadores individuales son partes en las relaciones laborales; la humanización —vocablo que no pocas veces se tiñe ideológicamente— no es sino adecuar las instituciones jurídicas y las sociolaborales a la naturaleza concreta y real del hombre, de donde la antes referida primacía del hombre sobre el trabajo y sobre la actividad económica. Con frecuencia se expresa que hay que elaborar esas instituciones y aplicar e interpretar las normas jurídicas, con "objetividad", lo cual es correcto. Pero siempre que se entienda que ello está referido a relaciones en las que necesariamente están implicadas personas. De allí que el único realismo consista en incluir la efectividad y la ética en el tratamiento de los problemas respectivos; porque los que trabajan, trabajador p empleador individual, no son cosas productivas, sino personas humanas, cuyas dimensiones son el bios, el logos y el ethos. Una pretendida objetividad que prescinda de la dimensión efectiva o de la dimensión ética, sería insuficiente por irreal, y por tanto sus resultados necesariamente erróneos. Sentado lo que antecede cabe citar a Lord Welderburn of Charlton: "De un lado está la tentativa de adecuar el derecho del trabajo a la demanda de competitividad, de excluir del mercado todos los posibles obstáculos, de los cuales el más peligroso es el poder monopólico de los sindicatos, instituciones que habitualmente amenazan la libertad individual. Del otro lado, hay una continua promoción de la participación de los trabajadores, esencialmente a través de los sindicatos, pero junto a empresarios y el gobierno, en estructuras que reconozcan la realidad del conflicto, la demanda de eficiencia y la necesidad del crecimiento de la democracia en el más amplio consenso social adquirible, de modo de gobernar una transición social que es inmediata y plena de peligro", siendo esta segunda opción la que prefiere el autor al que cito. El párrafo citado expresa un esquema que como tal está simplificado, y careciendo de los debidos matices puede ser atacado como alejado de la realidad; y que se advierte una "cargazón" de tintas en la primera de las opciones referidas a aquellos que ven la solución de los problemas jurídico-laborales en la vuelta a una contratación individual no limitada por el orden público laboral, y que en el sector empresarial en realidad constituye una estrecha minoría. A mi ver, es en los cauces de la segunda de las opciones en que garantizado el pleno respeto de los derechos de ambas partes de la relación de trabajo y de la persecución del bien común, que se hallará el rumbo de un derecho del trabajo que no pierda su identidad ni su razón de ser, pero que a la vez se adapte a los constantes cambios determinados por conocidos facto-

res sociales, económicos, políticos, culturales y tecnológicos, entre otros; un derecho del trabajo personalista que como lo postula Borrajo Dacruz "sirve en el trabajador su condición de ser humano, por encima de sus dimensiones de productor y consumidor"); y que pese a su "gestión difícil, fragmentada, trabajosa, puede ser el derecho laboral de la sociedad postindustrial", que en tanto se mantenga la subordinación, sea elaborado con base en el principio de participación, "y con él, en la búsqueda —dentro de la empresa y fuera de la empresa— de instituciones de cooperación". En suma, y trayendo a colación el desafío que según Javillier provoca la flexibilización a los juristas del trabajo, por ella y por otros factores que inciden en la transformación del derecho del trabajo; dicho desafío radica en determinar cuáles son sus elementos permanentes; y la afirmación: "[C]iertos principios deben subsistir; en especial los que dan fundamento a la acción del la OIT: el trabajo no es una mercancía".

PODETTI, Humberto A., "Panorama actual del derecho del trabajo", LA LEY 1989-B, 893, TR LALEY AR/DOC/6516/2001

II.1.e. Transformaciones de los principios del derecho del trabajo

El dinamismo de la materia laboral, que experimenta contemporáneamente intensos cambios sociales, económicos, tecnológicos, políticos y culturales, proyecta transformaciones de los principios, en cuanto a cuáles son y qué contenido tienen. Transformaciones que se dan simultáneamente en el campo doctrinal y por tanto abarcativo de los diversos sistemas jurídico-laborales nacionales, como dentro de cada uno de estos según como vayan modificándose a lo largo del tiempo las constituciones y las leyes. Para mejor comprender esas transformaciones, además de estar alertas para percibir los antes referidos cambios y poder así mantenerse firmemente asentado en la realidad, también ha de cuidarse de no incurrir en excesos de maximizar la valoración de los principios ni minimizar su función, vaciándolos de contenido, como a propósito de los principios generales del derecho y alertando sobre los extremos de hipertrofia y de infravaloración, alerta juiciosamente (Arce y Florez-Valdes). Esas transformaciones consisten a veces en la postulación de nuevos principios; o en la preterición gradual de otros; o en una generalización de algunos de ellos dentro del derecho privado, como acontece con el principio *favor debilis* y con el de conservación del contrato. Tanto el legislador constituyente como el legislador ordinario suelen recoger diversidad de principios, pero no siempre ajustados a deseable rigurosidad técnico-jurídica y con frecuencia atendiendo a circunstancias temporales que suelen agotarse en lapsos de extensión mayor o menor. A su vez, la doctrina suele postular directivas o interpretaciones a los que se aspira elevar a la categoría de principios. De todo ello se sigue una proliferación de principios que a veces no son sino reiteración con otro nombre de otros anteriores; y en ocasiones, ni siquiera se trata de principios aunque así se los denomine. Una consecuencia negativa de lo que antecede es un desarrollo que puede tornarse inmanejable terminar constituyendo una verdadera jungla. Por el contrario, tampoco ha de suponerse una inmutabilidad definitiva de todos los principios del derecho del trabajo lo que estaría en contradicción con el ya referido acusado dinamismo de esta rama del derecho. En suma, debe admitirse la legitimidad de aportaciones de doctrinas jurídicas, valoraciones y meras circunstancias, que posibiliten el enriquecimiento de los principios del derecho del trabajo, en su enunciación y en su contenido. Legitimación que no se da cuando su reelaboración resulta de la actuación de elementos deletéreos de ignorancia, de deficiente manejo de los instrumentos jurídico-formales, de demagogia, de oportunismo o aún de intereses subjetivos o de grupo que intentan prevalecer sobre el bien común.

PODETTI, Humberto A., "Los principios del derecho del trabajo", DT 1996-A, 1125, TR LALEY AR/DOC/11576/2001

II.1.f. Triple función de los principios del derecho del trabajo

A tenor de la sistematización de las funciones que cumplen los principios generales del derecho, elaborada por De Castro, proyectándolo a los principios del derecho del trabajo, a estos les cabe atribuir una triple función. La primera es de política legislativa —y en tal alcance informadora—, consistente en que se infunda en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio, otorgándole una efica-

cia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquellas. Esos principios puede que estén recogidos entre los derechos sociales constitucionalmente declarados, sea que conformen políticas a concretarse en el tiempo, según criterios de factibilidad. En el sentido de lo que antecede, es al legislador al que compete la aplicación del respectivo principio; y también al funcionario u órgano administrativo en el dictado de actos administrativo-laborales. Una segunda función es la normativa, como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley (Plá Rodríguez); función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional, sin que la ausencia de una remisión tal impida al intérprete aplicarlos para integrar el derecho. La otra función de los principios es interpretativa. Mediante ellos, cuando debe efectuarse la operación lógica-valorativa del alcance de las normas aplicables —en que consiste la interpretación—, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio. Esa aplicación compete al intérprete, que en definitiva en los casos contenciosos será el juez o tribunal; pero también el abogado defensor; fuera de los litigios concretos, el profesor y el jurista y primordialmente hay una aplicación por parte de los sujetos de las respectivas relaciones de trabajo cuando acomodan a ellos el ejercicio de sus derechos y obligaciones.

PODETTI, Humberto A., "Los principios del derecho del trabajo", DT 1996-A, 1125, TR LALEY AR/DOC/11576/2001

II.1.g. Flexibilidad: mito y realidad

A propósito de la flexibilidad como política del derecho tendiente al fomento del empleo y potenciar la productividad, es útil recoger el llamado de alerta de Caro Figueroa, sobre que conviene "desmitificar la temática de la flexibilidad rechazando la supuesta precisión matemática de las medidas flexibilizadoras y negando que estas tengan, por definición, efectos económicos y sociales automática y simultáneamente positivos". La explicación del porqué de esa "desmitificación" la da el mismo autor cuando señala: "[D]esde luego, ni las operaciones reformistas ni los ajustes son opciones política o económicamente 'neutrales'; tienen en todo caso una intencionalidad (declarada o no) y están encaminadas a producir efectos sobre los sistemas de relaciones de trabajo y la posición relativa de los actores". Y aclara: "[E]n este orden, las medidas pueden apuntar a reducir o aumentar el nivel de protección colectiva de los trabajadores, reforzar o limitar el poder de dirección del empleador, agilizar o ralentizar la incorporación de nuevas tecnologías, potenciar o debilitar a los sindicatos, acompañar medidas de ajuste económico, facilitar políticas económicas aperturistas o autárquicas, etc.". Y concluye en el sentido de que la "construcción de un modelo completo de reforma o ajuste depende de los factores políticos (opción ideológica, base electoral y fortaleza del Gobierno, consenso público, etc.); de factores económicos referidos a la situación del aparato productivo y a la fase del ciclo económico en que se encuentra; del diagnóstico elaborado por los operadores reformistas acerca del estado del Sistema de Relaciones de Trabajo" (Caro Figueroa - El debate). En ese orden de ideas, se ha puesto de relieve por distintos autores la relativa ineficacia de las medidas flexibilizadoras en España para disminuir efectivamente la tasa de desempleo. Por eso no cabe pensar en efectos automáticos de cambios legislativos hacia formas más abiertas, si es que no van acompañadas de controles efectivos no necesariamente del tipo sancionatorio tradicional, de políticas económicas de crecimiento, y sobre todo de la introducción de nuevos "usos" en las relaciones de trabajo consecuentes a cambios en las actitudes de las partes sociales.

PODETTI, Humberto A., "La flexibilidad en el derecho del trabajo: Noción, aspectos y merituación", DT 1990-B, 1319, TR LALEY AR/DOC/16097/2001.

II.2. Seguridad social

II.2.a. El desafío social del Mercosur

La celebración del Tratado de Asunción (ADLA, LI-C, 2887) importó, además del acto decisorio de llevarlo a cabo, formular un desafío cuya satisfacción excede a los Estados partes en cuanto entidades políticas soberanas, al imponer comportamientos adecuados a las instituciones y a los habitantes de la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay. El objetivo económico tenido en cuenta al crear un mercado común debe permitir apreciar, con base en ex-

periencias concretas y no como fruto de meras especulaciones teóricas, la interacción entre la economía, el derecho y la política; interacción visualizable como una realidad actual y en camino, calificable como fascinante, como lo es una promesa de un cambio que si se acierta en los medios, no cabe esperar sino una transformación de signo ciertamente positivo. A la vez, y por la ya referida imbricación entre lo "social" y lo "económico", los sucesivos pasos consolidativos de los propósitos del Tratado a cumplirse antes del 31/12/1994 y después de esa fecha, determinarán acciones configurativas de la política social adecuada a los cambios que el Tratado irá provocando. Será una tarea interdisciplinaria, en la que concierne a los juristas cometidos propios de su calidad de tales. En lo específicamente jurídico cabe postular actitudes que por una parte prevengan errores y por la otra sirvan para alcanzar el desarrollo económico con justicia social. De ese modo el necesario marco jurídico de la política social dará solidez al conjunto de medidas que se tomen a nivel de los países de la región para que por vía del cambio de las condiciones de vida material y cultural de la mayoría de la población —particularmente de los hiposuficientes— expresen una toma de conciencia progresiva de los derechos sociales, teniendo en consideración las posibilidades de viabilidad socioeconómicas. Lo que debe evitarse es la adopción de soluciones aparentes, basadas en el mero dictado de normas, pues el vicio del normativismo positivista frustra los objetivos de cambio social. Igualmente ha de cuidarse no incurrir en opciones meramente voluntaristas, que si carecen de viabilidad, enseguida se muestran ineptas cuando se las confronta con la realidad, y quedan entonces en simple e ineficaz declaracionismo. A esas prevenciones hay que contraponer la eficacia que cabe reconocer al derecho, concebido como un arte: *ars boni et aequi*, según la fórmula de Ulpiano. "El *aequum* indica igualdad, en el sentido de proporcionalidad para llegar a lo justo. *Bonum et aequum* es una endíasis para designar la justicia"; por eso, "la ciencia del derecho no es, pues otra cosa, que sistema o arte de la justicia", y "la tarea del jurista es únicamente buscar lo justo, tanto en la aplicación como en la formación del derecho". En estas enseñanzas de estirpe milenaria debemos confiar para la correcta utilización de las herramientas que conduzcan a la obra justa, en particular referencia al marco jurídico de la dimensión social del Mercosur. Con su habitual agudeza, firmemente asentada en la realidad e iluminada por el entendimiento, Pla Rodríguez se ha referido a que el Mercosur a la vez evoca ideas de temor, peligro e incertidumbre, así como es posible aproximarlo a la esperanza; y didácticamente postula que la asociación de ideas entre el Mercosur y la esperanza incorpore como un tercer elemento la responsabilidad. Coincidentemente, en el Seminario el profesor Magrini expresó que hay que poner el acento en la esperanza. Si es cierto entonces que hay un futuro que nos ha abierto el Mercosur, veámoslo con mirada de esperanza.

PODETTI, Humberto A., "Seguridad social e integración regional en el Mercosur. Un enfoque políticosocial", LA LEY 1992-E, 1132, TR LALEY AR/DOC/13196/2001.

II.3. Derecho internacional

II.3.a. El derecho internacional del trabajo

Aquel que se denomina derecho internacional del trabajo corresponde a la parte del ordenamiento jurídico cuyas fuentes la constituyen instrumentos normativos en materia laboral, de seguridad social y más ampliamente de política social, originados en organizaciones internacionales, o en tratados o convenios bilaterales o multilaterales entre Estados. Poniendo énfasis en la idea que el derecho es el instrumento de la justicia, cabría decir que es el relativo a la solución justa de los problemas sociolaborales en el ámbito internacional; en cambio se lo examina desde una visión normativista, resulta válida la definición de Válticos, como "conjunto de reglas relativas al trabajo establecido por medios de acuerdos internacionales". En tanto que los instrumentos normativos internacionales versen sobre el trabajo o sobre las contingencias sociales, el derecho internacional del trabajo es materia de estudio en el derecho del trabajo y de la seguridad social; pero no por ello deja de formar parte del derecho internacional público, ni cabe reconocerle una autonomía de la que carece, toda vez que sus instituciones no son esencialmente diferentes de las del derecho de gentes, sin perjuicio de la especificidad de las cuestiones laborales y de la seguridad social que le dieron origen. A propósito de esto últi-

mo, Válticos ha enumerado como razones de ser del derecho internacional del trabajo, a la concurrencia internacional; la contribución a la edificación de la paz; la acción por la justicia social; la necesidad de una política social de conjunto y de una reglamentación técnica previa; la acción para el desarrollo económico y social equilibrado; la reglamentación de situaciones en las que interviene un elemento internacional; la consolidación de legislaciones nacionales; las normas internacionales como fuentes de inspiración de legislaciones nacionales; y la ubicación general de normas jurídicas en el orden internacional (normas, política y acción práctica). Por cierto que según las circunstancias espaciotemporales cada una de estas razones podrían ser materia de discusión en cuanto a si son o no decisivas; pero su combinación es lo que les da valor, "a juzgar por el ritmo sostenido de la adopción de normas internacionales del trabajo y el uso creciente que ellas encuentran en países muy diferentes". Dentro del derecho internacional del trabajo cabe destacar el relieve de los convenios, y recomendaciones de la OIT, así como de las resoluciones de sus órganos, comisiones y comités, por la riqueza y complejidad de su contenido y el número creciente de aquellos; así como el hecho de que todos los Estados Miembros están obligados a ratificar los convenios e informar sobre su aplicación; y además a que están desarrollados los procedimientos para controlar su cumplimiento.

PODETTI, Humberto A., "Derecho, proceso de desarrollo y normas internacionales del trabajo", DT 1992-A, 601, TR LALEY AR/DOC/4874/2001.

II.3.b. Recepción interna de las normas internacionales del trabajo

Las normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT, en cuanto respuestas normativas a las deficiencias sociales, principalmente en materia laboral y de la seguridad social, y más ampliamente en la política social en sentido genérico, pueden ser incorporadas a las legislaciones nacionales, dentro de diversos supuestos. A. Ratificación del convenio de la OIT. Un primero y primordial supuesto de esa recepción consiste en la ratificación por el Estado Miembro del respectivo convenio de la OIT, lo que constituye una obligación impuesta por la Constitución de aquella, luego que haya entrado este en vigor. Según cuál sea la doctrina aplicable en cada país, la monista o la dualista, habrá o no incorporación automática de la legislación nacional del convenio ratificado , sin perjuicio de la distinción entre las disposiciones autoejecutivas y las que requieren una legislación específica. Si se trata de disposiciones que no sean autoejecutivas; o si el sistema de derecho interno es dualista, el convenio ratificado adquiere un carácter programático, cuya concreción resultará de las circunstancias de cada país; ello así, sin perjuicio de los informes que debe rendir el Estado Miembro sobre el cumplimiento del convenio ratificado. Cabe hacer la importante salvedad, sobre que se admite que la incorporación al derecho interno lo sea por normas de distinta jerarquía, y no necesariamente legislativas. El dictado de tales normas para la armonización del derecho interno con el convenio ratificado puede que sea el resultado de una acción espontánea del respectivo Estado, como consecuencia del control de la OIT, sea por acción inmediata o mediata. B. No ratificación del convenio. Cuando no se ratifica el convenio, la omisión o la demora en hacerlo configura un incumplimiento por el Estado Miembro de las obligaciones impuestas por la Constitución de la OIT; sin embargo, ello puede dar lugar a situaciones diferentes, cuya apreciación deberá serlo de manera particularizada. Una primera situación, consiste en que la legislación nacional contenga ya previsiones como las contempladas en el convenio; o en su caso, más avanzadas. Una segunda situación, es la que después de aprobado el convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, la legislación nacional recoja sus disposiciones en algunas formas no necesariamente de rango legislativo; entre ellas la inducción directa (tomando como modelo la respectiva norma internacional) o la inducción indirecta (inspirándose en legislación comparada, que a su vez haya aplicado el convenio o aun la recomendación de que se trate).

PODETTI, Humberto A., "La recepción interna de las normas internacionales del trabajo", DT 1994-A, 153, TR LALEY AR/DOC/15944/2001.

II.3.c. Alcance de las normas internacionales del trabajo

En relación concreta a las normas internacionales del trabajo, su contenido se vincula más

inmediatamente con los derechos económicos, sociales y culturales, en un sentido amplio; ello incluye su reconocimiento en las relaciones laborales individuales y colectivas, y frente a las contingencias sociales; y también a la elevación del nivel de vida, de la protección de la familia y de la educación. Todo lo cual, está de acuerdo con el principio básico sustentado por la OIT en la Declaración de Filadelfia, 1944, de que "todos los seres humanos, sin distinción de credo, o sexo, tienen derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica, y en igualdad de oportunidades". Sin embargo, frente a argumentos que suelen esgrimirse sobre la anteposición en el tiempo de la etapa de crecimiento económico como condición necesaria previa para el desarrollo social, es oportuno recoger la observación de que las normas internacionales del trabajo "representan una síntesis de tendencias laborales internacionales, confeccionadas por los propios protagonistas, de manera tal que puedan influenciar la dinámica social de los diversos países", así como que esto "no significa desconocer las dificultades que pueden obstaculizar la aplicación de ciertas normas, derivadas del insuficiente desarrollo económico e inclusive administrativo de determinados países. En este caso, tales normas constituyen una guía para una futura adecuación y su influencia queda latente". Ellas más bien "ocupan una situación intermedia en la que se ha tratado de lograr un equilibrio entre los principios generalmente aceptados y una meta realista a la que debe tenderse. Pueden representar en ciertos casos una base mínima y un punto de arranque para toda superación que asegure un bienestar creciente a los trabajadores en el marco de las posibilidades económicas". Una síntesis de lo que antecede podría constituirla el párrafo de la Declaración de Buenos Aires (7ª Conferencia de los Estados de América miembros de la OIT, 1961), sobre la perentoria necesidad de que "los gobiernos den vigencia inmediata a las normas jurídico-sociales, adaptándolas a la realidad económica y social en armonía con los convenios y recomendaciones de la OIT y completándolas con las medidas de carácter administrativo y financiero indispensables para suprimir trabas impuestas al desarrollo económico y social equilibrado de los países". En ese orden de ideas, dichas normas representan la expresión programática de una Política Social adecuada a las expectativas de un cambio constructivo hacia una sociedad más justa y más participativa, dentro de los carriles del derecho.

PODETTI, Humberto A., "Incidencia de las normas internacionales del trabajo en los países en vías de desarrollo. Principales aspectos", DT 1992-B, 1157, TR LALEY AR/DOC/17421/2001.

II.4. Derecho procesal

II.4.a. Conciliación y arbitraje

Según una clasificación aceptada pacíficamente, los conflictos de trabajo por una parte son de derecho —en los que se debate la interpretación de normas jurídicas preexistentes— y de intereses —en los que se debate el establecimiento de nuevos derechos. A esta clasificación se superpone otra que distingue entre conflictos individuales, que atañen a uno o más trabajadores individualmente considerados; y colectivos, que corresponden a un grupo de trabajadores sin individualización personal de sus componentes. Tanto los conflictos individuales como los colectivos pueden ser de derecho o de intereses; pero la mayoría de los de carácter individual son de derecho y la mayoría de los de carácter colectivo son de intereses. Casi desde los albores del derecho del trabajo se ha recurrido a la conciliación y al arbitraje para solucionar los conflictos del trabajo, pero distinguiendo claramente entre los individuales y los colectivos. Respecto de estos últimos, el recurso a la conciliación y al arbitraje tiene jerarquía constitucional, puesto que el art. nuevo (14 *bis*) garantiza a los gremios recurrir a la conciliación y al arbitraje. Hay instrumentos de la OIT relativos a la conciliación y al arbitraje. Para los conflictos individuales se postula que los tribunales del trabajo se esfuercen en solucionar los conflictos jurídicos del trabajo por el avenimiento y la conciliación de las partes antes que por sentencia o fallo judicial (Resolución de Montevideo sobre tribunales del trabajo, 1949, punto 10). En cuanto a los conflictos colectivos, además de la recomendación N° 92 sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951, en el convenio sobre fomento de la negociación colectiva, 1981, se deja a salvo que sus disposiciones no obstaculizarán el funcionamiento de sistemas de re-

laciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva (art. 6°).

PODETTI, Humberto A., "La instancia obligatoria de conciliación laboral", LA LEY 1999-A, 778, TR LALEY AR/DOC/7739/2001

III. Bibliografía (2)

PODETTI, Humberto A., "Aspectos del Recurso Judicial en materia de Previsión Social", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

(2) Las obras citadas se encuentran para su consulta en su mayoría en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PODETTI, Humberto A., FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Leyes de previsión social", Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1969.

PODETTI, Humberto A., FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos "Leyes de procedimiento laboral", Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1969.

VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), PODETTI, Humberto A., RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. "Tratado de Derecho del Trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1982/1985

PODETTI, Humberto A., BANCHS, Ireneo E., "Trabajo de mujeres: Comentario a los arts. 172 a 186 de la Ley de Contrato de Trabajo", Hammurabi, Buenos Aires, 1980.

SEGURIDAD SOCIAL

Dossier Movilidad Jubilatoria - Doctrina

La inconstitucionalidad del régimen legal de movilidad jubilatoria de la ley 27.609

Julián A. de Diego (*)

Sumario: I. Los antecedentes de los casos "Badaro".— II. Escenario general.— III. La Ley 27.609 de Movilidad Jubilatoria.— IV. Conclusiones.

I. Los antecedentes de los casos "Badaro"

Más de dos tercios de los jubilados cobran el monto mínimo, y casi el 50% de la economía laboral no se encuentra registrada. Con estos dos datos basta para demostrar que el sistema jubilatorio resulta ser inviable, ya que el régimen no cumple con la función para la que fue creada, y carece del financiamiento mínimo indispensable para que se pueda preservar su sustentabilidad.

En el análisis macroeconómico, el presupuesto de jubilaciones y pensiones ocupa el primer lugar dentro del gasto público, y una de las causas del déficit fiscal endémico.

Por ende, según el enfoque, la solución es totalmente antagónica. Si lo analizamos desde el ángulo de los beneficiarios deberíamos contar con un sistema que conceda un haber razonable y que este no se deteriore año a año por efecto de la inflación.

Recordemos, la mitad de los jubilados con el mínimo cayeron en él por la pérdida del valor real del haber. Desde el punto de vista de las cuentas públicas, el haber debe relacionarse con la recaudación y con el promedio de los ingresos registrados, que está por debajo de la inflación.

En consecuencia, según la orientación política del gobierno de turno y las circunstancias hemos tenido todo tipo de alternativas, que sin duda nos enfrentan con un proceso de deterioro, que no encuentra el punto de equilibrio, y termina resolviéndose en se judicial, en forma tardía, y con paliativos, como fue el caso de los fallos de la Corte Suprema que resolvieron en casos de extrema necesidad, de no descontar el impuesto a las ganancias **(1)**. En cualquier caso, este tipo de decisiones no resuelven la cuestión de fondo.

En el caso "Badaro I" **(2)** un jubilado que percibía un haber superior a $1000 interpuso una demanda tendiente a obtener un aumento en su prestación previsional.

La Cámara confirmó la nueva determinación del haber inicial y su ajuste hasta el 31 de marzo de 1991, pero modificó la movilidad posterior de

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas y profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, donde además dirige el Posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios. Es académico de número en el Sitial de José María Paz de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

(1) DE DIEGO, Julián A., "La inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios", LA LEY 17/04/2019, 2, AR/DOC/839/2019.

(2) CS, "Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nac. de la Seguridad Social", 08/08/2006, LA LEY 2006-D, 801 con nota de PICONE, Javier B., NILSSON, Eloy A., LA LEY 2006-E, 156 con nota de BESTEIRO, José M., LA LEY 08/09/2006, 5 con nota de AYUSO, Luis Emilio, LA LEY 2006-E, 372 con nota de ALICE, Beatriz L., LA LEY 2007-A, 241 con nota de Robledo, Néstor D., JA 2006-IV-702, AR/JUR/3437/2006.

acuerdo con los precedentes de la Corte "Sánchez" y "Heit Rupp".

El actor y la Administración Nacional de la Seguridad Social interpusieron recursos ordinarios de apelación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró desierto el recurso deducido por la demandada y procedente el impetrado por el actor, revocando la sentencia apelada.

La ausencia de aumentos en los haberes previsionales de $1000 o superiores no se compadece con un sistema válido de movilidad desde que la garantía consagrada en el art. 14 *bis* de la CN tiene como finalidad acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decae su valor con relación a los salarios de actividad.

La política de otorgar incrementos solo a los haberes previsionales más bajos trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficiario mínimo, poniendo en igualdad de condiciones a los que efectuaron aportes diferentes y quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo con su esfuerzo contributivo.

Aun cuando a través del dec. 1199/2004 (Adla, LXIV-E, 5453) se hubiere creado un suplemento por movilidad equivalente al 10% para los haberes previsionales inferiores a $1000 con el propósito de atender en primer lugar las necesidades más urgentes, dicho criterio no puede llevar a convalidar una postergación indefinida de aquellos jubilados que no se encuentran en el extremo inferior de la escala de haberes.

La movilidad del haber previsional no es un reajuste por inflación, sino que constituye una previsión con contenido social referida a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para lo cual es necesario que su cuantía mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores y que ellos resulten adecuados para atender las necesidades básicas.

El art. 14 bis de la CN en cuanto a que asegura jubilaciones y pensiones móviles, y con ello asegura la mentada movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método, pero tal reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral.

Si bien la omisión de disponer un ajuste por movilidad en el haber previsional del actor privó a este del derecho previsto en el art. 14 *bis* de la CN, *ello no habilita al Poder Judicial a fijar la movilidad que cabe reconocer en la causa por cuanto, la trascendencia de la resolución y las condiciones económicas imperantes requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general,* debido a la complejidad de la gestión del gasto público y de las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer.

En el caso "Badaro II" **(3)** el actor plantea la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 26.198, pues sostiene que no cumplen con las pautas fijadas por la Corte Suprema en su anterior intervención en la causa, con relación a la comprensión y alcance de la garantía de la movilidad de las prestaciones previsionales.

En este contexto, y agotado el plazo razonable a que aludía el fallo anterior, el Tribunal se expidió sobre las impugnaciones al sistema instituido por el art. 7°, inc. 2°, de la ley 24.463, a la luz de su concreto ejercicio durante el período comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006.

En el caso se estableció que correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 7°, inc. 2°, de la ley 24.463 (ADLA, LV-C, 2913) y disponer que la prestación del actor —cuyo beneficio supera los $1000— se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, y ordenar a la demandada que abone el nuevo haber y las retroactividades que surjan de la liquidación, en

(3) CS, "Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nacional de la Seguridad Social", 26/11/2007, LA LEY 30/11/2007, 3 con nota de PICONE, Javier B. y NILSSON, Eloy A., DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, AYUSO, Luis Emilio, BADENI, Gregorio, LA LEY 2007-F, 688.

el plazo previsto por el art. 2° de la ley 26.153, estas últimas con más los intereses a la tasa pasiva, autorizándose la deducción de las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento de las disposiciones del dec. 764/2006 (ADLA, LXVI-C, 2483).

Las prescripciones de ley de presupuesto 26.198 (ADLA, LXVII-A, 96), relativas al régimen de movilidad previsional, no son las reclamadas por la Corte Suprema en su anterior intervención en el caso, pues el texto legal aprobado por el Congreso, que ejerce por primera vez las facultades reservadas por la ley de solidaridad previsional estableciendo el incremento anual de las prestaciones, no contiene precepto alguno dirigido a resolver la particular situación vinculada con años anteriores, ya que así lo expresa su art. 51, en tanto interpreta que las alzas acordadas constituyen la movilidad mínima garantizada para el ejercicio del año en curso.

Para conferir eficacia a la finalidad protectora del régimen de movilidad previsional establecido por la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan el estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos.

El porcentaje de aumento otorgado para el año en curso por la ley de presupuesto 26.198 (ADLA, LXVII-A, 96) —al igual que el previsto por el dec. 1346/2007— rige para la totalidad de la clase pasiva, pero no examina el achatamiento en la escala de beneficios señalado por la Corte Suprema en su anterior intervención en la causa, además de no tener en cuenta que ese desfase se ha venido agravando durante los últimos cinco años, por lo que no podría sostenerse que la ley mencionada haya cumplido el deber de corregirlo, máxime cuando convalidó en su art. 48 las normas que lo originaron.

Si bien la Corte Suprema ha reconocido la validez constitucional de los cambios de los regímenes de movilidad, esto es, del reemplazo de un método de determinación de incrementos por otro, realizado a los fines de lograr una mejor administración o dar mayor previsibilidad financiera al sistema de seguridad social, el reconocimiento de esa facultad se encuentra sujeto a una indudable limitación, ya que tales modificaciones no pueden conducir a reducciones confiscatorias en los haberes.

Toda vez que el único aumento en el beneficio jubilatorio del actor —superior este a los $1000— que se ha dispuesto durante el período reclamado —enero de 2002 a diciembre de 2006— es insuficiente para reparar su deterioro, corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes.

Contribuye a la seguridad jurídica el dictado de una ley que establezca pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional relativo a la movilidad de las prestaciones previsionales, pues, una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial.

La división de poderes determina que es el Parlamento el que debe dictar las normas que sigan las pautas de la Corte, lo que insistentemente no se ha cumplido en las distintas reformas que se han conocido sobre el particular. A pesar de las promesas electorales, el actual Gobierno Nacional volvió a caer en las garras de normas inconstitucionales, que seguramente serán nuevamente impugnadas por la vía judicial.

II. Escenario general

Defraudar a los jubilados ha sido la práctica normal y habitual de casi toda la historia del régimen previsional de la Argentina, ajustando por debajo de la inflación, con sumas fijas, ajustando solo las jubilaciones mínimas, creando jubilación sin los aportes y las contribuciones correspondientes, pagando deudas atrasadas con bonos de la deuda pública, aumentando la edad para jubilarse o la edad para intimar al trabajador a que se jubile.

En el análisis macroeconómico se sostiene que el sistema previsional debe reformarse, para continuar con el proceso defraudatorio, y el resultado son miles de juicios de los jubilados reclamando los ajustes.

Viola la Constitución Nacional que garantiza jubilaciones y pensiones móviles, los más elementales derechos humanos, la legislación y jurisprudencia vigentes, y en particular las normas éticas y morales más elementales que desde quienes administran en el Estado el sistema previsional especulen con la salud, la expectativa de vida y con la muerte de los jubilados para reducir el presupuesto del sistema estatal de reparto que estamos padeciendo.

Para citar ejemplos recientes, tenemos la reforma "Macri" que con un cambio de sistema de ajuste retrasó más de un 25% los ajustes y elevó a la edad de 70 años para el caso del despido por causa de jubilación, para detener las jubilaciones generadas desde las empresas.

En la actual gestión, se volvió a cambiar el sistema, aumentando la jubilación mínima y degradando el resto al estilo del caso "Badaro", con base en una supuesta fórmula de solidaridad que hay que nivelar hacia abajo, cuando los derechos originados en el cálculo del haber jubilatorio son derechos adquiridos amparados por el art. 14 *bis* de la CN.

El nuevo ajuste tendrá en cuenta, según lo anunció el Ministerio de Economía, la variación de los salarios formales que en la pandemia sufrieron un retraso, de acuerdo con el RIPTE o remuneraciones promedio sujetas a aportes y contribuciones (privadas y del Estado), y la evolución interanual de la recaudación tributaria del semestre.

Estos parámetros no tienen antecedentes en el derecho comparado, porque ambos son eventos sujetos a las vicisitudes del mercado y a la eficiencia de los entes recaudadores, que entre otras medidas han debido suspender por un tiempo la ejecución contra los deudores.

A su vez, en el contexto del ATP se condonaron contribuciones patronales o se las postergaron como paliativo frente a las crisis y al aislamiento social preventivo y obligatorio.

Recién ahora, hemos pasado a la DISPO, o distanciamiento social preventivo y obligatorio, en un contexto donde continúa la pandemia del COVID-19 donde todavía no se cuenta con la vacuna preventiva ni con medicamentos curativos para los contagiados.

En septiembre, que es cuando corresponde hacer el segundo ajuste del año, se aplicará la fórmula precitada, o en su caso, la variación de la recaudación acumulada del ANSeS de los últimos doce meses, con un 3 % de incremento, dividida por la cantidad de beneficiarios del sistema. De los dos modelos, se aplicará el que tenga menor costo para el organismo.

En términos reales habrá que ver que dicen los resultados para poder verificar si la crítica es fundada, y se utilizan estos mecanismos para confirmar un nuevo retroceso en el ajuste de los haberes jubilatorios y en las pensiones, que nada tiene que ver con la inflación.

Si tomamos los datos del INDEC, al mes de septiembre por los últimos doce meses, entre la inflación y los salarios hay una diferencia por debajo del ajuste del valor del dinero de no menos del 8%.

Según este nuevo criterio, ya empleado en el pasado, los ajustes de los haberes no tendrán que ver con la inflación, sino con el crecimiento promedio de los salarios y el monto de la recaudación. Según se argumenta y se afirma desde los organismos públicos, este tipo de ajuste es más acorde con la crisis y la situación económica del momento.

Lo cierto es que los haberes son alimentarios, y tienen que ver con los ingresos mínimos de subsistencia, que tienen una canasta familiar mínimo de $55.000 (para dos personas) o sea más del doble de la jubilación mínima, que abarca a más del 70% de las personas de la pasividad.

Otro dato es el que surge del presupuesto Nacional 2021, que parte de la premisa de que los haberes de jubilados y pensionados crecerán un 32,2% con un 11.9 en marzo y con un 18,2% en septiembre, que supera la fórmula ya desactivada el gobierno anterior. Es dable recordar que estos son valores de referencia, porque en cada

uno de los dos períodos, se deben aplicar las fórmulas que ya reseñamos *ut supra*.

El problema fundamental del sistema de reparto sigue y seguirá siendo el alto nivel de evasión, cercano al 50% que también afecta la viabilidad de poder acceder a la jubilación ordinaria, dado que al cumplir los 65 años (edad mínima para jubilarse) muchos afiliados del sistema no alcanzan los 30 años de servicios con aportes.

A su vez, los ingresos registrados de los últimos diez años anteriores al cese son los años de cómputo de la Prestación Compensatoria o Prestación Adicional por Permanencia son los que cuentan con el menor número de años de trabajo computables, con lo cual la base de cálculo del haber se reduce en muchos casos hasta llegar a la jubilación mínima.

En síntesis, nuevamente, los beneficiarios del sistema jubilatorio van a recibir ajustes inferiores a la inflación, de modo tal, que su capacidad de ingreso vuelve a sufrir un nuevo retroceso, muy lejano al modelo arquetípico del 85% móvil que se pregona en las campañas, contrastando con la realidad de lo que luego hacen los gobernantes de todas las gestiones de defraudar en forma sistemática a quienes pasan a la pasividad con argumentos, declamaciones contradictorias, y un relato que se hace añicos cuando los beneficiarios del sistema tienen que afrontar con su jubilación o pensión las necesidades mínimas de subsistencia.

III. La Ley 27.609 de Movilidad Jubilatoria

La ley 27.609 de índice de movilidad jubilatoria estableció la sustitución del art. 32 de la Ley de Jubilaciones y Pensiones 24.241, sobre la movilidad de las prestaciones alcanzará a las mencionadas el art. 17 en los incs.: a) prestación básica universal; b) prestación compensatoria; c) retiro por invalidez; d) pensión por fallecimiento; e) prestación adicional por permanencia; y f) prestación por edad avanzada **(4)**.

Se agrega que el índice de movilidad se obtendrá conforme la fórmula que como Anexo forma parte integrante de la misma ley. *El nuevo ajuste tendrá en cuenta, según lo propició el Ministerio de Economía, la variación de los salarios formales que en la pandemia sufrieron un retraso, de acuerdo con el RIPTE o remuneraciones promedio sujetas a aportes y contribuciones (privadas y del Estado), y la evolución interanual de la recaudación tributaria del semestre.*

Insólitamente, la norma establece que en ningún caso la aplicación de dicho índice podrá producir la disminución del haber que percibe el beneficiario o la beneficiaria.

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) elaborará y aprobará el índice trimestral de la movilidad y realizará su posterior publicación.

A su vez, la primera actualización sobre la base de la movilidad dispuesta en el art. 1° de la presente se hará efectiva a partir del 1° de marzo de 2021. Se establece (art. 3°) que la movilidad dispuesta en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificaciones resultará de aplicación en las prestaciones acordadas al amparo de los regímenes especiales, a las que no se les aplique un incremento específico.

En cuanto al índice de Actualización de las Remuneraciones se sustituye el art. 2º de la ley 26.417 y su modificatoria, el que quedará redactado como lo establece el art. 2º.

Dicha norma establece que a fin de practicar la actualización trimestral de las remuneraciones a las que se refiere el art. 24, inc. a) y las mencionadas en el art. 97 de la ley 24.241 y sus modificaciones, se aplicará un índice combinado entre el previsto en el inc. b) del apartado I del art. 5° de la ley 27.260 relativo a la evolución interanual de la recaudación tributaria del trimestre y el índice establecido por la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTE) que elabora la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social o quien en el futuro lo sustituya.

A su vez se faculta al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para que en forma

(4) Inciso incorporado por el art. 3° de la ley 24.463 BO del 30/3/1995 con vigencia desde su publicación en el boletín oficial.

conjunta con el Ministerio de Economía y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) en el ámbito de sus respectivas competencias, dicten las normas aclaratorias y complementarias de la presente ley. La norma rige desde su publicación en el boletín oficial.

En el discurso inaugural de las Sesiones del Congreso Nacional del 1 de marzo de 2021, se volvieron a anunciar refuerzos solo aplicables a las jubilaciones mínimos, cayendo nuevamente en el caso "Badaro" y reviviendo los reclamos judiciales por ajustes, que volverán a plantearse ante la justicia.

De nuevo se vuelve a especular con la edad de los jubilados, sus restricciones a la supervivencia, y con ello, a volver a plantear una nueva defraudación en perjuicio del derecho de propiedad que cada beneficiario ostenta, jugando con su salud, con su vida y con las necesidades de la subsistencia.

IV. Conclusiones

La reforma que hemos sintetizado vuelve a crear un mecanismo inconstitucional que reitera el tradicional fraude sobre los haberes jubilatorios. La violación de la normativa de nuestra Carta Magna se potenciará con los ajustes de los haberes mínimos y el perjuicio que aumentará sobre el resto de las jubilaciones y pensiones.

El bien jurídicamente tutelado por el art. 14 *bis* respecto de la movilidad de jubilaciones y pensiones no está ligado solo al ingreso de quienes ingresan a la pasividad centrado solo en el derecho de propiedad, es un valor que debe preservar la subsistencia del beneficiario con ingresos que permitan asistir los gastos indispensables, y que el transcurso del tiempo no degrade su capacidad de compra dentro de términos razonables.

Es de esperar de la Corte Suprema que no permita que la demora en la resolución de estos planteos permita especular al Poder Ejecutivo con la expectativa de vida y con la subsistencia de los beneficiarios.

También es esperable que finalmente, por todos los fundamentos ya vertidos en su oportunidad, se declara la improcedencia de la aplicación del Impuesto a las Ganancias sobre los haberes jubilatorios, que conforman una incuestionable confiscación de ingresos que son alimentarios, y hacen a la subsistencia de los beneficiarios.

Además de puede inferirse de que existe doble imposición, resulta inverosímil que el habitual atraso del ajuste del mínimo no imponible llegue a comprometer parte de ingresos que apenas superan la canasta familiar con gravámenes en favor del fisco.

Es más, existe un claro desconociendo del valor y/o principio fundamental que debe resguardar estos ingresos, cual es, el de *preservar la intangibilidad de los haberes jubilatorios, propiedad que tiene la remuneración como contraprestación del trabajador por poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, mientras que en el caso del jubilado o pensionado directamente se la ignora.*

Este principio de intangibilidad del haber jubilatorio debería ser más amplio y más estricto, ya que estos ingresos son la compensación de una vida de esfuerzo, y operan como un salario diferido provisto por el derecho de la seguridad social con base en los aportes y contribuciones del sistema aportados por los pasivos cuando se encontraban en actividad.

Cambio de la fórmula de movilidad jubilatoria

Qué beneficios acarrea y qué consecuencias negativas genera: Índice de Movilidad Jubilatoria, ley 27.609

Federico Despoulis Netri (*)

Sumario: I. Aspectos preliminares de la seguridad social y especialmente la movilidad.— II. Antecedentes históricos del Sistema Previsional en Argentina.— III. Análisis de la Discusión Parlamentaria sobre la Movilidad y su concepto en 1957.— IV. Concepto de progresión en materia previsional en virtud de los fallos de la Corte y los tratados internacionales.— V. Por qué nuevos índices de movilidad.— VI. Conclusión.

"He sido un hombre afortunado en la vida: nada me resultó fácil".
Sigmund FREUD

I. Aspectos preliminares de la seguridad social y especialmente la movilidad

Tocar un tema tan sensible como los haberes jubilatorios y su respectiva movilidad, siempre es algo muy complejo, más si tomamos en cuenta la situación actual del país, sumado a una pandemia mundial que afecto no solo la salud de la población mundial, sino también el trabajo, la recaudación y, por ende, los salarios, es decir, que el conjunto del sistema productivo en el mundo y especialmente en Argentina ha sufrido un gran golpe, del que como siempre debemos levantarnos, algunos por nuestros propios medios y otros con la ayuda del Estado.

La movilidad como ya es sabido surge de la Constitución Nacional art. 14 *bis,* párr. 3º, que reza que las jubilaciones y pensiones son móviles **(1)**, pero que es, y porque se da esta necesidad de modificarla periódicamente sin llegar nunca a tener un periodo lógico, racional y continuo de estabilidad previsional.

Aunque queda claro que el tema de los índices es algo muy importante en esta materia, hasta la fecha todos los utilizados no han dado una realidad económica sustancial a las necesidades de los adquirentes, y se siguen usando distintas fórmulas a fin de encontrar la que más le convenga al gobierno, al momento de pagar la tan ansiada movilidad.

Sin embargo, hay períodos donde no hubo un gran interés sobre la movilidad o por lo menos no era el gran tema para discutir en materia previsional, por ejemplo, la década del 90 hasta la crisis del 2002, aparentemente los índices y la

(*) Abogado (UBA). Profesor. Docente de la Universidad de Buenos Aires en materias de Grado, Extensión Universitaria y Posgrado. Docente En Especializaron en derecho Tributario en la Universidad Católica Argentina y Nacional de Córdoba en la Especialización en Seguridad Social. Miembro de la Comisión Directiva de la ADAP.

(1) Constitución Nacional art. 14 *bis, AR/LCON/06YO.*

forma de otorgamiento de este derecho que estaba cercenado y violado por la ley 24.241 con la creación del sistema de capitalización como continuador del sistema previsional, no era un tema relevante en la discusión del derecho y de muchos políticos.

Algunos ejemplos lo podemos palpar en los últimos 35 años de historia en la argentina vuelta a la democracia. En 1986, dado el contexto heredado, el presidente Raúl Alfonsín decretó la Emergencia Previsional, y con ello, logró congelar las demandas y la ejecución de las sentencias en contra del Estado. A la vez se estableció un nuevo mecanismo para el cálculo de los haberes previsionales, que, si bien apuntó a homogeneizar la distribución de los beneficios en el conjunto del sistema, no implicó su recuperación.

En la década del 90, durante la presidencia de Carlos Menem, tuvo lugar una drástica reforma al sistema previsional, abandonándose la solidaridad inter generacional como principio constitutivo del sistema. La ley 24.241 **(2)** instituyó un sistema mixto, que combinaba el sistema de reparto público y la capitalización individual como alternativas de las futuras jubilaciones: el primero, administrado por el Estado, y el otro por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) y Compañías de Seguro de Retiro (CSR), ambas del sector privado, y que debían garantizar a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público. Modificaciones posteriores incluyeron la creación de un Fondo de Garantía de Sustentabilidad, que recién en el año 2007 pudo finalmente concretarse.

Durante la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner se sancionó la ley 26.425 **(3)**, como consecuencia del fallo "Badaro, Adolfo V. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(4)** que obligo al Estado a definir índices de movilidad, y que nunca se reflejaron en dicho período, ya que, la Corte Suprema debió establecerlos por omisión de ANSeS, que no tenía intenciones de mejorar la situación de los jubilados hasta este fallo.

Posteriormente se unifica el sistema de jubilaciones y pensiones en un único régimen denominado Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), todavía vigente. Dicha ley dispuso la transferencia al ANSeS de los depósitos que se encontraban en las cuentas de capitalización de los afiliados y beneficiarios. Esta reforma implicó el retorno al régimen de reparto, y se caracteriza por ampliar el número de beneficiarios y tipos de beneficios, basarse en el principio de la solidaridad y financiarse a través de la lógica del sistema de reparto, entre otros.

Ya en el gobierno de Mauricio Macri, en el año 2016 se sanciona la ley 27.260 **(5)** Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, con el objetivo de implementar acuerdos para el reajuste de haberes y cancelación de deudas previsionales con aquellos beneficiarios que reúnan ciertos requisitos. La Ley dispone, asimismo, la creación del Consejo de Sustentabilidad Previsional, con el objetivo de que, en un término de tres años a partir de su sanción, elabore un proyecto de régimen previsional, universal, integral, solidario, público, sustentable y de reparto, previéndose una nueva reforma al sistema previsional. Si bien, en el primer semestre del 2018 se convocó al Consejo, todavía no se ha elaborado el proyecto de reforma anunciado.

Como podemos considerar la movilidad, solo se trató cuando era conveniente para el gobierno, o cuando un fallo obligaba a mejorar su haber, mientras tanto seguía durmiendo el juicio de los justos.

II. Antecedentes históricos del Sistema Previsional en Argentina

En la República Argentina, los primeros avances en materia previsional se manifestaron hacia fines del siglo XIX. El primer antecedente data del año 1877, durante la presidencia de Nicolás Avellaneda, cuando se sanciona la ley 870 de creación del Sistema de Jubilación para Magistrados Judiciales, régimen financiado por el Estado.

De las presidencias del General Roca (1880-1886 y 1898-1904) se rescata la ley 1909, sancio-

(2) AR/LEGI/4734.

(3) AR/LEGI/2V84.

(4) AR/JUR/7378/2007.

(5) AR/LEGI/8UGB.

nada en 1886, que creó el Sistema de Jubilación para Maestros, con financiamiento público, y la ley 4349 de creación de la Caja de Jubilación de Funcionarios, Empleados y Agentes Civiles (1904), que comprendía a los empleados de la administración pública. Este último régimen contemplaba un sistema de capitalización pública colectiva para el financiamiento de los haberes: el Estado recibía los aportes de los afiliados, que se aplicaban a inversiones productivas y a pagar los beneficios correspondientes. No existían cuentas individuales, sino una colectiva, comprensiva de todos los asegurados, aunque los agentes estaban individualizados.

Con posterioridad, en el gobierno de Victorino de La Plaza, la ley 9653, sancionada en 1915, creó la Caja de Jubilación de Ferroviarios. Establecía que todo trabajador despedido a causa de huelga perdería el derecho a jubilarse y los aportes que hubiese realizado, coartando así el derecho de huelga.

La primera década radical se caracterizó por significativos avances en lo laboral y previsional. Así es que en el primer mandato del Dr. Hipólito Irigoyen, precisamente en el año 1921, se creó la Caja de Jubilaciones para los Trabajadores de Empresas de Servicios Públicos (tranviarios, telefónicos, telégrafos, gas y electricidad), y en 1922, la Caja de Jubilaciones para los Empleados de los Bancos y Compañías de Seguros.

Durante el mandato de Marcelo T. de Alvear se sancionaron varias leyes que beneficiaron a los trabajadores, entre ellas:

— *La ley 11.289/1923,* que constituyó un avance hacia la jubilación universal y obligatoria. Dos años más tarde, tuvo que anularse dado que, tanto la Unión Industrial como el Movimiento Obrero de aquel momento cuestionaron el costo que implicaba su aplicación, rechazando el descuento que significaba hacer el aporte correspondiente (5% del salario). Esto me gusta remarcarlo, porque el sistema no nace en 1943, sino mucho antes, desgraciadamente la patronal y los movimientos obreros parece que se despartieran 20 años más tarde, reconociendo la necesidad de un aporte y contribución para el régimen previsional.

— *La ley 11.371/1924,* que reglamentó el trabajo de menores.

— *La ley 11.278/1925,* que reglamentó el pago de salarios.

Lo actuado condujo a conformar un sistema previsional fraccionado y heterogéneo en cuanto a beneficios, monto de los aportes, edad de retiro, financiamiento y calidad de prestaciones para los trabajadores de distintas actividades. Las cajas de jubilaciones sostenían la lógica de la capitalización individual: los aportes y contribuciones se destinaban a engrosar el fondo que financiaba el haber jubilatorio y demás prestaciones de quienes se acogieren a la jubilación.

En octubre de 1943, el coronel Juan D. Perón, solicitó estar al frente del Departamento Nacional del Trabajo, aspiración que le es concedida por el presidente Ramírez. Desde ese cargo se interiorizó e hizo suyos los problemas y necesidades de los trabajadores, iniciándose una etapa de expansión del sistema jubilatorio. A los dos meses de asumir aquella función, el Departamento a su cargo es elevado al rango de Secretaría de Trabajo y Previsión, mientras a la vez se impulsa un paquete de leyes laborales, la creación de la Caja de Jubilación del Personal de Comercio y Actividades Civiles y la Caja de Jubilación del Personal de la Industria.

Ya elegido Presidente de la Nación en 1946, y durante dos períodos sucesivos, el gobierno del Gral. Juan D. Perón jerarquiza la Secretaría de Trabajo, pasando a ser Ministerio de Trabajo y Previsión (1949); crea la Caja de Jubilación de Trabajadores Rurales e Independientes, Profesionales y Empresarios (1954); sanciona la primera ley en materia previsional: la ley 14.370/1954, de aplicación general; y extiende el derecho a la previsión social para amplias franjas de la clase trabajadora. El acceso a la cobertura previsional quedó dependiendo solo de la pertenencia del trabajador al mercado formal.

En el gobierno de facto del General Aramburu se registra el primer antecedente en materia previsional para el servicio doméstico. En ese período se dicta el dec.-ley 11.911/1956, que instituye con alcance nacional un régimen de previsión para los trabajadores de servicio doméstico, cuyo capital se formaría con el aporte

obligatorio del 5% de la remuneración a cargo de los afiliados y con la contribución de los empleadores del 7%, calculada en igual forma, más las multas, intereses, rentas, donaciones y legados.

En el siguiente gobierno constitucional de Arturo Frondizi se sancionó la ley 14.499/1958, cuyo aporte más significativo fue la movilidad del haber de la jubilación ordinaria. Establecía la equivalencia de ese haber al 82% móvil de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función del afiliado al momento de jubilarse, o de cesar en la prestación del servicio. También disponía para quien desempeñase cargo, oficio o función de mayor jerarquía, considerar la remuneración devengada en esta última, siempre que hubiera ejercido por un periodo de 12 meses consecutivos como mínimo (dec. 11732/1960). Además, establecía: "[S]i ese período fuere menor o si aquellos no guardaren una adecuada relación con la jerarquía de los desempeñados por el agente en su carrera, se promediarán los que hubiese ocupado durante los 3 años inmediatamente anteriores a la cesación de servicios". Esta ley se aplicaba a las Cajas de Previsión del Personal del Estado, Personal Ferroviario, Servicios Públicos, Bancarios y de Seguros, Periodismo, Navegación, Comercio y Actividades Civiles, Industria y Trabajadores Rurales. Otro aspecto destacable de la ley fue la creación del Fondo Compensador de Inversiones y Acumulación, a cargo del Instituto Nacional de Previsión Social, cuyos recursos se formaban con los excedentes de las Cajas Nacionales que lo integraban. Dicho Fondo se utilizó para:

a) Compensar los déficits de las cajas enumeradas precedentemente;

b) Financiar las inversiones destinadas a incrementar la producción de energía, combustibles y siderurgia;

c) Mejorar y ampliar los sistemas de transportes y vialidad y desarrollar otros programas fundamentales de carácter reproductivo para la expansión económica nacional.

Sin embargo, el aumento del número de jubilados y pensionados, la pérdida del poder adquisitivo de los activos monetarios por la inflación y la ausencia de inversiones que protegieran los fondos de jubilaciones contra ese flagelo, condujo a resentir financieramente el sistema.

La reforma del sistema previsional impulsada por el régimen de facto del Gral. Juan Carlos Onganía, a través de las Leyes 18.037 y 18.038, implicó una transformación estructural del sistema:

— Las diversas cajas de jubilaciones se unificaron en tres: Caja de Jubilación de Trabajadores Autónomos, del Estado y de la Industria, todas controladas por el Estado.

— Se estandarizaron los requisitos para acceder a los beneficios y los mecanismos de financiamiento para la mayoría de los sectores ocupacionales, como así también, la alícuota a pagar por aporte y contribuciones.

— Se elevó la edad para acceder al beneficio de la jubilación.

— Se elevó el número de años de aporte.

— Se fijó que los haberes jubilatorios estarían asociados con la historia individual laboral de cada trabajador.

Esta reforma, si bien mantenía la lógica de reparto y la movilidad del haber jubilatorio, tuvo efectos regresivos en cuanto al patrón distributivo del sistema previsional logrado en el gobierno del Gral. Perón, vigente hasta entonces. A su vez, benefició a los sectores de más altos ingresos e impactó de forma regresiva sobre los sectores populares, al instaurar la centralización administrativa, el incremento de las restricciones en el acceso a los beneficios y la imposición de un principio de distribución regresivo.

Como podemos ver el sistema previsional en la Argentina acredita un desempeño coincidente con la alternancia de políticas, a veces contrapuestas, que obedecen a las distintas filosofías e ideologías de los gobiernos que se han sucedido en el tiempo.

III. Análisis de la Discusión Parlamentaria sobre la Movilidad y su concepto en 1957

Fue en la Convención Constituyente de 1957 en donde se logró la incorporación del art. 14 *bis* a nuestra CN. En dicho precepto, se receptan los

derechos del trabajo en su versión individual y colectiva (párrs. 1º y 2º, siendo el miembro informante de tal sección —en cuanto a sus motivos fundantes—, el Dr. Carlos Bravo), así como también los atinentes al derecho de la seguridad social entendida en un sentido amplio (tercer párrafo, siendo el Dr. Mario Giordano Echegoyen el encargado de brindar sus fundamentos elementales).

Sin profundizar demasiado en las citas de la mencionada Convención, hemos seleccionado una serie de ideas importantes para el trabajo que nos convoca en esta hora. Respecto de la inclusión de los nuevos derechos sociales en el texto de la Constitución Nacional, el convencional por el partido demócrata cristiano, Dr. Horacio José Peña, afirmó que la incorporación de principios que garantizaren los derechos del trabajo y la seguridad social era una consecuencia de la etapa de evolución en que vive el mundo, que había pasado de un constitucionalismo de tipo individualista iniciado por la Revolución Francesa a una época de constitucionalismo social, agregando luego que, al incorporar los derechos sociales y gremiales a la Constitución, nos ubicábamos en una línea reformista encargada —como mejor manera— de evolucionar en el orden social, sin cambios violentos, para pasar de un sistema económico social a otro [Diario de Sesiones, t. II, ps. 1252 y 1253 **(6)**].

Respecto del sentido general de la seguridad social, el convencional Martella citó la opinión de Edward Phelan, por entonces, Director de la Oficina Internacional del Trabajo, quien afirmaba antes de terminada la última guerra mundial lo que sigue: "[E]l fin de la política futura debe ser asegurar para cada individuo, no solo un mejoramiento de las condiciones de trabajo, sino también una seguridad económica sin la cual, como ahora se reconoce, no será posible alcanzar una justicia social con resultados satisfactorios" [Diario de Sesiones, t. II, ps. 1247 y 1248 **(7)**]; y afirmó en un párrafo posterior que la sanción de la cláusula referida a los derechos sociales sería de extraordinarias consecuencias para el país, suponiendo un cambio fundamental en todo lo atinente a la previsión social. En una página siguiente argumentó sobre la importancia de unificar el sistema de la seguridad social en el país:

"(...) [A]spiramos a que el régimen de previsión sirva para unificar, comprendiendo a civiles y militares, obreros y empleados, a fin de dar al país un sistema racional terminando con los retiros voluntarios que, como bien lo decía el diputado que informó en nombre de la mayoría de la comisión, ha hecho que existan en la República personas de cuarenta años que, por haber obtenido ese tipo extraordinario de jubilación, prácticamente están en condiciones de vivir sin trabajar cuando están en la mejor edad para producir. Eso no tiene sentido de previsión" [Diario de Sesiones, t. II, p. 1249 **(8)**].

En la misma senda, dio cuenta sobre la importancia de la movilidad de las prestaciones para mantener a las personas jubiladas o pensionadas con una asignación que les supusiera siempre el mismo estándar de vida [Diario de Sesiones, t. II, p. 1249 **(9)**].

Sobre ello, el convencional Echegoyen, luego de aconsejar —en nombre de la Subcomisión de Derechos Sociales—, la inclusión en la Constitución de una serie de preceptos, refirió que desde tiempos remotos de la convivencia social se había considerado como un deber inexcusable auxiliar a los miembros económicamente débiles de la sociedad, agregando luego, que ya nadie discutía actualmente el deber ineludible de establecer normas precisas de protección a la persona humana que vayan desde el momento de la concepción hasta más allá de su propia muerte [Diario de Sesiones, t. II, p. 1.232 **(10)**]. A su vez, en una página siguiente, dio cuenta que el concepto primitivo de caridad había sido superado y reemplazado por un verdadero derecho que resolvería los múltiples aspectos de los problemas sociales, agregando luego: "[D]ar dinero es ocultar el fuego que arde, pero no apagarlo; es como el sedante que calma el dolor, pero que no cura el mal. Hay que ir necesariamente al fondo

(6) Diario de Sesiones, t. II, ps. 1252 y 1253.

(7) Diario de Sesiones, t. II, ps. 1247 y 1248.

(8) Diario de Sesiones, t. II, p. 1249.

(9) Diario de Sesiones, t. II, p. 1249.

(10) Diario de Sesiones, t. II, p. 1232.

de los problemas para hallar la solución" [Diario de Sesiones, t. II, p. 1233 **(11)**].

Respecto del ítem "jubilaciones y pensiones móviles", luego de aprobarse la cláusula primera del tercer párrafo de lo que sería el art. 14 *bis* —que prescribe sobre los caracteres de integral e irrenunciable respecto a los derechos de la seguridad social—, el convencional Martella afirmó que eran palabras sin sentido, y que había que suprimirlas pues, a su entender, con ese sistema proyectado se tendería a liquidar el régimen de las cajas de jubilaciones nacionales, y agregó que lo de móvil tenía sentido antes, cuando se partía de la idea de imponer un régimen de seguros que se hiciese cargo de las jubilaciones y pensiones otorgadas por el Instituto de Previsión Social, mas no en ese tiempo en que, si el régimen se hacía provincial, ya no tenía sentido (a su entender) que se impusiera una cláusula como la explicada [Diario de Sesiones, t. II, p. 1481 **(12)**].

No obstante, las opiniones contrarias, el Dr. Ramón Eduardo Arigós, en defensa de la movilidad previsional, afirmó:

"Sobre cualquier deficiencia técnica que esto pudiera significar, está el pensamiento de incorporar una gran institución a las jubilaciones y pensiones, a fin de que ellas sigan el ritmo del costo de vida, para que los jubilados y pensionados no pasen las necesidades que actualmente atraviesan como consecuencia de que, a raíz de la desvalorización de la moneda, al poco tiempo de haberse acogido al retiro, su jubilación no les alcanza para vivir y se ven obligados a competir con el trabajador activo" [Diario de Sesiones, t. II, p. 1481 **(13)**].

Cabe agregar que, lejos de considerar tal cláusula como redundante (como lo afirmara en su oportunidad el profesor Pablo Ramella, para quien la movilidad jubilatoria quedaba incluida dentro de la disposición anterior del art. 14 *bis,* atinente al seguro social obligatorio, 1985, p. 431), la consideramos elemental para dinamizar los derechos sociales en juego, en punto a brindar una mejor protección a los haberes jubilatorios o pensionarios de las personas titulares de estos, a partir del reconocimiento de una disposición dinámica y protectoria como la estudiada que, además, únicamente encuentra sentido en conjunción con los principios de la seguridad social y, especialmente, con el de progresividad, temas ellos que serán tratados en lo que sigue.

IV. Concepto de progresión en materia previsional en virtud de los fallos de la Corte y los tratados internacionales

Dentro de los principios de la seguridad social y muy ligado a la movilidad, me gustaría trabajar el de progresividad que es un principio muy complejo porque determina la necesidad de ajustar y mejorar la situación de los beneficiarios con el trascurso del tiempo siempre en post a una mejora de sus haberes y no en un detrimento excesivo.

A nivel constitucional, la progresividad se reconoce de manera clara en algunas disposiciones. Así, nos encontramos con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 2.1 **(14)** compromete a los Estados parte a adoptar medidas, tanto por separado, como mediante la asistencia de la comunidad internacional, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos allí reconocidos, ello hasta el máximo de los recursos disponibles.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su art. 26 —titulado "Desarrollo progresivo"— **(15)**, la obligación de los Estados signatarios para adoptar providencias que tiendan a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos disponibles.

En la misma senda, si bien el art. 14 *bis* de la CN no reconoce expresamente al principio estudiado, cosa diferente ocurre con el art. 39 de

(11) Diario de Sesiones, t. II, p. 1233.

(12) Diario de Sesiones, t. II, p. 1481.

(13) Diario de Sesiones, t. II, p. 1481.

(14) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su art. 2.1, AR/LEGI/3RTH.

(15) La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe en su art. 26 —titulado "Desarrollo progresivo"—, AR/LCON/0XWX.

la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que lo menciona de manera literal en su inc. 3º.

Esto es cierto, ya que, nuestra Carta Magna fue creada con una visión más evolutiva de los derechos privados y de propiedad y con una escasa visión en materia de la Seguridad Social en sus inicios, en 1853-1860. Pero, asimismo, el Constituyente de 1957 tampoco lo consideró en todos sus párrafos del inc. 3º, este concepto de progresión.

Establece en su articulado:

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.

Es decir, de la nómina de principios comentados anteriormente, con rango constitucional solo encontramos dos la integralidad y la irrenunciabilidad, estableciendo de manera aleatoria el concepto proteccionista del Estado y la justicia social.

Queda claro que hasta esa fecha los conceptos esenciales y principios básicos de la seguridad social por lo menos podríamos afirmar que no estaban completos, ya que, sería la jurisprudencia la que ordenaría aplicar los mismos y extenderlos a los beneficiaos de manera particular como podemos entender en el fallo "Sánchez, María del C. c. ANSeS s/ reajustes" (resolución del 17/05/2005) **(16)**.

En el caso "Sánchez," la Corte se expidió a favor de la movilidad de las jubilaciones durante el período 1991-1995. Dijo que la Ley de Convertibilidad (23.928), vigente a partir de abril del año 1991, que dispuso la prohibición de toda actualización de prestaciones dinerarias, no es aplicable al cálculo de la movilidad de las jubilaciones vigente en aquel momento (art. 53 de la ley 18.037). Allí se fijaba que la movilidad se debía determinar en función del índice de variación del nivel general de remuneraciones. Esta sentencia, que fue posible gracias al cambio de integrantes en la Corte, modificó el anterior criterio sentado en el caso "Chocobar" resuelto en diciembre del año 1996 **(17)**.

A lo largo de la historia, en la legislación y en la jurisprudencia se definieron distintos sistemas con el fin de regular la garantía constitucional de la movilidad. Entre ellos, se fijó el 82% móvil respecto del sueldo del activo (Ley 14.449) y se vinculó el haber jubilatorio al nivel general de remuneraciones. A su vez, cuando la aplicación de estos coeficientes provocaba una enorme desproporción entre el haber en actividad y el pasivo, la jurisprudencia optó por utilizar índices tales como el de variación de los precios al consumidor, el del salario del peón industrial de la Capital Federal, el del salario básico del Convenio de la Industria de la Construcción y combinaciones de aquellos.

En septiembre de 1993, ante una situación de crisis del sistema jubilatorio, se sancionó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) que estableció que la movilidad de las jubilaciones se determinaría en función del Aporte Medio Previsional Obligatorio (AMPO). Es decir, que la movilidad estaría sujeta a las posibilidades financieras vinculadas a la recaudación del propio sistema y desvinculada de los haberes en actividad.

La Corte Suprema tuvo que resolver si la entrada en vigor de la Ley de Convertibilidad (23.928) el 1º de abril de 1991, que prohibía todo tipo de actualización de las prestaciones dinerarias mediante aplicación de índices, derogó el sistema de cálculo de la movilidad de las jubilaciones que regía en ese momento (art. 53 de la ley 18.037). Conforme con aquel método se debía tomar como pauta el índice de aumento del nivel general de remuneraciones de los agentes en actividad. Esta misma cuestión ya había sido anteriormente decidida en forma positiva por el máximo Tribunal en el año 1996 en el recordado precedente "Chocobar".

El precedente "Chocobar, S. C. c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos" (resuelto el 27/12/1996) **(18)**.

En el caso "Chocobar" la Corte resolvió que con la entrada en vigor de la Ley de Convertibilidad (23.928), el 1º de abril de 1991, quedó derogado el sistema de movilidad de las jubilaciones impuesto por el art. 53 de la ley 18.037. Como se

(16) Cita Online: 40020219.

(17) AR/JUR/2647/1996.

(18) AR/JUR/2647/1996.

dijo, esta norma fijaba que la movilidad se calculara en proporción con la modificación de las remuneraciones de los activos, es decir, en relación con el aumento de los salarios. El tribunal entendió que con la sanción de aquella ley se quiso impedir el cómputo de la depreciación monetaria, como factor de medición, también para el caso de las jubilaciones.

En consecuencia, ordenó que por el período comprendido entre el 1º de abril de 1991 y el 31 de marzo de 1994, se aplicara, en total, una movilidad del 13,78%. A fin de respetar el art. 14 *bis* de la CN, decidió que se utilizara un sistema diferente de cómputo de la movilidad en las jubilaciones que el establecido en la ley derogada.

La mayoría estuvo constituida con el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, Vázquez y López. La disidencia por Belluscio, Bossert, Petracchi y Fayt. Los tres principales argumentos de la mayoría pueden sintetizarse en los siguientes:

IV.1. Interpretación de la Ley de Convertibilidad (23.928)

El método establecido por el art. 53 de la ley 18.037 para calcular la movilidad de los haberes configura una de las distintas alternativas —de fuente legal— para llevar a cabo la actualización de créditos con fundamento en la depreciación de la moneda, que ha quedado comprendida dentro de las disposiciones que han sido derogadas por la Ley de Convertibilidad. Dicha norma establecía un mecanismo de reajuste que opera a través de un porcentaje determinado en su extensión por un índice.

IV.2. Proporcionalidad entre los haberes en actividad y los pasivos

El principio según el cual debe existir una necesaria proporción entre el haber en actividad y el pasivo no surge directamente del art. 14 *bis* de la CN. Por el contrario, aquel es un principio meramente legal, es decir, que los legisladores tienen plena libertad de establecer un sistema de movilidad de las jubilaciones que tenga o no en cuenta los salarios de los activos como pauta fijar el monto de los haberes jubilatorios. Este mismo razonamiento también es aplicable respecto del carácter sustitutivo de la jubilación en relación con el sueldo que sus beneficiarios cobraban mientras estaban en actividad.

IV.3. Resolución de la Corte en el caso "Sánchez, M. c. ANSeS s/ reajustes"

Esta sentencia se dictó casi nueve años después del precedente "Chocobar" y la integración de la Corte cambió sustancialmente desde aquel momento. Ya no componen el tribunal, cuatro de los cinco jueces que conformaron la mayoría en ese caso (Nazareno, Moliné O'Connor, Vázquez y López). Los jueces que se mantienen son Boggiano, quien reafirmó la posición fijada anteriormente, y los ministros Petracchi, Belluscio y Fayt, cuya anterior disidencia es el criterio que prevaleció en esta nueva decisión.

Interpretación de la Ley de Convertibilidad (23.928) la movilidad de los haberes previsionales prevista por el art. 53 de la ley 18.037, mediante la utilización de un índice oficial que registra las variaciones salariales producidas efectivamente desde el 1º de abril de 1991, no constituye una forma de "indexación" por desvalorización monetaria prohibida por la ley 23.928. La prohibición solo podría haberse configurado si la pauta de movilidad hubiese estado vinculada con un índice de precios que, con independencia de la realidad de los salarios, llevara a un reajuste de haberes de manera automática.

Proporcionalidad entre los haberes en actividad y los pasivos la jubilación no constituye una gracia del Estado, sino que son consecuencia de la remuneración que percibían como contraprestación laboral y con referencia a la cual efectuaron sus aportes. En consecuencia, debe existir una razonable proporcionalidad entre la situación del trabajador activo y el jubilado para garantizar el carácter sustitutivo que tiene la prestación. La naturaleza sustitutiva de las prestaciones jubilatorias propias de regímenes contributivos impone al Estado resguardar un equilibrio razonable de los ingresos de pasividad con los salarios en actividad con el fin de resguardar el estándar de vida de los jubilados.

A su vez, la necesidad de mantener una proporción entre aquellos haberes es consecuencia del carácter integral que reconoce la

constitución a todos los beneficios de la seguridad social.

Al momento de interpretar el régimen de movilidad aplicable a las jubilaciones se debe tomar en consideración que en la reforma constitucional de 1994 se incorporó la cláusula del art. 75, inc. 23 que establece que, respecto de los ancianos, el Estado tiene que legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos constitucionales. Por ello, se debe favorecer la progresividad en materia previsional descalificando todo accionar estatal que en la práctica resulte regresivo en el goce efectivo de los derechos de este grupo de personas (del voto del juez Maqueda).

Recién en este fallo encontramos los conceptos en forma expresa de la progresividad o no regresión en materia previsional que fueron los cimientos de los fallos venideros hasta la fecha donde se han incorporado nuevos conceptos como el de vulnerabilidad, que en esa fecha no se consideraba.

Por último, los jueces Enrique Petracchi, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Juan Maqueda, Eugenio Zaffaroni, Ricardo Lorenzetti y Carmen Argibay, integrantes de la CS, en los autos caratulados "Badaro, Adolfo V. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(19)**, entendieron que la movilidad de la jubilación es un derecho constitucional que tiene un profundo contenido social, por lo que los poderes del Estado deben dentro de un plazo razonable darle su adecuado tratamiento.

En cambio, entendió que la movilidad "no es un reajuste por inflación, como pretende el actor, sino que es una previsión con profundo contenido social referente a la índole sustitutiva de la prestación jubilatoria, para la cual es menester que su cuantía, que puede ser establecida de modo diferente según las épocas, mantenga una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores".

Así, la movilidad de los haberes establecido en el art. 14 *bis* de la CN, cuyo carácter es programático, debe ser tratado tanto por el Poder Ejecutivo como por el Congreso de la Nación, no pudiendo omitir su tratamiento, ya que, supone una obligación frente a la sociedad.

Por lo tanto, la Movilidad debe ser progresiva, ¿esta progresión es un derecho adquirido?, se pueden modificar en forma permanente los índices, esto es parte de la progresión, si bien en los fallos mencionado anteriormente queda clara la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la progresión en materia previsional, todavía genera cierta rispidez este concepto, ya que, periódicamente vemos movilidades que se ajustan exclusivamente a los procesos inflacionarios y no a la mejora del haber en concepto de sustitución. Considero, entonces, que si no hubiera inflación en nuestro país no sería necesaria la ¿movilidad? porque a la fecha este concepto de movilidad igual mejora del haber no se ha dado, solo nos conformaremos con proporcionar un aumento necesario para la subsistencia.

En consideración a lo manifestado creo que la progresión ajustada a los principios de la seguridad social todavía no se encuentra reflejada, si bien la jurisprudencia como mencionara anteriormente le ha dado este criterio, todavía el legislados la entiende, como un modo de ajustar la economía a la necesidad momentánea y no, a un verdadero derecho en progresión y a futuro.

Por último, "Caliva, Roberto D. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(20)** es el fallo actual sobre movilidad se suma a otros que este año plantearon la revisión de la ley 27.541, como "Di Serio, Elsa R. c. PEN s/ acción declarativa" van creando un camino para el resto de los jueces que deben fallar en otros reclamos similares, donde la movilidad ya no puede considerarse un objeto de cambio permanente. El primero es un fallo de la Cámara Federal de Salta el segundo es del Juzgado Federal de la Seguridad Social Nº 6.

Lo más interesante desde mi punto de vista del fallo de Salta es el párrafo donde explica claramente el concepto de progresión del derecho previsional:

(19) AR/JUR/7378/2007.

(20) Cam. Fed. Apel. Salta, Sala II, "Caliva, Roberto D. c. ANSeS s/ reajustes varios", 13/07/2020, AR/JUR/23690/2020.

Examinó la necesidad de mantener una distinción entre la movilidad de los beneficios de aquellos que contribuyeron durante años al sistema previsional y las funciones asistenciales de la Seguridad Social.

Deja bien en claro que lo que se le está dando a un jubilado no es asistencia, es un derecho que adquirió por su estatus de haber aportado 30 años o más y haber cumplido la edad requerida, es decir, acá no se obsequió nada, como en otros casos, conocidos como fue la moratoria de amas de casa, que sin pensar en cómo financiarla incorporaron a más de 3,5 millones de personas a un sistema ya complicado, y hoy colapsado.

Esto nos lleva nuevamente a la definición de la Cámara de Salta de una movilidad muy similar a la otorgada en el gobierno de Mauricio Macri nuevamente RIPTE e Inflación, si bien difieren las proporciones, pero lejos de los actuales índices y los que se pretende incluir, como sería la *recaudación previsional,* hoy muy escasa, oculta para los beneficios, en contraprestación a la inflación acaso no la percibimos todos.

Entonces, mi interrogante es, si esta Sala de Salta no empezó a considerar que la movilidad en cuanto al monto no es también, un derecho adquirido, es decir, respetar el mejor índice que pueda tener la movilidad y hasta ahora estos son los más acorde a la realidad económica del país.

Seguramente los legisladores ya no podrán pensar que la movilidad es una moneda de cambio de cada gobierno que asume, sino que deberá ser una política de Estado, lo que jamás se les ocurrió.

Por último, para dejar en claro la posición de la mayoría de los juristas y especialistas en la materia me quedo con un cometario de Mario Paganini, abogado. Fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral. Soy partidario de la posición que sigue los salarios. Si el haber inicial es un porcentaje de los salarios, la conservación se consigue incrementándolo de igual forma. El porcentaje solo podrá ser general y aplicado sobre la masa total de remuneraciones. No puede haber proporcionalidad directa porque en el futuro los puestos de trabajo son inciertos, inestables, flexibles y escasos. Hay que reconocer que para los jubilados el progreso desapareció de su porvenir y solo indirectamente pueden recibirlo. Por eso la movilidad, les es esencial. El salario es ese medio indirecto, más si su participación en la distribución crece. Claro que se estructurará de otra manera dadas las transformaciones en el mercado de trabajo, pero lo importante es que la aventura del futuro la vivan trabajadores y jubilados en común.

V. Por qué nuevos índices de movilidad

Claramente hay que entender cuál es la circunstancia por la cual los índices de movilidad son modificados periódicamente, que lleva a un gobierno a hacer cambios, y digo gobierno, porque si bien el sistema previsional es una cuestión de Estado, hace años que esto dejo de existir en materia previsional y solamente los gobiernos de turno se ocupan de ver no como mejorar la situación de los jubilados, muy por el contrario su objetivo es resolver sus problemas deficitarios, algo que nunca tuvo que ver el aportante.

Podríamos incluir en este tema también la mejora en la salud, el aumento de la expectativa de vida, los cambios alimentarios y hasta el ejercicio que requiere una vida saludable, pero hay un factor que nunca será ligado al sistema previsional que es la economía de los gobiernos y, con esto, no incluyo al financiamiento que en nuestro caso dejó de ser contributivo, para ser también tributario, mi referencia es sobre la economía real de un país inestable, inflacionario y con un grado de imprevisión muy grande.

Qué responsabilidad tiene un jubilado de la inclusión desmedida al sistema previsional de millones de beneficiarios, sin pensar cómo se pagara, si la cuestión es incluir, deroguemos la ley 24.241 y todos a una determinada edad somos pasibles de un beneficio.

En un gráfico muestra la evolución del número de beneficiarios del sistema previsional. Según este, la evolución sería la siguiente, aproximadamente **(21)**: Como se puede observar, este aumento se fue dando desmedidamente del 2088 en adelante.

(21) En la publicación "indicadores de Coyuntura".

1971 - 1.400.000 beneficiarios incluidos en el sistema

1978 - 2.000.000

1985 - 2.700.000

1992 - 3.250.000

1999 - 3.400.000

2006 - 3.500.000

2007 - 4.500.000

2008 - 4.600.000

2009 - 5.500.000

2012 - 5.792.812

2015 - 6.342.187

2017 - 6.823.951

2019 - 8.005.877

Si bien de todo lo expresado en el trabajo, mi posición en este aspecto no puede ser tan rígido, al considerar que la movilidad solo es en función a la recaudación o a los salarios, eso sería un criterio muy oportunista, ya que, la recaudación de los próximos años en materia previsional seguramente será la más baja de los últimos tiempos y la remuneración ha caído producto de la pandemia, solo resta ver el salario mínimo actual, "una miseria".

Honestamente, si uno hace un análisis, en materia de movilidad de los últimos 40 años, encontramos que la variable más común en nuestro país fue la inflación, salvo un periodo corto de 10 años, la inflación y la devaluación de nuestra moneda fue lo más común con lo que nos acostumbramos a vivir "normalmente" hasta el día de hoy.

Por lo tanto, la movilidad debería ajustarse a estas variables como propuso el Gobierno del Presidente Alberto Fernández con el cambio de movilidad, ¿acaso alguien duda de eso?, no sería más justo proporcionar un índice por un tiempo acorde a las necesidades de los jubilados que deben litigar para considerar como adquiridos estos derechos, no se buscó atenuar esto con la reparación histórica, evitar y cortar la litigiosidad a futuro, parece que el gobierno actual con estas medidas, solo quiere fomentarla, aumentando los planes sociales y olvidándose que un jubilado no tiene otro ingreso salvo su haber previsional, a diferencia de los activos a los cales beneficia permanentemente con asignaciones universales e IFE.

Para establecer claros ejemplos de lo que se pretende defender sobre la movilidad a continuación volcaremos algunos cuadros ejemplificativos de la aplicación de las fórmulas y su impacto en los haberes previsionales.

V.1. Aumentos durante el ejercicio 2020

A partir de marzo de 2018 entró en vigor la actualización de la movilidad prevista en la ley 27.426 propuesta por el gobierno de Mauricio Macri. Dicha ley proponía una actualización trimestral de la movilidad, estando está determinada por un 70% por la variación del índice de precios a nivel nacional y un 30% por la variación de la "Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables" (RIPTE). Dicha fórmula siguió en vigencia hasta diciembre del 2019.

El 23 de diciembre del 2019 la ley 27.541 **(22)**, estableció la suspensión de la movilidad provisional por 180 días y determinó que el Poder Ejecutivo nacional debía fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales; por otra parte, determinó una comisión cuyo fin sería determinar una nueva actualización de la movilidad provisional acorde a la sustentabilidad económica y financiera del país.

(22) AR/LCON/8QAT.

	2020			2019			
	Sep (R. 325)	Jun. (R. 167)	Mar. (D. 163) (R. 76)	Dic. (R. 279)	Sept. (R. 200)	Junio (R. 139)	Marzo (R. 74)
Movilidad	7,50 %	6,12 %	2,3% + $1.500	8,74 %	12,22 %	10,74 %	11,83 %
Haber mínimo garantizado	$18.128,85	$16.864,05	$15.891,49	$14.067,93	$12.937,22	$11.528,44	$10.410,37
Haber máximo	$121.990,04	$113.479,11	$106.934,71	$103.064,23	$94.780,42	$84.459,47	$76.268,26
Prestación básica universal (PBU)	$7.756,32	$7.215,18	$6.799,08	$6.646,22	$6.112,03	$5.446,47	$4.918,25
Pensión Universal para el Adulto Mayor (PUAM)	$14.503,08	$13.491,24	$12.713,19	$11.254,34	$10.349,78	$ 9.222,75.	$8.328,29

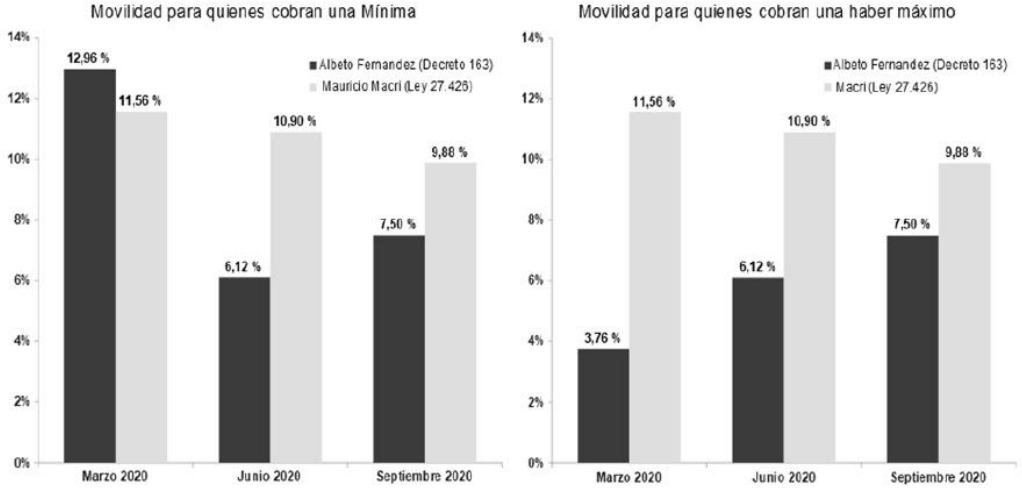
Fuente: Elaboración propia con base en datos de Boletín Oficial.

Por lo cual durante el año mediante las res. 76/2020, 167/2020 y 325/2020 de la ANSeS se establecieron los nuevos aumentos durante el año. Mediante dec. 163/2020, el Poder Ejecutivo oficializó el aumento en las jubilaciones y pensiones del 2,3% más una suma fija de $1.500 en el mes de marzo de 2020. De esta forma el haber mínimo pasó a ser de $15.891,49; mediante la res. 76/2020 se instrumentaron los respectivos aumentos. En el mes de junio por medio de la res. 167/2020 la ANSeS estableció una movilidad del 6,12%. Y en septiembre por medio de la res. 325/2020 se determinó una movilidad del 7,5%. Por lo cual los haberes mínimos y máximos desde septiembre pararon a ser de $18.128,85 y $121.990,04, respectivamente. Por lo cual de establecerse el nuevo aumento del 5% (tomado como un adelanto) en diciembre los haberes mínimos y máximos serían de $19.578,29 y $128.089,54.

¿Los aumentos otorgados por Alberto Fernández fueron mayores a los previstos en la ley 27.426 del gobierno de Cambiemos?

El dec. 163/2020 al establecer una movilidad del 2,3% más una suma fija de $1500 generó un aumento desigual en los distintos niveles de haberes. Dicha suma fija implica un mayor incremento en las jubilaciones mínimas que sobre los haberes máximos, el aumento total para las mínimas en marzo implicó un aumento de la movilidad del 12,96% mientras que en los haberes máximos el aumento fue del 3,76%.

Gráfico Nº 1: Movilidad Efectiva (Alberto Fernández dec. 163/2020) versus lo que hubiera implicado el incremento de la movilidad con la ley 27.426 (Mauricio Macri).



Fuente: Elaboración propia con base en datos del ANSeS e INDeC.

En el Gráfico Nº 1 se puede observar que todos los aumentos trimestrales bajo la ley 27.426 (Mauricio Macri) hubieran sido superiores a los aumentos otorgados por la administración de Alberto Fernández, con excepción del aumento del mes de marzo para las jubilaciones mínimas. Por lo cual durante el ejercicio 2020, los jubilados y pensionados argentinos perdieron poder adquisitivo con respecto al "derecho adquirido" que tenían.

V.2. Análisis del poder adquisitivo de las jubilaciones

Para analizar el poder adquisitivo de las jubilaciones, se estimó cuánto deberían ser la jubilación mínima y máximas efectivas (pagadas) de diciembre de 2017 en diciembre de 2020; si la movilidad de estas, hubieran sido ajustadas por el Índice de Precios (IPC) a Nivel Nacional, cuyo primer ajuste de movilidad en marzo del 2018 coincide con la implementación de la ley 27.426 (Nueva fórmula de ajuste del gobierno de Mauricio Macri).

Para estimar la movilidad se utilizó la misma frecuencia de datos que la ley 27.426. Por lo cual, la movilidad de marzo surge de la variación del IPC de septiembre y junio del año anterior. La movilidad de junio es la variación del IPC de diciembre y septiembre del año anterior; mientras que la movilidad septiembre es la variación del IPC de diciembre del año anterior y marzo del mismo año; y por último la movilidad de diciembre es la variación del IPC entre marzo y junio del mismo año.

Entonces, las "jubilaciones mínimas ajustadas por inflación", surgen de ajustar por inflación la jubilación mínima de $7.246,64 de diciembre del 2017. Mientras que las "jubilaciones máximas ajustadas por inflación" resultan de ajustar por inflación la jubilación máxima de $53.093,20 de diciembre del 2017.

Por otra parte, de los datos de la ANSeS se construyó la serie de "jubilaciones mínimas efectivas" (las jubilaciones mínimas realmente pagadas a los jubilados) y "jubilaciones máximas efectivas"

(las realmente pagadas) las cuales contemplan el aumento del 5% que el gobierno estaría dando en diciembre de 2020.

VI. Conclusión

El debate en torno al cambio en la movilidad jubilatoria dentro de la Reforma Previsional tiene dos focos esenciales de análisis. Por un lado, el impacto en términos de poder de compra sobre los haberes, ante un cambio en la fórmula de cálculo para la actualización de estos. Por otro lado, el ahorro fiscal que obtendría el Ejecutivo Nacional.

En cuanto al primer foco, la discusión parlamentaria derivó en una modificación sobre la propuesta inicial. En lugar de captar en su totalidad la evolución del índice de precios al consumidor (IPC); se consensuó la incorporación del índice de salarios promedio de los trabajadores estables (RIPTE) con una ponderación del 30%, sumado a la evolución del índice de IPC con el restante 70%. De esta manera, las estimaciones resultantes reflejan un crecimiento en poder de compra correspondiente al 1,5% en diciembre de 2018 con respecto a una base en noviembre de 2017. Seguidamente, el avance estimado a diciembre de 2019 equivale a un 4,6% en relación con el haber real percibido por los beneficiarios en noviembre de 2017; equiparando el mismo poder de compra que reflejaron los haberes en septiembre de 2015, el pico histórico en la serie reciente.

La nueva ley de movilidad viene a traer un cambio nuevamente en materia previsional que es la inclusión nuevamente de la recaudación impositiva ANSeS como variable de ajuste a la movilidad, yo me pregunto qué tiene que ver la jubilación con la recaudación como llegamos a esto, tampoco considero un índice inflacionario, como la solución, podrá ser paliativo del momento nada más, pero la verdadera movilidad se ajusta a un solo factor, que es la remuneración de los activos.

La ley 27.609 **(23)** nueva ley de movilidad no trae nada nuevo, es una simple copia de su homónima del año 2008 con un índice ya probado y fracasado porque la recaudación del sistema, salvo que con algunos cambios que por ahora no resultan favorable a los beneficiarios.

Obviamente que esperar a una buena recaudación y un aumento de la remuneración hace que los jubilados actualmente dejen pasar otros 2 o 3 años más para percibir un aumento racional a la situación actual del país, queda claro que hoy con 19.100 pesos es inviable poder satisfacer las necesidades básicas de un apersona mayor de edad, pero solamente el tiempo podrá determinar si esta movilidad fue mejor igual o peor, a las ya conocidas, por eso me gustó una frase muy interesante para terminar este trabajo que se ajusta a la situación de la mayoría de los jubilados, que aportaron, trabajaron y cumplieron con sus obligaciones muchas veces sin reconocerles los derechos que conlleva esto.

(23) AR/LCON/8RY7.

Doctrina

Las contingencias vinculadas a la salud del trabajador dependiente en el derecho argentino (*)

¿Responsabilidad del empleador o de la Seguridad Social?

Miguel Ángel Maza (**)

Sumario: I. Objeto del presente estudio.— II. Antecedentes.— III. Las normas.— IV. La técnica de cobertura.— V. Mi propuesta.— VI. Conclusión.— V. Anexo.

I. Objeto del presente estudio

En la segunda mitad del siglo XIX, más precisamente en 1862, el Código de Comercio introdujo una por entonces revolucionaria norma legal que otorgó a los dependientes de empresas comerciales el derecho a percibir el equivalente a su sueldo hasta por tres meses ante "accidentes imprevistos e inculpables", norma que, remozada, pervive en su idea esencial al día de hoy en nuestra legislación general.

Vengo a sostener en este estudio que la sencilla solución de dicho Código, consistente en imponer al principal la cobertura de contingencias totalmente ajenas al empleo y a la responsabilidad del principal, ya no se justifica bajo dicha técnica y que deberían ser traspasadas al ámbito de la Seguridad Social.

No es esta la primera vez que planteo esta preocupación, aunque hasta ahora no había estimado oportuno efectuar una propuesta positiva, como si creo que ha llegado la hora de plantear, aprovechando la presente ocasión que me confiere el Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho.

En efecto, en ocasión de prologar la obra Enfermedades y Accidentes Inculpables **(1)** ya he señalado que la regulación que la Ley de Contrato de Trabajo prevé para la contingencia de pérdida temporal de la capacidad laborativa de los dependientes por enfermedades o accidentes inculpables constituye una respuesta jurídica con base en el derecho individual, poniendo

(*) Este trabajo fue preparado por el autor especialmente como contribución a la publicación del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicado en "Temas de Derecho Individual y Colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social", CABA, 2019, p. 327 y ss.

(**) Doctor por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular regular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la UBA. Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal.

(1) Dirigida por Osvaldo A. Maddaloni y en la que, además del director, colaboraran los médicos Ester Norma Martín y Guillermo G. Maciá y los abogados Jorge Raúl Moreno (+), Mario Adolfo Reinoso y Diego Javier Tula, publicación de Errejus, Buenos Aires, 2017.

a cargo del empleador una situación que debería ser tomada a su cargo por la Seguridad Social mediante alguno de sus subsistemas.

Y expliqué en tal oportunidad que el legislador nacional, con una tradición que hoy lleva más de 8 décadas, ha optado por ese camino y, paradojalmente, no se escuchan —ni leen— cuestionamientos del sector empresario al respecto.

Recordé entonces que esa opción legislativa que pone sobre las espaldas del empleador una contingencia social por demás frecuente y generalizada, constituyó un régimen transaccional.

En efecto, dado que es el empleador quien debe abonar una suma equivalente al salario que el dependiente afectado de una incapacidad, temporal pero impediente, la ley suspende el deber del trabajador de prestar servicios **(2)** por un lapso bastante prolongado —hasta un año posterior al cese de la licencia paga del art. 208 del Régimen de Contrato de Trabajo— pero limita la cobertura económica a plazos determinados arbitrariamente en base a parámetros como la antigüedad y la existencia o inexistencia de cargas de familia, en lugar de haberse adoptado algún parámetro vinculado a la tipología de las enfermedades impedientes.

Tal alternativa normativa fue producto de una transacción legal, a la que el derecho del trabajo ha sido tan afecto en el pasado, pero, a la par, constituye una paradoja al reconocer la necesidad de los trabajadores y trabajadoras de recibir ayuda económica cuando las consecuencias de un accidente o de una enfermedad ajenos al empleo pero aparece como inexplicable que tal sensibilidad social tenga un tiempo determinado y que, agotado este sin que el estado de incapacidad haya desaparecido o consolidado, la cobertura cese por completo, dejando a los damnificados librados a su suerte.

Los loables fines tuitivos que han llevado a la legislación social a dar tutela a los dependientes ante contingencias que afectan la capacidad de ganar salario, única forma que tienen, como regla, de obtener ingresos y participar así del sistema económico, quedan incompletos si, luego de tres, seis o doce meses, se deja al damnificado librado a su suerte con la única garantía de la conservación hasta un año más de su empleo, pese a que no puede obtener salario a causa de su incapacidad temporal pero impediente.

Francamente, no se entiende cómo podría un dependiente enfrentar por sí solo la contingencia durante ese año adicional, siendo útil tener en cuenta que, como siempre advertía el maestro Humberto Antonio Podetti, esa situación, además de privar al trabajador de ingresos, le añade erogaciones nacidas de la contingencia misma **(3)**.

Si bien es cierto que, por la tipología de las enfermedades incapacitantes, una enorme mayoría de estas contingencias se solucionan antes de agotarse los plazos de cobertura económica del art. 208 de la LCT, pienso que este tema debería debatirse a los fines prever para las hipótesis de enfermedades largamente incapacitantes alguna alternativa de cobertura económica completa y que tutela a los damnificados mientras dure el impedimento temporario.

Como se verá, mantengo esa mirada crítica sobre un régimen jurídico que hoy luce anacrónico.

II. Antecedentes

El original Código de Comercio, redactado por Dalmasio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo, fue sancionado por la ley 2.637 en 1862 y rigió hasta el 31/07/2015 fecha en que la ley 26.994 produjo su derogación general y la entrada en vigor del Código unificado Civil y Comercial a partir del 01/08/2015.

(2) Si bien siempre se hace hincapié en la faz dineraria de la cobertura, no debe perderse de vista que el primer efecto que el reconocimiento legal de este tipo de contingencias tuvo fue el de legitimar la falta de prestación de servicios, eximiendo al dependiente del deber de prestar servicios dentro de los límites temporales fijados en las normas y estableciendo, a la par, que las ausencias del trabajador o la trabajadora en tales supuestos no constituye un incumplimiento sancionable y privilegiando mediante la técnica de la suspensión de tal deber la subsistencia de la relación laboral.

(3) Gastos de medicamentos, traslados a los centros de atención médica, en muchos casos alimentación especial, etc.

Aquel Código Comercial recibió las reformas de 1889 y 1933/34, y cabe aquí destacar que la redacción primigenia incluyó normas destinadas a regir en los contratos de trabajo entre los empresarios del comercio y sus dependientes, aspectos no afectados por las modificaciones de 1889.

En aquellos preceptos se encuentra el antecedente histórico de la indemnización por despido injustificado que hoy regula el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y varios derechos novedosos, por entonces limitados a los empleados del comercio.

Entre tales normas, como anticipé, se preveía en el art. 155 que el empleador debiera abonar el equivalente a la remuneración de sus dependientes, hasta un máximo de 3 meses, cuando sufrieren accidentes "imprevistos e inculpables" en lo que fue un anticipo de la teoría del riesgo profesional que en 1915 haría su ingreso al régimen de reparación de accidentes de trabajo con la ley 9688, originalmente solo aplicable en el ámbito de la industria **(4)**.

Dicho precepto rezaba así: "Los accidentes imprevistos ó inculpables que impidieren el ejercicio de las funciones de los factores ó dependientes, no interrumpen la adquisición del salario que les corresponde, siempre que la inhabilitación no exceda de tres meses continuos" **(5)**.

Tal regla, no afectada por las reformas producidas en 1889, fue en cambio objeto de una de las modificaciones introducidas por la ley 11.729, que mantuvo la norma protectoria, pero dándole mayor amplitud aún, con una configuración que luego pasaría a la legislación general, aplicable ya no solamente a los trabajadores del comercio sino a todo dependiente, primero merced al dec. 33.302/1945 y finalmente con la Ley de Contrato de Trabajo 20.744.

Aquella ley 11.729 fue formalmente sancionada por el Congreso el 26/09/1933 y su nacimiento no resultó simple ante la esperable resistencia opuesta por los sectores empresarios comprometidos y esta oposición encontró eco en el PEN de modo que fue inicialmente vetada integralmente por el presidente Agustín P. Justo.

Solo gracias a la insistencia del Poder Legislativo la reforma fue finalmente promulgada por el PEN **(6)**, siendo publicada en el Boletín Oficial del 25/09/1934, es decir un año más tarde.

Si la norma original de 1862 resultó revolucionaria y difícil de justificar jurídicamente, más allá de su equidad innegable y aplaudible, la extensión que la ley 11.729 dio a esta institución fue tal que resulta arduo comprender su aprobación por el Congreso sin explicar el contexto histórico.

Como bien lo recuerda Graciela Queirolo **(7)**, el proyecto fue una iniciativa de los legisladores socialistas quienes, junto a otros parlamentarios, ya habían propuesto diversos proyectos similares desde la década de 1910 y su conversión finalmente en ley se debió en gran parte a la severa crisis económica que sufría el país y a la acción directa de la Federación de Empleados de Comercio.

Explica dicha investigadora que, tras varios proyectos e intentos legislativos, en 1929 el muy recordado diputado socialista Adolfo Dickmann presentó su proyecto de reforma del Código de Comercio que, aunque no logró éxito en el Re-

(4) Como puntualizara Mario E. Ackerman, posiblemente esa decisión política estuvo inspirada en el art. 201 del Código de Comercio de España de 1829. Ver "Incapacidad temporaria y contrato de trabajo 2", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 105.

(5) Por otro lado, el art. 156, en materia de accidentes del trabajo, dispuso que "Si en el servicio que presta al principal, aconteciere al factor ó dependiente algún daño ó pérdida extraordinaria, será a cargo del principal la indemnización del referido daño ó pérdida, á juicio de arbitradores", norma de avanzada cuando aún no se había sancionado la ley de Accidentes de Trabajo 9688 que, de todos modos, no sería aplicable al ámbito del comercio hasta 1934 cuando la ley 11.729 extendió su operatividad también a ese segmento de actividad. .

(6) Esta vez el presidente Justo optó por vetar exclusivamente el art. 3º, que contenía una regla que se consideraba retroactiva, pero promulgó la ley en la que insistiera el Parlamento.

(7) QUEIROLO, Graciela, "Indemnizaciones, enfermedades y antigüedad entre los empleados de comercio: alcances y límites de la ley 11729 (Argentina. 1934-1945)", Revista Universitaria Estudios Sociales, Universidad Nacional del Litoral, año XXVI, N° 50, Santa Fe, Número de enero-junio 2016, ps. 145-169.

cinto, terminó siendo el modelo seguido en la sanción en 1933 de la ley 11.729 **(8)**.

No parece ocioso recordar que por entonces gobernaba Agustín P. Justo, quien sucedió al nefasto general golpista José F. Uriburu, en la larga "década infame" (1930/1943). En ese marco político, y habiendo sido proscripta la Unión Cívica Radical **(9)**, el Partido Socialista había logrado la elección de 43 diputados y 19 senadores nacionales, situación que explica el rol asumido por sus representantes en la iniciativa que terminó siendo sancionada como ley 11.729 **(10)**.

III. Las normas

Si bien, como ya dije, fue el Código de Comercio de 1862 el que introdujo en el derecho argentino la revolucionaria norma que atribuyó, cual si fuese un impuesto, la cobertura de los accidentes no vinculados al empleo, imprevistos e inculpables, a los empleadores del sector comercial, la amplitud que la ley 11.729 dio a la cobertura nacida del art. 155 fue la que provocó la mayor reacción de los patronos.

El nuevo texto estableció:

"Los accidentes y las enfermedades inculpables que interrumpan los servicios del empleado de comercio —factor, dependiente, viajante, encargado u obrero— que trabaja a sueldo, jornal, comisión u otro modo de remuneración, sea en el dinero o en especie, alimentos o uso de habitación, no le privarán del derecho a percibir dichas retribuciones hasta tres meses de interrupción si tiene una antigüedad en el servicio que no exceda de diez años, y hasta seis meses si tiene una antigüedad mayor de este último tiempo.

La retribución mensual que en estos últimos casos corresponde al empleado, se liquidará de acuerdo con el promedio del último semestre.

El empleado conservará su puesto, y si dentro del año transcurrido después de los plazos de tres y seis meses, indicados el principal lo declarase cesante, este le pagará la indemnización de despido del art. 157", convirtiéndose en el antecedente inicialmente de los arts. 225 a 230 de la ley 20.744 sancionada en 1974 y luego de los actuales arts. 208 y 211 de la Ley de Contrato de Trabajo, en la numeración que le diera el dec. 390/1976.

En tal sentido, Mario E. Ackerman ha señalado los puntos neurálgicos que modificó la ley 11.729 en relación con el texto original del Código de Comercio: 1) amplió la tutela a las "enfermedades" (que no estaban mencionadas en el art. 155 primigenio); 2) eliminó el requisito de que el accidente o la enfermedad fuese "imprevisto"; 3) sustituyó el requisito del "impedimento" por el concepto de "interrupción" de los servicios; 4) extendió el ámbito personal de aplicación de la norma a los viajantes, encargados u obreros del comercio; 5) extendió el período pago hasta seis meses cuando la antigüedad del dependiente fuese superior a los diez años, manteniendo el límite de tres meses para los trabajadores que registrasen una antigüedad inferior; 6) determinó que la remuneración a computar en el período pago se calculase sobre el promedio del último semestre; 7) incorporó un período de reserva del puesto, hasta un año, luego de vencidos los plazos pagos (antecedente del actual art. 211, LCT); 8) calificó a la prestación económica como indemnización, excluyendo su pago en los casos alcanzados por la ley 9688 de Accidentes de Trabajo si por esta correspondiera un resarcimiento mayor; y 9) incorporó la indemnización de daños y perjuicios del originario art. 156 del Código de Comercio, con la aclaración de su no exclusión por el derecho del trabajador a la retribución en los casos de accidentes o enfermedades inculpables **(11)**.

Cabe añadir que, hasta entonces, la ley 9688 de Accidentes de Trabajo no era aplicable a los empleados de comercio, con lo que solo contaban con la muy limitada tutela del viejo Código

(8) Ibidem, p. 154 y stes. Ver ps. 153 y ss.

(9) Recordemos que el golpista Uriburu con su insurrección sediciosa de 1930 inició la trágica serie de interrupciones constitucionales al derrocar al gobierno de la Unión Cívica Radical encabezado por don Hipólito Yrigoyen, quien, tras ganar las elecciones correspondientes, tenía mandato hasta 1934.

(10) QUEIROLO, Graciela, ob. cit., p. 154.

(11) Véase: ACKERMAN, Mario E., "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, t. VI, ps. 278 y sigs.) así como Incapacidad temporaria y contrato de trabajo, ya citado en nota 4, ps. 106/107.

de Comercio —aplicable a accidentes inculpables y a los vinculables al empleo, en la medida que no fueran atribuibles a la culpa del propio trabajador— por lo que la ley 11.729 también significó un cambio importante en materia de tutela al disponer la extensión de la cobertura de la ley 9688 a los trabajadores del comercio.

En efecto, esa ley añadió en el 4º párrafo del art. 155 del Código de Comercio una regla que llevó la aplicación de la ley 9688 también a los infortunios ocurridos en el empleo comercial: "La indemnización por accidentes o enfermedad que establece el primer apartado de este artículo, no regirá para los casos previstos en la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando por esta última corresponda al empleado una indemnización mayor".

IV. La técnica de cobertura

Probablemente esa sencilla solución consistente en imponer por ley responsabilidad al principal por contingencias totalmente ajenas no solo a su responsabilidad siquiera objetiva sino, incluso, extrañas al empleo, se podía explicar teniendo en cuenta el momento histórico en que el Código de Comercio primero y la ley 11.729 después fueron dictados, es decir un estadio temprano en la génesis de nuestro derecho del trabajo y aún antes del nacimiento formal y la configuración de los conceptos, principios y reglas del derecho de la seguridad social en nuestro país.

Es fácil advertir que ni en 1862 ni en 1933 estaban en Argentina todavía desarrollados los conceptos básicos ni las instituciones propias del derecho de la seguridad social, que obtendrían su certificado de nacimiento formal recién en la segunda mitad de la década de los 40, y que, por eso, la voluntad del Congreso de la Nación se plasmó del modo más elemental, sencillo y práctico, es decir imponiéndose la cobertura —como un impuesto más— a los empleadores del sector comercial **(12)**.

(12) Sin embargo, ya por 1933 había suficiente desarrollo conceptual en el mundo e incluso en nuestro país de los "seguros sociales" como mecanismo de cobertura de contingencias sociales y es llamativo que el Congreso Nacional no haya apostado a esos instrumentos para cubrir las enfermedades y los accidentes inculpables de los empleados de comercio. De hecho, la ley 11.933 -dictada poco después que la ley 11.729- había establecido el "seguro obligatorio de maternidad", según el cual las trabajadoras embarazadas, amén de tener derecho a conservar su empleo durante la licencia por maternidad (30 días antes y 45 días después del parto), iban a percibir un subsidio monetario equivalente al monto del salario. A tal fin se creó la Caja de Maternidad que se financiaba con un aporte trimestral de las trabajadoras de entre 15 y 45 años de edad, los empleadores y el Estado.

V. Mi propuesta

Ahora bien, hoy, ya cercanos al primero cuarto del siglo XXI, el estado de cosas es muy distinto.

En primer lugar, por cuanto es clara y determinada la autonomía de un reconocido derecho de la Seguridad Social, como sus principios, reglas e instrumentos técnicos jurídicos y financieros; y en segundo término es dable señalar que el derecho vigente en relación con la protección del trabajo distingue con visibilidad las contingencias que pueden sufrir trabajadores y trabajadores con algún grado de vinculación con el empleo **(13)** de aquellas otras que ninguna relación material guardan con el ámbito laboral y con la relación de trabajo pero que merecen protección —no solamente para los dependientes sino para todo habitante del país expuesto a esas contingencias— y que son materia propia del más moderno derecho de la Seguridad Social.

Entre estas últimas sin lugar a duda, uno de los riesgos sociales a los que están expuestos todos los seres humanos, y entre ellos las personas que trabajan, es el de sufrir accidentes, es decir hechos violentos y externos que afecten su salud provisoria o permanentemente; así como enfermedades, o sea procesos biológicos, de origen

(13) La ley 24.557, de Riesgos del Trabajo, considera "accidentes de trabajo" a aquellos hechos súbitos y violentos que ocurren en alguno de los siguientes círculos de conexión causal objetiva: a) por la realización misma de las tareas, b) en ocasión del trabajo y c) en el trayecto entre el domicilio del dependiente y el trabajo; incluyéndose en ese ámbito de responsabilidad objetiva los hechos sucedidos por fuerza mayor o caso fortuito que sean "inherentes al trabajo". A la par, también dicho régimen legal responsabiliza al empleador, a través de su aseguradora, por las "enfermedades" que el PEN declare por decreto "enfermedades profesionales" y aquellas otras que los organismos competentes declaren efecto directo e inmediato del trabajo (conf. decs. 1278/2000 y 410/2001).

endógeno o externo a la persona, que también producen esos efectos.

La particularidad dramática que poseen esas contingencias en la vida de las personas que trabajan por cuenta ajena, es decir bajo dependencia, es que la incapacidad, aún temporaria, que esos procesos patológicos pueden provocar afecta dramáticamente el único modo que, como regla general, reconocemos que posee la casi totalidad de los dependientes para ganarse la vida y participar del sistema económico moderno de reparto de bienes y servicios.

Dicho más claramente, la incapacidad derivada de un proceso de alteración de la salud impide prestar servicios y ganar salario, contingencia que en quienes no poseen capital ni herramientas culturales para generar ingresos y con estos sufragar los gastos de su existencia, así como la de sus familias resulta de una relevancia extraordinaria que una sociedad moderna, solidaria y jurídicamente organizada no puede dejar librada a sus casi nulos recursos para sobrellevarla **(14)**.

Es por ello que esa protección que tuviera inicio en el Código de Comercio es absolutamente justa e imprescindible porque, quiero repetirlo y remarcarlo, *en general los trabajadores dependientes carecen de la capacidad económica para enfrentar siquiera breves lapsos sin la posibilidad de ganar salario, siquiera luego de décadas de trabajo remunerado*.

No obstante, lo que vengo a plantear es que, no habiendo dudas acerca de la total ajenidad del empleador, del empleo y de las condiciones laborales en la configuración de esas contingencias sociales, deberían ser financiadas por un subsistema de Seguridad Social y no en forma directa y personal por el empleador, tal como hoy lo disponen los arts. 208/10 y 212 de la Ley de Contrato de Trabajo para las situaciones respectivas de incapacidad temporaria derivada de accidente o enfermedad ajena al trabajo y para la hipótesis de una incapacidad absoluta y permanente secuelar a una de esas contingencias.

En particular resulta absurdo, más allá de lo injustificadamente gravoso, que un empleador deba abonar una suma de dinero idéntica cuando comete un incumplimiento contractual como es despedir sin justa causa —es decir la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo— y en casos en que el contrato se extingue en razón de que el trabajador sufre una incapacidad absoluta y permanente, tal como lo dispone el art. 212, LCT, en su 4º párrafo, sin distinguir si la minusvalía incapacitante se vincula de alguna manera con el empleo de cuando ninguna relación existe.

A mi juicio, en esta segunda hipótesis, esa compensación debería estar a cargo de la Seguridad Social y no del empleador.

El actual sistema de responsabilidad directa y exclusiva del empleador, tanto para las situaciones del art. 208 de la LCT como para el supuesto recién aludido del art. 212 párrafo 4º de dicha ley para las incapacidades absolutas y permanentes que en nada se vinculan con el empleo, muestra una desventaja distorsiva adicional a la incoherencia de atribuir responsabilidad sin justificación: favorece la discriminación y segregación del trabajo bajo dependencia de las personas que presentan debilidades congénitas o facilidad y predisposición a la enfermedad.

Y debe considerarse que una persona que se ausenta repetidamente de sus obligaciones laborales, por ejemplo, ante su repetitiva tendencia a contraer problemas respiratorios cada invierno o por alteraciones digestivas de origen congénito, no solo genera a su empleador un mayor costo laboral por tener que abonar las prestaciones del art. 208 de la Ley de Contrato de Trabajo, sino que, sobre todo, afecta el funcionamiento y operatividad de la organización empresaria, y en este punto debo advertir que cortas ausencias (de entre 3 y 7 días) varias veces por invierno provocan más daño al funcionamiento adecuado de una organización empresaria que una licencia extensa de 30 días ya que se dificulta la selección del personal de reemplazo, su capacitación e integración a la organización.

(14) Como decía el inolvidable jurista y maestro Humberto A. Podetti, durante la contingencia de enfermedad impediente del desempeño laboral no solamente se reducen o desaparecen los ingresos salariales, sino que, a la par, aumentan los gastos por las necesidades médicas, farmacéuticas, etc. De ahí la gravedad de esta tipología de contingencias sociales.

No se me escapa que el traspaso del actual régimen de financiamiento patronal directo —tan sencillo como primitivo— plantearía varios problemas técnicos, tales como el establecimiento de las cuotas de contribución, el procedimiento de pago y/o recupero por el pagador (si se optase por mantener el deber de pago en el empleador con una compensación por parte del subsistema), etc. pero especialmente complejo es el tema del control médico actualmente a cargo del propio empleador y que, de no ser cuidadosamente reemplazado, podría resultar permisivo a maniobras fraudulentas o, cuanto menos, a una excesiva lasitud por parte de los empleadores.

Respecto de este último punto, cabe memorar que durante el debate parlamentario de lo que se sancionaría como ley 11.729 al Miembro Informante del proyecto, diputado Ruggieri se le señaló el peligro de que pudieran ser simuladas enfermedades y respondió: "[N]o puede haber simulación de accidentes o enfermedad, porque los empleadores siempre tendrán el derecho de controlar su existencia real" **(15)**.

Considero que no es esta la ocasión para explayarme sobre posibles técnicas para normar la cobertura de esta tipología de contingencias sociales, pero no quiero dejar de dejar señalada la importancia de ese riesgo ya avizorado durante la discusión del proyecto de ley y decir que, en efecto, la técnica que se adopte en su hora debería mantener esa función de vigilancia en cabeza del empleador o de algún ente de control estatal o privado.

Otra pauta técnica que, a mi modo de ver, resulta importantísima para el logro de un buen funcionamiento de tal subsistema de Seguridad Social consiste en poner su administración en manos de los interesados, es decir trabajadores y empleadores.

Como fuere, esa tarea técnica es factible y hay experiencias locales **(16)** y en el derecho comparado latinoamericano.

En definitiva, la propuesta que estoy formulando está en línea con lo previsto por Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo sobre normas mínimas en materia de Seguridad Social **(17)**, cuyo art. 2 indica que todo Miembro de la OIT para el cual esté en vigor este Convenio deberá aplicar su parte I (Disposiciones generales); por lo menos 3 de las partes II (Asistencia médica), III (Prestaciones monetarias de enfermedad), IV (Prestaciones de desempleo), V (Prestaciones de Vejez), VI (Prestaciones en caso de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional), VII (Prestaciones familiares), VIII (Prestaciones de maternidad), IX (Prestaciones de invalidez) y X (Prestaciones de sobrevivientes), que comprendan, por lo menos, una de las partes IV, V, VI, IX y X; las disposiciones correspondientes de las partes XI (Cálculo de los pagos periódicos), XII (Igualdad de trato a los residentes no nacionales), y XIII (Disposiciones comunes); la parte XIV (Disposiciones diversas); y especificar en la ratificación cuáles son, de las partes II a X, aquellas respecto de las cuales acepta las obligaciones del Convenio.

Aunque añadiré como Anexo a este estudio el texto del Convenio 102 de OIT, creo interesante rescatar que el art. 71 apartado 3 del Convenio 102 establece que cada país miembro que lo ratifique: "[D]eberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión".

Por su parte, el apartado 1º del mismo artículo dispone: "El costo de las prestaciones con-

(15) Ver Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación del 13/09/1932, p. 800.

(16) Vr. Gratia: ley 24.714 de Asignaciones Familiares.

(17) Dicho Convenio 102, que data de 1952, recién fue ratificado por nuestro país el 12 de mayo de 2011 por ley 26.678, norma legal sancionada por el Parlamento el 13 de abril y promulgada de hecho el 10 de mayo de 2011. Sin embargo, recién en julio de 2016 Argentina entregó el instrumento de ratificación respectivo.

cedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas".

Y, en orden a lo que antes advertí sobre quienes deberían ser los administradores del aludido subsistema, el art. 72 apartado 1º del Convenio 102 prevé: "Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas", añadiendo su apartado 2°: "El Miembro deberá asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio".

VI. Conclusión

Por lo hasta aquí dicho, considero que ya es hora de dejar atrás el primitivo método de tutela social adoptado en el Siglo XIX y regular esta forma de tutela social según las técnicas del derecho de la Seguridad Social para cubrir las contingencias de incapacidad derivada de accidentes y de enfermedades sin relación alguna con el empleo.

Propicio, en tal sentido el traspaso de la responsabilidad social por las contingencias de incapacidad absoluta, permanente y temporaria, derivada de accidentes y de enfermedades no vinculadas al empleo y en las que no haya mediado culpabilidad del propio damnificado al ámbito de la Seguridad Social.

A tal fin sugiero la creación de un subsistema encargado de recaudar los recursos económicos para financiarlo **(18)** que, como dije más arriba, sea administrado con participación igualitaria y activa de los interesados, es decir los trabajadores y los empleadores.

De darse este paso no resultaría extravagante comenzar a pensar en dar también cobertura a ese segmento de personas que trabajan por cuenta propia sin poseer la estructura organizativa ni la capacidad económica para enfrentar por sí solos el humano riesgo de este tipo de contingencia, como es el caso específico en nuestro país de los trabajadores monotributistas **(19)**.

Por otro lado, ello abriría el camino para, asimismo, proyectar la extensión de esta cobertura a esa categoría conceptual que nuestro derecho nacional aún no ha receptado, a diferencia de otros países como Alemania y España entre otros, que está compuesta por los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TAED), conformada por hombres y mujeres que trabajar con base en su capacidad psicofísica y están crucialmente expuestas a dejar de recibir sus ingresos al padecer esas contingencias.

V. Anexo

Texto del convenio Nº 102 de la Organización Internacional del trabajo sobre normas mínimas en materia de seguridad social, 1952.

Preámbulo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1952 en su trigésima quinta reunión;

(18) Y me atrevo a anticipar que, en mi opinión, bien podría financiarse el subsistema con aportes de los propios trabajadores dependientes y contribuciones patronales, de una forma similar a la que prevé la ley 23.660 relativa al subsistema de Obras Sociales. No obstante, bien podría barajarse también la posibilidad de dar respuesta a tales contingencias mediante sistemas de seguro social.

(19) Sobre todo, los que militan en las primeras categorías, por facturación y estructura organizativa, del monotributo.

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la norma mínima de seguridad social, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y dos, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952:

Parte I. Disposiciones Generales

Artículo 1

1. A los efectos del presente Convenio:

(a) el término prescrito significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma;

(b) el término residencia significa la residencia habitual en el territorio del Miembro, y el término residente designa la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro;

(c) la expresión la cónyuge designa la cónyuge que está a cargo de su marido;

(d) el término viuda designa la cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento de su fallecimiento;

(e) el término hijo designa un hijo en la edad de asistencia obligatoria a la escuela o el que tiene menos de quince años, según pueda ser prescrito;

(f) la expresión período de calificación significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquier combinación de los mismos, según pueda ser prescrito.

2. A los efectos de los artículos 10, 34 y 49, el término prestaciones significa sea prestaciones directas en forma de asistencia o prestaciones indirectas consistentes en un reembolso de los gastos hechos por la persona interesada.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual esté en vigor este Convenio deberá:

(a) aplicar:

(i) la parte I;

(ii) tres, por lo menos, de las partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, que comprendan, por lo menos, una de las partes IV, V, VI, IX y X;

(iii) las disposiciones correspondientes de las partes XI, XII, y XIII;

(iv) la parte XIV; y

(b) especificar en la ratificación cuáles son, de las partes II a X, aquellas respecto de las cuales acepta las obligaciones del Convenio.

Artículo 3

1. Todo Miembro cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados podrá acogerse, mediante una declaración anexa a su ratificación —si las autoridades competentes lo desean, y durante todo el tiempo que lo consideren necesario—, a las excepciones temporales que figuran en los artículos siguientes: 9, d); 12, 2; 15, d); 18, 2; 21, c); 27, d); 33, b) ; 34, 3; 41, d); 48, c); 55, d), y 61, d).

2. Todo Miembro que haya formulado una declaración de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo deberá incluir, en la memoria anual sobre la aplicación del Convenio que habrá de presentar, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, una declaración con respecto a cada una de las excepciones a que se haya acogido, en la cual exponga:

(a) las razones por las cuales continúa acogiéndose a dicha excepción; o

(b) que renuncia, a partir de una fecha determinada, a acogerse a dicha excepción.

Artículo 4

1. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio podrá notificar ulteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo que acepta las obligaciones del Convenio respecto de una o varias de las partes II a X que no hubiera especificado ya en su ratificación.

2. Las obligaciones previstas en el párrafo 1 del presente artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus efectos desde la fecha de su notificación.

Artículo 5

Cuando, a los efectos del cumplimiento de cualquiera de las partes II a X de este Convenio que hubieren sido mencionadas en su ratificación, un Miembro esté obligado a proteger a categorías prescritas de personas que en total constituyan por lo menos un porcentaje determinado de asalariados o de residentes, dicho Miembro deberá cerciorarse de que el porcentaje correspondiente ha sido alcanzado, antes de comprometerse a cumplir dicha parte.

Artículo 6

A los efectos del cumplimiento de las partes II, III, IV, V, VIII (en lo que se relaciona con la asistencia médica), IX o X de este Convenio, todo Miembro podrá tener en cuenta la protección resultante de aquellos seguros que en virtud de la legislación nacional no sean obligatorios para las personas protegidas, cuando dichos seguros:

(a) estén controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, de conformidad con normas prescritas;

(b) cubran una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino;

(c) cumplan, juntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones correspondientes del Convenio.

Parte II. Asistencia Médica

Artículo 7

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 8

La contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

Artículo 9

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;

(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, así como a las cónyuges y a los hijos de los miembros de esas categorías;

(c) sea a categorías prescritas de residentes que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los residentes;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, así como a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.

Artículo 10

1. Las prestaciones deberán comprender, por lo menos:

(a) en caso de estado mórbido:

(i) la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio;

(ii) la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;

(iii) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y

(iv) la hospitalización, cuando fuere necesaria; y

(b) en caso de embarazo, parto y sus consecuencias;

(i) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y

(ii) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

2. El beneficiario o su sostén de familia podrá ser obligado a participar en los gastos de asistencia médica recibida por él mismo en caso de estado mórbido; la participación del beneficiario o del sostén de familia deberá reglamentarse de manera tal que no entrañe un gravamen excesivo.

3. La asistencia médica prestada de conformidad con este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Los departamentos gubernamentales o las instituciones que concedan las prestaciones deberán estimular a las personas protegidas, por cuantos medios puedan ser considerados apropiados, para que utilicen los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

Artículo 11

Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos, o a los miembros de las familias cuyo sostén haya cumplido dicho período.

Artículo 12

1. Las prestaciones mencionadas en el artículo 10 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia cubierta, si bien, en caso de estado mórbido, la duración de las prestaciones podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso; ahora bien, las prestaciones no podrán suspenderse mientras continúe pagándose una prestación monetaria de enfermedad, y deberán adoptarse disposiciones que permitan la extensión del límite antes mencionado, cuando se trate de enfermedades determinadas por la legislación nacional para las que se reconozca la necesidad de una asistencia prolongada.

2. Cuando se formule una declaración en virtud del artículo 3, la duración de las prestaciones podrá limitarse a trece semanas en cada caso.

Parte III. Prestaciones Monetarias de Enfermedad

Artículo 13

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 14

La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional.

Artículo 15

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los

asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 16

1. Cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. Cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 17

La prestación mencionada en el artículo 16 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos.

Artículo 18

1. La prestación mencionada en el artículo 16 deberá concederse durante todo el transcurso de la contingencia, a reserva de que su duración podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso de enfermedad, con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias.

2. Cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, la duración de la prestación podrá limitarse:

(a) sea a un período tal que el número total de días por los cuales se conceda la prestación en el transcurso de un año no sea inferior a diez veces el promedio de personas protegidas durante dicho año;

(b) o bien trece semanas por cada caso de enfermedad, con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias.

Parte IV. Prestaciones de Desempleo

Artículo 19

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de desempleo, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 20

La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la define la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo.

Artículo 21

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(c) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 22

1. Cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, dicha prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. Cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 23

La prestación mencionada en el artículo 22 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos.

Artículo 24

1. La prestación mencionada en el artículo 22 deberá concederse durante todo el transcurso de la contingencia, pero su duración podrá limitarse:

(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados, a trece semanas en el transcurso de un período de doce meses;

(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, a veintiséis semanas en el transcurso de un período de doce meses.

2. Cuando la legislación nacional establezca que la duración de la prestación variará de conformidad con el período de cotización o de conformidad con las prestaciones recibidas anteriormente en el transcurso de un período prescrito, o con ambos factores a la vez, las disposiciones del apartado a) del párrafo 1 se considerarán cumplidas si el promedio de duración de la prestación comprende, por lo menos, trece semanas en el transcurso de un período de doce meses.

3. La prestación podrá no ser pagada por un período de espera fijado en los siete primeros días en cada caso de suspensión de ganancias, contando como parte del mismo caso de suspensión de ganancias los días de desempleo antes y después de un empleo temporal que no exceda de una duración prescrita.

4. Cuando se trate de trabajadores de temporada, la duración de la prestación y el período de espera podrán adaptarse a las condiciones de empleo.

Parte V. Prestaciones de Vejez

Artículo 25

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 26

1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.

2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate.

3. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 27

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración, en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 28

La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;

(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 29

1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:

(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia;

(b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra prescrita.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o

(b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a dicha parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación del porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, pero inferior a treinta años de cotización o de empleo. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años se concederá una pensión reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

5. Cuando la concesión de la prestación mencionada en los párrafos 1, 3 o 4 del presente artículo esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, en las condiciones prescritas, a las personas protegidas que, por el solo hecho de la edad avanzada a que hubieren llegado cuando las disposiciones que permitan aplicar esta parte del Convenio se hayan puesto en vigor, no hayan podido cumplir las condiciones prescritas de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, a menos que, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1, 3 o 4 de este artículo, se conceda una prestación a tales personas a una edad más elevada que la normal.

Artículo 30

Las prestaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte VI. Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional

Artículo 31

Todo Miembro para el que esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 32

Las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos:

(a) estado mórbido;

(b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional;

(c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas; y

(d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

Artículo 33

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, y, para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de familia, también a las cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías; o

(b) cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, y, para las prestaciones a que da derecho la muerte del sostén de familia, también a los cónyuges y a los hijos de los asalariados de esas categorías.

Artículo 34

1. Con respecto al estado mórbido, las prestaciones deberán comprender la asistencia médica, tal como se especifica en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica comprenderá:

(a) la asistencia médica general y la ofrecida por especialistas, a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, comprendidas las visitas a domicilio;

(b) la asistencia odontológica;

(c) la asistencia por enfermeras, a domicilio, en un hospital o en cualquier otra institución médica;

(d) el mantenimiento en un hospital, centro de convalecencia, sanatorio u otra institución médica;

(e) el suministro de material odontológico, farmacéutico, y cualquier otro material médico o quirúrgico, comprendidos los aparatos de prótesis y su conservación, así como los anteojos; y

(f) la asistencia suministrada por miembros de otras profesiones reconocidas legalmente como conexas con la profesión médica, bajo la vigilancia de un médico o de un dentista.

3. Cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, la asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

(a) la asistencia médica general, comprendidas las visitas a domicilio;

(b) la asistencia por especialistas, ofrecida en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales;

(c) el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos u otros profesionales calificados; y

(d) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

4. La asistencia médica prestada de conformidad con los párrafos precedentes tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la persona protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

Artículo 35

1. Los departamentos gubernamentales o las instituciones que concedan la asistencia médica deberán cooperar, cuando fuere oportuno, con los servicios generales de reeducación profesional, a fin de readaptar para un trabajo apropiado a las personas de capacidad reducida.

2. La legislación nacional podrá autorizar a dichos departamentos o instituciones para que tomen medidas destinadas a la reeducación profesional de las personas de capacidad reducida.

Artículo 36

1. Con respecto a la incapacidad para trabajar o a la pérdida total de capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, a la disminución correspondiente de las facultades físicas o a la muerte del sostén de familia, la prestación deberá consistir en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66.

2. En caso de pérdida parcial de la capacidad para ganar, cuando es probable que sea permanente, o en caso de una disminución correspondiente de las facultades físicas, la prestación, cuando deba ser pagada, consistirá en un pago periódico que represente una proporción conveniente de la prestación prevista en caso de pérdida total de la capacidad para ganar o de una disminución correspondiente de las facultades físicas.

3. Los pagos periódicos podrán sustituirse por un capital pagado de una sola vez:

(a) cuando el grado de incapacidad sea mínimo; o

(b) cuando se garantice a las autoridades competentes el empleo razonable de dicho capital.

Artículo 37

Las prestaciones mencionadas en los arts. 34 y 36 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos a las personas protegidas que estuvieran empleadas como asalariados en el territorio del Miembro en el momento del accidente o en el momento en que se contrajo la enfermedad; y si se trata de pagos periódicos resultantes del fallecimiento del sostén de familia, a la viuda y a los hijos de aquel.

Artículo 38

Las prestaciones mencionadas en los artículos 34 y 36 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, con respecto a la incapacidad para trabajar, la prestación podrá no pagarse por los tres primeros días en cada caso de suspensión de ganancias.

Parte VII. Prestaciones Familiares

Artículo 39

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones familiares de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 40

La contingencia cubierta será la de tener hijos a cargo en las condiciones que se prescriban.

Artículo 41

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías

prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 42

Las prestaciones deberán comprender:

(a) sea un pago periódico concedido a toda persona protegida que haya cumplido el período de calificación prescrito;

(b) sea el suministro a los hijos, o para los hijos, de alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica;

(c) o bien una combinación de las prestaciones mencionadas en a) y b).

Artículo 43

Las prestaciones mencionadas en el artículo 42 deberán garantizarse, por lo menos, a las personas protegidas que hayan cumplido, durante un período prescrito, un período de calificación que podrá consistir en tres meses de cotización o de empleo, o en un año de residencia, según se prescriba.

Artículo 44

El valor total de las prestaciones concedidas, de conformidad con el artículo 42, a las personas protegidas, deberá ser tal que represente:

(a) el 3 por ciento del salario de un trabajador ordinario no calificado adulto de sexo masculino, determinado de conformidad con las disposiciones del artículo 66, multiplicado por el número total de hijos de todas las personas protegidas; o

(b) el 1,5 por ciento del salario susodicho, multiplicado por el número total de hijos de todos los residentes.

Artículo 45

Cuando las prestaciones consistan en un pago periódico, deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte VIII. Prestaciones de Maternidad

Artículo 46

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de maternidad, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 47

La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional.

Artículo 48

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados, y, en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a las cónyuges de los hombres comprendidos en esas mismas categorías;

(b) sea a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes, y, en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a las cónyuges de los asalariados comprendidos en esas mismas categorías;

(c) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a todas las mujeres que pertenezcan a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas, y en lo que concierne a las prestaciones médicas de maternidad, también a las cónyuges de los hombres comprendidos en esas mismas categorías.

Artículo 49

1. En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de

maternidad deberán comprender la asistencia médica mencionada en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

(a) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y

(b) la hospitalización, cuando fuere necesaria.

3. La asistencia médica mencionada en el párrafo 2 de este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

4. Las instituciones o los departamentos gubernamentales que concedan las prestaciones médicas de maternidad deberán estimular a las mujeres protegidas, por cuantos medios puedan ser considerados apropiados, para que utilicen los servicios generales de salud puestos a su disposición por las autoridades públicas o por otros organismos reconocidos por las autoridades públicas.

Artículo 50

Con respecto a la suspensión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o las del artículo 66. El monto del pago periódico podrá variar en el transcurso de la contingencia, a condición de que el monto medio esté de conformidad con las disposiciones susodichas.

Artículo 51

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos, a las mujeres pertenecientes a las categorías protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos; las prestaciones mencionadas en el artículo 49 deberán también garantizarse a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas, cuando estos hayan cumplido el período de calificación previsto.

Artículo 52

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, los pagos periódicos podrán limitarse a doce semanas, a menos que la legislación nacional imponga o autorice un período más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso los pagos no podrán limitarse a un período de menor duración.

Parte IX. Prestaciones de Invalidez

Artículo 53

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de invalidez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 54

La contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad.

Artículo 55

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a categorías prescritas de la población activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industria-

les en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 56

La prestación deberá consistir en un pago periódico calculado en la forma siguiente:

(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;

(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de un límite prescrito, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 57

1. La prestación mencionada en el artículo 56 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:

(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia; o

(b) cuando en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones.

2. Cuando la concesión de las prestaciones mencionadas en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización de empleo; o

(b) cuando en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado en el transcurso del período activo de su vida la mitad del promedio anual prescrito de cotizaciones a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a esta parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, cinco años de cotización, empleo o residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional en el porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación de porcentaje reducido sea superior a cinco años de cotización o de empleo, pero inferior a quince años de cotización o de empleo. Deberá concederse una prestación reducida de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 58

Las prestaciones previstas en los artículos 56 y 57 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia o hasta que sean sustituídas por una prestación de vejez.

Parte X. Prestaciones de Sobrevivientes

Artículo 59

Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de sobrevivientes, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.

Artículo 60

1. La contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a la prestación podrá quedar condicionado a la presunción, según la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades.

2. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.

Artículo 61

Las personas protegidas deberán comprender:

(a) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;

(b) sea a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia a que pertenezca a categorías prescritas de la población económicamente activa, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;

(c) sea, cuando sean residentes, a todas las viudas y a todos los hijos que hayan perdido su sostén de familia y cuyos recursos durante la contingencia cubierta no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;

(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración en virtud del artículo 3, a las cónyuges y a los hijos del sostén de familia que pertenezca a categorías prescritas de asalariados, categorías que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.

Artículo 62

La prestación deberá consistir en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:

(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66; o

(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.

Artículo 63

1. La prestación mencionada en el artículo 62 deberá garantizarse en la contingencia cubierta, por lo menos:

(a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en quince años de cotización o de empleo o en diez años de residencia; o

(b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de este sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones.

2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:

(a) a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido, según reglas prescritas, un período de cinco años de cotización o de empleo; o

(b) cuando en principio las cónyuges y los hijos de todas las personas económicamente activas estén protegidos, a las personas protegidas cuyo sostén de familia haya cumplido un período de tres años de cotización, a condición de que se haya pagado en nombre de ese sostén de familia, en el transcurso del período activo de su vida, la mitad del promedio anual prescrito de cotizaciones a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al que se indica en

el cuadro anexo a esa parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas cuyo sostén de familia haya cumplido, de conformidad con las reglas prescritas cinco años de cotización, empleo o residencia.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional en el porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación de porcentaje reducido sea inferior a cinco años de cotización o de empleo, pero inferior a quince años de cotización o de empleo. Deberá concederse una prestación reducida de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

5. Para que una viuda sin hijos, a la que presuma incapaz de subvenir a sus propias necesidades, tenga derecho a una prestación de sobreviviente, podrá prescribirse una duración mínima del matrimonio.

Artículo 64

Las prestaciones mencionadas en los artículos 62 y 63 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

Parte XI. Cálculo de los Pagos Periódicos

Artículo 65

1. Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique este artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que, para el beneficiario tipo a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro, en relación con el total de las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia se calcularán de conformidad con reglas prescritas, y, cuando las personas protegidas o su sostén de familia estén repartidos en categorías según sus ganancias, las ganancias anteriores podrán calcularse de conformidad con las ganancias básicas de las categorías a que hayan pertenecido.

3. Podrá prescribirse un máximo para el monto de la prestación o para las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la prestación, a reserva de que este máximo se fije de suerte que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas cuando las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia sean inferiores o iguales al salario de un trabajador calificado de sexo masculino.

4. Las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia, el salario del trabajador calificado de sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares se calcularán sobre el mismo tiempo básico.

5. Para los demás beneficiarios, la prestación será fijada de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

6. Para la aplicación del presente artículo se considerará como trabajador calificado del sexo masculino:

(a) sea un ajustador o un tornero en una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas;

(b) sea un trabajador ordinario calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente;

(c) sea una persona cuyas ganancias sean iguales o superiores a las ganancias del 75 por ciento de todas las personas protegidas, determinándose estas ganancias sobre base anual o sobre la base de un período más corto, según se prescriba;

(d) o bien una persona cuyas ganancias sean iguales al 125 por ciento del promedio de las ganancias de todas las personas protegidas.

7. Se considerará como trabajador ordinario calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo precedente, al trabajador de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas de sexo masculino para la contingencia considerada, o de sostenes de familia de personas protegidas, en el grupo que ocupe al mayor número de estas personas protegidas o de sus

sostenes de familia; a este efecto, se utilizará la clasificación internacional tipo, por industrias, de todas las ramas de actividad económica, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su séptimo período de sesiones, el 27 de agosto de 1948, la cual se reproduce como anexo al presente Convenio, teniendo en cuenta toda modificación que pudiera haberse introducido.

8. Cuando las prestaciones varíen de una región a otra, el obrero calificado de sexo masculino podrá ser elegido dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 6 y 7 del presente artículo.

9. El salario del trabajador calificado de sexo masculino se determinará de acuerdo con el salario de un número normal de horas de trabajo fijado por contratos colectivos, por la legislación nacional o en virtud de ella, y, si fuera necesario, por la costumbre, incluyendo los subsidios de carestía de vida, si los hubiere; cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 8 del presente artículo, deberá tomarse el promedio del salario.

10. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuidos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados cuando se produzcan variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Artículo 66

1. Con respecto a cualquier pago periódico al que el presente artículo se aplique, la cuantía de la prestación, incrementada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que para el beneficiario tipo, a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro del total del salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino, y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. El salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares serán calculados sobre el mismo tiempo básico.

3. Para los demás beneficiarios, la prestación se fijará de tal manera que esté en relación razonable con la del beneficiario tipo.

4. Para la aplicación del presente artículo se considerará como trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino:

(a) un trabajador ordinario no calificado de una industria mecánica que no sea la industria de máquinas eléctricas; o

(b) un trabajador ordinario no calificado definido de conformidad con las disposiciones del párrafo siguiente.

5. El trabajador ordinario no calificado, a los efectos del apartado b) del párrafo precedente, será uno de la categoría que ocupe el mayor número de personas protegidas del sexo masculino para la contingencia considerada, o de sostenes de familia de personas protegidas, en la rama que ocupe el mayor número de personas protegidas o de sus sostenes de familia; a este efecto, se utilizará la clasificación internacional tipo, por industrias, de todas las ramas de actividad económica, adoptada por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su 7a reunión, el 27 de agosto de 1948, y que se reproduce como anexo al presente Convenio, teniendo en cuenta cualquier modificación que pudiera haberse introducido.

6. Cuando las prestaciones varíen de una región a otra, el trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino podrá ser elegido, dentro de cada una de las regiones, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 4 y 5 del presente artículo.

7. El salario del trabajador ordinario no calificado adulto del sexo masculino se determinará de acuerdo con el salario por un número normal de horas de trabajo fijado por contratos colectivos, por la legislación nacional o en virtud de ella, y si fuera necesario, por la costumbre, incluyendo los subsidios de carestía de vida, si los

hubiere; cuando los salarios así determinados difieran de una región a otra y no se aplique el párrafo 6 del presente artículo, deberá tomarse el promedio del salario.

8. Los montos de los pagos periódicos en curso atribuídos para la vejez, para los accidentes del trabajo y las enfermedades profesionales (a excepción de los que cubran la incapacidad de trabajo), para la invalidez y para la muerte del sostén de familia serán revisados, a consecuencia de variaciones sensibles del nivel general de ganancias que resulten de variaciones, también sensibles, del costo de la vida.

Artículo 67

Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique el presente artículo:

(a) el monto de la prestación deberá determinarse de acuerdo con una escala prescrita o según una regla fijada por las autoridades públicas competentes, de conformidad con reglas prescritas;

(b) el monto de la prestación no podrá reducirse sino en la medida en que los demás recursos de la familia del beneficiario excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes, de conformidad con reglas prescritas;

(c) el total de la prestación y de los demás recursos de la familia, previa deducción de las sumas apreciables a que se refiere el apartado b) anterior, deberá ser suficiente para asegurar a la familia condiciones de vida sanas y convenientes, y no deberá ser inferior al monto de la prestación calculada de conformidad con las disposiciones del artículo 66;

(d) las disposiciones del apartado c) se considerarán cumplidas si el monto total de las prestaciones pagadas, para la parte en cuestión, excede, por lo menos, del 30 por ciento del monto total de las prestaciones que se obtendrían aplicando las disposiciones del artículo 66 y las disposiciones siguientes:

(i) apartado b) del artículo 15, para la parte III;

(ii) apartado b) del artículo 27, para la parte V;

(iii) apartado b) del artículo 55, para la parte IX;

(iv) apartado b) del artículo 61, para la parte X.

Cuadro anexo a la parte XI.-Pagos periódicos al beneficiario tipo (omisis)

Parte XII. Igualdad de Trato a los Residentes no Nacionales

Artículo 68

1. Los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales. Sin embargo, podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro, en lo que respecta a las prestaciones o partes de prestaciones financiadas exclusivamente o de manera preponderante con fondos públicos, y en lo que respecta a los regímenes transitorios.

2. En los sistemas de seguridad social contributivos cuya protección comprenda a los asalariados, las personas protegidas que sean nacionales de otro Miembro que haya aceptado las obligaciones de la parte correspondiente del Convenio deberán tener, respecto de dicha parte, los mismos derechos que los nacionales del Miembro interesado. Sin embargo, la aplicación de este párrafo podrá estar condicionada a la existencia de un acuerdo bilateral o multilateral que prevea la reciprocidad.

Parte XIII. Disposiciones Comunes

Artículo 69

Una prestación a la cual tendría derecho una persona protegida, si se aplicara cualquiera de las partes III a X del presente Convenio, podrá ser suspendida, en la medida en que pueda ser prescrita:

(a) tanto tiempo como el interesado no se encuentre en el territorio del Miembro;

(b) tanto tiempo como el interesado esté mantenido con cargo a fondos públicos o a costa de una institución o de un servicio de seguridad social; sin embargo, si la prestación excede del costo de esa manutención, la diferencia deberá

concederse a las personas que estén a cargo del beneficiario;

(c) tanto tiempo como el interesado reciba otra prestación, en dinero, de seguridad social, con excepción de una prestación familiar, y durante todo período en el transcurso del cual esté indemnizado por la misma contingencia por un tercero, a condición de que la parte de la prestación suspendida no sobrepase la otra prestación o la indemnización procedente de un tercero;

(d) cuando el interesado haya intentado fraudulentamente obtener una prestación;

(e) cuando la contingencia haya sido provocada por un crimen o delito cometido por el interesado;

(f) cuando la contingencia haya sido provocada por una falta intencionada del interesado;

(g) en los casos apropiados, cuando el interesado no utilice los servicios médicos o los servicios de readaptación puestos a su disposición, o no observe las reglas prescritas para comprobar la existencia de la contingencia o la conducta de los beneficiarios de las prestaciones;

(h) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado deje de utilizar los servicios del empleo disponibles;

(i) en lo que se refiere a las prestaciones de desempleo, cuando el interesado haya perdido su empleo como consecuencia directa de una suspensión de trabajo debida a un conflicto profesional o haya abandonado su empleo voluntariamente sin motivo justificado; y

(j) en lo que se refiere a las prestaciones de sobrevivientes, tanto tiempo como la viuda viva en concubinato.

Artículo 70

1. Todo solicitante deberá tener derecho a apelar, en caso de que se le niegue la prestación o en caso de queja sobre su calidad o cantidad.

2. Cuando, al aplicar el presente Convenio, la administración de la asistencia médica esté confiada a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, el derecho de apelación previsto en el párrafo 1 del presente artículo podrá substituirse por el derecho a hacer examinar por la autoridad competente cualquier reclamación referente a la denegación de asistencia médica o a la calidad de la asistencia médica recibida.

3. Cuando las reclamaciones se lleven ante tribunales especialmente establecidos para tratar de los litigios sobre seguridad social y en ellos estén representadas las personas protegidas, podrá negarse el derecho de apelación.

Artículo 71

1. El costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiados colectivamente por medio de cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del Miembro y la de las categorías de personas protegidas.

2. El total de cotizaciones de seguro a cargo de los asalariados protegidos no deberá exceder del 50 por ciento del total de recursos destinados a la protección de los asalariados y de los cónyuges y de los hijos de estos. Para determinar si se cumple esta condición, todas las prestaciones suministradas por el Miembro, en aplicación del presente Convenio, podrán ser consideradas en conjunto, a excepción de las prestaciones familiares y en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, si estas últimas dependen de una rama especial.

3. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin; deberá garantizar, cuando fuere oportuno, que los estudios y cálculos actuariales necesarios relativos al equilibrio se establezcan periódicamente y, en todo caso, previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de la tasa de las cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias en cuestión.

Artículo 72

1. Cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las autoridades públicas.

2. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio.

Parte XIV. Disposiciones Diversas (omisis)

Parte XV. Disposiciones Finales (omisis)

Extensión de cobertura por COVID-19

Procedimiento: enfermedad profesional no listada presuntiva en ley riesgos del trabajo (res. SRT 10/2021)

Carlos R. Busajm (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Normativa precedente.— III. Resolución SRT 10/2021.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

En este comentario analizaremos la resolución de Superintendencia de Riesgos del Trabajo Nro. 10 del año 2021 que establece nuevas pautas de cobertura por el Sistema de Riesgos del Trabajo de la Enfermedad Profesional no listada COVID-19 para trabajadores dependientes y los procesos administrativos. Mas nos parece propicio y necesario rememorar los inicios de este flagelo mundial y en particular la normativa que fue tejiendo las pautas y regulación que ordenaron nuestras vidas.

La pandemia de enfermedad por coronavirus iniciada en 2019 (COVID-19) causada por el virus coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave (SARS-CoV-2), se identificó por primera vez el 1 de diciembre de 2019 en la ciudad de Wuhan capital de la provincia de Hubei en la China central cuando se reportó a un grupo de personas con neumonía de causa desconocida vinculada principalmente a trabajadores del mercado mayorista de mariscos del sur de China de Wuhan. La OMS la reconoció como una pandemia global el 11 de marzo de 2020 **(1)**.

El mundial evento produjo consecuencias de todo tipo: sociales, sanitarias, económicas, comunicacionales, políticas, jurídicas por solo nombrar algunas, las normas de distintos tipos y jerarquías tuvieron y tienen protagonismo en la regulación necesaria, se reprodujeron como un torbellino. Al veintinueve de marzo del corriente año en nuestro país se dictaron 13 Leyes Nacionales, 72 DNU, 84 Decisiones Administrativas, 45 Resoluciones del Ministerio de Trabajo Empleo y SS; 64 Resoluciones, Disposiciones y Protocolos de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y así podríamos seguir con cada uno de los organismos nacionales y de cada provincia **(2)**.

Según informa la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT) a pocos días de cumplirse un año de la declaración del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (ASPO) en la Argenti-

(*) Abogado litigante. Docente en la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Docente en la Asignatura de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Económicas, UNC. Profesor de postgrado invitado a la Carrera de Especialización de Derecho del Trabajo organizado en conjunto entre la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional del Litoral y Universidad Católica de Córdoba. Disertante en temas de Derecho del Trabajo y Riesgos del Trabajo. Profesor invitado en la Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, Organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

(1) https://es.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_enfermedad_por_coronavirus_de_2019-2020

(2) SRT Prevención y Seguridad en el Trabajo compilación de normas en relación con el COVID — 19 actualización al 29/3/2021. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/normas_covid-19_v290321.pdf

na mediante el dec. 297/2020, el número de personas contagiadas de COVID-19 al 11 de marzo 2021 ascendió a 2.177.898, *de las cuales 242.689 corresponden a trabajadores que denunciaron la patología como enfermedad profesional,* más de un 10%.

Buenos Aires, CABA y Santa Fe son los distritos con mayor cantidad de denuncias (119.208, 73.857 y 7.003, respectivamente), seguidos de cerca por Mendoza (5.087), Río Negro (4.838), Córdoba (4.788) y Tucumán (4.612).

Los trabajadores de la salud constituyen el mayor grupo afectado al concentrar al 22,87% de los casos reportados a las ART. Le siguen las fuerzas de seguridad, Fuerzas Armadas y bomberos (13,44%), los trabajadores afectados a la venta minorista de bienes y servicios (8,01%), a las tareas de limpieza y mantenimiento (5,78%), el transporte de pasajeros (5,25%) y la seguridad privada (2,73%). El restante 41,92% de los casos corresponde a los trabajadores de las más de 200 actividades que forman parte del registro de la SRT. El pico de casos aceptados ocurrió a mediados de septiembre de 2020, sin embargo a la fecha de producción del presente artículo la curva ascendente ha superado estos guarismos.

En cuanto a los *casos mortales*, la mayoría de los denunciados correspondieron al personal de salud (23%) y a trabajadores destinados al transporte de pasajeros (10%). Le siguieron aquellas personas a cargo de tareas de limpieza y mantenimiento y a la seguridad privada (7% cada uno).

Por otra parte, la mayor parte de las denuncias provinieron los trabajadores que integran el rango etario de 30 a 34 años (26.400 varones y 18.323 mujeres). El segundo lugar lo ocupó el rango de 35 a 39 años (25.454 varones y 17.090 mujeres).

Los períodos promedio de inactividad fueron de 23,9 días por trabajador contagiado, las prestaciones dinerarias y por fallecimiento a cargo de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, financiadas a través del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales, alcanzaron los $ 16.145 millones de pesos. A esta cifra deben adicionarse los costos por prestaciones en especie **(3)**. Reiteramos tomando como fecha de corte el 11/3/2021.

II. Normativa precedente

Con el fin de poder entender las implicancias de la res. 10 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo sancionada con fecha 12/03/2021 con entrada en vigencia a partir de su publicación (16/3/2021), debemos repasar otras normas dictadas por el mismo organismo relacionadas con el COVID-19.

Mediante res. 21/2020 se estableció que los empleadores debían informar a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (ART) los trabajadores que realicen teletrabajo. Todos los plazos administrativos recursivos quedaron suspendidos y se estableció el cese general de actividades en la totalidad de las Comisiones Médicas (res. 4/2020). La SRT emitió una nota donde tímidamente por ese momento estableció ciertos criterios sobre calificación de enfermedad, prestaciones en especie, dinerarias **(4)**.

Sin dudas fue el Decreto de Necesidad y Urgencia sancionado con fecha 13/4/2020 por el PEN Nro. 367 el que definitivamente estableció que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2 se considerará "presuntivamente" una enfermedad de carácter profesional no listada como lo indicó expresamente en el acápite de la norma.

Como tuvimos oportunidad de analizar en otras publicaciones **(5)**, la norma a nuestro entender fue de confusa interpretación, en el primer artículo determina una presunción para *todos* los *trabajadores excluidos del aislamiento*

(3) www.srt.gob.ar

(4) NO-2020-18370201-APN-GG#SRT ..."la enfermedad respiratoria causada por el Coronavirus (COVID-19) no se encuentra prevista en el Listado de Enfermedades Profesionales del dec. 658/96. No obstante ello, se encontrará cubierta por las prestaciones del Sistema de Riesgos del Trabajo, en la medida en que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine que la enfermedad producida por el Coronavirus (COVID-19) haya sido provocada por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo".

(5) BUSAJM, Carlos Roberto, "A propósito del COVID-19. Protección a los trabajadores ¿Amparo o medida autosatisfactiva?", AR/DOC/1073/2020.

social preventivo y obligatorio por dispensa legal que hubieren contraído el COVID-19, se considerará en estos casos una enfermedad profesional no listada con cobertura, pero que admitiría prueba en contrario, la acepción presuntiva, en la interpretación de funcionarios de la SRT sería para el período de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT), sin embargo en lo demás entienden que será el trabajador quien debe acreditar la vinculación de la tarea con la enfermedad, excepto algún supuesto para los trabajadores de la salud, con lo cual nos preguntamos ¿qué clase de presunción es si se entiende por esta la inversión de la prueba por parque de quién pretenda desconocerla?, en tal caso quién debe probar es la Aseguradora de Riesgos del Trabajo o Empleador Autoasegurado, no puede ser entendida de otra manera.

El DNU establece que el ente gestor ya sea Aseguradora de Riesgos del Trabajo, Empleador Autoasegurado o empleador no asegurado (pese que menciona solo a las ART), según el art. 2° debe recibir la denuncia del trabajador por COVID-19, debidamente diagnosticado y en principio otorgar las prestaciones de ley 24.557, en esta generalidad no cabe otra interpretación entender que son tanto las prestaciones en especie como dinerarias. Y decimos en principio porque luego supedita la continuación de las prestaciones y aceptación del siniestro, a una resolución final a cargo de la Comisión Médica Central.

Conforme lo determinó el DNU la calificación definitiva del carácter profesional de la patología quedará, en cada caso, a cargo de la Comisión Médica Central (CMC) a efectos de confirmar la presunción atribuida en el primer artículo, y determinará *la imprescindible y necesaria* relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada con el trabajo efectuado en el referido contexto de dispensa. Se establecieron normas de procedimiento específico.

Asimismo (lo que a nuestro criterio contribuyó a la confusión) regula: "La Comisión Médica Central podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador cuando se constate la existencia de un número relevante de infectados por la enfermedad COVID-19 en actividades realizadas en el referido contexto, y en un establecimiento determinado en el que tuvieren cercanía o posible contacto, o cuando se demuestren otros hechos reveladores de la probabilidad cierta de que el contagio haya sido en ocasión del cumplimiento de las tareas desempeñadas en el marco referido en el artículo primero.

Afirmamos que la confusión surge por cuanto si el art. 1° establece una presunción, que aceptaría prueba en contrario en el más desfavorable caso (iuris tantum), ¿cómo es que en este tercer artículo indica que la CMC podrá invertir la carga de la prueba de la relación de causalidad a favor del trabajador? Pero si existe la presunción, mal "podría" luego decidir beneficiar al trabajador con esa inversión de la carga de la prueba cuando en ningún caso es quien tiene que probar, la norma presume que la enfermedad COVID-19 en el contexto del art. 1°. es una enfermedad profesional —no listada—.

El cuarto artículo del DNU 367 delimita perfectamente a los trabajadores de la salud, los retira del colectivo de todos aquellos que también están exceptuados del aislamiento social preventivo obligatorio, pero a pesar de afirmar que la enfermedad COVID-19 producida por el coronavirus SARS-CoV-2, guarda relación de causalidad directa e inmediata con la labor efectuada, inmediatamente después aclara ..... "salvo que se demuestre, en el caso concreto, la inexistencia de este último supuesto fáctico". Debemos entender entonces, que estos trabajadores siguen la misma suerte que todos los exceptuados (art. 1°), por cuanto en el primer caso se "presume" y en este si bien se afirma, no tiene el carácter iure et de iure, sigue aceptando prueba en contrario, sin que para la precedente reflexión interese si la dolencia está incluida o no del listado, ¿cuál sería la diferencia?

Expresamos en esa oportunidad que si revisamos lo dispuesto por el art. 6°, apart. 2°, inc. b de la ley 24.557 introducido por DNU 1278 del año 2000, se exige la causalidad adecuada ... **"**Serán igualmente consideradas enfermedades profesionales aquellas otras que, en cada caso concreto, la Comisión Médica Central determine como provocadas por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, excluyendo la influencia de los factores atribuibles al trabajador o ajenos al trabajo".

De tal manera en esta enfermedad (COVID-19) se avanza en la presunción, lo que no es menor, pero siempre iuris tantum.

Las presunciones rigen para ese sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los 60 días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el dec. 260/20, y sus eventuales prórrogas. Además al igual que las enfermedades no listadas, estarán a cargo del Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales. Y se aplicará lo dispuesto en este DNU 367 a partir del 19/3/2020 **(6)**.

Nos extendimos en rememorar el dispositivo por cuanto es de fundamental importancia a los fines de entender las posteriores normas y en particular la res. SRT 10/2021.

Es importante destacar asimismo que con fecha 22/1/2021 se dictó el DNU 39 que extendió plazos vinculados con la relación laboral en cuanto a prohibición de despidos, suspensiones prórroga de doble indemnización entre otras disposiciones **(7)** mas también determinó que por el término de 90 días corridos contados a partir de la vigencia del decreto **(8)**, 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 apart. 2°, inc. b) del art. 6º de la ley 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 24.557 sobre Riesgos del Trabajo y que hayan prestado efectivamente tareas en sus lugares habituales, fuera de su domicilio particular.

A diferencia del DNU 367, que incluía limitadamente a los trabajadores dependientes excluidos mediante dispensa legal y con el fin de realizar actividades declaradas esenciales, del cumplimiento del aislamiento social preventivo y obligatorio, *incorpora a la totalidad de los trabajadores*.

Además el DNU 39 indica que 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 art. 4° del DNU 367/2020 **(9)**, la Comisión Médica Central 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. Se aplicarán a su respecto las normas contenidas en los arts. 2° y 3° del DNU 367/2020.

III. Resolución SRT 10/2021

Sancionada el 12/3/2021 entró en vigencia a partir de su publicación lo que ocurrió cuatro días más tarde, consta de cuatro capítulos incluyendo el de forma.

Básicamente aprueba un procedimiento especial de actuación para la declaración del COVID-19 como enfermedad profesional —no listada— en los términos del DNU 39/2021, regula acciones de procedimiento administrativo, en los considerandos aclara que el art. 6º del DNU 367/2020 facultó a la SRT dictar las normas del procedimiento de actuación ante la Comisión Médica Central y a adoptar todas las medidas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que sean necesarias en el marco de

(6) Mediante DNU 875/20, se incorporó a la presunción establecida en el art. 4° del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 367/20, a los miembros de fuerzas policiales federales y provinciales en cumplimiento de servicio efectivo.

(7) DNU 39/2021, art. 1°. - Amplíase hasta el 31/12/2021 la emergencia pública en materia ocupacional declarada por el DNU 34/2019 y ampliada por sus similares 528/2020 y 961/2020. 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 DNU 891/2020. 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 dec. 891/2020.

(8) A partir de su publicación en el Boletín Oficial lo que ocurrió el 23/1/2021.

(9) Art. 4°. "Esta presunción y la prevista en el art. 1° del presente rigen, para este sector de trabajadores y trabajadoras, hasta los SESENTA días posteriores a la finalización de la vigencia de la declaración de la ampliación de emergencia pública en materia sanitaria realizada en el dec. 260/20, y sus eventuales prórrogas".

sus competencias tendientes a efectivizar la cobertura especial presuntiva dispuesta.

Habiendo transcurrido un año desde la sanción del DNU 367, habría que preguntarse, hasta esta resolución entonces cuál era el trámite que se debía cumplimentar vinculado con la denuncia, procedimiento administrativo y demás situaciones vinculadas con COVID-19 como enfermedad profesional "presuntiva".

El Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social conjuntamente con la Superintendencia de Riesgos del Trabajo dictaron la res. conj. 38 **(10)** con fecha 28/4/2020 de similares características a la actual res. 10. Asimismo dada la suspensión de actividades presenciales ante Comisión Médica, se dictó la res. 40 **(11)** y su Anexo que regularon el procedimiento virtual para la intervención de las CM en ciertos y determinados casos entre los cuales se incluyó lo concerniente a la enfermedad COVID-19.

Continuando con el análisis que nos ocupa la res. 10 en su primer capítulo dispone el procedimiento para realizar la denuncia de COVID a los fines del reconocimiento como contingencia cubierta, a fin de que opere la presunción prevista en los términos de lo dispuesto por el art. 7º del DNU 39, los/las trabajadores/as damnificados/as o sus derechohabientes deberán acreditar ante la Aseguradora de Riesgos del Trabajo o el Empleador Autoasegurado ciertos requisitos de carácter formal:

1. Estudio de diagnóstico de entidad sanitaria incluida en el Registro Federal de Establecimientos de Salud con resultado positivo por coronavirus (COVID-19), debidamente firmado por profesional identificado y habilitado por la matrícula correspondiente.

2. Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas, así como las jornadas trabajadas fuera del domicilio particular del trabajador, entre los 3 y 14 días previos a la primera manifestación de síntomas.

Nos detenemos en este requisito para entender el motivo, en los considerandos de la resolución se informa que un estudio publicado en junio de 2020 por el Centro para el Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos reportó que para el 97,5% de los pacientes, el período de incubación de la enfermedad COVID-19 se extiende por 14 días, con un promedio de 4 a 5 días desde la exposición hasta la aparición de los síntomas.

3. Otro requisito es una constancia otorgada por el empleador (formulario preforma) a los efectos de la certificación de la prestación efectiva de tareas en el lugar de trabajo, fuera del domicilio particular del trabajador, entre los 3 y 14 días previos a la primera manifestación de síntomas.

4. Como último requisito la denuncia además debe contener en caso de que el trabajador/a no manifestara síntomas deberá acreditar la prestación efectiva de tareas durante una o más jornadas, fuera de su domicilio particular, entre los 3 y 14 días previos a la realización del estudio diagnóstico previsto precedente.

Una vez que el trabajador cumpla con la obtención y presentación de los requisitos precedentes a la ART y/o EA, si hubiere alguna discrepancia en cuanto a su admisibilidad por razones formales, estas se plantearán y resolverán con intervención de la SRT ante el Departamento de Atención al Público y Gestión de Reclamos, quién deberá resolver dentro de las 48 horas, en caso de silencio implicará la admisibilidad de la correspondiente denuncia.

El Capítulo siguiente regula el procedimiento por ante la Comisión Médica Central para el reconocimiento definitivo de la enfermedad profesional "presuntiva" COVID-19.

Prevé un trámite a través de la Mesa de Entradas de la Comisión Médica Jurisdiccional correspondiente al domicilio del trabajador/a o mediante la Mesa de Entradas Virtual **(12)**, una vez que cese el período de Incapacidad Laboral

(10) https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228398/20200429

(11) https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/228462/20200430

(12) https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229433/20200518

Temporaria **(13)** y cumplimentado los requisitos de denuncia y admisión.

Para el caso de que el trámite lo inicie el trabajador o sus derechohabientes, la resolución prevé el cumplimiento de una serie de requisitos que *a priori*, parecen excesivos puesto que parte de ellos debieran ser requeridos bajo apercibimiento a la ART o EA. El trabajador deberá actuar con patrocinio letrado desde el comienzo, entre otros se pide:

a) Descripción del puesto de trabajo, funciones, actividades o tareas habituales desarrolladas efectivamente en el lugar habitual de trabajo, fuera del domicilio particular, en los términos del art. 7° del DNU 39 y de la presente resolución, así como las jornadas trabajadas entre los 3 y 14 días previos a la primera manifestación de síntomas

b) El fundamento de la relación de causalidad directa e inmediata de la enfermedad denunciada COVID-19 con el trabajo efectuado, en caso de corresponder.

4. Declaración Jurada del empleador que certifica la prestación efectiva de tareas en el lugar de trabajo, fuera del domicilio particular del trabajador, 3 y 14 días previos a la primera manifestación de síntomas

5. Historia Clínica de la enfermedad COVID-19, para el supuesto de haber recibido tratamiento médico asistencial a través de Obra Social o en prestadores públicos o privados

6. Constancia de Alta Médica otorgada por la ART o el EA de conformidad con lo dispuesto por la res. SRT 1838 **(14)**.

7. Acta de defunción en supuestos de fallecimiento.

8. Toda otra documentación de la que intente valerse a efectos de acreditar la invocada relación de causalidad.

Para el caso de que el trámite lo inicie la ART los requisitos son similares.

De la presentación se le corre traslado a la otra parte, y luego el expediente se eleva por ante la Comisión Médica Central que es la que determina definitivamente si la enfermedad que padece el damnificado es COVID-19 con cobertura por el Régimen de Riesgos del Trabajo.

En su análisis la CMC debe evaluar la existencia de la relación de causalidad invocada entre la enfermedad denunciada y la ejecución del trabajo ante el diagnóstico confirmado COVID-19 como presupuesto necesario de la cobertura previsto en el art. 2º del DNU 367, se prescindirá de la audiencia médica de examen físico, salvo que el médico de la Comisión Médica Central interviniente lo estimara necesario.

Deberá emitir dentro de los 30 días un dictamen fundamentado con estricto rigor científico y apego a la normativa vigente, contando con la previa intervención del/a secretario/a Técnico/a Letrado/a, quien se expedirá sobre la legalidad del procedimiento en el marco de sus competencias, así como respecto de la relación de causalidad invocada entre el agente de riesgo SARS-CoV-2 y la tarea desarrollada por el/la trabajador/a.

El decisorio de la Comisión Médica Central emitido en ejercicio de la competencia originaria conferida por el art. 3º del DNU 367/2020 y el art. 7º del DNU 39/2021, será recurrible en los términos de lo previsto en el art. 46 de la ley 24.557 y el art. 2° de la ley 27.348, mediante recurso directo, por cualquiera de las partes, ante los tribunales de alzada del fuero laboral de la jurisdicción correspondiente o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única que resulten competentes. El recurso deberá interponerse dentro de los 15 días hábiles administrativos cumpliendo con las exigencias formales dispuestas a tales efectos en cada jurisdicción.

(13) Ley 24.557. Art. 7° Incapacidad Laboral Temporaria. 1. Existe situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cuando el daño sufrido por el trabajador le impida temporariamente la realización de sus tareas habituales. 2. La situación de Incapacidad Laboral Temporaria (ILT) cesa por: a) Alta médica; b) Declaración de Incapacidad Laboral Permanente (ILP); c) Transcurso de dos años desde la primera manifestación invalidante; d) Muerte del damnificado.

(14) http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/230000-234999/233039/norma.htm

Es importante destacar que el procedimiento que regula la res. 10 es específica y excluyente para la contingencia COVID-19. Así expresamente lo dispone la norma **(15)**.

Por último establece que Las imputaciones al Fondo Fiduciario de Enfermedades Profesionales de las contingencias previstas en el art. 7º del DNU 39/2021 deberán llevarse a cabo en conformidad con las disposiciones del Capítulo III de la res. SRT Nº 38 de fecha 28 de abril de 2020. Aclaramos que todas las erogaciones tanto las correspondientes a prestaciones en especie como dinerarias por Incapacidad Laboral Temporaria, Permanente o Fallecimiento podrán ser imputadas al referido fondo.

IV. Conclusiones

Con el fin de entender el alcance y contenido de la res. 10 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo es imprescindible conocer las regulaciones precedentes DNU 367/2020, res. 38/2020 y res. 39/2021.

La normativa reitera parte del contenido de la res. 38/2020, y tiene dos directrices específicas la primera circunscripta y como objetivo único y excluyente la contingencia COVID-19, enfermedad profesional "presuntiva", la segunda normas de procedimiento administrativo.

Entendemos que existen requisitos que pueden dificultar al trabajador o sus derechohabientes activar el trámite administrativo, puesto que podrían obstaculizar la admisibilidad de la denuncia o a la postre del procedimiento dirigido a que la Comisión Médica Central determine la existencia, la causalidad adecuada y el carácter definitivo de la enfermedad. Solo pensar en caso de que el empleador no colabore con el informe de actividad que se exige.

Sostenemos que la presunción correcta y jurídicamente entendida es que quién tiene la obligación de otorgar las prestaciones y reconocer como contingencia la enfermedad es quién debe probar en tal caso la causalidad al existir razonablemente inversión de la carga probatoria. Sin perjuicio de la interpretación que la SRT dispone en cuanto a que la presunción entendida de la manera que lo expresamos es a los efectos del período de Incapacidad Laboral Temporaria, como en variadas jornadas académicas se explicó.

Debe quedar claro que la Comisión Médica Central solo dictamina pronunciándose por la cobertura de la enfermedad COVID-19, y la calificación de enfermedad profesional no listada, o su rechazo para el caso concreto, por lo demás en caso que derive secuela incapacitante el damnificado a posteriori deberá transitar el camino previsto para la determinación del grado de incapacidad y su cuantificación conforme lo previsto en la ley 27.348 y su dec. regl. 298/2017. Son dos procedimientos distintos donde uno será el antecedente del otro.

Dos cuestiones que podrían surgir, por un lado el plazo para recurrir el dictamen de Comisión Médica Central previsto en esta normativa es de 15 días a diferencia del que cada provincia estableció para la apelación o mejor dicho la acción impugnativa, por caso en la provincia de Córdoba 45 días (art. 3°, ley 10.456), en Santa Fe y Jujuy el plazo de prescripción dispuesto por el art. 44 de ley 24.557 (dos años). En este sentido entendemos que claramente es de aplicación la disposición que cada jurisdicción hubiere determinado, sin entrar a analizar la constitucionalidad de los plazos de caducidad inferiores al de prescripción establecido en la norma sustantiva cuestión que merece un análisis aparte.

Por el otro siendo que la res. 10 de SRT, e incluimos también la 38/2020 regulan procedimientos que identifican como excluyentes a cualquier otro y específico para COVID-19 como enfermedad profesional "presuntiva", nos preguntamos ¿podría quedar fuera de la exigencia establecida por la ley 27.348, y en consecuencia la posibilidad de activar la intervención del órgano Jurisdiccional en forma directa?

En respaldo de quiénes sostengan una respuesta afirmativa debemos decir que a la fecha la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha modificado lo dictaminado en el preceden-

(15) "El procedimiento especial establecido en la presente resolución para el trámite administrativo previsto en los arts. 3° del DNU 367/2020 y 7º del DNU 39/2021, será de aplicación excluyente de los procedimientos previstos en las normas que regulen otros trámites ante las Comisiones Médicas".

te "Obregón Francisco c/Liberty ART" **(16)**. Si bien se encuentra en expectante espera la solución que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al caso donde ya se expidió el procurador por la constitucionalidad de la ley 27.348 **(17)**.

En refuerzo de este fundamento también se ha dicho: "[L]a calificación de una patología como "enfermedad profesional" resarcible la pueden realizar organismos administrativos de carácter federal como son las Comisiones Médicas, quienes —como sabemos— están facultadas para determinar la existencia de una patología no listada para un caso concreto (art. 6.2, LRT), con mayor razón puede hacerlo un Tribunal Jurisdiccional que cumple por su propia condición con la garantía constitucional de "juez natural" de los casos individuales, conforme el art. 18 de la Constitución Nacional (CNAT, Sala III, "Jiménez, Domingo Faustino c/ Decker Endelquie SA y otros s/ accidente", 31/10/2007).

En el mismo sentido entre tantos otros, el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro **(18)**.

A la fecha del presente trabajo para todos los habitantes de nuestro país y nos animaríamos a decir de prácticamente gran parte de nuestro planeta existe confusión, desaliento, temor al COVID-19 en todos los órdenes, un avance vertiginoso y exponencial de contagios, graves enfermos y muerte, con lo cual vaticinar en particular cómo se va desarrollar todo lo concerniente a la denuncia, el reconocimiento, el procedimiento en nuestro país del COVID-19 como enfermedad profesional "presuntiva" para la cobertura de prestaciones en especie y dineraria a parte de los trabajadores (los dependientes) en principio parece como una tarea muy osada.

---

(16) CS, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Obregón, Francisco Víctor c/ Liberty ART". 17/4/2012. 3°) Que la solución del litigio en los términos indicados importó, asimismo, una inequívoca desatención de la doctrina constitucional afirmada por esta Corte en "Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A." (Fallos: 327:3610 2004). En efecto, si bien ese precedente no se pronunció sobre la validez intrínseca del varias veces mentado trámite, fue del todo explícito en cuanto a que la habilitación de los estrados provinciales a que su aplicación dé lugar no puede quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante "organismos de orden federal", como lo son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT (Castillo, cit., pág. 3620 y su cita)".

(17) CS, "Pogonza, Jonathan Jesús e/Galeno ART S.A. s/accidente-ley especial".CNT 4604/2018/1/RH1. Dictamen del procurador Dr. Eduardo Eduardo Ezequiel Casal. 1/5/2019.

(18) Expediente: A-2RO-276-L2012 — B.A.E. C/ Radio y Televisión Rio Negros. E. LU 92 TV Canal 10; Arte Radio Televisiva Argentina S.A. (ARTEAR.S.A.); Horizonte A.R.T y Provincia De Rio Negro s/ apelación ley 24.557 (l).

Comentarios Jurisprudenciales

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Caída de una escalera en ocasión de realizar el mantenimiento del alumbrado público. Exclusión de la incapacidad psíquica por ausencia de relación causal con el hecho. RIPTE. Imputación de pagos parciales a intereses. Art. 903 del Cód. Civ. y Com.

Con nota de Oscar A. Bruno

1. — No se observa que la incapacidad psicológica del trabajador que se detecta en el informe en análisis pueda tener como detonante un resbalón al descender de una escalera, tal como se describe en el inicio, más aún cuando dicha circunstancia no le impide seguir desempeñándose laboralmente para el mismo empleador.

2. — Si bien con frecuencia los magistrados deben recurrir a la opinión de un experto en determinadas materias, quien, por sus conocimientos científicos, contribuye al esclarecimiento de la cuestión litigiosa, ello en forma alguna impide que el juicio de causalidad entre el hecho denunciando y la incapacidad detectada siga siendo una facultad del judicante.

3. — No cabe aplicar el índice RIPTE a las contingencias ocurridas con posterioridad a la sanción de la ley 26.773, pues al respetar y adecuar el monto de las prestaciones a los mínimos establecidos por las diferentes resoluciones de la Secretaría de Seguridad Social del M.T.E. y S.S., dictadas cada seis meses, y que reajustan los pisos conforme la incidencia de aquel índice, ya se contempla la actualización por el RIPTE para los accidentes ocurridos con posterioridad a la vigencia de la nueva ley hasta la fecha de su ocurrencia.

4. — Cabe concluir que no se ha pagado oportunamente la totalidad de las sumas que correspondían al actor en virtud de la incapacidad derivada del accidente de trabajo padecido, por lo cual los montos efectivamente abonados deben regirse según las pautas de imputación impuestas por la ley y por ello debe atribuirse a dichas sumas el carácter de pago parcial; y, en consecuencia, imputarlas en primer término a intereses y el remanente a capital (art. 903, Código Civil y Comercial).

CNTrab., sala VII, 26/03/2021. - Benítez, Diego Armando c. Provincia ART SA s/ accidente – ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6049/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Causa N° 53206/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 26 de 2021.

La doctora *Carambia* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que admite en lo principal el reclamo de origen, llega apelada por la parte actora a tenor del memorial que recibe contestación de su contraparte, tal como surge del sistema de gestión Lex 100.

II. En primer término, atenderé los planteos de la parte actora contra el pronunciamiento de grado que desestimó el reclamo por minusvalía psíquica, cuando la misma surge, a su entender, acreditada con las conclusiones del informe pericial de fs. 84/87 y contestaciones de fs. 97/vta.

Adelanto que, en mi opinión, el planteo de la parte actora no tendrá favorable andamiento.

En primer término, respecto del cumplimiento del art. 65 LO, contrariamente a lo expresado en la sentencia de grado, observó plenamente cumplidos los requisitos que se establecen en dicha normativa (ver apartados de la demanda a fs. 7 vta., 8 vta./9 vta. y puntos periciales psicológicos solicitados a fs. 23 vta.).

Ahora bien, cabe destacar que, si bien con frecuencia los magistrados deben recurrir a la opinión de un experto en determinadas materias quien, por sus conocimientos científicos contribuye al esclarecimiento de la cuestión litigiosa, ello en forma alguna impide que el juicio de causalidad entre el hecho denunciando y la incapacidad detectada, siga siendo una facultad del judicante y es en ese sentido, que corresponde que realice algunas consideraciones.

En efecto, luce fuera de discusión la mecánica del accidente que el propio actor en su escrito de inicio describe y que aquí relato, sintéticamente: El 7 de agosto de 2015, mientras el actor cumplía sus tareas habituales (mantenimiento del alumbrado público), al descender de una escalera de aluminio, se resbala y cae de espaldas sobre una ménsula.

Por su parte, si bien el perito médico otorga incapacidad física que llega firme a estas instancias del 6% de la TO, detecta además una incapacidad psíquica del 10% de la TO (ver fs. 84/87), que no juzgo consecuente con la entidad de infortunio denunciado en el inicio.

Véase que el trabajador en el escrito de inicio denuncia que el accidente de grado, no ha sido impeditivo que continúe desempeñando sus tareas laborales hasta la fecha (ver fs. 6 vta.).

Además, de las técnicas descriptas en el informe médico, se detecta que la percepción visomotora es la adecuada, consciente y objetivo con la realidad que lo rodea. Asimismo, tiene una ordenada, metódica y autónoma adecuación del pensamiento. Bien orientado en tiempo y espacio.

En consecuencia, no observo que la incapacidad psicología que se detecta en el informe en análisis, pueda tener como detonante un resbalón al descender de una escalera tal como se describe en el inicio, más aún, cuando dicha circunstancia no le impide seguir desempeñándose laboralmente para el mismo empleador.

Por todo lo expuesto, propicio rechazar los planteos de la parte actora y confirmar la sentencia de grado en esta cuestión.

III. Seguidamente, respecto a la forma de ajuste de las prestaciones aplicadas y el modo en el cual se descuenta el pago efectuado por la demandada en la suma de $29.537,90, en fecha 04/07/2016 (ver fs. 39, reconocido a fs. 104), cuestionado por la accionante, corresponde que me expida de la siguiente forma.

En la primera de las cuestiones, cabe señalar, que no corresponde la aplicación del RIPTE tal como se aplica en la sentencia de la instancia anterior, en miras de la doctrina de la CSJN en autos "Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", en atención de preservar la seguridad jurídica de los litigantes.

La CSJN explica que, de la aplicación armónica de los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773, se desprende que la intención del legislador ha sido la de aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, sobre 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. Estos importes actualizados, conforme lo establece el art. 17.5 de la ley 26.773, solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidante haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la ley 26.773.

Por ende, no cabe aplicar el índice RIPTE a las contingencias ocurridas con posterioridad a la sanción de la ley 26.773, pues al respetar y adecuar el monto de las prestaciones a los mínimos establecidos por las diferentes Resoluciones de la Secretaria de Seguridad Social del MTE y SS, dictadas cada seis meses, y que reajustan los pisos conforme la incidencia de aquel índice, ya se contempla la actualización por el RIPTE para los accidentes ocurridos con posterioridad a la vigencia de la nueva ley hasta la fecha de su ocurrencia.

Seguidamente, respecto de los planteos sobre el modo de descontar el pago efectuado por la Aseguradora, debe sostenerse que lo abonado anteriormente por la demandada y reconocido ($29.537,90) si bien resta de las prestaciones que prosperan ($65.069), el mismo debe imputarse primero a intereses acaecidos del monto total ($65.069) desde la fecha del accidente (07/08/2015) hasta la fecha del referido pago (04/07/2016) y el remanente si lo hubiera, deberá imputarse a capital.

En definitiva, cabe concluir que no se ha pagado oportunamente la totalidad de las sumas que correspondían al actor en virtud de la incapacidad derivada del accidente de trabajo padecido, por lo cual los montos efectivamente abonados deben regirse según las pautas de imputación impuestas por la ley y por ello debe atribuirse a dichas sumas el carácter de pago parcial, y en consecuencia, imputarlas en primer término a intereses y el remanente a capital (cfr. Art. 903 Cód. Civil, texto ley 26.994).

Así, esta Sala ha dicho que, es necesario tener presente que para que haya pago, en un marco técnico-jurídico, debe producirse el cumplimiento de la obligación, estando la prestación sometida a dos requisitos fundamentales, que son: la identidad y la integridad. Este último no fue cumplido en el caso de autos (en similar sentido, esta Sala, en autos: "Ventrice de Wenzel, Catalina y otros c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ accidente - acción civil"; aclaratoria de la sentencia definitiva 37.957 dictada el 08/11/2004).

IV. En conclusión, propongo conformar la sentencia de grado en lo principal, modificando el descuento del pago parcial, estableciendo que en la etapa del art. 132 LO, el mismo ($29.537,90) se imputará, en primer término, a los intereses acaecidos del monto total de condena ($65.069), desde la fecha del accidente (07/08/2015) hasta la fecha del referido pago (04/07/2016) y el remanente, si lo hubiere, se imputará a capital y al saldo resultante se le agregaran los intereses correspondientes dispuestos en grado.

V. Sin perjuicio de lo normado por el art. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en atención a que la modificación que he dejado propuesta precedentemente no varía lo sustancial el resultado del litigio, considero ajustado a derecho mantener la imposición

de costas decididas en origen (cfr. art. 68 1 párr. Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Con relación a los honorarios, cabe señalar que teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 27.423, para justipreciarlos, 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 cual es la legislación aplicable.

Ello así en concordancia con lo dictaminado por la Corte Suprema de Justicia de la nación en la causa CSJ 32/2009 (45e) / CS1 originario "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, provincia de s/ acción declarativa" en el acuerdo del 4 de septiembre de 2018 (manteniendo los fallos; 321:146, 328;1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros) y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo "Morcillo, Hugo H. c. provincia de Buenos Aires s/ inconst. Dec.-ley 9020" de fecha 8 de noviembre de 2017, que remite al 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).

Allí, respecto de la aplicación temporal de la nueva norma arancelaria —ley 27.423 (BO del 22/12/2017), promulgada por decreto 1077/2017, qué contiene, en su Artículo 7, una observación del artículo 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.

Por ello, considerando el mérito, extensión de la labor desarrollada en las distintas etapas del proceso, el monto del juicio, la naturaleza del litigio, los lineamientos expresados en el art. 1255 Cód. Civ. y Com. de la Nación y demás pautas arancelarias, juzgo que los emolumentos dispuestos en grado, por la legislación de la Ley 21.839 y la 27.423, lucen equitativos, por lo que se confirman (arts. 6, 7, 8, 9, 19, 39 y concordantes, ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 —modificada por ley 24.635— y ley 24.432, 16, 21, 59 y 60 Ley 27.423, art. 1255 Cód. Civ. y Com. de la Nación y demás pautas arancelarias de aplicación).

VI. De tener favorable adhesión mi voto, propongo imponer las costas de alzada en el orden causado, atento al resultado arribado en la alzada (art. 68, 2do párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y fijar los emolumentos por las labores realizadas en esta instancia, en el 30% (treinta por ciento) para cada una de las representaciones letradas intervinientes, de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen (arts. 16 y 30 Ley 27.423).

La doctora *Ferdman* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Héctor César Guisado: No vota (art. 125 de la ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de grado en lo principal que decide, conforme lo precedentemente expuesto; 2. Modificar la forma en la cual se descuenta el pago parcial de la demandada en la sentencia de grado, estableciendo que en la etapa del art. 132 LO, el mismo $29.537,90 (Veintinueve mil quinientos treinta y siete pesos con noventa centavos) se imputará, en primer término, a los intereses acaecidos del monto total de condena $65.069 (sesenta y cinco mil sesenta y nueve pesos), desde la fecha del accidente (07/08/2015) hasta la fecha del referido pago (04/07/2016) y el remanente, si lo hubiere, se imputará a capital y al saldo resultante se le agregaran los intereses correspondientes dispuestos en grado; 3. Imponer las costas de alzada en el orden causado y fijar los emolumentos por las labores realizadas en esta instancia, en el 30% (treinta por ciento) para cada una de las representaciones letradas intervinientes, de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen; 4. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. *— Graciela Carambia. — Beatriz E. Ferdman.*

Acerca de la procedencia y/o extensión del daño psicológico en los juicios por accidentes laborales

Oscar A. Bruno (*)

Sumario: I. Introducción. Análisis del caso: se rechaza la condena por incapacidad psicológica.— II. Los daños reclamos en el sistema de la LRT.— III. Los problemas de la judicialización de los daños laborales.— IV. La nueva LRT no solo trajo problemas, sino también soluciones.— V. Conclusión. No siempre que hay incapacidad física la hay también psicológica.

I. Introducción. Análisis del caso: se rechaza la condena por incapacidad psicológica

La Sala VII de la CNTrab., en los autos "Benítez, Diego Armando c/ Provincia ART SA s/ accidente - ley especial" (Expte. N° 53.206/2017) se expidió el 26/03/2021 acerca del reclamo por daño psicológico que había invocado el actor, rechazando su procedencia.

Esta sentencia vino a confirmar lo que se había decidido en la primera instancia, ante la apelación deducida por el accionante respecto a ello. Para así decidirlo, la Sala —con el voto de la Dra. Carambia— sostuvo "que si bien con frecuencia los magistrados deben recurrir a la opinión de un experto en determinadas materias quién, por sus conocimientos científicos contribuya al esclarecimiento de la cuestión litigiosa, ello en forma alguna impide que el juicio de causalidad entre el hecho denunciando y la incapacidad detectada, siga siendo una facultad del judicante".

Seguidamente, la sentencia en análisis relata la mecánica del hecho por el cual se ha demandado, la cual describe "sintéticamente: El 07/08/2015, mientras el actor cumplía sus tareas habituales (mantenimiento del alumbrado público), al descender de una escalera de aluminio, se resbala y cae de espaldas sobre una ménsula".

A continuación, añade: "[S]i bien el perito médico otorga incapacidad física que llega firme a estas instancias del 6% de la TO, detecta además una incapacidad psíquica del 10% de la TO (ver fs. 84/87), que no juzgo consecuente con la entidad de infortunio denunciado en el inicio".

Así entonces, aquí se encuentra la primera regla a observar y que se deriva de la sentencia analizada, y es la relativa a la relación habida entre una incapacidad física y otra que se caracteriza como psicológica y a raíz del daño físico padecido. La relación que hace la sentenciante es la de la falta de adecuación entre el daño psicológico y la entidad o magnitud del daño físico que la habría ocasionado.

Más adelante subraya lo siguiente: "[V]éase que el trabajador en el escrito de inicio denuncia que el accidente de grado, no ha sido impeditivo que continúe desempeñando sus tareas laborales hasta la fecha (ver fs. 6vta)". De esta manera, introduce una cuestión que es central

(*) Abogado. Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil UBA. Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA). Doctorando en Derecho Laboral (UBA).

en las reparaciones dinerarias, y esto es que se debe indemnizar solo si como consecuencia del hecho se produce una merma en la capacidad para generar ganancias.

La sentenciante, luego de ello, realiza algunas apreciaciones para justificar la falta de incapacidad detectada por ella misma, y retoma el argumento sostenido al principio del fallo respecto a la relación entre el daño físico y el psicológico, concluyendo: "[E]n consecuencia, no observo que la incapacidad psicología que se detecta en el informe en análisis, pueda tener como detonante un resbalón al descender de una escalera tal como se describe en el inicio, más aún, cuando dicha circunstancia no le impide seguir desempeñándose laboralmente para el mismo empleador".

II. Los daños reclamos en el sistema de la LRT

Una de las notas distintivas en lo que respecta al sistema de riesgos del trabajo es el hecho de que el trabajador debería poder transitar y, cuando llegue el momento, finalizar el contrato de trabajo con el mismo nivel de salud con el que contaba hasta antes de su ingreso al empleo, más allá del normal envejecimiento y/o la ocurrencia de accidentes o enfermedades inculpables que padeciere.

Sin embargo, y sufrido por el trabajador un evento dañoso que afecta su salud, tiene derecho, conforme nuestro sistema legal, a que se le brinde la reparación en especie, en primer término y, de no ser suficiente esta, a la reparación económica, para el caso de que la anterior no haya logrado su cometido de curación total, para así poder sustituir esa menor capacidad para generar ganancias que le quedó al trabajador como consecuencia del infortunio padecido.

Así entonces, a estas dos obligaciones que están a cargo de las ART, puede incluirse, para ser cumplida de manera previa a aquellas, la principal obligación que tienen a su cargo, que es la de la prevención eficaz a fin de lograr el no acaecimiento de daños laborales. De esta manera, y más allá de otras varias obligaciones que la normativa pone a cargo de las aseguradoras, de manera sintética podemos describir a las tres principales de la siguiente manera: a) prevención eficaz de daños; b) otorgar la reparación en especie; y c) brindar la reparación dineraria.

III. Los problemas de la judicialización de los daños laborales

Cada expediente que se inicia es realizado invocando reclamarse una solución justa a una situación en la que se habría incumplido cierto derecho. Así, y en lo relativo a los juicios por accidentes y/o enfermedades laborales, la parte actora suele cuestionar la insuficienciea de las prestaciones en especie recibidas, la magnitud de la incapacidad laboral padecida, o los montos por los que debería indemnizarse económicamente a un trabajador, a partir del daño padecido y luego del alta médica.

Sin adentrarnos aquí, en abstracto, acerca de cuál de las partes litigantes podría tener razón respecto a esta clase de planteos, un proceso judicial conlleva perjuicios para ambas partes: en los casos en los que el trabajador ha realizado un reclamo justo, la solución a obtener llegará lejos en el tiempo, disminuyendo así la eficacia de la condena a obtenerse. Por otro lado, en los casos en los que la actuación de la aseguradora ha sido en un todo conforme a derecho, el tránsito por un proceso judicial encarece notoriamente los costos para la gestión del siniestro a cargo de la aseguradora (pago de abogados, peritos, tasa de justicia, intereses, etc.).

IV. La nueva LRT no solo trajo problemas, sino también soluciones

Dejando de lado a la normativa inferior a las leyes (decretos, resoluciones, etc.), el antecedente anterior a la última reforma introducida por la ley 27.348 había sido la ley 26.773, sancionada en el 2012.

En el art. 2° de la última reforma se dispuso: "[E]n todos los casos los peritos médicos oficiales que intervengan en las controversias judiciales que se susciten en el marco de la ley 24.557 y sus modificatorias deberán integrar el cuerpo médico forense de la jurisdicción interviniente o entidad equivalente que lo reemplace y sus honorarios no serán variables ni estarán vinculados a la cuantía del respectivo juicio y su regulación responderá exclusivamente a la labor realizada en el pleito".

Esta disposición —aún inaplicada—, trajo como positivo el hecho de intentar desinteresar económicamente al perito interviniente respecto al resultado del litigio, para que tenga absoluta libertad para poder ejercer su ciencia de manera pura.

Digo esto porque, hasta ahora y tal como se vienen dando las cosas, para aquellos casos en los que se hace lugar a la demanda —total o parcialmente—, los honorarios periciales son fijados en un porcentaje del monto total de condena por el que prospere la acción, por lo que, económicamente, le es más redituable a un perito que la incapacidad definitiva sea superior a que lo sea inferior.

Esta situación conlleva a que quede sospechado de manera frecuente el dictamen pericial que otorga incapacidades: ya sea por el otorgamiento de una incapacidad donde en realidad no la había, o determinando un grado superior al realmente acaecido.

Por ello, parece muy acertada la disposición normativa que estableció que los peritos serán remunerados exclusivamente en función de la labor realizada. Su tarea debería ser únicamente la de dictaminar médicamente acerca de un daño, cuando respecto a un caso el juez que entienda en la causa disponga su auxilio. Sin embargo, en ocasiones queda fuertemente sospechado un dictamen pericial, al demostrarse este o terminar siendo, más que un cabal reflejo de la realidad analizada, una fuente de ganancias económicas para ciertos interesados. La Constitución Nacional estableció que el trabajo goza de la protección de las leyes, y esa es una manda que se debe cumplir en tanto es la máxima normativa vigente. Pero ello no quiere decir tampoco legitimar todo y cualquier reclamo, o en extensiones sin justificación.

V. Conclusión. No siempre que hay incapacidad física la hay también psicológica

Sentencias como las aquí citadas demuestran que no es una condición sine qua non el hecho de que, conjuntamente con un daño físico, siempre exista, además, también un daño psicológico.

La ley estableció —y también así se impone a partir de un elemental deber de justicia— que si se produce un daño debe ser reparado, y este perjuicio puede ser, en verdad, tanto físico como también psicológico. Sin embargo, no son estos elementos que deban ser analizados siempre de a pares y dentro de un mismo conjunto indivisible. Puede ocurrir que un daño físico no cause otra lesión más allá que la corpórea sufrida por el trabajador, y se debe estar atento a esta situación. El sistema legal debe funcionar para la adecuada tutela de los derechos de los trabajadores (además de sus abogados y de los auxiliares de la justicia), pero esto debe realizarse con un fundamento sólido y real.

Resulta, pues, acertada aquella sentencia que no convalida cualquier reclamo económico más allá de lo que es justo. Producido un daño, este debe ser reparado. Pero solo ello. La desmesura de ciertos reclamos o dictámenes atenta contra el normal funcionamiento de la justicia, y ese perjuicio se desparrama hacia todos los que interactúan con él, al verse resentida la operatoria y estructura existente —siempre escasa y limitada— para los reclamos que sí son procedentes.

PROTECCIÓN DE PERSONAS EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD

Pensión no contributiva solicitada por una mujer transtrabajadora sexual que padece HIV. Realidad desesperanzada. Ponderación de la incapacidad social para acceder al mercado laboral formal. Necesidad de juzgar con perspectiva de género. Procedencia.

Con nota de Graciela E. Cipolletta

1. — Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por una mujer trans trabajadora sexual que padece HIV y ordenar a la demandada que proceda a la concesión de la pensión no contributiva, pues aquella se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus COVID-19. No es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

2. — Más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso al mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. Se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa, producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

3. — El objeto del presente proceso —en el caso, destinado a obtener una pensión para una persona en situación de vulnerabilidad— excede los estándares establecidos por la normativa vigente, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

4. — La incapacidad laboral debe analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad, existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. Debe ponderarse no solo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social, ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

5. — El argumento expuesto tanto por la demandada como por el a quo referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física del 76% exigido por la normativa vigente no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de pedido destinado a obtener una pensión no contributiva por una mujer trans en situación de vulnerabilidad.

6. — Resulta inadmisible en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista —en el caso, una mujer trans en situación de vulnerabilidad que solicita una pensión no contributiva—, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

7. — Juzgar con perspectiva de género no resulta una "opción" y mucho menos una "cuestión" que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley, sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

8. — La existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conducta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda

acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

9. — La necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una "cuestión" disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. No es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

10. — El argumento sostenido por la demandada consistente en que la "cuestión de género" no fue introducida en la demanda —en el caso, ante un pedido de pensión por una mujer trans en situación de vulnerabilidad—, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

11. — No debe soslayarse que la vulnerabilidad de la amparista y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus COVID-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

12. — Atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física del 76% requerida por la norma para acceder al beneficio de la seguridad social solicitado, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista (del voto del Dr. Sánchez Torres).

CFed. Córdoba, sala B, 12/04/2021. - O., B. N. c. Estado Nacional – Agencia Nac. de Discapac. s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7444/2021]

Expte. N° FCB 38979/2019/CA2

1ª Instancia.- Córdoba, abril 12 de 2021.

La doctora *Navarro* dijo:

I. De una breve reseña de la causa, tenemos que, la señora B. N. O., con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial, inicia formal acción de amparo en contra del Estado Nacional - Agencia Nacional de Discapacidad, con el fin de que el tribunal ordene a dicha entidad y/o la repartición, razón social, agencia o persona jurídica estatal que la sustituya o resulte responsable, liquide y efectivice la pensión no contributiva que por derecho le corresponde, de forma retroactiva al inicio del trámite administrativo en dicha repartición (ver fs. 8 /16 vta.).

Refiere que es una persona trans que padece HIV y que es trabajadora sexual porque no ha tenido posibilidad de acceder al mercado laboral formal. Entiende que, como consecuencia de lo expuesto, resulta ser una persona objetivamente vulnerable en los términos de la Reglas de Brasilia y con desventaja considerable para integrarse social y laboralmente a la comunidad.

Relata que solicitó en la repartición correspondiente, se le asignara una pensión no contributiva que fue rechazada por no reunir los requisitos del Decreto 432/1997. Expone acerca de los derechos constitucionales que considera vulnerados con esta denegatoria citando, a tal fin, normativa y jurisprudencia atinente al caso. Ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

Asimismo, solicita medida cautelar a fin de que se ordene la inclusión en las nóminas y/o programas correspondientes para poder percibir de inmediato alguna clase de beneficio social.

Presentado por la parte demandada el informe previsto por el art. 4 de la ley 26.854, se rechaza la medida cautelar peticionada por falta de verosimilitud del derecho invocado (fs. 36). Dicho rechazo es confirmado por esta Alzada con fecha 03/06/2020.

Luego de tramitada la causa, con fecha 14/12/2020, se emite sentencia de fondo rechazando el amparo iniciado, lo cual es apelado por la amparista con fecha 16/12/2020. Contestados los agravios por la parte demandada con fecha 21/12/2020, se eleva la causa por ante esta Alzada y contestada la vista corrida al Ministerio Público Fiscal, se dicta, con fecha 30/12/2020, el decreto de autos que deja la causa en condiciones de ser resuelta.

II. Los agravios de la recurrente pueden ser sintetizados de la siguiente manera: en primer lugar, se agravia por cuanto considera que la decisión apela-

da constituye una clara denegación de justicia, que afecta un conjunto extenso de derechos constitucionales, convencionales y legales que la asisten, tildando al decisorio de esencialmente injusto y carente de argumentación y fundamentación lógica y legal. Alude a la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, apartamiento de los principios de legalidad y razonabilidad y afectación del debido proceso adjetivo y sustantivo por cuanto considera que en la sentencia se efectuó un análisis de estricto rigor formal sobre la normativa aplicable sin tener en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentra. Asimismo, denuncia violación a la tutela judicial efectiva, al derecho de defensa y el debido proceso motivados en la falta de valoración adecuada de las probanzas aportadas que daban cuenta de los condicionantes sociales de su salud a más de la mera apreciación biológica de la incapacidad laborativa. Por último, se agravia por entender que no se juzgó el presente caso con perspectiva de género y que, por el contrario, se utilizaron expresiones y argumentos en el sentido opuesto y teñidos de un sesgo discriminatorio y contrario a la más reciente jurisprudencia aplicable en la materia. Cita normativa nacional e internacional que considera relevante como así también la jurisprudencia que entiende aplicable. Hace reserva del caso federal.

Por su parte, la demandada solicita el rechazo de los agravios manifestados por entender que no logran conmover lo expresado en la sentencia de grado. Reitera que la actora no ha cumplido ni acreditado el último requisito del art. 9 de la ley 13.478: la imposibilidad de trabajar. Agrega que el hecho de encontrarse infectada con HIV no necesariamente acarrea una incapacidad total y permanente. Por último plantea que la cuestión de género no fue invocada en la demanda y que es introducida en esta instancia con el fin de refutar la sentencia desviando la cuestión tratada en el expediente administrativo que es el grado de imposibilidad para trabajar.

III. Que, efectuada la reseña de los agravios y su contestación cabe ingresar al tratamiento de la cuestión debatida que se circunscribe a analizar la procedencia o improcedencia de otorgamiento a la accionante de la pensión no contributiva solicitada.

A los fines de dirimir su rechazo, el Juez *a quo* tomó basamento en la circunstancia de no encontrarse probado en autos el porcentaje de incapacidad laboral del 76% que prevé la normativa aplicable a los fines de acceder a este tipo de beneficios de la seguridad social.

La Ley 13.478 establece, en su artículo 9°, lo siguiente: "Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta o más años de edad o imposibilitada para trabajar".

Luego, el Decreto 432/1997, reglamentario del art. 9 de la ley citada, impone, en su artículo 1° y en lo que aquí interesa, lo siguiente: "Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el Artículo 9° de la Ley 13.478 modificado por las Leyes Nros. 15.705, 16.472, 18.910,20.267 y 24.241, las personas que cumplan los siguientes requisitos: (...) b) Encontrarse incapacitado en forma total y permanente, en el caso de pensión por invalidez. Se presume que la incapacidad es total cuando la Invalidez produzca en la capacidad laborativa una disminución del setenta y seis (76 %) o más. Este requisito se probará mediante certificación expedida por servicio médico de establecimiento sanitario oficial, en el que deberá indicarse la clase y grado de incapacidad. Dicha certificación podrá ser revisada y/o actualizada toda vez que la autoridad de aplicación lo crea conveniente...".

De esta manera, nos encontramos ante la situación de una persona que no posee el certificado de incapacidad que requiere la reglamentación pertinente.

Ahora bien, existen diversas cuestiones a considerar en virtud de las particularidades que rodean el presente caso.

IV. Que, en primer lugar, no debe soslayarse que existen, además, diversas normas de rango constitucional y supraconstitucional que amparan, o deberían amparar si fueran aplicadas en el caso concreto, la situación por la que atraviesa la aquí accionante.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Por su parte, el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé en su artículo 9

que: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

Así, al fijar los contenidos mínimos del referido artículo 9, en la Observación General N° 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló que "El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación (...). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas, y revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del Pacto indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano". Luego, dentro del elenco de medidas que enumera de manera ejemplificativa, describe la siguiente: "Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro" (Observación General 19, párrafos 1° a 4°).

Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé que: "...los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado".

Y el párrafo 31 agrega que: "Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho...".

Por último, el párrafo 50 impone a los Estados Partes la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos de personas o grupos que no estén en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos dentro del sistema de seguridad social existente con los medios a su disposición. Expone que se deberán adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección y que se debe velar especialmente porque el sistema de seguridad social pueda responder en las situaciones de emergencia.

A más de ello, el párrafo segundo del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Y la Observación General N° 20 especifica, en su párrafo 8 ° lo siguiente: "Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares".

El párrafo 27° explicita que: "El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad"

Por último, el párrafo 32° se explaya de la siguiente manera: "En "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad. La identidad de género también se reconoce como motivo prohibido de discriminación. Por ejemplo, los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo".

Esta normativa constituye, a mi entender, el marco básico en el cual corresponde encuadrar la petición concreta de la amparista por resultar plenamente aplicable y pertinente a los fines de resolver la cuestión traída a estudio.

V. Que, establecido el marco normativo y efectuando el estudio concreto de la causa, es dable afirmar, en primer lugar, que no se encuentra controvertido en la presente causa que B.N.O. es una persona trans, que es portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la silicona. Todo ello surge del certificado emitido con fecha 16/10/2019 por el Dr. Luis R. Allende, Médico Infectólogo, que se encuentra glosado en la causa, como así también, la historia clínica aportada por Medicina Preventiva de la Municipalidad de Córdoba.

Luego, en el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas se describe que: "En referencia a la paciente y en función de los datos que se me suministraron puedo inferir que la paciente tiene diagnóstico de infección por VIH desde el mes de mayo de 2015, siendo en ese momento su recuento de CD4 de 1144/mm 3-25%. Ha recibido TARV desde el año 2017 y aparentemente lo reinicia en julio de 2019. La fecha de los análisis presentados es hasta abril de 2019.

En ese período (2015-2019) se objetiva que, si bien sus niveles absolutos y porcentaje de CD4 han disminuido, no se encuentran por debajo de los 200 cel/mm 3. También se evidencia en los resultados otra infección de transmisión sexual, sífilis; como así también infección por Toxoplasmosis (anticuerpos IgG positivos), haber padecido hepatitis A en algún momento de su vida y estar inmunizada para hepatitis B".

Por otro lado surge, del informe del Equipo Interdisciplinario del Ministerio de la Defensa efectuado con fecha 28 /04/2020 por el Dr. Sandro Rodríguez, la Lic. en Trabajo Social Silvina Fajreldines y la Lic. en Psicología Sara Malek, que B.N.O. es una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales y solicitar "fiado" en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: "ya no tenemos ni para vivir". Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella. Declara que, si bien tiene afecto por ellos, no los frecuenta debido a su trabajo y a los sentimientos de culpa por no poder ayudarlos económicamente y por ocultarles que padece HIV. Concluyen los profesionales que, a más de las patologías físicas diagnosticadas, posee sintomatología compatible con estados depresivos y de distrés crónico por sus necesidades básicas insatisfechas, que se combinan y agudizan en la actualidad por la presencia de agitación psicomotriz y mayor angustia.

De esta manera se observa a las claras que el objeto del presente proceso excede los estándares establecidos por la normativa citada, que condicionan el acceso a la tuición estatal, a un porcentaje de incapacidad biológica específico, ya que esto luce insuficiente para dar efectividad a la protección de la vida, la salud y la dignidad de grupos como los que integra la actora, claramente vulnerable y objeto de tutela por parte de todos los poderes del estado.

En concordancia con esto, se señaló que: "las personas transgénero afrontan diversos obstáculos para ejercer derechos: en el ámbito laboral, de la vivienda, al momento de adquirir obligaciones, gozar de prestaciones estatales, o cuando viajan al extranjero como consecuencia de la falta de reconocimiento legal de su género auto - percibido" (Cfr. Naciones Unidas, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género, 17 de noviembre de 2011, A/HRc./19/41, párr. 71).

Y es que no es posible sustraerse de considerar que, más allá de los deseos y la voluntad de la actora de conseguir un empleo en el mercado laboral formal, su situación de marcada vulnerabilidad minimiza las posibilidades de acceso a dicho mercado laboral al punto tal de resultar las mismas inexistentes en la realidad. En concordancia con lo expuesto, se encuentra acreditado en la causa que la actora debió ejercer la prostitución como modo de subsistencia siendo que, como ella misma relata, esto la expuso a complejas situaciones de riesgo y violencia física y psicológica. Del contexto descripto, surge de manera palmaria la realidad desesperanzada en la cual se encuentra inmersa la actora producto de la precarización laboral y de la discriminación y el sesgo que sufre como consecuencia de su identidad sexual y de las patologías médicas que padece.

Esta constituye una realidad generalizada para el grupo al cual pertenece la actora. Así, pueden citarse los resultados obtenidos en la "Primera Encuesta sobre Población Trans 2012" que reveló que el 72,2% del colectivo involucrado se encontraba en la búsqueda de fuentes de trabajo y el 82,1% había tropezado con dificultades en dicha búsqueda a raíz de su identidad trans (Instituto Nacional de Estadística y Censos, Primera Encuesta sobre Población Trans 2012, h t t p: / /w w w. trabajo.gov.ar/downloads/diversidadsexual/Argentina_Primera_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf.).

Al respecto también se ha expedido nuestro Tribunal Supremo en el siguiente sentido: "Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo" (CSJN, Fallos: 329:5266; "Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia", Sent. del 21/11/2006).

De todo lo expuesto y las probanzas aportadas a la causa se colige, como ya se expuso, que los obstáculos a los que se enfrenta la actora a los fines de conseguir un puesto de trabajo en el mercado laboral formal resultan difíciles de esquivar al menos en el corto plazo.

VI. Que, de lo antedicho se extrae que la incapacidad laboral debe, en ciertos casos, analizarse desde una óptica integral considerando la realidad de la persona que solicita la tutela del Estado como un todo, y dirimir si, frente a esta realidad existe una posibilidad cierta de acceder al mercado laboral formal a los fines de obtener el propio sustento económico. En este marco, debe ponderarse no sólo la incapacidad física de la persona sino también la incapacidad social ya que, encontrándose inmersa en una sociedad que la excluye por su identidad de género y las condiciones médicas que la aquejan, difícilmente podrá acceder al mercado laboral que tanto ansía con independencia de su voluntad de hacerlo.

Dicho esto, considero que el argumento expuesto, tanto por la demandada como por el A quo, referido a que la amparista no ha probado verse impedida de trabajar por no acreditar el porcentaje mínimo de incapacidad física, no resulta suficiente a los fines de dirimir acerca del rechazo de su pedido.

En idéntico sentido se ha expedido en su informe de fecha 05/06/2020, la Cátedra de Medicina Antropológica de la UNC suscripto por la Dra. Maira C. Ávila Médica, Especialista en Medicina Familiar y la Dra. Silvina M. Trucchia, Especialista en Ciencias de Salud y Lic. en Psicología, en el que explican que: "Se define la salud integral como un completo estado de bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de enfermedad. La salud individual y colectiva se define, entonces, a través de complejas interacciones entre procesos biológicos, ecológicos, culturales, económicos, políticos y sociales, por lo que el acceso a la educación, al trabajo y a la inclusión social y ciudadana aparece como un aspecto básico de una vida saludable. Los determinantes sociales de la salud son las condiciones en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan, envejecen y las influencias de la sociedad en estas condiciones. Los determinantes sociales de la salud son las principales influencias en la calidad de vida, incluida la buena salud, y la extensión de la esperanza de vida sin discapacidad. El enfoque de los determinantes sociales aborda las causas de las causas y, en particular, como contribuyen a las desigualdades sociales en salud".

En lo que atañe a las patologías físicas que padece la accionante, indicaron que: "Las infecciones de Transmisión sexual (ITS) son un conjunto de enfermedades infecciosas agrupadas por tener en común la misma vía de transmisión: de persona a persona a través de un contacto sexual. Son un serio problema de salud pública en todo el mundo, representando una causa importante de enfermedad aguda, infertilidad, discapacidad a largo plazo y muerte. Muchas veces estas infecciones se asocian y coexisten en una misma persona (...) El VIH debilita el sistema inmunitario a tal grado que al cuerpo se le dificulta combatir las infecciones oportunistas, llamadas así debido a que se aprovechan de dicho debilitamiento para manifestarse. Se considera que alguien tiene SIDA cuando presenta una o más infecciones y un número de células CD4 menor a 200".

Asimismo, señalaron que "Otro concepto a considerar es lo que Meyer (2019) define como "estrés de las minorías sexuales y de género", es un estrés crónico que sufren personas de la población LGBTIQ+ basándose en la premisa de que en una sociedad heterosexista, las minorías sexuales están sujetas a un estrés crónico debido a su estigmatización. El estigma percibido supone vivir con el miedo de que otras personas te puedan hacer daño por tu condición, cosa que puede ser cierta. Provoca inseguridad y una hipervigilancia agotadora, un aprendizaje sobre cómo y cuándo "esconderse" y un escrutinio constante sobre lo que se dice, lo que se viste o lo que se hace. Las experiencias de prejuicio, discriminación y violencia, propias o ajenas, son las que sustentan este estrés. Estos eventos repercuten en la salud física y mental de las personas...".

Analizaron que: "...se entiende que la Srta. (...) pertenece a la población de más alto riesgo de padecer estigmatización y discriminación social según la OMS, por ser una mujer trans, trabajadora sexual portadora de VIH e ITS. Su salud no solo está afectada por su patología de base sino por la cantidad de determinantes sociales de la salud ausentes que causan la insatisfacción de sus necesidades básicas vitales".

Finalmente concluyeron que: "El estrés crónico y prolongado que generan todas estas situaciones de estigma y discriminación debido a su infección por VIH y Sífilis, a ser trabajadora sexual, a ser una mujer trans, sumado a las condiciones socioeconómicas deficientes que impiden llegar a cubrir las necesidades básicas como el alimento, imprescindible para soportar el tratamiento farmacológico y hacer frente a su enfermedad, hacen que la Srta. (...) se encuentre en una situación de altísima vulnerabilidad bio-psico-social en la cual se encuentra comprometida su supervivencia, su salud psicofísica y su derecho a una vida digna, por lo requiere protección".

Por su parte, el Informe del Servicio de Infectología del Hospital de Clínicas describe lo siguiente: "La infección VIH/SIDA es un problema de salud que no se puede separar de los comportamientos individuales y colectivos, influenciados por diferentes componentes sociales y culturales, lo que aumenta la vulnerabilidad de las personas. Este contexto tampoco favorece la inclusión en los ámbitos laborales que en el caso de las personas trans puede verse obstaculizado por la falta de un documento de identidad acorde a la identidad de género autopercibida o la existencia de prejuicios en los lugares de trabajo".

Todas estas probanzas han sido aportadas a la causa y producidas en el caso concreto y especial de B.N.O. y, tal como lo manifestara en sus agravios la Sra. Defensora Oficial, no han sido tenidos en cuenta a la hora de resolver el *a quo* acerca de la solicitud de tutela económica estatal.

Respecto de la protección de las personas LGBTI contra la pobreza, la CIDH resalta que los Principios de Yogyakarta +10 establecen que, "toda la persona tiene derecho a la protección contra todas formas de pobreza y exclusión social asociadas con la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales. La pobreza es incompatible con el respeto a la dignidad y la igualdad de las personas, y puede ser agravada por la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales" (" Principios y obligaciones estatales adicionales sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características", 2017, Principio 34: Derecho de protección contra la pobreza).

A esta idea responde también el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", aprobado el 12 de noviembre de 2015. En el mismo, se señala que la violencia, los prejuicios sociales y la discriminación prevalentes en la sociedad en general y en el interior de la familia, disminuyen las posibilidades de las mujeres trans de acceder a educación, servicios de salud, albergues seguros y al mercado laboral formal, lo que vuelve a dichas personas más susceptibles de ser sometidas a diversas formas de violencia. De este modo se subraya la importancia de que los Estados adopten medidas para erradicar el estigma y los estereotipos negativos contra las personas LGBTI, los cuales refuerzan la discriminación y violencia en su contra. (http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf).

De esta manera, considero relevante aquí destacar que resulta inadmisible en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista, lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.

VII. Que, en lo que respecta al argumento de la demandada referido a que la cuestión de género no ha sido incluida en la demanda y que se introduce al apelar la sentencia para refutarla desviando la cuestión tratada excluyentemente en el expediente administrativo que fue la incapacidad para trabajar, debo efectuar ciertas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debo enfatizar que, conforme se desprende de la normativa y jurisprudencia analizada supra, juzgar con perspectiva de género no resulta una "opción" y mucho menos una "cuestión" que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede sólo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto.

Y es que, la existencia de un derecho social como derecho pleno no depende únicamente de la conduc-

ta cumplida por el Estado, sino también de la existencia de un Poder Judicial al cual pueda acudir el titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida.

Asimismo, no debe perderse de vista que la necesidad de abordar los casos con perspectiva de género que aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional existente, que les otorga carácter constitucional. No resulta la imposición de una ideología o una "cuestión" disponible sino de la consideración de un abordaje que permita aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso. En definitiva, no es más que un criterio de justicia para el caso en concreto.

Es por ello que, el argumento sostenido por la demandada consistente en que la "cuestión de género" no fue introducida en la demanda, no puede tener asidero alguno en el presente caso.

VIII. Que, por último, no debe soslayarse que la vulnerabilidad descripta supra y la necesidad de que el Estado procure la efectividad en la realización de los derechos humanos de la amparista, se ve exacerbada por la situación que se vive en el país y en el mundo como consecuencia de la pandemia causada por el virus Covid-19. En este caso puntual se encuentra plasmado con meridiana claridad la afectación concreta de la pandemia sobre las condiciones, de por sí ya desesperantes, de los grupos vulnerables.

A tal fin, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del Covid-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad, personas trabajadoras, y personas que viven en pobreza y pobreza extrema, especialmente personas trabajadoras informales y personas en situación de calle; así como en las defensoras y defensores de derechos humanos, líderes sociales, profesionales de la salud y periodistas" (CIDH, resolución N° 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", adoptada el 10 de abril de 2020, disponible en: www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf).

IX. Que, efectuado el análisis del marco normativo que rodea a la presente, y analizada la prueba arrimada a la causa, cabe concluir que la Sra. B.N.O. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, excluida del mercado laboral formal, situación que se ha visto agravada debido al aislamiento preventivo social y obligatorio consecuencia de la pandemia por el virus Covid-19. Como se dijo, no es posible ignorar que, sin la intervención estatal se pone en riesgo la vida y salud de la accionante por la carencia absoluta de medios para sustentarse.

En consecuencia, teniendo en cuenta la precaria situación socioeconómica de la amparista, concluyo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio.

Asimismo, corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por B.N.O. y ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual.

X. Por último, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales deberán imponerse, junto con las de Alzada, a la demandada perdidosa (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. Así voto.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Que luego de un análisis de las constancias de autos y la cuestión sometida a consideración, adhiero a lo resuelto por la colega preopinante, aunque deseo efectuar algunas consideraciones.

II. Que el juez *a quo* dispuso el rechazo de la acción en tanto no entendió acreditado el cumplimiento del requisito establecido en el Decreto 432/1997 para acceder a la pensión solicitada, esto es, encontrarse incapacitado para trabajar en forma total y permanente.

Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando

la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista.

Sólo a los fines del análisis respecto de la requerida por la norma imposibilidad para trabajar, remito a los Considerandos del Decreto 721/2020 (BO 04/09/2020) respecto "Que, particularmente, sobre la situación en Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó que "...En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero'."

"Que aún con los avances normativos en la materia, las personas travestis, transexuales y transgénero continúan teniendo dificultades para disfrutar del efectivo ejercicio del derecho a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, así como también a la protección frente al desempleo, sin discriminación alguna."

"Que, en especial, la igualdad real de derechos y oportunidades, la no discriminación, el trabajo digno y productivo, la educación, la seguridad social, el respeto por su dignidad, la privacidad, intimidad y libertad de pensamiento deben asegurarse para garantizar políticas de inclusión en el mercado laboral."

"Que, atento a que el ejercicio de los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero se ve obstaculizado por un patrón sistemático de desigualdad que afecta particularmente a este colectivo, la cadena de exclusiones y discriminación que sufren desde la niñez incide directamente en su capacidad de gozar plenamente de los derechos humanos que poseen, por lo que resulta necesario impulsar medidas que busquen la reducción de la desigualdad que provoca esta situación hasta lograr, en un futuro, su total eliminación."

III. En función de lo expuesto, considerando la situación de pandemia por el virus Covid-19 que de por sí genera limitaciones en el acceso al mercado laboral, el estado de salud de la amparista conforme los informes médicos acompañados (fs. 46/52) y el estado de vulnerabilidad acreditado en el informe interdisciplinario de fs. 55/58 vta., coincido con la colega en que corresponde revocar la resolución de fecha 14/12/2020 dictada por el juez *a quo*, adhiriendo en lo demás que decide. Así voto.

La presente resolución se emite por los señores jueces que la suscriben de conformidad a lo dispuesto por el art. 109 de Reglamento para la Justicia Nacional y 4° del Reglamento Interno del Tribunal, por encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda.

Por el resultado del Acuerdo que antecede se resuelve: I. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y en consecuencia, revocar la sentencia emitida por el Juzgado Federal N° 2 de Córdoba con fecha 14/12/2020 en todo cuanto dispone y ha sido materia de agravio, haciendo lugar a la demanda interpuesta, por los fundamentos aquí dados. II. Ordenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual. III. Dejar sin efecto las costas de primera instancia, las que deberán imponerse, junto con las de Alzada a la parte demandada perdidosa (conf. art. 68, 1ª parte, del CPCN), debiendo regularse a la Sra. Defensora Pública Oficial, los honorarios correspondientes a su actuación en primera instancia, difiriéndose las regulaciones de honorarios de esta instancia para su oportunidad. IV. Protocolícese y hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen. — *Abel G. Sánchez Torres. — Liliana Navarro.*

Una sentencia ejemplificadora

Graciela E. Cipolletta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo.— III. Colofón.

I. Introducción

Brevemente diremos que se trata de una sentencia de la Cámara Federal de Córdoba que hace lugar al reclamo de una amparista para que se le otorgue una "Pensión no contributiva por invalidez", establecida en la ley 13.478, sin cumplir el porcentaje de incapacidad exigido en el dec. regl. 432/97. Se trata de una mujer transexual con patologías físicas y psíquicas en situación social de desamparo, después de una vida marcada por la prostitución y la miseria.

II. El fallo

El fallo en análisis es sumamente interesante por cuanto, según la cultura jurídica de cada lector, se le dará una interpretación diferente.

Dejaremos de lado la cuestión procedimental sobre la procedencia o no de la vía de amparo, ya que entendemos de mucha mayor riqueza jurídica el tratamiento del fondo de la cuestión que hace la Cámara Federal de Córdoba.

Algunos verán en el seno del fallo la aplicación de las tan de moda "visiones de género" y considerarán que se ha entendido que estas prevalecen por sobre cualquier ordenamiento jurídico y otros en cambio, se escandalizarán por el no acatamiento a un decreto reglamentario sin declarar su inconstitucionalidad.

A nuestro juicio la Cámara, al sentenciar, no ha adoptado ninguna de esas dos posiciones, ni la primera (representante de la posmodernidad) ni la segunda (representante de un rigorismo ritual).

Con impecable pericia el sentenciante ha aplicado al caso las normas de jerarquía constitucional, que prevalecen frente a cualquier normativa inferior. Y estas normas son universales, no discriminan grupos etarios e, incluso, prohíben toda discriminación en razón de edad, sexo raza, religión u otra.

Obsérvese la primera cita legal del decisorio que dice:

"Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su art. 25.1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Todo ello, sin dejar de partir, para el sabio razonamiento, del texto de la ley aplicable.

La ley 13.478 establece, en su art. 9°, lo siguiente: "Facultase al Poder Ejecutivo a otorgar en las condiciones que fije la reglamentación una pensión inembargable a toda persona sin

(*) Profesora de Derecho de la Seguridad Social de posgrado en UBA, UCA y UNNE. Profesora de Derecho de la Seguridad Social en grado (UCES). Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Academia Nacional de Derecho.

suficientes recursos propios, no amparada por un régimen de previsión, de setenta o más años de edad o imposibilitada para trabajar".

Para el caso específico de la imposibilidad de trabajar el legislador no ha establecido ni un porcentual de discapacidad ni otros parámetros, como no tener parientes que le deben alimentos o tantos otros establecidos en el dec. regl. 432/97 que sí lo hizo. Ello a más de 20 años de haberse sancionado la ley 13.478 con su texto actual (ley 20.267, BO 16/04/1973)) y como producto de una época de políticas de aniquilación del Estado de Bienestar.

Por ello lo que se ha ponderado en la sentencia es si frente al caso concreto existía una verdadera "imposibilidad para trabajar".

Lo cual no necesariamente es "invalidez" como erróneamente ha pretendido la reglamentación de la ley 13.478. Con mayor claridad queda dicho en las citas que hace la sentencia sobre los contenidos mínimos establecidos para el art 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hoy integrante de nuestra Constitución Nacional, párrafo que transcribo aquí por su riqueza:

"[L]os contenidos mínimos del referido art. 9°, en la Observación General Nº 4, de fecha 13 de diciembre de 1991, se señaló: "El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto. El derecho a la seguridad social *incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación* (…). La seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para *reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.* De conformidad con el párr. 1° del art. 2° del Pacto, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas, y revisarlas periódicamente en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social".

"Por su parte, el párrafo 16 de la Observación prevé:

"[L]os Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a *la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado*".

Establecidas las normas fundamentales, la Cámara analiza la situación especial de la reclamante, al respecto, dice el fallo:

"[E]s portadora de HIV desde el año 2015, y que, además, ha sido diagnosticada por hepatitis A, sífilis y toxoplasmosis, a más de las infecciones de partes blandas que posee en su cuerpo asociadas a la silicona... es una mujer trans de 30 años de edad que, desde su infancia, atravesó situaciones de carencia económica y contención emocional en su ámbito familiar. Que ejerce, desde su adolescencia, trabajo sexual en la vía pública producto de las situaciones de exclusión social a las cuales ha estado expuesta desde temprana edad, y que resulta su único medio de subsistencia posible. Que este tipo de actividad laboral ha sido el causante de las patologías físicas que la aquejan. Que en la actualidad convive con una amiga en una vivienda precaria compuesta de un ambiente multifuncional sin puertas divisorias ni instalaciones sanitarias y que los escasos ingresos económicos que obtenía con anterioridad a la pandemia, luego de decretado el aislamiento obligatorio, han cesado por completo por la imposibilidad de ejercer su actividad, lo cual la ha llevado a vender objetos personales "fiado" en el mercado del barrio a los fines de alimentarse, refiriendo, por último: "[Y]a no tenemos ni para vivir". Asimismo, da cuenta de la situación económica de su familia, constituida por su madre enferma y cinco hermanos, la cual es idéntica a la de ella.

Se ha probado en el caso la situación de vulnerabilidad de la reclamante que es el punto principal para tener en cuenta, con independencia de la especifica normativa sobre la protección de las minorías, ya que la vulnerabilidad que se advierte pudo ser la realidad de un hombre o una mujer que no pertenezcan al colectivo referido por la CS en Fallos 329:5266 ("ALITT c IGJ", sent. 21/11/06) pero integran una situación

social igual o peor como la que se presenta en el caso. He aquí el gran valor de la universalidad de las normas del derecho.

Lo expuesto, sin perjuicio que el sentenciante ha agregado a su fundamentación, entre otros conceptos, la no discriminación hacia las personas transexuales, analizando la estigmatización que se suele dar a la hora de conseguir trabajo. Y al respecto dice:

"De esta manera, considero relevante aquí destacar que resulta inadmisible en el presente caso correr la mirada ante la probada dificultad de ingreso al mercado de trabajo, con la consecuente ausencia de medios para subsistir, y la precariedad habitacional y sanitaria en la que se encuentra la amparista , lo cual la coloca en una crítica situación de necesidad de asistencia que no debe ser desoída, ya que ello conllevaría juzgar de manera ciega y basada en estrictos rigores formales, situaciones que demandan de los sentenciantes una sensibilidad social de mayor envergadura.....juzgar con perspectiva de género no resulta una "opción" y mucho menos una "cuestión" que debe ser introducida o solicitada en la demanda. Juzgar con perspectiva de género es un imperativo moral y ético que ha sido instituido y reglamentado internacionalmente y al cual nuestro país ha adherido por resultar indispensable a los fines de alcanzar un parámetro de justicia que no se quede solo en la letra de la ley sino que trascienda hacia los justiciables en concreto".

Por lo cual el primer voto concluye:

"[O]rdenar a la demandada que, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha del presente, proceda a la concesión de la pensión no contributiva solicitada con el consecuente pago de la misma de manera mensual".

En el segundo voto, que adhiere a la misma postura pero focalizando más en la cuestión de las minorías, es importante destacar uno de sus fundamentos, ya que este permite la mirada universal que sobre la cuestión han tenido los tratados internacionales invocados. Dice dicho voto:

"Considero que atento las particularidades del caso, si bien no se ha acreditado el porcentaje de incapacidad física requerida por la norma, el análisis respecto de la imposibilidad de acceder al mercado laboral debe efectuarse integralmente, es decir, ponderando la situación social, económica, familiar, de salud, entre otras, expuestas por la amparista".

Radbruch en su Introducción a la Filosofía del Derecho (Breviarios, Fondo de Cultura Económica, México, 4ta. edición en español, página 96) nos enseña que en la interpretación del derecho existe siempre la misma contraposición entre el formalismo y el finalismo. que "La tendencia finalista parte —sépalo o no— del "sentido " y no del libro; parte de la realidad de los fines y necesidades de la vida social, espiritual y moral considerados como valiosos. Se pregunta ¿cómo debo manejar y modelar el derecho para dar satisfacción a los fines de la vida ? .Y, ajustándose a estos fines resuelve las innumerables dudas del derecho formal y llena sus incontables lagunas".

Refiriéndose a la tendencia formalista dice: "[B]usca, pues, el sentido que se acople a la fórmula dada". En cambio la tendencia finalista "busca la fórmula en que encaje el sentido impuesto por la vida".

Claramente la sentencia en comentario ha aplicado la tendencia finalista de la interpretación del derecho, pero también ha utilizado del formalismo el razonamiento lógico buscando en las palabras de la ley y descubriendo el exceso reglamentario de un decreto que urge adecuar a los nuevos tiempos. "Persona imposibilitada de trabajar" (palabras utilizadas por el legislador) resultan ser un concepto mucho más amplio que el de incapacidad laboral y de modo alguno el Poder administrador está facultado para establecer porcentajes de la mal entendida incapacidad.

III. Colofón

A nuestro juicio, esta sentencia ejemplificadora hace comprender al lector y por qué no también al legislador y al poder administrador

que no cualquier cosa que se escribe (a gusto de una ideología, de la economía o de la conveniencia de unos pocos) hace "derecho", ya que el derecho real está inscripto en el sentido de la vida, que hoy llamamos derechos humanos y ayer llamábamos derecho natural. Asimismo, las normas que no respetan el orden jerárquico, ya sea porque no se ajustan a la Constitución o porque, como en el caso, exceden las facultades del Poder que las dicta terminan, muchas veces, felizmente desterradas en el Poder Judicial pero antes han producido innumerables e interminables injusticias en las vidas humanas.

Juriprudencia Anotada

CÁLCULO DEL HABER PREVISIONAL

Omisiones del perito. Merma en el haber. Sentencia en estado de ejecución. Arbitrariedad.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — La sentencia impugnada es arbitraria. Las remuneraciones anuales empleadas por el experto son inferiores a las oportunamente tomadas por la ANSeS; y esto derivó en una merma significativa del nivel inicial del beneficio del causante que no puede justificarse, pues en la causa había información suficiente para realizar una correcta peritación y no existía controversia sobre la efectiva prestación de los servicios omitidos ni sobre sus remuneraciones. Los salarios que habían sido oportunamente considerados en sede administrativa para determinar la jubilación y también empleados en todas las liquidaciones presentadas en el proceso de ejecución.

2. — En el caso no resulta aplicable la jurisprudencia de este Tribunal según la cual las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución de sentencia y tendientes a hacerla efectiva, no son el fallo final requerido por el art. 14 de la ley 48, pues la actora cuenta a la fecha con más de 95 años y esa doctrina podría tornar ilusorios los derechos alimentarios por ella reclamados.

CS, 23/03/2021. - Moschella, Ethel Mary c. ANSeS s/ ejecución previsional.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/4778/2021]

COSTAS

A la ejecutada.

CSS 57/1998/1/RH1

Buenos Aires, marzo 23 de 2021.

Considerando: 1. Que con fecha 1° de julio de 1992, la Sala III de la ex Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social dictó sentencia de reajuste del haber a favor de quien en vida fuera el esposo de la actora. La jubilación recompuesta había sido otorgada por el organismo previsional tomando en consideración las tareas desarrolladas por el peticionario en la empresa Ferrocarriles Argentinos, en la Comisión Mixta Ferroviaria Argentino-Boliviana y en la Universidad Nacional de La Plata. Luego del fallecimiento de su marido, la titular de autos, en calidad de pensionada, inició el presente trámite en el año 1997, con el objeto de obtener su cumplimiento.

2. Que la Sala III de la Cámara Federal de la Seguridad Social revocó la providencia de la instancia anterior que había aceptado la liquidación confeccionada por la actora y aprobó la elaborada por el perito contable del fuero. Contra ese pronunciamiento, la pensionada dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, motivó la presente queja. Se agravia de que la cámara no haya dado tratamiento a sus impugnaciones a esa cuenta y que haya modificado aspectos que no habían sido propuestos a la decisión de los jueces y sobre los cuales las partes no habían debatido.

3. Que en el caso no resulta aplicable la conocida jurisprudencia de este Tribunal según la cual las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución de sentencia y tendientes a hacerla efectiva, no son el fallo final requerido por el art. 14 de la ley 48, pues la actora cuenta a la fecha con más de 95 años y esa doctrina podría tornar ilusorios los derechos alimentarios por ella reclamados (conf. Fallos: 332:1928; 339:649 y 1808).

4. Que si bien los agravios de la recurrente remiten al examen de aspectos de índole fáctica y de derecho procesal, materia extraña al recurso extraordinario, cabe hacer excepción a esa regla cuando el fallo apelado omite el tratamiento de cuestiones planteadas conducentes para la adecuada solución del litigio (Fallos: 233:147; 251:518; 255:132; 312:2249; 319:992; 342:259).

5. Que ello es así ya que el a quo desechó, con afirmaciones genéricas referidas a su fundamentación, el planteo de la actora vinculado con la falta de inclusión en el cálculo pericial de dos de las tres líneas de servicios prestados por el causante (fs. 444/445 de las actuaciones principales), lo cual afectaba gravemente el nivel inicial del beneficio y le causaba un perjuicio de muy difícil o imposible reparación ulterior.

6. Que, en efecto, las remuneraciones anuales empleadas por el experto son inferiores a las oportunamente tomadas por la ANSeS. El informe que acompañó la cuenta indica que no tuvo a la vista la totalidad de los expedientes administrativos, por lo cual decidió utilizar únicamente las certificaciones agregadas a la causa, que correspondían a una de las tres relaciones laborales acreditadas. Esto derivó en una merma significativa del nivel inicial del beneficio del causante (fs. 411 y 428 de las actuaciones principales) y, en consecuencia, del haber de pensión.

7. Que le asiste razón a la recurrente cuando señala que la exclusión efectuada en el cómputo no pue-

de justificarse, pues en la causa había información suficiente para realizar una correcta peritación y no existía controversia entre las partes sobre la efectiva prestación de los servicios omitidos ni sobre sus remuneraciones. Por el contrario, esos salarios habían sido oportunamente considerados en sede administrativa para determinar la jubilación y también empleados en todas las liquidaciones presentadas en el proceso de ejecución (fs. 221 y 384 de las actuaciones principales).

8. Que en las condiciones expuestas, la decisión de la alzada de desestimar por falta de fundamento la impugnación formulada por la actora, que además hallaba confirmación en el informe pericial, impide considerar el fallo como un acto jurisdiccional válido y lleva a su desestimación, solución que torna inoficioso el tratamiento de las restantes objeciones de la apelante.

Por ello, se declara admisible la queja, procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Con costas a la ejecutada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Carlos F. Rosenkrantz. — Horacio D. Rosatti.*

Los errores de cálculo en materia de reajustes previsionales

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

El art. 14 bis de nuestra Carta Magna establece que las jubilaciones y pensiones han de ser móviles lo que obliga a que los haberes de pasividad guarden una debida relación de proporcionalidad con los ingresos del activo. Es decir aquello que la persona hubiera podido percibir de haber continuado en actividad. No obstante es sabido que dicha manda legal ha sido incumplida, sistemáticamente, por el Estado. La referida anomalía dio nacimiento al fenómeno forense que se conoce como reclamos masivos por reajuste de haberes previsional, en lo que es normal que, después de un largo periplo administrativo y judicial, el interesado logre el dictado de una sentencia declarativa de derechos patrimoniales.

En el campo del derecho procesal, la sentencia es considerada el acto jurisdiccional más importante que realizan los jueces pues: a) con ella termina la labor al solucionar el conflicto; b) culmina con la función procesal ejercitada; c) traduce el poder de jurisdicción ínsito en la potestad conferida por el ordenamiento jurídico; y d) crea la norma individual que sirve para adjudicar derechos a los litigantes **(1)**.

Por lo anterior, en la práctica, la sentencia declarativa de derechos pone fin a la controversia y solo cabría practicar la liquidación de las diferencias de haberes previsionales insatisfechos imponiendo su abono al organismo administrativo, lo que parece una cuestión muy simple 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.

(1) GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, "Tratado de Derecho Procesal Civil", ed. Jusaires, t. II, p. 921.

la era informática y en un mundo globalizado en que la denominada planilla "Excel" ha adquirido carta de ciudadanía.

En el caso a estudio (CS, "Moschella, Ethel Mary c/ ANSeS s/ejecución previsional", 23/03/2021) es nuestro Máximo Tribunal de Justicia el que interviene, vía recurso extraordinario, para subsanar un error de cálculo cometido por un perito contable quien practicó liquidación por diferencias de haberes pensionarios sin incluir dos de las tres líneas de servicios prestados por el causante, lo que generó un agravio de muy difícil o imposible reparación ulterior, máxime si se tiene presente que la interesada era una persona de 95 años, lo que revela el estado de indefensión en que se encuentra gran parte de nuestra clase pasiva.

La Corte Suprema ha señalado, en reiteradas ocasiones, que no puede subsistir una sentencia, aun cuando esté consentida, cuando está afectada por un error aritmético o de cálculo puesto que si los magistrados actuantes, al descubrir tal situación no lo modifican, incurren en falta grave, al prescindir de medios para determinar la verdad jurídica objetiva, convirtiendo el proceso en una sucesión de rituales caprichosos con vulneración de garantías constitucionales (CS, "Atienza c/Argenca S.C.", 08/07/1971, DT 1971-713, "Álcaraz c/Bertoncini Construcciones S.A.", 09/10/1990, Fallo: 313:1024; "Iglesias c/Estado Nacional", 20/12/1994, Fallo 317:1845) por lo que se estima que el cumplimiento de una sentencia con errores aritméticos o de cálculo, lejos de preservar, conspira y destruye la institución de la cosa juzgada de inequívoca raigambre constitucional (CS, "Cigarini c/ ANSeS", 10/11/2015).

El pronunciamiento emitido apunta a salvaguardar el orden jurídico violentado por un error de cálculo, dando así adecuada respuesta al litigio en una tardía etapa procesal, y sirviendo como antecedente para la solución de casos similares.

INSTANCIA ADMINISTRATIVA PREVIA

Arbitrariedad de la sentencia que instó al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas. Accidente de trabajo. Procedencia del recurso extraordinario.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — Es arbitraria la sentencia que insta al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SECLO y tenía expedita la vía judicial, pues incurre en un exceso de rigor formal que no guarda relación con las constancias de la causa y la normativa aplicable, en tanto la administración, a través de resoluciones —298/17 de la SRT y 463-E/2017 del MTEySS—, decidió que el nuevo procedimiento será aplicable a las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 1 de marzo de 2017 y reconoció que la culminación de los trámites iniciados ante el SECLO con anterioridad a esa fecha, agotan la instancia administrativa (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

2. — Si bien la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del art. 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a ese principio en aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior, pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa, situación que se observa en el caso en tanto la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y clausuró la vía procesal promovida (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

CS, 22/04/2021. - Carrió, Jorge Emanuel c. Galeno ART SA s/accidente – ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11349/2021]

CNT 082707/2017/1/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado la excepción de incompetencia y, en consecuencia, declaró la falta de aptitud jurisdiccional con fundamento en que no se hallaba cumplida la instancia administrativa previa y obligatoria ante las comisiones médicas prevista en la ley 27.348 (fs. 124/126 del expediente principal, al que me referiré, salvo aclaración en contrario).

Consideró que la Resolución 899-E/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), en cuanto estableció que las cuestiones jurídicas serán abordadas por el secretario técnico letrado y no por los profesionales médicos, subsanó el defecto constitucional que acarreaba el procedimiento administrativo y, por ello, el agotamiento de esa instancia resulta un requisito ineludible para acceder a la jurisdicción.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso recurso extraordinario federal (fs. 129/146), que denegado (fs. 150), motivó el presente recurso de queja (fs. 26/30 del respectivo cuaderno).

Plantea que el procedimiento administrativo ante las comisiones médicas es inconstitucional y, además, se agravia sobre la doctrina de la arbitrariedad de sentencias pues afirma que el tribunal no aplicó el derecho vigente a las circunstancias del caso. Sostiene que se ven afectadas sus garantías de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso, igualdad ante la ley y juez natural.

Por un lado, afirma que la ley otorga a la instancia administrativa facultades que son exclusivas de los jueces. Argumenta que el nuevo marco legal impone un verdadero contencioso jurídico dirigido por personal inidóneo, que deja al arbitrio de los médicos decisiones tales como determinar si un accidente o una enfermedad puede considerarse como una contingencia cubierta o no por la ley de riesgos del trabajo. Indica que el sistema no ofrece garantías de imparcialidad, debido a la posición de poder de las aseguradoras y al diseño de un régimen procesal que promueve la aceptación de las propuestas de reparación de las aseguradoras de riesgo de trabajo.

Argumenta que el control judicial no es amplio ni suficiente ya que solo se puede acceder a la justicia por la vía recursiva, lo que impide la amplitud de debate y la producción de prueba obstruyendo el derecho del trabajador de accionar ante su juez natural por los infortunios laborales sufridos. Afirma que la Corte en Fallos: 327:3610, "Castillo", se pronunció en ese sentido.

Plantea que obligar al trabajador a una instancia administrativa previa lo pone en pie de desigualdad con respecto a otros ciudadanos que pretendan la reparación de daños causados por cuestiones ajenas al trabajo, pues estos tienen expedita la vía judicial. Para más, agrega que la modificación procesal introducida por la ley 27.348 vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

Por otro lado, arguye que la cámara aplicó en forma retroactiva la ley 27.348 a un accidente ocurrido antes de su entrada en vigencia, y que ello afecta la garantía de juez natural. En ese sentido, señala que el actor agotó el procedimiento administrativo ante el Servicio de Conciliación Laboral Obligatorio (SECLO) creado por la ley 24.635, y que ello determinó el marco normativo aplicable en materia de acceso a la jurisdicción. Remarca que esa norma se encontraba vigente al ocurrir el infortunio y el agotamiento de esa instancia de conciliación previa era un requisito necesario para accionar ante la justicia laboral nacional. Sobre esa base, afirma que la decisión del a quo, en cuanto impone un nuevo trámite administrativo ante las comisiones médicas, impone exigencias legales excesivas que provocan una superposición de instancias y obstruyen el acceso del actor a la jurisdicción sin fundamento que lo justifique.

-III-

En primer término, cabe señalar que si bien es jurisprudencia de la Corte Suprema que la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cuestión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la ley 48 (Fallos: 323:650, "Caplán", entre otros), se han exceptuado de ese principio aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa (Fallos: 323:1919, "Acosta"; 330:4024, "Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados", entre otros). Estimo que ello acontece en el sub lite pues la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y clausuró la vía procesal promovida.

En segundo término, considero que al haberse formulado agravios con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 318:189, "Bichute de Larsen"; 323:35, "Botti"; 338:1347, "Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores"; 339:1520, "Frigerio"; 341:1106, ''Varela'', entre otros). En ese sentido, la apelación resulta procedente pues, si bien es cierto que las cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal son ajenas, como regla, a la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, el tribunal a qua no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con las constancias de la causa y la normativa aplicable (Fallos: 339:1583, "Puente Olivera"; 340:1331, "Parra"; 341:427, "Rica", entre muchos otros).

-IV-

En el sub lite la sentencia recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional con fundamento en la aplicación al caso de la ley 27.348, que establece una instancia administrativa previa y obligatoria ante las comisiones médicas.

Si bien la demanda fue interpuesta el 27 de diciembre de 2017, es decir, luego de la entrada en vigencia de la norma, el actor había agotado con anterioridad la instancia administrativa ante el SECLO que imponía la ley 24.635. En efecto, de las constancias de la causa surge que el señor Carrio compareció el día 30 de diciembre de 2016, con el debido patrocinio letrado, ante el conciliador laboral Osvaldo Alberto Landi, quien, ante la ausencia de la aquí demandada, decidió culminar el procedimiento de conciliación laboral obligatoria y habilitar la instancia judicial (ver fs. 3). El acta de cierre fue señalada por el accionante en la demanda (fs. 17.), e invocada en la contestación al planteo de excepciones previas como argumento para su rechazo (fs. 94), pero no fue considerada por la sentencia en crisis, que solo analizó la validez constitucional de la ley 27.348 y sus reglamentaciones.

Al respecto, corresponde remarcar que la resolución 298/17 de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT), emitida el 23 de febrero de 2017, que reglamenta el procedimiento previo y obligatorio ante las Comisiones Médicas estipulado por la ley 27.348, prevé que las disposiciones allí contenidas "sólo resultarán aplicables al trámite de las actuaciones y los procedimientos administrativos iniciados a partir del 1 de marzo de 2017" (artículo 41). En sentido concordante, la resolución 463-E/2017 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, del 11 de abril de 2017, establece que " ... para los casos de los reclamos iniciados (sorteo informático) que tengan por objeto accidentes laborales y/o enfermedades profesionales Ley N° 24.557; Ley N° 26.773 en el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria -SECLO- con fecha anterior al 1 de marzo de 2017, se deberá continuar su trámite normal y habitual tanto para el cierre de la instancia como para los eventuales acuerdos de conformidad a lo normado por la Ley N° 24.635 y Decreto N°1169/96 modif. Decreto W 1347/99" (art. 1).

En resumen, la administración, a través de las resoluciones mencionadas, decidió que el nuevo procedimiento será aplicable a las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 1 de marzo de 2017 y reconoció que la culminación de los trámites iniciados ante el SECLO con anterioridad a esa fecha, agotan la instancia administrativa. En ese marco, estimo que la cámara debía pronunciarse sobre la aplicación de la normativa referida, pues constituye una cuestión prima facie conducente para la correcta solución del caso.

Por lo tanto, considero que la sentencia en crisis, que insta al actor a transitar una nueva instancia administrativa ante las comisiones médicas, sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el SECLO y tenía expedita la vía judicial, incurre en un exceso de rigor formal que no guarda relación con las constancias de la causa y la normativa aplicable, por lo que debe ser descalificada con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad.

Finalmente, la naturaleza de los derechos discutidos en el presente caso, el tiempo transcurrido desde el acta de cierre de SECLO -casi dos años y medio-, y el prolongado procedimiento recursivo que se ha desarrollado hasta esta instancia extraordinaria, conducen, en mi entender, a que esa Corte Suprema, en resguardo de un buen servicio de justicia, haga uso de la facultad conferida por el artículo 16, segunda parte, de la ley 48, y se expida de forma definitiva sobre el punto en disputa, declarando habilitada la instancia judicial (Fallos: 339:189; "Guzmán", 335:2294, "Gómez").

-V-

Por lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente la queja y el recurso extraordinario, habilitar la instancia judicial y devolver los autos al tribunal de origen a sus efectos. Buenos Aires, junio de 2019. — *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 22 de abril de 2021

Considerando:

Que las cuestiones traídas a conocimiento de esta Corte encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia recurrida, con costas. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que se ordene su radicación y tramitación por ante el juzgado que corresponda. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti.*

La Corte Suprema frente al agotamiento de la instancia administrativa ante el SECLO

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

Por regla, desde el punto de vista temporal y según señala la doctrina **(1)**, las normas procesales no tienen un mecanismo diferente al que rige para todo el orden jurídico según lo establecido por el art. 7º Cód. Civ. y Com. sin que sea admisible su retroactividad, salvo en materia penal siempre y cuando la novedad legislativa resulte más beneficiosa al procesado.

Por ello, una nueva norma procesal no puede afectar la validez de los actos procesales cumplidos y, si se emiten nuevas normas procesales que estructuran nuevos tipos de procedimientos, estos solo podrán aplicarse hacia el futuro.

Devis Echandía **(2)** expresa que la necesidad de dar estabilidad al orden jurídico es un principio de orden público que se opone a la retroactividad de las leyes procesales y cuando se opera un cambio normativo, los sujetos se encuentran ante situaciones consumadas y otras iniciadas pero aun en trámite que venían rigiéndose por normas anteriores y que van a continuarlo, necesariamente, después de la vigencia de la nueva ley. Por ello, si la norma jurídica suprime algunos procedimientos para la actuación de la ley desaparece el poder jurídico de pedir su aplicación y bajo la nueva ley sancionada caen tanto los presupuestos procesales como las reglas sobre la competencia y capacidad.

Pero los procesos futuros, afirma el citado tratadista, se rigen en su totalidad por la nueva ley debiendo tenerse en cuenta no el momento en que nace el derecho sino el momento en que se lo pone en acción.

En virtud de lo anterior, se entiende que las nuevas leyes procesales que modifican la competencia tribunalicia rigen para las demandas no iniciadas y no para las que han tenido radicación. Se ha señalado, en sentido concordante, que es aplicable el principio de perpetuidad jurisdiccional ya que, si después de iniciado un litigio cambian las circunstancias fácticas o varia la ley de competencia, no debe modificarse el juzgado que conoció inicialmente pues una nueva ley atributiva de competencia se refiere únicamente a proceso futuros sin que corresponda despojar al magistrado actuante de la competencia adquirida **(3)** no siendo viable retrotraer el proceso **(4)**.

Pese a ello, en el caso que nos ocupa (CS, "Carrió, Jorge Emanuel c/ Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", 22/04/2021) la Corte

(*) 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) GOZAÍNI, Osvaldo A., "Tratado General del Derecho Procesal", ed. Jusbaires, t. I, p. 86.

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernán, "Teoría General del Proceso", ed. Universidad, p. 83

(3) VARELA, Casimiro, "Fundamentos constitucionales del derecho procesal", ed. Ad-hoc, p. 89

(4) CS, "Munar c/Solé", 07/02/2017, Fallo 340-1-24.

Suprema se aparta de tales reglas y decide revocar, por arbitraria, la decisión de la Cámara Laboral que había declarado la falta de aptitud jurisdiccional del fuero laboral para entender en una demanda por accidente de trabajo iniciada luego de entrada en vigencia de la ley 27.348 que, al modificar las reglas en materia de competencia, acepta la facultad jurisdiccional de entes administrativos y reserva al Fuero Laboral el actuar como instancia revisora de sus decisiones.

La Corte hace suyo el dictamen del Procurador Fiscal en cuanto señaló que con anterioridad a la sanción de la ley 27.348, el trabajador había iniciado y culminado el trámite obligatorio ante el SECLO y tal circunstancia no fue considerada por la Cámara Laboral quien solo había analizado la validez constitucional de la ley 27.348. Es por ello que, ante el tiempo transcurrido, la Corte resolvió declarar habilitada la instancia judicial y devolver los autos al Fuero Laboral para que tramite la causa iniciada (art. 16, ley 48).

La decisión de la Corte aparece como razonable si se tiene presente que, conforme mandato legal, tras el trámite de conciliación obligatoria ante el SECLO debe quedar expedita la vía judicial ordinaria (art. 18 de la ley 26.345). Obligar al trabajador a iniciar otro trámite en sede administrativa implicaría una regresión del proceso incompatible con el espíritu de las normas legales vigentes.

Al margen de lo anterior, la decisión adoptada revela que la Corte Suprema resolvió eludir un tema importante pues, aprovechando una cuestión procesal, omitió pronunciarse sobre la validez constitucional de la ley 27.348 ya que el recurso extraordinario presentado por el trabajador se fundamentó en la referida tacha.

Desde el punto de vista axiológico, dicha omisión resulta lamentable, máxime cuando esta ha sido reiterada mediante pronunciamiento del 03/06/2011 en la causa "Ballesteros, Gabriela Verónica c/Experta ART SA", lo que traduce la intención de postergar la decisión sobre un tema especialmente delicado.

COMPETENCIA

Procedimiento antes las Comisiones Médicas. Inaplicabilidad de la ley 27.348 a accidentes ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Con nota de Emiliano A. Gabet

Resulta imposible encauzar el reclamo por accidente de trabajo en el nuevo diseño de acceso a la jurisdicción previsto por la ley 27.348, toda vez que al momento en que ocurrió el infortunio dicha ley todavía no se había dictado, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Nº 298, que resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión.

CNTrab., sala VIII, 30/12/2020. - Magnago, Araceli Lucía c. Experta ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/75093/2020]

Expte. N° 24.582/2019

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

Considerando:

El recurso deducido, en forma virtual, por la parte actora, contra el pronunciamiento recaído en la instancia anterior mediante el cual la Señora Jueza "*a quo*" resolvió desestimar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 27.348 y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de incompetencia territorial opuesta por Experta ART SA.

Resulta oportuno memorar que, para dilucidar cuestiones de competencia, es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda —art. 4 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 67 de la ley 18.345— y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho invocado como fundamento de la pretensión. (Fallos: 305:1453; 306:1053 y 308:2230; 302:46; 324:4495).

En materia de compensación de daños y perjuicios por accidentes y enfermedades del trabajo, la ley aplicable es la vigente al momento en que el derecho nace, es decir, cuando se configura el presupuesto fáctico de operatividad del sistema de responsabilidad invocado.

En el caso de autos y luego de una atenta lectura del escrito de inicio, surge que la actora inicia la presente acción a causa de un accidente que invoca como ocurrido el 03/03/2017 (ver fs. 20).

Cabe recordar que, al tratar la cuestión relativa a la aplicabilidad de la ley 26.773 a un accidente ocurrido con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, estableció claramente que los beneficios previstos en la ley citada solo resultan aplicables "a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal" (Cfr. CSJN 07/06/2016 *in re* "Espósito, Darío L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial"). Este criterio resulta aplicable al caso de autos, pero con relación a la ley 27.348.

En este sentido, las mencionadas circunstancias cronológicas revelan la imposibilidad de encauzar el reclamo en el nuevo diseño de acceso a la jurisdicción, porque al momento del accidente invocado (03/03/2017), todavía no se había dictado, la Ley 27.348, publicada el 24/02/2017, la cual entró en vigencia a partir del 05/03/2017, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo N° 298, que se emitió el 23/02/2017, la que resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión (ver en similar sentido los autos "Fariña Paniagua, Teresa G. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial" Expediente N° 44.118/2017, en el que esta Sala ha propiciado declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo).

Por otra parte, adviértase que, en ese entonces, no se habían habilitado las Comisiones Médicas jurisdiccionales, en los términos del art. 38 de la Resolución 298/2017 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, y no podría imponerse al actor un diseño de acceso a la jurisdicción, con una competencia que presupone la vigencia de las referidas comisiones (ver, en igual sentido, dictamen N° 71.920 del 09/05/2017, en autos: 'Verón, José Antonio c. Omint ART SA s/ accidente - ley especial', Expte. N° CNT 18.961/2017, del registro de la Sala IV)."

En este sentido no se ve desplazado el artículo 24 de la LO cabe señalar que esta Sala viene sosteniendo que la Justicia Nacional del Trabajo tiene competencia territorial, para entender en este tipo de reclamos si el contrato de afiliación a una ART, fue celebrado a través de un intermediario domiciliado en esta Capital Federal, o ingresó a través de una oficina ubicada dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.

Sentado lo expuesto, en la especie, se configura el supuesto contemplado en el artículo 152 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: "...La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales, tiene su domicilio especial en el lugar de dichos estable-

cimientos, sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas...". Cabe señalar que, la ART demandada tiene domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ver contestación de demanda), circunstancia que permite inferir que dicho contrato fue ingresado en esta jurisdicción.

Por ello, hay circunstancias que habilitan la competencia territorial de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en la acción entablada (artículo 24 de la Ley 18.345).

En consecuencia se torna inoficioso tratar el planteo sobre la inconstitucionalidad de la Ley 27.348.

Asimismo cabe imponer las costas de la incidencia en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68 2° párrafo del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 37 LO).

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la resolución apelada, declarar la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones y dar curso a la demanda; 2) Imponer las costas de la incidencia en el orden causado. 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. — *Luis A. Catardo.* — *María D. González.*

Vigencia temporal del procedimiento establecido en la ley 27.348

Emiliano A. Gabet (*)

Una de las cuestiones más álgidas de la reforma introducida al régimen de riesgos del trabajo por la ley 27.348 son aquellas relacionadas con el análisis y aplicación de la instancia administrativa, previa, obligatoria y excluyente ante las Comisiones Médicas instaurada por los arts. 1º y ccs. de la citada normativa.

En el presente decisorio se resuelve que no se puede encauzar un reclamo por accidente de trabajo en el nuevo diseño de acceso a la jurisdicción previsto por la citada norma, toda vez que al momento en que ocurrió el infortunio dicha ley todavía no se había dictado, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Nº 298, que resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión.

En igual sentido ya se había resuelto que resulta: "[I]naplicable al caso lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 2º de la ley 27.348, toda vez que al momento del accidente de trabajo por el cual se reclama, todavía no se había dictado, ni el DNU 54/2017, ni la ley 27.348, ni la reglamentación emanada por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 298, que se emitió el 23/02/2017, la cual resulta esencial para la aplicación de este sistema, ya que regula el procedimiento mismo e incluso la vía recursiva judicial de revisión..." **(1)**.

Si bien las normas de índole procesal resultan aplicables en forma inmediata, las particularidades del sistema de riesgos del trabajo obstan a ello y, en consecuencia, es correcto lo resuelto en el fallo anotado.

(*) 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) CNTrab., sala II, "Paz, Sandra A. c. ART Liderar SA s/ accidente - ley especial", 28/11/2017, AR/JUR/90394/2017.

ACCIDENTE *IN ITINERE*

Sistema aplicable. Exclusión del incremento indemnizatorio.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

1. — La exclusión del incremento indemnizatorio dispuesta por el art. 3° de la ley 26.773 no resulta irrazonable, 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.

2. — En el accidente in itinere hay un elemento diferencial claro, que es el de no suceder en el marco efectivo de la prestación laborativa ni estando el trabajador a disposición del empleador al laborar con cosas de este o sujeto a su poder de dirección, sino que en su curso 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 llevan a que no se configure un trato desigual o discriminatorio en la exclusión dispuesta por el art. 3 de la ley 26.773.

3. — La circunstancia de que el actor en su relato inicial no haya hecho mención de la dolencia en el hombro derecho no implica que si en el examen médico pertinente el profesional actuante detecta la presencia de lesiones en tal parte del accidentado —como ocurre en el presente caso—, no corresponda considerar la incapacidad que esta lesión le ocasiona, si se ha demostrado que es consecuencia del infortunio denunciado en el inicio.

4. — El perito médico no halló factores predisponentes ni patologías previas a las lesiones físicas que porta el reclamante, no existiendo elementos en la causa que determinen la preexistencia de las dolencias.

5. — 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.

6. — 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, por lo que dicha norma es la aplicable por estar vigente al momento en que el derecho nace.

CNTrab., sala V, 22/02/2021. - Blanco, Alejandro Ceferino c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/686/2021]

COSTAS

Se imponen a la accionada vencida.

Expte. N° CNT 6865/2016/CA2-CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 22 de 2021.

La doctora *Ferdman* dijo:

I. Contra la sentencia dictada a fs. 121/122 que rechazó la acción sistémica, apela la parte actora en los términos y con los alcances del memorial de fs. 16 y vta., escrito que mereció réplica de la contraria a fs. 128. Asimismo, a fs. 123 el Dr. Pablo Andrés Perazzo, letrado apoderado de la demandada, por su propio derecho, y a fs. 125 el perito médico legista, apelan sus honorarios porque los consideran reducidos.

II. Los agravios del accionante están dirigidos a cuestionar la decisión adoptada por el magistrado de grado de considerar no acreditado el nexo causal entre las dolencias que padece y el accidente in itinere de autos. En tal sentido, sostiene que en la pericial médica, el experto ha establecido la verosimilitud entre la mecánica del infortunio y las patologías detectadas en la evaluación médica y que se encuentran sostenidas por estudios complementarios, por lo que afirma, la decisión del judicante de rechazar la demanda por considerar que existieron algunos equívocos en las actuaciones, resulta arbitraria, máxime cuando no se suscitó controversia con la aseguradora en orden a la existencia del infortunio, su mecánica y que se brindaron las prestaciones médicas correspondientes.

III. Pues bien, para decidir como lo hizo, el Sr. juez de grado consideró que se vislumbraban una serie de contradicciones entre las dolencias invocadas por el actor en su demanda y lo descripto a los peritos médicos y psicológico; y en tal sentido, sostuvo que fue denunciada una lumbalgia post traumática, cervicalgia post traumática y traumatismo de rodilla derecha, más no dolor en el hombro izquierdo, que provocó la lesión que informa el perito a fs. 102.

Sin embargo, adelanto que no habré de coincidir con la decisión adoptada en origen.

Liminarmente, cabe señalar que arriba firme a esta alzada, que el actor sufrió un accidente in itinere el día 11/11/2013 (en la demanda por error se invocó como fecha 24/11/2013) cuando se trasladaba en su moto desde su lugar de trabajo hacia su domicilio, oportunidad en que un vehículo salió intempestivamente desde una estación de servicios y se cruzó al carril rápido, obligó al actor a frenar de golpe y por efecto del piso mojado y la lluvia, perdió el control de la moto, e impactó contra la parte trasera del auto, golpeándose la espalda, la pierna izquierda y el brazo izquierdo; como asimismo, que la aseguradora reconoció tanto haber recepcionado la denuncia del accidente como que brindó las prestaciones médico asistenciales correspondientes.

En este último aspecto, surge de fs. 33 vta., por cierto, que la ART reconoció que el actor ingresó a su prestador médico el mismo día del infortunio por "Politraumatismos (...)", y que se le realizaron estudios de "rx columna cervical y rmn control"; que luego de las prestaciones correspondientes se le otorgó alta médica el 03/04/2014 sin incapacidad. Pero, además, también señaló que en aquella oportunidad se le detectó que también presentaba pinzamiento y edema a nivel de articulación acromio clavicular, pero que juzgó no compatible con la mecánica del hecho, por lo que le atribuyó carácter inculpable.

En este contexto, la circunstancia de que el actor en su relato inicial no haya hecho mención a la dolencia en el hombro derecho, no implica que si en el examen médico pertinente el profesional actuante detecta la presencia de lesiones en tal parte del accidentado —como ocurre en el presente caso— no corresponda considerar la incapacidad que esta lesión le ocasiona, si se ha demostrado que la misma es consecuencia del infortunio denunciado en el inicio, por lo que desde esta perspectiva no puedo compartir la interpretación que efectuó el judicante de grado en orden a considerar que la dolencia en el hombro izquierdo que padece el actor no encuentra sustento objetivo en las pretensiones deducidas en la demanda.

Por cierto, a la misma conclusión cabe arribar con respecto a la dolencia cervical que padece el actor, sobre la cual, además, la propia accionada reconoció que procedió a realizar los estudios médicos y complementarios correspondientes, y que también surge constatada por el perito médico, quien la vinculó causalmente con el infortunio (como también se verá), sin que surjan expuestos adecuadamente en la sentencia los fundamentos por los que se dispuso el rechazo de la misma.

En este sentido, cabe reiterar que el actor invocó puntualmente que se golpeó la zona del brazo izquierdo y la espalda, a lo que se suma que fue la propia demandada la que constató la existencia de las dolencias en tales sector del cuerpo del actor, más allá de que le adjudicó a la lesión en el hombro derecho carácter inculpable, de lo que se sigue que tales dolencias se relacionan con aspectos que se encuentran dentro de los términos en los cuales quedó trabada la litis, conformando en definitiva una petición que fue objeto de reclamo (cfr. art. 65 LO).

IV. Sentado ello, y frente a lo que es la propuesta de mi voto, en forma previa debe darse tratamiento a los diversos planteos que se formularon en los escritos constitutivos de la litis, —y que hubieran sido omitidos en la sentencia de grado en virtud de la solución que se propuso—, y ello involucra inclusive a los de la demandada (si quedaran pendientes) 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. Marval y O'Farrell 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.

En tal sentido y en orden al planteo de inconstitucionalidad articulado a fs. 7 vta./9, 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 el planteo de inconstitucionalidad articulado a respecto 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, Ángel 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 el trabajador —aspecto no controvertido 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, y 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.

V. Luego entonces, y con respecto a la existencia de las dolencias que padece el actor, de la pericial médica producida a fs. 99/105, y luego de los exámenes practicados por el perito al actor y cuyos resultados describe a fs. 101/102, surge que Blanco presenta al momento de su examen médico secuela de trauma en hombro izquierdo consistente en: subluxación acromio-clavicular, lesión traumática con desgarro parcial del manguito rotador, con limitación funcional de los movimientos propios del mismo, que lo incapacita en el 12% de la T. o., y secuela de trauma cervical consistente en: síndrome de raquiadaptación crónico con limitación funcional de los movimientos propios de la misma, que lo incapacita en el 7,04% T. o., que con más los factores de ponderación allí consignados, asciende al 22,27% de la total obrera, concluyendo el experto que el mecanismo de producción resulta acorde con las secuelas halladas resultan por lo que existe relación de causalidad cierta entre ambas ya que existe relación topográfica entre el infortunio, el mecanismo de producción y zona dolorosa; relación sintomática, etiopatogénica y cronológica; ausencia de síntomas hasta el momento del accidente; hubo reposo y licencia por enfermedad; y examen preocupacional normal. se encuentra sólidamente fundado dado los argumentos científicos expuestos y los estudios en que se funda, constituyendo un estudio razonado y serio del estado actual del actor 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 demandada a fs. 127/128, en tanto que el especialista ha explicado en forma suficientemente clara cuál es el estado físico del trabajador, 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.

A lo expuesto, cabe agregar que el perito médico no halló factores predisponentes ni patologías previas a las lesiones físicas que porta el reclamante, no existiendo elementos en la causa que determine la preexistencia de las dolencias.

Estimo que el informe médico se encuentra sólidamente fundado dado los argumentos científicos expuestos y los estudios en que se funda, constituyendo un estudio razonado y serio del estado actual del actor 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 que formuló por la demandada a fs. 108, en tanto de que además de fueron contestadas por el perito a fs. 110, el especialista ha explicado en forma suficientemente clara cuál es el estado físico del trabajador 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.

A lo expuesto, cabe agregar que el perito médico no halló factores predisponentes ni patologías previas a las lesiones físicas que porta el reclamante, no existiendo elementos en la causa que determinen la preexistencia de las dolencias.

VI. Con respecto al daño psíquico, a fs. 84/89 se produjo el informe pericial psicológico del que surge que el actor presenta un trastorno antisocial de personalidad, no reactivo al hecho ventilado en autos (v. a fs. 94), concluyendo en consecuencia la perito, que el Sr. Blanco no presenta daño psíquico y no determinando, por ende, incapacidad.

Otorgo a este dictamen plena fuerza convictiva en base a que las consideraciones médicas efectuadas se exhiben fehacientemente fundadas en sólidas bases técnicas y científicas, sin que obste a esta conclusión la impugnación formulada del actor que —a mi entender— solo expresa discrepancias conceptuales que lo logran conmover los argumentos esgrimidos por la experta (cfr. arts. 386 y 477 Cód. Proc. Civ. y Comercial y 155 LO).

VII. Sentado ello, y en atención a las pretensiones del actor en orden a la aplicación del RIPTE y del art. 3 de la ley 26.773 (v. a fs. 9 vta.), que 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 solo 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 11/11/2013 ascendió a $106.149,73 ($476.649 x 22,27%, cfr. Resolución 34/2013).

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 solo 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.

Con relación al incremento peticionado con sustento en lo normado por el art. 3 de la ley citada cabe recordar que dicha norma establece que "Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (...) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma (...)" Se advierte entonces que el accidente "*in itinere*" ha sido excluido del recargo del artículo 3 en tanto que el hecho no ocurre "en el lugar de trabajo" ni mientras el dependiente se encuentra "a disposición del empleador". No se trata entonces de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo con motivo y en ocasión de las tareas realizadas y como consecuencia de un daño producido con cosas de este o que el evento dañoso sea en tal marco.

Bajo tales premisas, la exclusión dispuesta por el art. 3 —cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por el actor— 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 este 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.

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). Asimismo 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 última 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; "Alarcón, Stella M. c. Swiss Medical SA y otro s/ accidente" CNT 24.049/2013, RH1, sentencias del 12 de julio de 2016).

A lo expuesto, cabe agregar que en fecha reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó la doctrina sentada en el caso "Espósito" en la causa "Páez Alfonzo, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento" del 27 de septiembre de 2018 y "Martínez, Leonardo M. c. Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA s/ accidente - ley especial" del 30 de octubre de 2018.

VIII. A los fines de determinar el monto de la indemnización, tomando en cuenta lo expuesto y lo normado por el art. 14 inc. 2 a) de la ley 24.557, —que para la determinación del ingreso base mensual debe seguirse el procedimiento propio y específico que a tal fin prevé el art. 12 de la norma legal citada—, esto es la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones con destino a los organismos respectivos por los días correspondientes en el lapso allí indicado a los fines del cálculo de la indemnización correspondiente, tendré en cuenta el valor mensual del ingreso base que surge de las remuneraciones que surgen de la planilla de la AFIP incorporada a fs. 114, que arroja la suma de $5.509,30.

En consecuencia, tomando en cuenta el ingreso base mensual indicado, el grado de incapacidad parcial y permanente del 22,27% de la total obrera y la edad del actor al momento de la fecha del infortunio (35 años), este resulta acreedor a la suma de $120.299,61 ($19.786,82 x 53 x 65/35 x 22,27%; importe superior al mínimo garantizado por la ley).

La suma de condena devengará intereses a partir de la fecha del infortunio, esto es 11/11/2013 (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 prés-

tamos 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 esta 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) hasta el 01/12/2017, fecha en que se aplicará la "tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco Nación que al día de la fecha es del 29.32% anual (conf. Acta CNAT 2658 del 08/11/2017) o la que en su defecto fije la Cámara en su reemplazo.

En consecuencia, desde que el crédito se hizo exigible (11/11/2013) 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, 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.

IX. 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 innecesario dar tratamiento a los recursos deducidos al respecto.

Con respecto de las primeras, en atención a que la calidad de vencida de la accionada será impuesta a su cargo y por ambas instancias (cfr. 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 su mayoría estando en vigencia la ley 21.839, el art. 38 LO, el art. 13 de la ley 24.432 y el decreto ley 16.638/1957, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO) y de la demandada —en conjunto— el 16% y el 14%, por su actuación en primera instancia, respectivamente, de los nuevos montos de condena compresivo de capital más intereses.

Con respecto a los honorarios de los peritos psicóloga y médico legista, 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 allí previstas (cfr. art. 2 Decreto 157/2018, BO 26/02/2018), por lo que se establecen en $31.000 y $31.000, sumas fijadas a la fecha del presente pronunciamiento.

X. Los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en alzada en el 30%, sugiero regularlos en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto de la señora Jueza de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda, condenando a Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA a abonar al actor dentro del quinto día la suma de pesos ciento veinte mil doscientos noventa y nueve con sesenta y un centavos ($120.299,61), que devengará desde el 11/11/2013 y hasta su efectivo pago, los intereses establecidos en el punto V del primer voto. 2) Imponer las costas por cada instancia y regular los honorarios por los trabajos en cada etapa como se lo sugiere en el punto IX y X del primer voto. 3) 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 las señoras jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la Dra. María Dora González no vota en virtud de lo dispuesto por el art. 125 LO. — *Beatriz E. Ferdman.* — *Graciela L. Carambia*.

El trabajador frente a politraumatismos siniestrales

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

El art. 65 de la LO establece que la demanda laboral debe contener los hechos en que se funda explicados claramente puesto que, según doctrina **(1)**, toda pretensión judicial debe estar debidamente fundada en los hechos u omisiones que, a entender de quien reclama, hayan generado la operatividad de la norma legal que los contempla o ampara y que dispone una consecuencia por su incumplimiento que es precisamente la que se pretende obtener al iniciarla.

Se ha señalado **(2)**, en tal sentido, que la ley orgánica laboral ha adoptado el principio de sustanciación, esto es la narración afirmativa de los hechos más o menos detallados, según las circunstancias del litigio, sobre los cuales deberá expedirse el demandado reconociéndolos o negándolos categóricamente. Tanto el actor como en su caso el demandado tienen la carga de la afirmación, por lo que deben relatar todos aquellos acontecimientos concretos, especial

(*) 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) PIROLO, Miguel A. (dir.), "Derecho del Trabajo Comentado", ed. La Ley, 2017, t. IV, p. 288

(2) FALCÓN, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Laboral, ed. Rubinzal Culzoni, t. I, p. 618.

y temporalmente determinados de los cuales puedan deducirse los presupuestos de las normas jurídicas que amparen una situación jurídica determinada.

Nuestras leyes rituales exigen que la demanda se sustancie por medio de la exposición de los hechos siguiendo los principios del derecho romano canónico **(3)** lo que tiene gran importancia práctica por cuanto: en primer lugar obliga al demandado a tener que negarlos, so peligro de tener por reconocido lo afirmado por el pretensor, en segundo lugar permite que un hecho determinado y puntual sea objeto de debate probatorio y por último impone al magistrado que estudia la causa resolver sobre lo controvertido ejerciendo razonablemente la función jurisdiccional (art. 3º, Cód. Proc. Civ. y Com.). En el caso de demandas laborales, fundadas en la existencia de un accidente de trabajo, se impone que el trabajador efectúe un relato pormenorizado del siniestro explicando cuando y como se produjo el evento dañoso, su mecánica traumática y, obviamente, las zonas de su cuerpo que estima lesionadas y que serían causantes de una minoración en su capacidad psicofísica ya que, para que exista la obligación de indemnizar, debe detectarse un daño cierto a la persona (art. 1737, Cód. Civ. y Com.) y mediar una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño ocasionado (art. 1726, Cód. Civ. y Com.).

En el caso bajo análisis (CNTrab., sala V, "Blanco, Alejandro Ceferino c/Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", 22/02/2021) se produce una situación singular pues, según surge del relato efectuado, el actor sufrió un accidente vial *in itinere* por lo cual inició demanda judicial denunciando lesiones en la espalda, la pierna izquierda y el brazo izquierdo. La demandada, por su parte, reconoció la denuncia efectuada y el evento dañoso, admitiendo que el trabajador habría sufrido politraumatismos, incluso uno en la articulación acromio clavicular —es decir en la zona del hombro—. Tal situación determinó que la Cámara Laboral, ante el rechazo en la anterior instancia de la demanda incoada, admitió como zonas lesionadas las referidas por el trabajador e, incluso, el hombro izquierdo, ordenando el pago de la reparación tarifada. El pronunciamiento puede no ser compartido por quienes encuentren violentado el principio de congruencia pero aplaudido por aquellos para quienes el Tribunal encuadró los hechos detectados conforme a derecho por existir un traumatismo múltiple que habría lesionado distintas áreas corporales de la víctima siendo explicable la voluntad de determinar un adecuado resarcimiento patrimonial conforme los parámetros del art. 6º de la LRT.

(3) FENOCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Roland, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", ed. Astrea, t. II, p. 179.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Opción excluyente entre la acción sistémica y la de derecho común. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Principio de progresividad. Igualdad ante la ley. Reparación integral del daño. Inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — El art. 4° de la ley 26.773, que establece la opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común, es inconstitucional, toda vez que pretende escindir la tutela mínima —a cargo de la aseguradora— del deber de reparar plenamente —en cabeza del empleador— que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier víctima de un daño.

2. — Es improcedente la regresión normativa en la medida que, al establecer la opción excluyente entre la acción sistémica o de derecho común, se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba, reduciendo claramente el nivel de intensidad de la tutela jurídica. La ley 26.773 plasma un marcado cambio de dirección, a punto tal que retrograda de modo manifiesto la protección del sujeto de preferente tutela constitucional a la que debe propender la legislación.

3. — El art. 4° de la ley 26.773 conculca el principio de indemnidad, pues al impedirle al operario accidentado o enfermo por causas vinculadas al trabajo, y que percibió las prestaciones de la ley especial, el acceso a la reparación integral del daño deja subsistentes daños laborales sin reparación. Tal situación que se traduce en una indemnización se avizora como carente de integralidad y afecta los postulados del art. 14 bis de la CN, y los principios de progresividad, propiedad.

4. — El art. 4° de la ley 26.773 enfrenta al trabajador a la disyuntiva de cobrar —relativamente— rápido el importe, en hipótesis, menor que le otorga el sistema asistencial especial, renunciando al resarcimiento pleno que le corresponde por imperativo constitucional; o peticionar judicialmente la reparación integral del daño en el marco de un proceso que puede demorar varios años, con el riesgo de que el tribunal interviniente juzgue no configurados los presupuestos de responsabilidad civil y, de ese modo, no percibir resarcimiento alguno, aunque la aseguradora reconociera adeudar las prestaciones del sistema.

5. — Con la vigencia de la opción excluyente el trabajador incapacitado se encuentra obligado a abdicar de su derecho a una reparación íntegra por parte de su empleador sin recibir ningún beneficio ni contraprestación como consecuencia de aquello, obteniendo solo la indemnización tarifada a cargo de la aseguradora —exonerando por completo al empleador—, a la que siempre tuvo derecho.

6. — El ejercicio de la opción excluyente altera la posición inicial de plena igualdad del sujeto damnificado respecto de otro que —en iguales condiciones originales— adoptó un camino diferente.

7. — La pretendida aplicación del art. 4° de la ley 26.773 conduciría, en el caso, a una afectación constitucional de los derechos de la actora de obtener una reparación por el infortunio, cuya acreditación no ha podido ser desvirtuada por la accionada (del voto del Dr. Genoud).

SC Buenos Aires, 11/05/2021. - Vera, Isabel c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad - accidente.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/36184/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773.

Causa L. 124.807

La Plata, mayo 11 de 2021.

Antecedentes

El Tribunal de Trabajo N° 4 del Departamento Judicial de La Plata hizo lugar parcialmente a la acción deducida, imponiendo las costas a la demandada por resultar vencida (v. fs. 141/150 vta.).

Se interpuso, por el Fisco provincial, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. presentación electrónica de fecha 17 de septiembre de 2019).

Dictada la providencia de autos, encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia y ante la insuficiencia del valor de lo cuestionado en esta instan-

cia extraordinaria, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada la doctora *Kogan* dijo:

I. El tribunal de grado declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 (en su versión anterior a la reforma de la ley 27.348) e hizo lugar parcialmente a la demanda que la señora Isabel Vera promovió contra la Provincia de Buenos Aires, condenando a esta última al pago del resarcimiento tarifado previsto por el régimen especial de reparación de infortunios laborales (arts. 6, 14 apdo. 2 inc. "a" de la ley 24.557 —texto según decreto 1694/2009— y 3 de la citada ley 26.773; v. fs. 141/150 vta.).

Para así decidir, en el veredicto declaró acreditado que el día 12 de septiembre de 2016 la actora sufrió un accidente de trabajo que le provocó una minusvalía —conforme el método de la capacidad restante— del 9,05% del índice de la total obrera (v. fs. 141 vta./142 vta.).

En la sentencia, el juzgador indicó que hallándose el reclamo de autos dirigido a obtener la reparación integral —con sustento en normas del derecho común— de los daños y perjuicios padecidos por la trabajadora como consecuencia del infortunio laboral, así como también las prestaciones dinerarias con fundamento en la ley 24.557 y, toda vez que a la fecha del siniestro objeto de la litis se encontraba vigente la ley 26.773 (que en su art. 4 prescribe la opción excluyente de acciones), correspondía —frente al planteo formulado por la parte actora en su demanda (v. fs. 42/44) respecto de la limitación de la doble vía— pronunciarse al respecto (v. fs. 144 y vta.).

Con sustento en precedentes del mismo tribunal y en doctrina autoral, sostuvo que, si bien existió una añosa tolerancia jurisprudencial a la opción excluyente contendida en la ley 9688 en sus distintas versiones, tal posición, según apuntó, no resultó pacífica. Por otra parte, continuó diciendo que esa incongruencia fue superada a partir del art. 39 de la ley 24.557, que, si bien provocó una serie de insostenibles injusticias, también actuó como un eficaz revulsivo de las mismas. A partir de entonces, explicó, los superiores tribunales, tanto nacionales como provinciales, encadenaron una serie de sucesivos fallos que, enfatiza, impiden retrogradar legal, jurisprudencial y doctrinariamente hacia la reinstauración de la opción en cuestión (v. fs. 145 y vta.).

Destacó el juzgador que no puede existir un subsistema de reparación de daños excluyente del común, y que, de ser ello así, siempre deberá complementarse y articularse en cuanto resulte más beneficioso para la víctima, en conjugación de las distintas vertientes de atribución de responsabilidad, evitando la superposición o duplicación de reparaciones. Señala que esta situación se encuentra afianzada en nuestra jurisprudencia desde hace años y no puede desandarse, sino por conducto de quebrantar el principio de progresividad (v. fs. 145 vta. y 146).

Expuso que la ausencia de razonabilidad de la opción excluyente viola los principios básicos de indemnidad, protección especial e irrenunciabilidad, al obligar al trabajador, en estado de necesidad, a tomar una decisión crítica que implica una renuncia a priori de una hipotética o eventual mejor reparación (v. fs. 146).

Con todo, declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 por considerar que colisiona con lo normado por los arts. 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 75 incs. 12 y 22, 109 y 121 de la Constitución nacional; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Convenios 17, 42 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo, habilitando consecuentemente la reunión de pretensiones intentada por la actora en las presentes actuaciones (v. fs. 146 vta.).

Luego, el tribunal de origen sostuvo que no podía atribuirse a la demandada responsabilidad civil que se proyecte en obligación de resarcir a la trabajadora, toda vez que no se había logrado acreditar en autos la intervención de cosa riesgosa o viciosa, ni acción u omisión del Fisco provincial que hubieran incidido causal ni concausalmente en la ocurrencia de la contingencia objeto de litis, correspondiendo en consecuencia rechazar la acción por el reclamo en concepto de reparación integral con sustento en derecho común (art. 499, Cód. Civ. velezano y 726, Cód. Civ. y Com. de la Nación; v. últ. fs. cit.).

En cambio, juzgó que debía prosperar la pretensión vinculada al pago de la prestación dineraria por incapacidad parcial, permanente y definitiva en los términos de los arts. 1, 6, 12 y 14 apartado 2 inc. "a" de la ley 24.557, así como también la indemnización adicional contemplada por el art. 3 de la ley 26.773, pues sostuvo que se comprobó, en la especie, que la actora sufrió un accidente de trabajo que la incapacitó en un 9,05% del índice total obrera por secuela de esguince severo de tobillo izquierdo (v. fs. 147).

En tales condiciones, condenó al Fisco provincial a abonar a la señora Isabel Vera la suma de $142.773,60, superando dicho importe el piso mínimo fijado por la resolución de la Secretaría de Seguridad Social 387-

E/16. Finalmente, determinó que el monto de condena devengaría intereses a la "tasa pasiva digital" que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, ascendiendo tales accesorios a $116.218,90 (v. fs. 147/149 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento se alza la legitimada pasiva mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la violación de los arts. 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 incs. 12 y 22, 109 y 121 de la Constitución nacional; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convenios 17, 42 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo; 39 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4 de la ley 26.773 y 44 inc. "d" y 47 de la ley 11.653.

Se opone a la definición de grado que declaró la invalidez constitucional del art. 4 de la ley 26.773, en cuanto establece la denominada opción excluyente para promover acciones judiciales en materia de responsabilidad por daños derivados de accidentes o enfermedades del trabajo.

En tal sentido, argumenta que dicho precepto no transgrede los principios de progresividad, irrenunciabilidad, libre acceso a la justicia e igualdad.

Alega que las modificaciones que la nueva normativa introduce no implican un simple ajuste legislativo, sino una verdadera reforma de fondo del régimen de riesgos del trabajo, que avanza en una respuesta legal superadora de los factores más controvertidos de dicho sistema reparatorio, estableciendo prestaciones plenas, justas, integrales y de percepción inmediata, dando previsibilidad y certeza a los actores sociales en el marco de especificidad que le es propio. Todo ello —afirma—, con el debido respeto de los enunciados categóricos, principios y reglas tuitivas del art. 14 bis de la Constitución nacional.

Sostiene que el criterio optativo y excluyente que propicia la ley tampoco se encuentra en pugna con la garantía de libre acceso a la justicia y el derecho de propiedad por privación de una reparación integral del daño amparados por la Constitución nacional. Un razonamiento en contrario —explica— importa tanto como acumular dos beneficios que responden a la misma finalidad resarcitoria, ocasionando con ello un indebido enriquecimiento en cabeza de los trabajadores o sus derechohabientes.

Refiere que no es el camino correcto el de acudir a infundados argumentos a efectos de derribar una normativa que, de facto, es de carácter público y ha sido creada —como instrumento de protección social— con el fin de corregir la imperfección estructural del sistema de prevención y reparación de los siniestros laborales regulado por la ley 24.557.

Alega que, si bien los jueces deben desentrañar la significación jurídica de las leyes, y que ello los obliga a superar las rígidas pautas gramaticales que pudieran existir, también tienen la obligación de abstenerse de toda inteligencia que equivalga a prescindir de la norma aplicable, como ha sucedido en el *sub judice*.

Con todo, aduce que el tribunal de trabajo incurrió en flagrante absurdo y manifiesta arbitrariedad al momento de declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, debiéndose en consecuencia casar el fallo de grado y rechazar la demanda interpuesta en todas sus partes.

III. El recurso no prospera

III.1. Inicialmente corresponde señalar que, en la especie, el valor de lo cuestionado ante esta instancia —representado por el capital de condena— no supera el límite establecido por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial —texto según ley 14.141 (Acordada 3953/2019)—, razón por la cual la admisibilidad del remedio procesal deducido solo podría justificarse, *prima facie*, en el marco de la excepción que contempla el art. 55, primer párrafo *in fine*, de la ley 11.653.

Sin embargo, no puede soslayarse que el agravio que anima la impugnación involucra el análisis de una cuestión federal.

Al respecto, ha declarado esta Suprema Corte que, aun cuando el valor de lo cuestionado no supere el límite establecido en los mencionados arts. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 55 de la ley 11.653, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios contenidos en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se vinculan con cuestiones federales, toda vez que según lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 308:490 *in re* "Strada"; Fallos: 311:2478 *in re* "Di Mascio"), es necesario que la Suprema Corte, en tanto órgano máximo de la judicatura local, ingrese al conocimiento de los cuestionamientos relacionados con puntos regidos por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales (causa L. 91.737, "Kaufmann", sent. de 21/09/2011).

Lo dicho me permite ingresar en el tratamiento del medio de impugnación con prescindencia cualquier limitación derivada de las leyes procesales locales.

III.2. Sentado ello, se impone tratar la objeción que se formula en el recurso bajo examen en torno a la validez constitucional del art. 4 de la ley 26.773, en

cuanto establece —vuelve a instalar o reestablece en nuestro ordenamiento jurídico— la denominada opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común para ser ejercitadas por el damnificado o sus derechohabientes.

III.2.a. Liminarmente, resulta trascendente aclarar que, en la especie, la temática en debate se circunscribe al cuestionamiento constitucional del citado dispositivo de la ley 26.773 (BO de 26/10/2012), en su versión anterior a la ley 27.348 (BO de 24/02/2017), es decir, con antelación a la entrada en vigencia de la previsión normativa que establece el tránsito previo y obligatorio por las comisiones médicas.

Cabe recordar, a propósito de esta última, que la Provincia de Buenos Aires aceptó la invitación que contiene el art. 4 de la ley 27.348 —complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo— mediante la ley 14.997 (BO del 08/01/2018), adhiriendo plenamente a la normativa contemplada en el Título I de aquel ordenamiento. De ese modo, se tornaron operativas las disposiciones de carácter adjetivo allí previstas, entre ellas, aquella que establece "...que la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el art. 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención..." (art. 1).

La validez constitucional y aplicabilidad de las leyes 14.997 y 27.348 fue declarada —por mayoría— por esta Corte en la causa L. 121.939, "Marchetti" (sent. de 13/05/2020) —y en las posteriores L. 123.792, "Szakacs" y L. 124.309, "Delgadillo" (sents. de 28/05/2020)—, a cuyos fundamentos remito por razones de brevedad.

Ahora bien, teniendo en cuenta el contexto jurídico-temporal en el que se debate la presente causa (reitero, anterior a la entrada en vigencia de la referida ley 27.348 y su adhesión por la mencionada legislación local), me anticipo en señalar que no corresponde abrir juicio alguno aquí sobre la eventual compatibilidad o incompatibilidad entre el "tránsito previo por las comisiones médicas" y la invalidez constitucional de la "opción excluyente", tema sobre el que habré de pronunciarme a continuación.

III.2.b. Como anticipé, la citada ley 26.773 (BO de 26/10/2012) ha reinstalado la llamada opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común.

En lo que interesa, en la versión del texto que aquí interesa, en sus párrafos segundo y tercero el mencionado art. 4 dispone: "...Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implica que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso...".

La opción excluyente, tal como ha sido prevista por el legislador implica que si un trabajador —víctima de un infortunio laboral en sentido amplio— percibe las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente del régimen especial de reparación (integrado, según texto del art. 1 de la ley 26.773, por la ley 24.557 y sus modificatorias, por el decreto 1694/2009, sus normas complementarias y reglamentarias, y por las que en futuro las modifiquen o sustituyan), se encuentra privado de reclamar por los daños y perjuicios que le correspondan por aplicación del derecho civil. A su vez, si aquel inicia una acción sustentada en las disposiciones del derecho común, está impedido de percibir el resarcimiento tarifado de la ley especial.

Como puede advertirse, la referida norma ha creado un régimen de opción que, por conducto de la imposibilidad de acumular los reclamos —exclusión que importa renuncia—, pretende escindir la tutela mínima (a cargo de la aseguradora) del deber de reparar plenamente (en cabeza del empleador) que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier víctima de un daño.

III.3. Diferentes argumentos me conducen a justificar la declaración de invalidez constitucional del art. 4 de la ley 26.773. Veamos.

III.3.a. El sistema de la "opción" en materia de reparación de accidentes y enfermedades profesionales reconoce una tradición legislativa, cuya evolución estimo necesario memorar.

La ley 9688, en su art. 17, establecía la posibilidad de que los "obreros y empleados" optaran entre la acción especial que confería dicha ley "o las que pudieran corresponderles según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón...". Seguidamente, agregaba que ambas acciones eran excluyentes y que la iniciación de una de ellas o la percepción de cualquier valor por su concepto "...importa la renuncia ipso facto de los derechos que en ejercicio de la otra pudieren corresponderle...".

En el año 1991 se sancionó la ley 24.028 que amplió la opción al "trabajador y sus causahabientes" para reclamar la indemnización especial o la reparación integral del derecho civil, manteniendo —en lo que

aquí resulta relevante— el diseño de su antecesora (art. 16).

En ambos dispositivos el sujeto pasivo de la acción por daño laboral era el empleador que, a su vez, podía asegurarse pero sin dejar de responder frente a la víctima. En esa hipótesis es que se estableció la opción: si el trabajador requería al deudor la indemnización tarifada luego no podía reclamarle la reparación integral, o viceversa.

Con la ley 24.557 (BO de 04/10/1995) se eliminó la opción —por entonces, fuertemente cuestionada por diversos sectores de la doctrina y jurisprudencia—, creándose un sistema cerrado al disponer en su art. 39 apartado 1, que las prestaciones previstas en la ley eximían a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y sus derechohabientes (la obligada por la indemnización tarifada pasó a ser la aseguradora de riesgos del trabajo), con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Cód. Civil.

Por consiguiente, únicamente en caso de dolo del empleador se autorizaba a demandarlo civilmente reconociendo el denominado "cúmulo amplio o absoluto" en ese supuesto, toda vez que no existía impedimento para que el trabajador o sus derechohabientes recibieran —adicionalmente— las prestaciones sistémicas, ni se contemplaba la posibilidad de que esas sumas se descontaran de las indemnizaciones que pudieran percibir por la vía civil, como sí lo hace en el apartado 4 al regular los casos de daños causados a terceros.

Es decir, ya no había opción con renuncia, reemplazándose —como regla general— por la limitación de la responsabilidad del empleador; cuya excepción, sin exigencia de renuncia ni opción, permitía superarla en caso de dolo del empleador o responsabilidad de terceros.

Desde la perspectiva apuntada, y en el contexto definido por la reinstalación de la opción con renuncia (obligando al legitimado a escoger entre la obligación de la aseguradora al pago de la reparación tarifada o bien a accionar contra el empleador para obtener el resarcimiento pleno —aunque ahora no solo en la hipótesis de dolo—, sin necesidad de planteos constitucionales), se advierte una incongruencia entre la norma contenida en el art. 4 de la ley 26.773 y el principio de progresividad con raigambre constitucional en los planos provincial y nacional.

Dicho postulado, consagrado en la Constitución nacional —por conducto de los incisos 22 y 23 del art. 75— en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 2.1), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), en el Protocolo Adicional a esta última o Protocolo de San Salvador (art. 1) y en el art. 39 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y receptado por la Corte Suprema de Justicia como principio cardinal especialmente operativo en materia laboral (CSJN, 03/05/2007, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 330:989; ídem, 26/02/2008, "Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios on Line Argentina SA y otro"; e.o.); define la improcedencia de la regresión normativa —regla derivada del aludido principio— en la medida que se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba, reduciendo claramente el nivel de intensidad de la tutela jurídica.

Luego, mal puede la ley consagrar la opción excluyente, cuando la legislación anterior (sin perjuicio de sus defectos no condicionantes de esta previsión beneficiosa) hubo de apartarse de ella de manera explícita. Así las cosas, la ley 26.773 plasma un marcado cambio de dirección, a punto tal que retrograda de modo manifiesto la protección del sujeto de preferente tutela constitucional a la que debe propender la legislación.

III.3.b. Desde otro ángulo, aunque relacionado con el punto que precede, no puede perderse de vista que la regulación contemplada en el art. 4 del nuevo sistema altera el escenario pretoriano vigente hasta su dictado, poniendo en evidencia la vulneración de los principios de progresividad —nuevamente— e indemnidad del trabajador (arts. 19, Const. nac. y 39 inc. 3, Const. local).

El desarreglo del sistema creado por la ley 24.557 se inicia el 21 de septiembre de 2004 con la declaración de inconstitucionalidad (en abstracto) de su art. 39 apartado 1 declarada en el recordado fallo "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidente 9688" (Fallos: 327:3753) en cuanto establecía la prohibición de accionar, con el que (consumando el cambio de doctrina respecto de la postura asumida por la Corte en la causa "Gorosito" de 01/02/2002) se inaugura el restablecimiento de la vía civil para los reclamos indemnizatorios por accidentes y enfermedades profesionales.

En dicha oportunidad, se consagró en forma definitiva el carácter constitucional del derecho a la reparación plena y el otorgamiento de igual rango al principio *alterum non laedere* (art. 19, Const. nac.). Es decir, en lo que aquí interesa, para que un resarcimiento pueda ser considerado "justo" no puede dejar un perjuicio —por más mínimo que fuera— subsistente.

La apertura de la vía civil que propició "Aquino" definió la necesidad de determinar si era posible que en el mismo proceso en que se condena al empleador a

satisfacer una indemnización plena, con sustento en el derecho común, puede hacerse extensiva la condena en la medida del aseguramiento contra la aseguradora de riesgos del trabajo que ha sido demandada o citada como tercero. Ya antes del citado fallo, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia se inclinaba por admitir esa extensión de responsabilidad contra la aseguradora, criterio que —recordando algunos conceptos revisados en el precedente "Aquino"— fue ratificado por el Alto Tribunal en la causa "Cura, Hugo O. c. Frigorífico Riosma SA" (Corte Suprema, C.1936. XL.REX, de 14/06/2005, en www.csjn.gov.ar).

A su vez, y en vinculación con lo anterior, la nueva situación de apertura de la vía civil trajo consigo el interrogante acerca de las consecuencias derivadas de la aceptación de las prestaciones de la ley 24.557, si el trabajador o sus derechohabientes decidían —luego— demandar una reparación integral por considerarlas insuficientes. Al no estar contemplada legalmente una "opción", el vacío normativo provocado por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación imponía elucidar si la percepción de las prestaciones sistémicas por parte del damnificado implicaba una "renuncia" a la acción civil o si, por el contrario, ello no le impedía "acumular" una posterior pretensión indemnizatoria integral.

Años después, a través de los pronunciamientos dictados en las causas "Llosco" (Corte Suprema, L.334.XXXIX, de 12/06/2007) y "Cachambi" (Corte Suprema, C.4154.XXXVIII, sentenciada en la misma fecha), la Corte federal se inclinó definitivamente por aquella última posibilidad, instaurando en la práctica un sistema de "cúmulo amplio".

De modo tal que, el sometimiento a un régimen jurídico no implicaba —en caso de accidente o enfermedad profesional— la renuncia a otros mecanismos de reparación si la víctima o sus derechohabientes estiman que no se ha obtenido con el primero (régimen especial) la reparación integral del daño. El trabajador podía —entonces— demandar civilmente al empleador planteando la inconstitucionalidad del art. 39, primer párrafo, de la ley 24.557; sin perjuicio de reclamar por la vía sistémica de forma previa —o simultánea—, el cobro de las indemnizaciones tarifadas.

Asimismo, en virtud de la doctrina de la Corte Suprema en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti", también podía acumular, en la misma acción juridicial laboral contra el empleador, la dirigida contra la aseguradora de riesgos del trabajo para la percepción de las prestaciones de la ley especial.

Luego, y aun teniendo en cuenta —como sostiene un sector de la doctrina autoral— que el contexto normativo que definió aquellos precedentes difiere del actual, entiendo que el criterio delineado por la Corte federal impide interpretar que la aceptación de la víctima o sus derechohabientes de prestaciones reguladas en la ley especial, veda la vía de la acción civil.

Desde esa óptica, el art. 4 de la ley 26.773 conculca el principio de indemnidad, pues al impedirle al operario accidentado o enfermo (o, en su caso, a sus derechohabientes) por causas vinculadas al trabajo y que percibió las prestaciones de la ley especial, el acceso a la reparación integral del daño, deja subsistentes —como sucedía, aunque en otras circunstancias, con el esquema del art. 39 de la ley 24.557— daños laborales sin reparación.

Tal situación, que se traduce en una indemnización que se avizora como carente de integralidad, afecta —asimismo— los postulados del art. 14 bis de la Constitución nacional, y los principios de progresividad, propiedad (art. 17, Constitución nacional), igualdad y no discriminación (art. 16, Const. cit.). Estos dos últimos, máxime cuando el legislador dispuso ratificar el cúmulo cuando el daño provenga de terceros (el damnificado o sus derechohabientes podrían cobrar la tarifa y promover una acción por reparación integral); mientras que, si la responsabilidad es atribuible al empleador, la posibilidad se limita y nace la obligación de optar entre uno u otro sistema.

Cabe aquí apuntar, que la solución que se propone va en línea con lo resuelto por la Corte federal en la causa "Rodríguez Pereyra" (CSJN 27/11/2012; R.401. XLIII, en www.csjn.gov.ar), pronunciada con posterioridad a la sanción de la ley 26.773, en la que reconoció la inconstitucionalidad de los sistemas especiales que admiten limitaciones indemnizatorias frente al derecho a una reparación integral al comprobarse la existencia de un menoscabo sustancial a este último, pero afirmando también que la "reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida", lo que implica la total correspondencia entre los daños y el resarcimiento que se confiera.

En ese mismo orden de ideas, este Superior Tribunal ha tenido oportunidad de expresar que el empleado o sus derechohabientes —según el caso— que, en el marco de un proceso con amplitud de debate y prueba como el diseñado por la ley 11.653, logre acreditar la insuficiencia de las prestaciones establecidas en la ley 24.557 para reparar integralmente el daño padecido, podrá obtener del patrono —cuya responsabilidad civil hubiere sido demostrada— la diferencia del valor según el *quantum* que el tribunal de trabajo reputare suficiente para resguardar los derechos constitucionales inherentes al bien jurídico protegido (causas L. 87.394, " V. d. C., M. C", sent. de 11/05/2005 y L. 88.912, "L., A. F.", sent. de 09/12/2010).

III.3.c. Advierto, también, que la vigencia del art. 4 de la ley 26.773 atenta de modo directo y fatal contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos, regla ínsita e indisolublemente ligada al principio protectorio (arts. 14 bis, Const. nac. y 39 inc. 3, Const. local).

El nuevo sistema enfrenta al trabajador a la disyuntiva de cobrar —relativamente— rápido el importe hipotéticamente menor que le otorga el sistema asistencial especial, renunciando al resarcimiento pleno que le corresponde por imperativo constitucional (art. 19, Const. nac.); o peticionar judicialmente la reparación integral del daño en el marco de un proceso que puede demorar varios años, con el riesgo de que el tribunal interviniente juzgue no configurados los presupuestos de responsabilidad civil y, de ese modo, no percibir resarcimiento alguno aunque la aseguradora reconociera adeudar las prestaciones del sistema.

En ese contexto, no es posible soslayar que con la vigencia de la opción excluyente el trabajador incapacitado —o sus derechohabientes— se encuentra obligado a abdicar su derecho a una reparación íntegra por parte de su empleador sin recibir ningún beneficio ni contraprestación como consecuencia de aquello; obteniendo solo la indemnización tarifada a cargo de la aseguradora —exonerando por completo al empleador—, a la que siempre tuvo derecho.

Bajo el influjo de la norma —general— contenida en el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo —y no sin atender las pautas que brindan los arts. 31 y 32 del Convenio 102 de la OIT (ratificado por nuestro país por ley 26.678) en lo concerniente al contenido mínimo de la cobertura que se debe brindar frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales— resulta difícil sostener que el trabajador pueda renunciar —a título gratuito— a los derechos que involucren prestaciones tan elementales y necesarias como aquellas que fueran esenciales para garantizarle una subsistencia digna, y que tienen su origen en un siniestro ocurrido por el hecho u ocasión del contrato laboral, erigiéndose como un mínimo irrenunciable. Esto último, desde que el resarcimiento tarifado opera automáticamente frente a la contingencia, no siendo —por ende— susceptible de renuncia (art. 872, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En el marco del contrato de trabajo, si el trabajador solo puede disponer de sus derechos no imperativos cumpliendo determinados requisitos que garantizan el equilibrio de las contraprestaciones (art. 15 de la ley sustantiva), mal puede considerarse que puede disponer de ellos a cambio de nada.

En otro orden, a la par que el art. 4 de la ley 26.773 instaura la opción excluyente, el art. 11 de la ley 24.557 —como normativa específica— establece en su apartado 1 que "las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas", dispositivo que integra el régimen normativo de reparación por daños laborales, desde que no ha sido derogado por la novel ley 26.773 (arts. 1 y 17 apdo. 1).

En tal sentido, por aplicación del ya citado principio de progresividad y su regla de la no regresión, la ley no puede convertir en renunciable lo que antes en el mismo régimen se reconoció expresamente como "irrenunciable". Y aun en una hipótesis distinta, frente a la concurrencia de normas destinadas a reglar una misma situación jurídica, emerge sin ambages la previsión contenida en el art. 9 de la propia ley sustantiva laboral.

III.3.d. Por último, la descalificación constitucional de la norma bajo la lupa también encuentra respaldo en la violación del principio de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22, Const. nac.).

Me afirmo en esta conclusión, puesto que del texto del art. 4 de la ley 26.773 se desprende que en la hipótesis que el trabajador resulte derrotado en la acción promovida por el derecho común, pierde todo derecho a ser resarcido por el daño sufrido. En cambio, si resulta victorioso, renace la obligación de la aseguradora de contribuir con la porción tarifada (art. 6, ley 26.773), aun cuando en el diseño de la norma esa prestación debiera considerarse renunciada.

De este modo, el texto legal bajo estudio no solo obliga a los trabajadores en situación de necesidad a elegir entre las dos vías posibles de modo excluyente —con quebranto de los principios y derechos que he enunciado en los párrafos precedentes—, sino que, además de procurar desalentar la promoción de la pretensión resarcitoria plena, conduce a una clara e injustificada situación de desigualdad entre los damnificados que optan por una u otra vía de cara a las eventuales consecuencias reparatorias y legitimados obligados al pago.

Esta contradicción legal traduce un trato desigual entre sujetos que se encuentran en igualdad de circunstancias, pues sabido es que no debe otorgarse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de condiciones; o, lo que es lo mismo, existe una prohibición general de trato desigual entre sujetos que se encuentren en situaciones iguales (arts. 16, Const. nac.; 11, Const. local; causas I. 1248, "Sancho", "Acuerdos y Sentencias", 1990-II-180; I. 1440, "Boese", "Acuerdos y Sentencias", 1995-II-270; I. 2022, "Bárcena", "DJBA", 159:211; B. 62.142, "Catalfamo", sent. de 31/08/2005; B. 66.569, "Esteinberg", sent. de 14/08/2013; e.o.).

En este sentido, el ejercicio de la opción excluyente altera la posición inicial de plena igualdad del sujeto damnificado respecto de otro que (en iguales condiciones originales) adoptó un camino —de elección imperativa— diferente.

III.4. En estas condiciones, estimo que corresponde rechazar el embate en cuanto pretende que, habiéndose desestimado la demanda en procura del resarcimiento de los daños fundados en el derecho común, se rechace también la pretensión mediante la cual se persigue la reparación del infortunio con sustento en el régimen especial. Por ende, propongo así decirlo y confirmar el fallo de grado en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, en su versión anterior a la 27.348, y admitió el reclamo introducido en concepto de prestaciones dinerarias previstas en el sistema especial de riesgos del trabajo con la finalidad de atender la compensación pecuniaria de la minusvalía que porta el trabajador.

IV. En consecuencia, considero que debe rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión tratada en el marco de las dificultades interpretativas generadas por la normativa analizada (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Torres* y *Pettigiani*, por los mismos fundamentos de la doctora *Kogan,* votaron en el mismo sentido.

El doctor *Genoud* dijo:

I. El recurso no prospera.

Como detalladamente ilustra la doctora *Kogan*, nos hallamos en presencia de un supuesto aprehendido por un entramado normativo pretérito a la sanción de la ley 27.348, a cuyas disposiciones adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante ley 14.997.

Bajo esa guía, ha de examinarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la parte demandada.

En el caso, el tribunal de origen desestimó el reclamo fundado en disposiciones del derecho común, por no haberse acreditado en autos la intervención de cosa riesgosa o viciosa, ni acción u omisión de la empleadora que hubieran incidido en forma causal en el acaecimiento de la contingencia objeto de litis.

Descartada la posibilidad de atribuir al empleador autoasegurado responsabilidad civil por las secuelas incapacitantes del accidente de trabajo, el *a quo* admitió el planteo efectuado por la actora, declaró la inconstitucionalidad de la opción excluyente prevista en el art. 4 de la ley 26.773, e hizo lugar al pago de las prestaciones sistémicas, motivo de agravio.

La inviabilidad del reclamo deducido al amparo de la ley 24.557 que postula el Fisco en su impugnación comporta para la trabajadora, lisa y llanamente, la privación de todo resarcimiento de las secuelas del accidente de trabajo que se tuvo por acreditado en autos.

Merced a todos estos elementos de juicio, comparto con la doctora Kogan que la pretendida aplicación del art. 4 de la ley 26.773 conduciría, en el caso, a una afectación constitucional de los derechos de la actora de obtener una reparación por el infortunio, cuya acreditación no ha podido ser desvirtuada por la accionada.

II. Con tales consideraciones, me sumo a la propuesta de rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído. Costas por su orden, con apoyo en los fundamentos dados en el voto inaugural (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión tratada en el marco de las dificultades interpretativas generadas por la normativa analizada (arts. 68 seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaria firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Sergio G. Torres.*

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773

Alejandro Gabet (*)

La actora sufrió un accidente de trabajo el 12/09/2016, que le provocó una disminución en su capacidad laboral del 9,05% del índice de la total obrera.

El tribunal de grado hace lugar parcialmente a la demanda, declara la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773 y condena a la Provincia de Buenos Aires al pago de un resarcimiento tarifado previsto en el régimen especial de reparación de los infortunios laborales.

Es así como la legitimada pasiva se alza mediante un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Vale señalar que los Jueces del supremo tribunal señalaron que la problemática del caso se circunscribe al cuestionamiento constitucional respecto a la ley 26773. Es decir con anterioridad a la entrada en vigor de la prevención normativa que estable el trámite previo y obligatorio por las comisiones médicas.

Debemos tener presente tal cual señala la SCJPBA en la presente causa, la pretendida aplicación del art. 4° de la ley 26.773 conduciría, según señala el Dr. Genoud en el caso, a una afectación constitucional de los derechos de la actora de obtener una reparación por el infortunio, cuya acreditación no ha podido ser desvirtuada por la accionada.

Según señala la SCJPBA resultan dañados varios principios de raigambre constitucional, tales como el principio de progresividad, el de indemnidad, el de irrenunciabilidad de los derechos.

Señala en este sentido que la ley no puede convertir en renunciable lo que antes en el mismo régimen se reconoció expresamente como "irrenunciable".

Respecto al principio de indemnidad este queda dañado al impedirle al operario accidentado o enfermo, (o a sus derechos habientes) el acceso a la reparación integral del daño ya que en ese caso dejaría daños laborales sin reparación.

El principio de irrenunciabilidad de los derechos se ve afectado desde el momento que el sistema enfrenta al trabajador a la disyuntiva de cobrar más con rapidez un importe posiblemente menor que le otorga el sistema asistencial especial, pero renunciando al resarcimiento pleno que le correspondería o peticionar judicialmente la reparación integral del daño en un proceso que puede demorar varios años.

En la presente síntesis hemos señalados solamente algunos principios que han sido conculcados según el criterio de la SCJPBA para arribar al decisorio de inconstitucionalidad. Recomendamos la lectura integral de la sentencia, teniendo presente al marco temporal factico del decisorio, dado que la ley 26.773 fue reformada por la ley 27.348.

(*) 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

INCAPACIDAD PSICOLÓGICA

Apreciación de la precia médica. Remisión al estudio psicodiagnóstico efectuado por otro profesional. Disidencia.

1. — Cabe apartarse del porcentaje de incapacidad establecido por la perito médica pues no efectuó un examen psiquiátrico propio, sino que se limitó a transcribir, en su informe, las conclusiones del estudio psicodiagnóstico, siendo que la detección de una incapacidad psicológica le fue encomendada a la primera y no a quien tuvo a su cargo la elaboración del referido informe psicodiagnóstico, este estudio complementario puede servir de fundamento, pero de ningún modo suplir el peritaje a cargo de quien fue designado al efecto (del voto de la Dra. Hockl).

2. — Si bien es cierto que la perito médica en parte se remitió al desarrollo amplio del psicodiagnóstico efectuado ese temperamento, bastante común en la ciencia médica, no es suficiente para restar a las conclusiones de la experta valor probatorio a la luz del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (del voto en disidencia parcial de la Dra. Vázquez).

CNTrab., sala I, 14/04/2021. - Peralta, Gerardo David c. Galeno ART SA s/ accidente – ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7831/2021]

Causa Nro.86.468/2016/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 14 de 2021.

La doctora *Vázquez* dijo:

I. La Sra. Jueza de primera instancia hizo lugar al pago de las prestaciones dinerarias previstas en el régimen de las leyes 24.557 y 26.773 que repare las derivaciones dañosas en la salud del trabajador producidas como consecuencia del accidente in itinere que sufrió el 02/08/2016. Para así decidir la Magistrada de origen, fundándose en el dictamen pericial médico producido en autos, concluyó que el demandante porta una incapacidad psicofísica del 61,87% de la total obrera y que ésta guarda relación causal con el accidente in itinere sufrido. En ese marco, difirió a condena la suma de $3.451.175,72 en concepto de prestaciones dinerarias (arts. 14, ap. 2, inciso a y artículo 11 apartado 4 inciso a, ley 24.557), más intereses desde la fecha del siniestro.

II. Tal decisión es apelada por la aseguradora demandada, a tenor de las manifestaciones vertidas en la memoria presentada el 20/08/2020, replicada por la parte actora mediante la presentación del 26/08/2020.

La apelante se queja por el porcentaje de incapacidad determinado en grado en relación con el baremo aplicado y por lo resuelto en materia de intereses. Asimismo, objeta las regulaciones de honorarios de los profesionales actuantes por estimarlas elevadas.

III. Adelanto que, por mi intermedio, el recurso interpuesto por la aseguradora no tendrá favorable recepción.

Llega firme a esta instancia que el Sr. Peralta, quien prestaba tareas como técnico de mantenimiento de aeronaves para Aerolíneas Argentinas, sufrió un accidente cuando se dirigía desde su lugar de trabajo hacia su domicilio a bordo de su motocicleta y fue embestido por un automóvil, perdiendo el equilibro y cayendo al suelo con todo su peso sobre su hombro y mano izquierdos. Fue asistido a través de un prestador de la aseguradora donde se le diagnosticó fractura de clavícula y rodilla izquierdas por lo que debió ser intervenido quirúrgicamente y, posteriormente, realizó tratamiento de rehabilitación kinesiológica, hasta que se le otorgó el alta sin incapacidad el 13/10/2016.

La perita médica designada en autos, luego de efectuar la revisión del trabajador y analizar los estudios médicos complementarios practicados, informó a fs. 82/105 que, como consecuencia del accidente sufrido, el trabajador presenta lesiones en miembro superior izquierdo, lesión neurológica y secuelas en la rodilla izquierda. En el plano psíquico, con ajuste al estudio de psicodiagnóstico realizado, constató un cuadro de RVAN Grado III. Finamente, adicionando los factores de ponderación, concluyó que el sr. Peralta presenta una incapacidad del 59,55% de la T. O. conforme al baremo del decreto 659/1996. Dicho informe fue impugnado por la demandada a fs. 97 y ratificado por la galeno a fs. 101.

La magistrada de origen, reajustó el grado de minusvalía establecida por la experta por considerar que, en el caso, no resultaba aplicable el principio de capacidad restante de la manera en que lo aplicara la experta médica, por tratarse de patologías distintas originadas en un mismo accidente, por lo que determinó la incapacidad del trabajador en el 61,87% de la T. o (38,1% por incapacidad física +20% por incapacidad psicológica + 3,77 por factores de ponderación), todo conforme el baremo del decreto 659/96. Con ajuste a dicha minusvalía, cuantificó las prestaciones dinerarias previstas por el régimen de las leyes 24.557 y 26.773, suma a la cual mandó a adicionar intereses desde la fecha el accidente, conforme las tasas de interés previstas por las actas CNAT 2601, 2630 y 2658.

La apelante se queja por el porcentaje de incapacidad determinada en origen en el 61,87% de la total obrera. Sostiene, en apoyo de su tesitura, que dicha ponderación no se ajusta a lo establecido en el baremo del Decreto 659/1996 y que las lesiones enumeradas por el experto no derivan del accidente sufrido el 02/08/2016 pues las mismas no fueron constatadas por la aseguradora al momento de brindarle las prestaciones médicas y tratamiento, postulando además la aplicación del principio de la capacidad restante que fuera desestimado por la magistrada de origen.

Considero que no le asiste razón en el planteo. El argumento de que algunas dolencias no fueron constatadas en el examen efectuado oportunamente por la aseguradora y por ello, serían ajenas al accidente, no puede aceptarse porque es sabido que, dependiendo de la magnitud o importancia del infortunio sufrido, algunas patologías pueden demorar más tiempo en manifestarse y por ende, ser advertidas en un examen médico ulterior. Nótese que el trabajador tuvo un accidente en motocicleta por el cual cayó al piso golpeando fuertemente distintas zonas del cuerpo, por lo cual no resulta inverosímil considerar que el mismo pudo haber afectado las zonas del cuerpo informadas por el experto, a saber: pierna, hombro, cabeza, brazo.

Tampoco tiene suficiente asidero el argumento de la quejosa respecto que las dolencias físicas objetadas tendrían origen en la práctica de una actividad deportiva de alto impacto como el kick boxing pues, si bien es cierto que al momento de la revisión, el trabajador informó a la experta que realizaba dicha actividad física hasta con anterioridad al accidente, lo cierto es que también expresó el actor en oportunidad del peritaje, que luego del infortunio no pudo continuar haciéndolo (fs. 88 del informe). En este sentido, la experta fue contundente al concluir que la totalidad de las dolencias tienen relación con el accidente de autos, descartando factores ajenos o preexistentes.

Asimismo, no advierto discordancia alguna en el informe pericial respecto de la incapacidad ponderada por limitación funcional de la rodilla (10%), como lo sugiere la apelante, toda vez que dicha ponderación luce acorde a lo establecido en el baremo del decreto 659/1996, lo cual además fue ratificado por la perita a fs. 101.

Tampoco tiene razón en cuanto postula que debió aplicarse al caso el principio de capacidad restante, pues tal como lo afirma la magistrada de origen, dicho principio se aplica a trabajadores/as afectados/as por siniestros sucesivos, y no como en el presente, en el que el trabajador sufrió un solo infortunio que le provocó daños en distintas zonas el cuerpo. Es decir, que siendo que en autos los aspectos incapacitantes son el resultado de un mismo hecho y/o que aparecieron simultánea o contemporáneamente, dicho método no resulta aplicable, pues éste supone que la persona trabajadora ya tiene una capacidad disminuida a los efectos de valorar la nueva afectación que en ella puede tener un siniestro posterior, circunstancia ésta última que no ocurre en el *sub examine*.

Es así que, en el presente caso, no encuentro fundamento ni elementos probatorios para apartarme de las conclusiones de dicho dictamen pericial, como tampoco del porcentaje de incapacidad estimado por la experta, tomado por la magistrada de origen. Digo esto porque, no resulta ocioso señalar que las personas expertas en medicina no son quienes fijan la incapacidad, sino que solamente la sugieren, y la valoración que realizan en las conclusiones del examen, resultan el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar, sin dejar de considerar de que quien juzga sólo puede apartarse del dictamen cuando carece de rigor científico. En el *sub examine* no existen pruebas que conduzcan a la detección de error o inadecuado uso de conocimientos científicos siendo que además la galena basó su dictamen en la revisión del actor, en los estudios médicos realizados que dieron cuenta de su real estado de salud psicofísica y ponderó su minusvalía conforme los parámetros de baremo nacional. Desde tal perspectiva, acepto y comparto las conclusiones del dictamen médico, el cual resulta fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordenó reparar.

Asimismo, en relación al cuestionamiento relacionado con la procedencia de la incapacidad psíquica y la existencia de nexo causal entre ésta y el accidente de marras, señalo que corresponde a la persona que ejerce la medicina pronunciarse sobre la posibilidad científica de vincular una afección con una etiología laboral o extra laboral. Si bien es cierto que quien juzga posee la atribución privativa de establecer la causalidad/concausalidad, también lo es que, para apartarse de valoraciones especializadas, deben encontrarse, como ya dije, argumentos sólidos, pues se trata de un campo del saber ajeno al pensamiento jurídico. En el caso, dicha afección fue constatada por el Lic. Dayan en el estudio de psicodiagnóstico agregado en sobre reservado, en el cual el especialista determinó que la enfermedad psíquica comenzó luego del accidente, sin haberse hallado síntomas o signos anteriores al mismo.

El Lic. Dayan, luego de efectuar la batería de tests que allí detalló, expresó que el trabajador presenta un cuadro de estrés post traumático de carácter crónico. Asimismo, refirió que a partir de los hechos descriptos, no anda más en moto por los dolores corporales, temiendo reagravar su cuadro actual, que sufre de dolores constantes los cuales se agravan de manera

insidiosa los días de humedad, que los mismos abarcan su hombro izquierdo, sus dos rodillas —si bien un poco más la izquierda— y su muñeca izquierda, que cambio en su carácter, estando diferente a como era antes, algo que los demás le señalan, manifestando bronca y reacciones que no se corresponden con las que tenía con anterioridad, lo cual repercute en su vida de relación, que varió en sus roles y rutinas, teniendo mucha menor fuerza, cansándose con mucha facilidad, que aumentó más de 12 kilogramos a partir de estos hechos, sufriendo molestias también corporales para dormir y soñando con el accidente, mostrando un sueño reparador afectado. No puede proyectarse a futuro. También expresó que no se ha detectado ansiedad de tipo confusional, hallándose la incapacidad psíquica vinculada de manera causal a los hechos debatidos en autos, de acuerdo al baremo del decreto 659/1996, estando en este caso, el cuadro psicopatológico dentro de las reacciones o desórdenes por estrés postraumático consideradas para su evaluación como Reacciones Vivenciales Anormales Grado III. Indicó tratamiento psicoterápico, y psiquiátrico, concluyendo que el trabajador ha sido afectado por los hechos relatados y que habría una clara relación lineal y causal entre la sintomatología del actor y los hechos denunciados.

Asimismo, es oportuno memorar que la medicina legal —especialidad dentro de la ciencia médica— incluye dentro de sus competencias la de dictaminar sobre el estado psicológico de los sujetos peritados. No en vano en la currícula de la respectiva carrera se incluye el estudio de la psiquiatría y la psicología clínica. Por lo que, de inicio, no puede ponerse en tela de juicio que la perita médica designada en la causa, no cuente con los recursos técnicos y científicos necesarios para emitir un juicio de valor sobre el tema sobre el que se le ha pedido que informe a esta judicatura. En todo caso, si alguna duda cupiere, debería estarse a lo que propone la perita, ya que los/as jueces y las juezas careceremos de esa formación universitaria.

Por otro lado, la perita médica examinó al actor, pudo interrogarlo personalmente, pudo confrontar los estudios complementarios con su propio saber médico, no solo los estudios clínicos, sino también el informe de psicodiagnóstico basado en los diferentes test. Es cierto que la médica en parte se remitió al desarrollo amplio del psicodiagnóstico efectuado por el Licenciado Dayan, pero ese temperamento, bastante común en la ciencia médica, no es suficiente para restar a las conclusiones de la experta valor probatorio a la luz del art. 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Es así que, considero que debe confirmarse la procedencia de la reparación del daño psicológico reclamado en base a la apreciación que surge del informe pericial y del estudio de psicodiagnóstico citado, el que dio cuenta del impacto que generó el accidente en la psiquis del trabajador luego de los exámenes y entrevistas realizadas.

Por lo expuesto, propongo que la sentencia quede al abrigo de revisión.

IV. La apelante postula que los intereses establecidos para acrecer al capital de condena deben correr desde la sentencia de grado y no desde el accidente (02/08/2016), pues es a partir del pronunciamiento de origen que su parte tomó conocimiento de la incapacidad que porta el trabajador. No le asiste razón en el planteo.

Hago esta afirmación porque, como lo he sostenido en otras oportunidades, en casos análogos al presente, el hecho generador de la incapacidad laboral genera un daño cierto y determina el momento en que nace el derecho de la persona trabajadora a percibir las indemnizaciones que prevé la ley (conf. "González, Mariano E. c. Galeno ART SA s/ accidente ley especial", causa N° 70.413/2016, sentencia definitiva N° 93.256 del 28 de diciembre de 2018, del registro de esta Sala, entre muchos otros).

Lo propiciado es coincidente con las disposiciones incorporadas en el texto de la ley 26.773 (2012), cuyo artículo 2°, tercer párrafo, prescribe: "El derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional".

En sentido paralelo, el artículo 11 de la ley 27.348, que sustituyó al artículo 12 de la ley 24.557, prevé expresamente que desde la fecha de la primera manifestación invalidante y hasta el momento de la liquidación de la indemnización por determinación de la incapacidad laboral definitiva, deceso del trabajador u homologación, el monto del ingreso base devengará intereses.

Ambas previsiones resultan armónicas con la pauta general que prescribe el artículo 1748 del Cód. Civ. y Com. de la Nación norma que, por otra parte, consagra expresamente a partir de su vigencia (01/08/2015) un sistema único para el cómputo de intereses, al establecer que los accesorios corren a partir de la producción del daño. De adoptarse un criterio diferente, se generaría un nuevo daño a la persona trabajadora, al no computarse los intereses por un tiempo, a veces prolongado, originado en el lapso que demanda el reclamo administrativo, violándose de tal manera el principio de indemnidad y la suficiencia de la indemnización, porque la reparación reflejaría un valor

disminuido (conf. "Alcaraz, Ubaldo c. Provincia ART SA s/ accidente ley especial", sentencia definitiva N° 85.398 del 24 de febrero de 2009; "Santillán, Omar E. c. Asociart ART SA s/ accidente ley especial", sentencia definitiva N° 86.939 del 29 de agosto de 2011, del registro de esta Sala, entre otros).

En suma, por todo lo hasta aquí dicho, propongo que la sentencia quede al abrigo de revisión.

V. En atención al resultado del planteo recursivo, propicio imponer las costas de Alzada al apelante vencido (artículo 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VI. 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, CSJN 32/2009 45-E/CS1, Fallos: 341:1063), los honorarios asignados a los profesionales intervinientes lucen adecuados por lo que sugiero su confirmación.

VII. Por las labores realizadas en esta instancia, propicio regular los honorarios de las representaciones letradas firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que le fue asignado a cada una por su actuación en la instancia anterior (arts. 16 y 30 Ley 27.423).

VIII. Por lo expuesto, propongo en este voto: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada a la apelante (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de las representaciones letradas firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que en definitiva le corresponda percibir a cada una por su actuación en la anterior instancia.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Coincido con lo decidido por mi distinguida colega en lo tocante a la incapacidad física determinada en grado; no obstante, estimo pertinente esclarecer que si bien es cierto —como apuntó la demandada en su memorial— que la perito médica determinó un 3% de minusvalía por limitación funcional en la rodilla del actor (fs. 71), seguidamente, al examinar las "maniobras" en el punto "E" del peritaje, informó: "cajón anterior positivo leve, bostezo interno grado 1, dolor a la palpación de la interlínea articular fémorotibial interna y del ligamento lateral interno (LLI) próximo a la inserción tibial (fs. 71 vta.) Posteriormente, en las "consideraciones médico legales" (fs. 73/75), la experta explicó las implicancias de tales resultados.

Sobre la base de lo anterior y de lo establecido en el baremo de ley en la sección destinada a "lesiones menisco-ligamentarias", concluyo que el porcentaje de 10% de incapacidad en la rodilla izquierda fijado por la Dra. Goldenberg a fs. 72 vta. se encuentra debidamente fundado, por lo que propicio la confirmación de lo decidido al respecto.

II. Ahora bien, disiento con el grado de incapacidad psicológica propiciado en el voto que antecede. Digo así, pues el baremo de ley establece, en la sección destinada a describir las "reacciones vivenciales anormales neuróticas" que aquellas de grado III —como la diagnosticada en el caso de autos— "[r]equieren un tratamiento más intensivo. Hay remisión de los síntomas más agudos antes de tres meses. Se verifican trastornos de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico y psicodiagnóstico. Las formas de presentación son desde la depresión, las crisis conversivas, las crisis de pánico, fobias y obsesiones. Son reversibles con el tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico adecuado. Al año continúan los controles".

En este orden, ni del informe psicodiagnóstico obrante en autos practicado por el Lic. Dayan, ni del peritaje médico elaborado por la Dra. Goldenberg, surge que el accionante hubiera presentado signos de trastornos en la concentración y en la memoria, que permitan justificar el 20% de incapacidad psicológica asignado.

Asimismo, observo que la perito médica no efectuó un examen psiquiátrico propio, sino que se limitó a transcribir, en su informe, las conclusiones del ya citado estudio psicodiagnóstico.

Cabe recordar que el art. 472 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación establece que el dictamen del perito "contendrá la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde", ello es así porque "[l]a actividad del perito no es delegable, sin perjuicio de que privadamente, o peticionándolo judicialmente el perito pueda valerse de operaciones, reconocimientos o exámenes, requiriendo la actuación de especialistas. Pero el responsable es el perito y en lo fundamental debe actual él, careciendo de valor probatorio la pericia que se limita a referir informaciones o explicaciones dadas por terceros" (Falcón, Enrique M., Tratado de la Prueba: Civil. Comercial. Laboral. Penal. Administrativa; T. II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 703).

Remarco que la detección de una incapacidad psicológica le fue encomendada a una profesional imparcial, desinsaculada en autos y colaboradora de la magistratura, en el caso, a la Dra. Goldenberg y no a quien tuvo a su cargo la elaboración del informe psicodiagnóstico. Este estudio complementario puede servir de fundamento, pero de ningún modo suplir el peritaje a cargo de quien fue designado al efecto. Es por tal motivo que la remisión realizada por la perito médica a la referida evaluación, supone una delegación impropia de la función pericial que le fue encomendada expresamente a aquélla.

Por lo expuesto, con específica consideración a las constancias de autos, en especial al hecho vivenciado por el accionante, a la incapacidad física que se derivó de aquél, a las reglas de la sana crítica y al correcto entendimiento judicial, propongo fijar la incapacidad psicológica del accionante en el 10% de la total obrera.

En consecuencia y ponderando la minusvalía física del 38,10%, la psicológica del 10% y los factores de ponderación (3,13%), sugiero establecer la incapacidad psicofísica del actor en el 51,23 % de la total obrera.

Incumbe, establecido lo anterior, readecuar el monto indemnizatorio determinado en el art. 14 ap. 2° inc. a) de la ley 24.557, con sus modificaciones. Así, la fórmula arroja la suma de $2.510.585,50 (IBM $51.211,08 x 53 x 51,23% x coef. edad (65/36)), que supera el piso previsto por la Res. SSS 1/16 que asciende a $483.159,86 ($943.119 x 51,23%).

A dicha suma corresponde adicionar el importe establecido en dicha resolución de conformidad con lo previsto en el art. 11 apartado 4 a) de la LRT, que asciende a la suma de $419.164, lo que arroja un monto de condena final de $2.929.749,50.

III. Con relación a la fecha a partir de la cual se deben computar los intereses, me remito a lo expresado en mi voto en la causa "Luque, Juan J. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial" en lo pertinente y en razón de brevedad (v.consulta web C.I.J., Expte. N° 36.369/2015, sentencia del 19/05/2020) y comparto la propuesta del voto que antecede.

IV. Sin perjuicio de la modificación que se propone (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), sugiero confirmar la imposición de costas de grado a la demandada vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En materia arancelaria, frente al mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos y lo normado por el art. 38 de la LO y disposiciones arancelarias de aplicación 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; criterio previsto en el sentido análogo por el art. 16 y conc. de la ley 27.423, cfr. arg. CSJN, de Fallos: 319: 1915 y 341:1063), considero que los fijados en grado lucen adecuados, por lo que corresponde confirmarlos, mas deberán calcularse sobre el nuevo monto de condena más intereses.

V. En razón de la solución que propicio, sugiero imponer las costas de alzada por su orden (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación 2° párrafo) y regular los honorarios de la representación de la parte actora y demandada en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior instancia (art. 30, ley 27.423).

VI. Por lo expuesto, de compartirse mi voto sugiero: a) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $2.929.749,50; b) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada y confirmar los emolumentos regulados en grado a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la demandada y de la perito médica, los que deberán calcularse sobre el nuevo monto de condena más intereses; c) Imponer las costas de Alzada por su orden y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de lo que le corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa.

El doctor *Catardo* dijo:

Que adhiere al voto de la doctora *Hockl* en lo que ha sido materia de disidencia.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $2.929.749,50; 2) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada y confirmar los emolumentos regulados en grado a la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la demandada y de la perito médica, los que deberán calcularse sobre el nuevo monto de condena más intereses; 3) Imponer las costas de Alzada por su orden y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de lo que le corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa; 4) Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN punto N° 11de 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. — Luis A. Catardo.*

ACCIÓN CIVIL

Responsabilidad de la ART por incumplimiento de sus deberes. Prueba.

> Si la ART demandada hubiera satisfecho adecuadamente las obligaciones a su cargo, debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque pesquero, las máquinas, instrumentos y demás elementos que provocaron el accidente del trabajador, y dicha información debería haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde, por lo que cabe concluir que no ha cumplido eficazmente su deber de prevención, nacido del art. 4 LRT, lo que deriva en la existencia de omisiones justificantes de la responsabilidad civil concurrente en los términos del art. 1074 del Código Civil.

CNTrab., sala VIII, 21/04/2021. - Benítez, Juan Luis c. Pesca Austral SA y otro s/ accidente - acción civil.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9677/2021]

Expte. N° 48079/2013

2ª Instancia.-Buenos Aires, abril 20 de 2021.

La doctora *González* dijo:

I. Llegan las actuaciones a conocimiento de esta Sala, para dilucidar los recursos de apelación deducidos por las partes actora y codemandada Galeno ART SA, en formato digital, contra la sentencia de primera instancia dictada con fecha 13 de agosto de 2020.

II. Del relato inicial, se extrae que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 27 de enero de 2012, mientras se encontraba embarcado, prestando servicios para Pesquera Austral, empresa en la que había ingresado sólo diez días antes, como Marinero de Cubierta. Refiere que el siniestro acaeció cuando la máquina pesquera eyectó con violenta velocidad una plomada, que impactó en su rostro, provocándole un traumatismo nasal y malar derecho. Dice que fue atendido por personal del buque y que al desembarque, el día 02/03/2012, efectuó la denuncia ante la ART, quien le otorgó las prestaciones y fijó su incapacidad en el 7,2% TO, porcentaje luego ratificado por la Comisión Médica.

Por considerar que la incapacidad que padece es del 20% TO y que las codemandadas deben responder civilmente, viene a demandar judicialmente en procura de una reparación integral.

III. No se encuentra controvertido en la causa el acaecimiento dl accidente objeto del reclamo.

La sentencia, por otra parte, está firme para la codemandada Pesca Austral SA, quien se encuentra incursa en la situación prevista en el art. 71 de la ley de rito.

IV. Por razones de buen método, trataré de inicio los agravios de la ART codemandada.

De comienzo, se queja Galeno, porque sostiene que no está demostrado en autos incumplimiento alguno de su parte, y que el actor no formula imputaciones específicas en su demanda. Reclama que en el caso, la jueza *a quo* no establece la relación de causalidad adecuada, por lo que, a su parecer, el fallo recurrido no constituye una derivación razonada del derecho vigente y las constancias agregadas a la causa.

No le asiste razón. Mal puede la recurrente formular semejante afirmación, cuando en la demanda se dedican dos capítulos (v. fs. 22 vta. /25 vta.), a la responsabilidad que el demandante le imputa la aseguradora de riesgos del trabajo y donde, inequívocamente, efectúa concretas imputaciones respecto de los incumplimientos en que incurrió Mapfre (hoy Galeno ART). Vale destacar que la magistrada de grado toma en cuenta tal imputación y la pone en valor, lo que no se encuentra controvertido en la pieza del recurso que se trata.

Como puedo observarse, entonces, sus desacuerdos carecen de sustento fáctico, desde que las imputaciones concretas se encuentran articuladas en la demanda y el fallo expresamente se refiere a los incumplimientos de las obligaciones que le incumbían.

Sobre el tópico, por otra parte, forzoso es recordar que, como vengo sosteniendo en causas análogas, en los procesos de daños se ha de poner en juego el principio de la carga dinámica de la prueba (conf. art. 1735 Nuevo Cód. Civ. y Comercial). En ese contexto, frente a los desconocimientos de la ART, no cabe duda alguna que ésta se encontraba en mejor situación para probar la sinrazón de las afirmaciones del actor. La carga dinámica de la prueba constituye la aplicación de los principios básicos del debido proceso y, entre ellos, tiene especial importancia el de igualdad: si a una de las partes le resulta imposible o muy difícil probar mientras que a la otra le es sumamente simple, será ésta última quien debe traer los elementos en que funde su pretensión, defensa o excepción; de esa forma se evita la "indiferencia a las diferencias", usando palabras de Ferrajoli.

Desde esa óptica, es digno de mención que, como es sabido, son obligaciones de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, entre otras, realizar la evaluación periódica de los riesgos existentes en las empresas

afiliadas y su evolución, efectuar los exámenes médicos periódicos para vigilar la salud de los trabajadores expuestos a riesgo, visitar periódicamente a los empleadores para controlar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo, promover la prevención, informando a la SRT acerca de los planes y programas exigidos a las empresas, mantener un registro de siniestralidad por establecimiento, controlar la ejecución del Plan de Acción de los empleadores y denunciar ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo los incumplimientos, brindar asesoramiento y asistencia técnica a los empleadores y a sus trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo y denunciar los incumplimientos de los empleadores a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (https://www.argentina.gob.ar/srt/art/funcion-de-las-art-ea).

Cabe precisar que todas las acciones reseñadas precedentemente, que se encuentran en cabeza de las ART, las obligan a velar por el cumplimiento de sus deberes, de lo que se sigue que tal responsabilidad no les es ajena. Por lo tanto, si hubiera satisfecho adecuadamente las obligaciones reseñadas "*ut supra*", la recurrente debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque pesquero, las máquinas, instrumentos y demás elementos, y dicha información debería haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde. Así, Galeno debió decir expresamente, con qué referencias y resultados de inspecciones contaba en su poder, relativas al cumplimiento de sus deberes, intimaciones a la empleadora, denuncias ante la SRT, entre otras. Lo que, en vista de lo expuesto, se ha omitido.

De acuerdo a ello, no tengo la menor duda de que la aseguradora no ha cumplido eficazmente su deber de prevención, nacido del art. 4 LRT, lo que deriva en la existencia de omisiones justificantes de la responsabilidad civil concurrente en los términos del citado art. 1074 del Cód. Civil. Como se trata del olvido de obligaciones de alcance legal y se verifica una suficiente y eficiente relación de causalidad entre las omisiones de la ART y las afecciones del actor, entiendo activada la responsabilidad —concurrente con la de loa causadora directa del daño— del art. 1074 del Cód. Civil. En otras palabras, la aseguradora de riesgos concurre con las restantes codemandadas a la causalidad del daño, por la omisión de conductas impuestas legalmente y cuyo cumplimiento, insisto, seguramente hubieran conculcado el riesgo y las situaciones que originaron las secuelas incapacitantes.

En vista de lo reseñad, tales reflexiones dan por tierra lo que postula la pretensora, en cuanto pretende exonerar su responsabilidad, al sostener que aquella que concierne al adecuado cumplimiento de las normas de higiene y seguridad son de incumbencia exclusiva del empleador.

En definitiva y como corolario de lo aquí analizado, el agravio que se trata deberá desestimarse, y así lo dejo propuesto.

V. Tampoco luce admisible la queja que trasluce su disconformidad por haber sido condenada por responsabilidad civil, al expresar que "el único contrato de afiliación suscripto entre mi mandante y la demandada por los riesgos de accidente del trabajo, exclusivamente ampara las contingencias establecidas en el sistema de riesgos del trabajo, y de ninguna manera puede extenderse su garantía a sistemas reparatorios expresamente prohibidos por ley (art. 39° Ley 24.557")".

Soslaya la recurrente que en la sentencia de grado se declara la inconstitucionalidad de la mencionada norma. En esa dirección, deviene inverosímil y hasta casi obsceno, pretender exculparse según el argumento de que la empleadora era quien debía adoptar las medidas de seguridad. La ART es obligada primigenia por ser coautora de la omisión de adoptar las medidas preventivas para evitar infortunios como el que se trata en el *sub lite*.

Sobre el particular, repárese que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos de trabajo todo lo relativo al control y sujeción de los empleadores a las normas de higiene y seguridad, imponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversas obligaciones de control y supervisión (art. 18 decreto 170/1996). Se genera así, una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales, por lo cual la omisión o cumplimiento deficiente de aquella función "cuasi-estatal" genera la responsabilidad de la ART, cuando se comprueba un nexo de causalidad adecuada con el daño sufrido por el trabajador (art. 901, 902 y 904 Cód. Civil).

Por lo demás, se debe recordar que, en acciones por accidente fundadas en normas de derecho común, si bien el reclamante tiene a su cargo aportar las pruebas necesarias, de modo tal que el juez pueda evaluar si en el caso mediaron algunos de los presupuestos que prevén los arts. 1113, 1109, 1074 y conc. del Cód. Civil de Vélez (invocado por el actor como fundamento normativo de su demanda) el hecho se encuentra reconocido, lo que torna abstracta la imposición legal.

Sentado ello, es menester destacar que la "obligación de seguridad" que recae sobre las ART, proviene del principio protectorio enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, representada en diversas conductas a seguirse: control, asesoramiento,

capacitación, asistencia y vigilancia en materia de prevención de infortunios del trabajo. Dicho principio dispone que las leyes deben asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, sumándose a ello todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el que uno de los más antiguos aspectos de sus estándares en el campo laboral fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables.

En esas condiciones, la demandada resulta responsable civilmente por haber omitido observar sus obligaciones, lo que ha devenido en el daño que padece el accionante (conf. arg. arts. 1074, 512, 1081, 1109 y conc. del Cód. Civil).

En función de lo expuesto, auspicio desechar los argumentos aquí dilucidados, por improcedentes. Al tiempo que tengo por tratado también el tercer agravio de la pretensora, que también se debe rechazar. Así lo voto.

VI. Seguidamente, la ART se queja porque, según alega, el perito no fundamenta la minusvalía que estima en la faz psicológica, porque —dice— el dictamen psicológico carece de sustento para su vinculación con el accidente sufrido.

Nada más erróneo, al punto que parecería que se ha omitido una adecuada lectura del dictamen obrante a fs. 240/242. Repárese que allí, el experto, luego de una medulosa evaluación —a la que me remito— consigna, entre otras consideraciones, que "Consideraciones medico legales: por lo expuesto considero que el traumatismo en la cara que padeció Benitez en ocasión del golpe con la plomada en el buque, ha despertado síntomas y signos compatibles con estrés post traumático. Hay evocación persistente del trauma, hay recurrencia de la situación vivida. Hay exacerbación de la insuficiente madurez, hallazgo del psicodiagnóstico que por el trauma padecido resultó en acentuación de los rasgos de la personalidad de base con recursos defensivos insuficientes que evidencian trastorno mixto de angustia y ansiedad con indicación de tratamiento psicoterapéutico por el termino de 1 año, sesión por semana 400 pesos el valor de la sesión. Reacción Vivencial anormal neurótica grado II (...) a) Se realizó en el examen psíquico la evaluación de todos los test que se hallan en el expediente judicial. Se evidenció trastorno mixto de angustia y ansiedad. b) Hay suficiente evidencia que el trauma padecido en el buque y la persistencia de síntomas por la secuela anatómica y funcional respiratoria ha tenido impronta en la estructura yoica de Benitez configurando una situación traumática que acentuó los rasgos de la personalidad de base con modificación del carácter y alteración de la conducta. c) Reacción Vivencial Anormal Neurótica grado II. d) Si. Hay evidencia que el trauma ha perturbado la vida familiar y social, es interesante el hallazgo de tendencia al aislamiento e introversión con marcada dificultad para las relaciones interpersonales.

e) Incide en la falta de estímulo para la realización de determinadas actividades. f) Ya se expresó en los síntomas de estrés post traumáticos con angustia, ansiedad, evocación persistente del trauma y recurrencia de la situación vivida. Esto genera miedo, incertidumbre y mecanismo defensivo con tendencia al aislamiento, represión y negación. g) El pronóstico es dependiente de la readaptación que pueda lograr el paciente Benitez a su nueva realidad...".

De lo expuesto se colige que no le asiste razón a la pretensora en este tramo.

Tampoco, en cuanto pide que se aplique el método de capacidad restante. En efecto, recuérdese que la llamada fórmula de Balthazard (del año 1928) o de la capacidad residual, establecida en el Anexo I del Dec. 478/1998, corresponde cuando se trata de "lesiones sufridas por el trabajador provenientes de sucesos distintos y que hayan afectado a distintas partes del cuerpo, en cuyo caso correspondería meritar cada lesión individualmente obteniendo la incapacidad por la sumatoria de cada una de las incapacidades consideradas individualmente". Dicha situación, conforme lo expuesto, no se configura en el caso bajo análisis.

Sin desmedro de lo cual, en la medida en que en la recurrente pide que se adecue el porcentaje de incapacidad laboral, trataré la cuestión, por entender que en este segmento le asiste razón.

En efecto, esta Sala sostiene invariablemente que, como criterio general, es razonable sostener alguna proporcionalidad entre daño físico y psicológico, dado que este último es consecuencia del primero. Cierto es que el impacto psicológico de un suceso es distinto en cada persona, a partir de las propias herramientas psíquicas de cada individuo, pero tal proporcionalidad debería establecerse con algún criterio general de razonabilidad. Si bien otro nivel de análisis permitiría identificar situaciones en las que tal correspondencia no sea exigida, por ejemplo, en aquellos casos en los que las propias características del suceso (especialmente trágicas o traumáticas) deriven en un daño psíquico identificable, en los casos como el presente, para analizar la procedencia de las indemnizaciones que reparan daños vinculados causalmente con los eventos que se juzgan dañosos, a mi juicio el daño psicológico no puede ser receptado en igual dimensión que el daño físico. En efecto, el daño psicológico está intrínsecamente ligado a la existencia de una minusvalía física de tal envergadura, que amerite

ponderar que la incapacidad, que provoca, origina un padecimiento en la psiquis del accidentado.

Desde esa óptica, entiendo que la proporcionalmente baja incapacidad física derivada del accidente objeto de esta causa (es del 10% de la T. o, lo que no llega cuestionado a esta Alzada) amerita reducir la minusvalía psíquica derivada del siniestro objeto de autos, al 5% de la TO.

De tal modo lo dejo propuesto.

VII. Ambos contendientes controvierten el quántum indemnizatorio fijado en grado. La demandada afirma que es exorbitado e irrazonable. La parte actora, de su lado, cuestiona la base de cálculo (salario del trabajador) y por ende, el monto diferido a condena, por considerarlo reducido.

No les asiste razón en cuanto a la plataforma fáctico-jurídica que exhiben en sendos agravios. En efecto, recuérdese que en acciones fundadas en normas de naturaleza civil, es decir, cuando no se trata de demandas fundadas en leyes forfatarias ni tarifadas (como sería el caso de una acción fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo), los jueces no están sujetos a fórmulas matemáticas, pautas, cálculos ni parámetros predeterminados —como pretende en su agravio— para fijar una reparación integral. Sino que, tal estimación, queda sujeta a los criterios que emanan de su sana crítica (conf. art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El juez no tiene obligación de explicarse en este aspecto, sin que ello implique irregularidad ni arbitrariedad alguna.

Valorar daño es una tarea compleja, dado que importa una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido "in abstracta" de cada rubro factible de ser resarcido. Es a partir de esa tarea de ilustración, que se llega a una conclusión propia, la que permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido 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".

Acorde con lo expuesto, debo añadir que conforme la doctrina que se desprende de numerosos fallos de la CSJN (vgr. "Aquino c. Cargo", citado anteriormente, "Cura c. Frigorífico Rizoma SA, del 14/06/2005 y, este último, con la ratificación y remisión del pronunciamiento en "Recurso de Hecho deducido por Giomon SRL en la causa Roldán, Germán E. c. Giomon SRL y otro", del 07/08/2012), un reclamo amplio debe encontrar respuesta en una reparación que involucre aspectos tales como el daño moral, la pérdida de "chance" cuando las afecciones priven o limiten a la víctima de posibilidades de acceso a determinados trabajos, el lucro cesante como pérdida de ganancias. En el fallo aludido, el máximo tribunal cita como fundamento de su decisión tratados en materia de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde esa perspectiva, estimo que el monto de la reparación patrimonial con base en el derecho común, establecido en la sentencia de primera instancia, resulta exigua, aun teniendo en cuenta la detracción que sugiero por la minusvalía psíquica. Por lo tanto, a la luz de las facultades que me confiere el art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propicio elevar el monto que se difiere a condena, a la suma de $800.000.- por todo concepto (daño psicofísico, daño moral, lucro cesante, pérdida de chance), suma que considero adecuada, razonable y equitativa.

VIII. Resta dilucidar el planteo de la aseguradora respecto de los intereses, el que, adelanto, no será admitido.

De conformidad con lo dispuesto por esta Sala en autos: "Ibarra, Braian G. (1253) c. Provincia Art SA s/ accidente - ley especial" (Expte. 14.595/2016), del 07/10/2019, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad, los intereses deben computarse desde la fecha del accidente.

Ello así, en un todo conforme con lo establecido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable; los tratados internacionales de Derechos Humanos contemplados en el artículo 75 inciso 22 del mencionado cuerpo legal; el artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y los artículos XIV y

XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan el derecho a la integridad personal en los aspectos físico, psíquico y moral.

En ese contexto, esos derechos deben ser reconocidos y resguardados por esta jurisdicción, del único modo posible, es decir reconociendo los accesorios durante el lapso que corre desde el infortunio y hasta la efectiva satisfacción del crédito reconocido a la víctima o, en caso de enfermedad profesional desde la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad o de la primera manifestación invalidante.

En función de lo cual, el inicio del cómputo de los intereses sobre el capital de condena fijado en grado, debe ser confirmado.

Con relación a la tasa, también cabe desestimar la queja. Los jueces son soberanos para ponderar y fijar, asimismo, los intereses compensatorios que devengará el capital de condena. Tal facultad no puede ser cuestionada.

Dicho ello, esta Cámara, mediante el Acta 2601 del 21 de mayo de 2014 estableció, como criterio a seguir, que los créditos emergentes de las relaciones individuales del trabajo deben actualizarse, desde su exigibilidad, mediante la utilización de la tasa nominal anual que el Banco de la Nación Argentina aplica para préstamos de libre destino, en un plazo de 49 a 60 meses. Más tarde se adecuó, mediante el Acta 2630/2016, fijándola en el 36% anual (Acta 2630/2016) y, desde el 1° de diciembre de 2017, la Tasa activa efectiva anual vencida, Cartera General Diversas, del Banco Nación (conf. Acta CNAT N° 2658 del 08/11/2017).

En la medida en que esta Sala viene adhiriendo a lo resuelto por este cuerpo en las distintas actas citadas, deberá mantenerse lo dispuesto en primera instancia y fijar los intereses según las disposiciones referidas.

IX. En la medida en que se modifica el capital de condena, por influjo de lo dispuesto en el art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, se debe dictar nueva decisión sobre sobre costas y honorarios (conf. art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Las codemandadas deben responder por las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente. Galeno ART SA, también por las generadas ante esta Alzada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

X. Por las razones expuestas voto por: Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto pronuncia condena y elevar el importe al que accede el actor a la suma de $800.000.-, que llevará los intereses dispuestos en grado; imponer las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente, a ambas codemandados; que se regulen los honorarios por los trabajos de primera instancia, a favor de la representación y patrocinio del actor en el 16%, de Galeno ART SA en el 13%, y los de los peritos médico, contador y psicólogo en el 6% para cada uno de ellos (conf. art. 38 LO, arts. 6, 7, 18, 19, 39 y 47 ley 23.349, art. 21 y conc. ley 27.423 y dec. ley 16.638), que se calcularán sobre el capital de condena y sus intereses; y regular los honorarios de los letrados que suscriben los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa previa (conf. art. 30 ley 27.423).

El doctor *Catardo* dijo:

Que por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto pronuncia condena y elevar el importe al que accede el actor a la suma de $800.000.-, que llevará los intereses dispuestos en grado 2. Imponer las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente, a ambos codemandados. 3. Regular los honorarios por los trabajos de primera instancia, a favor de la representación y patrocinio del actor en el 16%, de Galeno ART SA en el 13%, y los de los peritos médico, contador y psicólogo en el 6% para cada uno de ellos, que se calcularán sobre el capital de condena y sus intereses 4. Fijar los honorarios correspondientes a los profesionales que suscriben 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. — *María D. González. — Luis A. Catardo.*

DEFENSA DE COSA JUZGADA

Rechazo. Dictamen emitido por la Comisión Médica jurisdiccional. Diferencia entre la cosa juzgada administrativa y judicial.

1. — Se rechaza la defensa de cosa juzgada interpuesta por la demandada con base en el dictamen emitido por la Comisión Médica jurisdiccional, pues la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada, pues tal instituto en sentido estricto es sólo el que se configura respecto de las sentencias judiciales, de esta manera, una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnable por recurso o acción alguna,

y no puede ser modificada por otro tribunal mientras que la cosa juzgada administrativa, en cambio, implica tan sólo una limitación a que la misma administración revoque, modifique o sustituya el acto, y no impide que el acto sea impugnado y eventualmente anulado en la justicia.

2. — La mera reproducción de las disposiciones contenidas en los aparts. 1° y 2° del art. 11 de la ley 27.348 (que modificó lo establecido por el art. 12 de la ley 24.557 en lo atinente al cálculo del ingreso base) y sin indicarse de un modo claro, preciso y concreto, en qué aspecto puntual el cómputo del ingreso base radicaría -a juicio de la recurrente- el supuesto error y/o el apartamiento de las disposiciones de la citada norma, no constituye la crítica concreta y razonada que de modo insoslayable exige el art. 116 de la ley adjetiva.

CNTrab., sala X, 11/06/2021. - López, Carlos Adrián c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73290/2021]

Expte. n° CNT 037706/2018/CA001

Buenos Aires, 11 de junio de 2021.

Considerando:

El doctor *Stortini* dijo:

1º) Llegan las presentes actuaciones a la alzada con motivo del recurso que contra la sentencia de la primera instancia interpuso la demandada, mediante la presentación efectuada el dia 20/10/2020, el cual fue replicado por el actor con fecha 22/10/2020. A su vez el perito médico (14/10/2020) apela los emolumentos que le fueron asignados por considerarlos reducidos y la parte demandada recurre por altos los honorarios regulados a la representación y patrocinio letrado del actor y al experto médico.

2º) Por una razón de método iniciaré por el tratamiento de la crítica acerca del rechazo de la defensa de cosa juzgada interpuesta por la demandada con base en el dictamen emitido por la Comisión Médica jurisdiccional.

Sobre la cuestión suscitada, considero menester memorar que este Tribunal ya se pronunció antes de ahora en un caso de aristas similares al presente y en el cual también se debatía la viabilidad de la defensa de cosa juzgada administrativa opuesta por la demandada (ver del registro de esta Sala, SI de fecha l 15/7/2020 en autos: "Berti Gabriel Francisco c/ Swiss Medical ART S.A. s/Accidente – Ley Especial") al sostener que "la cosa juzgada judicial y la cosa juzgada administrativa no tienen en común, como a primera vista podría parecer, ser ambas cosa juzgada, pues tal instituto en sentido estricto es sólo el que se configura respecto de las sentencias judiciales. De esta manera, una sentencia judicial que hace cosa juzgada no es ya impugnable por recurso o acción alguna, y no puede ser modificada por otro tribunal mientras que la cosa juzgada administrativa, en cambio, implica tan sólo una limitación a que la misma administración revoque, modifique o sustituya el acto, y no impide que el acto sea impugnado y eventualmente anulado en la justicia. ("Concenciosa y otros c/ M.C.B.A. s/Ordinario"; Sentencia Cámara Nacional De Apelaciones en lo Civil, 25/2/1993, publicado en Id SAIJ: SUC0010904).

También se refirió en dicho precedente, que según se desprende del criterio expuesto en jurisprudencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, la cosa juzgada administrativa no se identifica con la cosa juzgada judicial, puesto que la primera es tan sólo formal en el sentido de que el acto administrativo no puede ser objeto de una nueva discusión ante la administración pública, pudiendo serlo en cambio ante el órgano jurisdiccional. Es decir que los efectos de la cosa juzgada administrativa son meramente relativos en tanto se agotan en el ámbito de la administración pública, a diferencia de la cosa juzgada judicial que reviste alcances absolutos (Conf. Marienhoff, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo" 1975, T II pág 611; en igual sentido "Menabelli, Héctor y otro c/ Telefónica de Argentina SA s/ diferencias de salarios", sent. 93522 26/5/2005 del registro de la Sala II y "Jorge, Miguel y otros c/ Telecom Argentina SA s/ diferencias de salarios"; Sent. Def. Nº 69.530 del 24/4/2007, del registro de la Sala V).

En el marco precitado, en tanto en el presente caso -como antes se dijo- se trató de una resolución dictada en la sede administrativa, corresponde desestimar la pretensión recursiva y confirmar el rechazo de la excepción de cosa juzgada.

Resta señalar, al tener en cuenta los planteos de la recurrente que intentan cuestionar la viabilidad "formal" de la acción interpuesta, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la cuestión en la causa "Liberman, Susana por sus hijos menores c/ Instituto Nacional de Tecnología Industrial, INTI" al sostener que la declaración de incompetencia debe ajustarse a las etapas procesales previstas en los arts. 4º, 10 y 352 del CPCCN -salvo en los supuestos contemplados por el segundo párrafo del precitado art. 352- (fallo L.-478. XXI, 24.8.1988). También sostuvo el Máximo Tribunal en dicho pronunciamiento que "...Del carácter improrrogable de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo (actual art. 19 de la ley 18.345) no se sigue que el punto atinente a la ju-

risdicción pueda ser resuelto en cualquier estado del proceso, lo cual reconoce fundamentos vinculados con la seguridad jurídica y la economía procesal (cfr. precedente antes citado y en similar sentido fallo de la C.S.J.N. del 14/6/2011 in re: "Tevelez, Yamila c/ Estado Nacional Poder Ejecutivo Nacional Ministerio de Economía").

En tal contexto, al tener en cuenta que en este puntual y particular caso, la magistrada que me ha precedido asumió la jurisdicción, se produjeron las pruebas y se tramitó la causa hasta el dictado de la sentencia definitiva, no corresponde establecer en esta etapa del proceso la inviabilidad "formal" de la acción interpuesta.

3º) Sentado lo anterior, en punto a la cuestión sustancial, se agravia la demandada acerca del cómputo del Ingreso Base Mensual y de los intereses establecidos en grado, al no haberse efectuado los mismos -según lo sostiene- de conformidad con las disposiciones contenidas en la ley 27.348.

Anticipo que el contenido del memorial recursivo no posibilita apartarse de la solución adoptada en la anterior etapa.

Me explico. Al respecto, considero oportuno recordar que la crítica supone un análisis de la sentencia mediante raciocinios que demuestren el error técnico, la incongruencia normativa o la contradicción lógica de la relación de los hechos que el juez considera conducentes para la justa composición del litigio, de su calificación jurídica y de los fundamentos de derecho que sustentan su decisión y es debido a ello que la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir, que el apelante refute las conclusiones del fallo que considera erradas.

La exigencia de que la expresión de agravios contenga una crítica detallada y concreta de todos y cada uno de los puntos del decisorio apelado que se consideran erróneos o contrarios a derecho no es meramente ritual, puesto que ello es lo que determina los límites precisos de la actividad revisora (cfr. art. 116 L.O.).

En tal contexto, si bien no cabe duda que en virtud de la fecha en la que aconteció el infortunio del caso (esta es: 31/7/2017), resultan aplicables las disposiciones de la aludida ley 27.348 -cfr. art. 20 de la cit. ley-, lo cierto es que la queja ensayada por la recurrente resulta ser meramente dogmática y genérica (art. 116 L.O.) y no rebate de un modo eficaz lo decidido en el fallo anterior en los aspectos mencionados.

En efecto, cabe considerar que la mera reproducción de las disposiciones contenidas en los apartados "1° y 2°" del art. 11 de la Ley 27.348 (que modificó lo establecido por el art. 12 de la ley 24.557 en lo atinente al cálculo del ingreso base) y sin indicarse de un modo claro, preciso y concreto, en qué aspecto puntual el cómputo del ingreso base detallado en el fallo anterior radicaría -a juicio de la recurrente- el supuesto error y/o el apartamiento de las disposiciones de la citada norma, no constituye la crítica concreta y razonada que de modo insoslayable exige el art. 116 de la ley adjetiva.

Además, la recurrente omite cristalizar la medida del agravio (art. 116 L.O.) al indicar de un modo preciso y concreto -con cifras y cálculos detallados- cuáles serían los guarismos y/o el modo en el que -a su parecer- debió efectuarse el cómputo del concepto en cuestión.

Similar reflexión cabe efectuar en orden a los planteos formulados en punto a los intereses.

Obsérvese, que la apelante no efectúa una crítica razonada (art. 116 L.O.) de los diversos fundamentos brindados por la magistrada que me ha precedido al disponer la aplicación de los intereses allí establecidos y desde la fecha del infortunio (ver fallo apartado V).

Digo ello porque, mas allá de la reproducción del fragmento del fallo en el que se establecen los intereses aplicables, cabe considerar que la genérica y dogmática objeción ensayada por la recurrente parecería hacer referencia (art. 116 L.O.) al argüido apartamiento de las disposiciones contenidas en la mencionada norma citada por la parte, pero únicamente en lo atinente al cálculo del "ingreso base". Ello, se desprende de la afirmación efectuada en el memorial recursivo en el sentido que los intereses "deben ser calculados sobre el Ingreso Base Mensual" y del hecho que solo fueron invocadas e individualizadas -e incluso reproducido el contenido literal como antes se dijo- de las disposiciones de los apartados "1° y 2°" del art. 11 ley 27.348.

Cabe considerar además, que los planteos recursivos se formularon en un mismo agravio (ver apartado "a", "Primer agravio") y el cual concluye con la petición que se revoque la sentencia de la primera instancia "en cuanto no ajusta el cálculo del ingreso base mensual ni por consiguiente de la indemnización a abonar por mi poderdante a las previsiones del artículo 11 de la Ley 27.348" -sic-

Ello, en modo alguno constituye una crítica concreta y razonada que habilite el tratamiento revisor por ante este Tribunal, lo cual conlleva a declarar desierto este segmento del recurso (art. 116 de la ley adjetiva).

4°) Respecto de los emolumentos asignados a la representación y patrocinio letrado del actor (apelados por altos) e incluso al perito médico (apelados por altos y por bajos), no se aprecian irrazonables en función de la labor desarrollada por cada uno en la anterior instancia por lo que impulso su confirmación (arts. 38 de la L.O.).

5º) Las costas de alzada se imponen a la demandada en atención a la forma de resolver (art 68, primer párrafo del CPCCN).

Por lo expuesto voto por: 1) Confirmar la sentencia recurrida en lo que decide y fue materia de recurso y agravios. 2) Imponer las costas de la alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes en esta etapa en el 30% a cada una de lo que les corresponde percibir por su actuación profesional en la anterior instancia (art. 38 de la L.O.).

El doctor *Corach* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

El doctor *Ambesi* no vota (art. 125 L.O.).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve:* 1) Confirmar la sentencia recurrida en lo que decide y fue materia de recurso y agravios. 2) Imponer las costas de la alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes en esta etapa en el 30% a cada una de lo que les corresponde percibir por su actuación profesional en la anterior instancia (art. 38 de la L.O.). Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN Nº 15/2013 y devuélvase. *— Gregorio Corach. — Daniel E. Stortini.*

ENFERMERA DE CAMPAÑA

Pedido de beneficios por ser excombatiente. Perspectiva de género. Otorgamiento.

1. — Las exigencias contempladas en el dec. 1244/1998, en cuanto al necesario carácter de excombatiente en acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, implica el cumplimiento de un recaudo utópico para el caso puntual del personal sanitario y al que solo cabría exigírsele funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, más allá de su condición de revista al momento del conflicto.

2. — La accionante ha demostrado haberse desempeñado como Personal Militar de Enfermería en un hospital de campaña durante el conflicto bélico de las Islas Malvinas, y según surge del art. 33 del "Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", de 1949, ese edificio, el material y los depósitos del establecimiento quedaron sometidos al derecho de la guerra durante el transcurso del conflicto bélico y su personal mereció especial protección brindada por el Convenio mencionado, situación que necesariamente lleva a prescindir de la rigurosidad en torno al cumplimiento del requisito geoespacial, exigido por el dec. 1244/1998.

3. — Los servicios de la accionante —enfermería— no se distinguen de las desarrolladas por quienes combatieron de manera efectiva, con lo cual no deben valorarse de distinta manera, como así tampoco de aquellos civiles que resultaron alcanzados por las previsiones del art. 1° de la ley 23.848, a quienes —a diferencia de la actora— tampoco se les exigió la participación efectiva en acciones bélicas.

4. — Pensar en un combate físico solamente y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad. Reconocer una "veteranía de guerra" despotenciada o en grado inferior, en la medida en que no se presenció combate, como aduce la parte demandada, es —en el caso de la actora, enfermera de campaña— perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados.

CFed. Seg. Social, sala II, 06/05/2021. - Reynoso, Alicia Mabel c. E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/13505/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

En "Gérez, Carmelo Antonio c. Estado Nacional - Mº de Defensa", 09/11/2010, Fallos: 333:2141, AR/JUR/69868/2010, señaló los requisitos para obtener el beneficio para veteranos de guerra previsto en el art. 1244/1998.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expediente N° 91.147/2010

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 6 de 2021.

Considerando:

Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia de grado que admitió la acción tendiente al reconocimiento del derecho de la actora a percibir los beneficios para los excombatientes instituidos en la ley 23.109 y el decreto 1244/1998.

1.- Planteo de la cuestión a resolver:

La demandada cuestiona la sentencia y sostiene que no se encuentran reunidos los requisitos previstos en la normativa para tornar procedente el beneficio reconocido. Alude que no se ha acreditado en autos que la actora haya participado en acciones bélicas dentro del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur. En apoyo de su postura remite a las consideraciones efectuadas por el más Alto Tribunal de la Nación en autos "Arfinetti, Víctor H. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Ejército Argentino y otro s/ acción declarativa de certeza", sent. del 07/07/2015 (Fallos: 338:539).

El punto clave radica en decidir si la actora, en su condición de personal militar enfermera de la Fuerza Aérea Argentina, por sus servicios prestados en el Hospital de campaña reubicable de Comodoro Rivadavia, reviste o no la condición de excombatiente por su participación en el conflicto bélico de Malvinas, con derecho al beneficio que reclama.

2.- Marco normativo y jurisprudencial de la litis:

El art. 1° del Decreto 1244/1998 expresamente contempla lo siguiente: "Establécese un complemento mensual equivalente al ochenta y cinco por ciento (85%) de la asignación básica correspondiente al Nivel E del Agrupamiento General del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Publico (SINEP), homologado por Decreto N° 2098 del 3 de diciembre de 2008, o de su similar equivalente del futuro ordenamiento convencional o normativo que lo reemplace, para el personal de la Administración Pública Nacional que acredite la condición de excombatiente en las acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982".

Por otro lado, el Decreto 509/1988 —reglamentario de la Ley 23.109—, en el art. 1° establece lo siguiente: "A los efectos de la aplicación de la Ley 23.109 se considerará Veterano de Guerra a los exsoldados conscriptos que desde el 2 de abril al 14 de junio de 1982 participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur, cuya jurisdicción fuera determinada el 7 de abril de dicho año y que abarcaba la plataforma continental, las Islas Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur y el espacio aéreo correspondiente".

La Excma. CSJN en un fallo del 09/11/2010: G.123. XLIV "Gerez, Carmelo A. c. Estado Nacional - M. de Defensa s/ impugnación de resolución administrativa - proceso ordinario" (Fallos: 333:2141), ha efectuado un minucioso análisis de la normativa atinente al reconocimiento del carácter de veterano de guerra. Así, ha establecido un triple orden de requisitos, a saber: pauta temporal, ámbito geográfico y acción bélica.

Luego, la propia CSJN se expidió nuevamente en la causa antes mencionada (Fallos: 338:412). En este nuevo pronunciamiento, el Alto Tribunal, reiteró los tres parámetros antes mencionados, pero no definió el concepto de "acción bélica". Por lo que habría que evaluar las condiciones subjetivas en cada caso para determinar el carácter de veterano de guerra.

Posteriormente, en los autos "Arfinetti, Víctor H. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa Ejército Argentino y otro s/ acción declarativa de Certeza" (CSJ 468/2011 47-A / CSI) del 07/07/2015 —citado ut supra— la CSJN estableció que para revestir la condición de "veterano de guerra" debe acreditarse principalmente la efectiva "acción bélica" dentro del conflicto.

Por último, en la causa "Álvarez, Omar Á. y otros c. Est. Nac. (M. de Defensa) s/ diferencia salarial —medida cautelar" (CSJ 195/2013 (49-A) / CS1) del 15 de diciembre de 2015, el Alto Tribunal ratificó la doctrina sentada en el fallo "Arfinetti, Víctor H.", destacando la finalidad que poseen las normas en cuestión de otorgar un reconocimiento a quienes participaron de manera efectiva en el conflicto bélico.

Si bien es cierto que ninguno de los precedentes antes citados son exactamente idénticos a la cuestión debatida en autos, toda vez que Carmelo Antonio Gerez era un suboficial retirado de la Armada sin haber de ningún tipo, desocupado y a cargo de una familia integrada por cónyuge y cinco hijos (v.gr. le resultaba aplicable la ley 24.892), en el caso "Arfinetti" los beneficios perseguidos eran los determinados por la ley 23.109 por parte de exconscriptos movilizados en el continente y en el caso "Álvarez" los actores eran suboficiales y personal civil de la Armada Argentina, cierto es que la doctrina resultante de los mismos como así también las directrices planteadas por la Procuración en sus respectivos dictámenes constituyen un aporte ineludible a la hora de resolver la presente causa.

3.- El caso particular de la Sra. Alicia Mabel Reynoso

La persona involucrada en este caso dice ser Veterana de Malvinas por haberse desempeñado como Personal de Enfermería de la Fuerza Aérea en el Hospital Reubicable de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, en la Brigada Aérea IX, que fue afectado como Hospital de Evacuados durante el conflicto bélico del Atlántico Sur.

Cabe destacar que cada Fuerza Armada tiene su propia normativa en razón de la cual se determinan los requisitos que deben cumplirse a los fines de que una persona pueda ser calificada como "veterano de guerra".

Corresponde agregar que el certificado obrante a fs. 67 —emitido por el departamento de Malvinas de la Fuerza Aérea Argentina— y de la prueba producida en autos se desprende que la accionante prestó tareas durante el Conflicto del Atlántico Sur de "apoyo operativo y/o logístico en la zona de despliegue continental" entre el 02 de abril y el 14 de junio de 1982. (Ver diploma del Honorable Congreso de la Nación a fs. 10).

El organismo demandado manifiesta que el magistrado de grado aquí interviniente no identificó las tareas bélicas desempeñadas por la actora.

No le asiste razón a la accionada. Ello así, dado que la sentencia de fs. 124/126 destaca la participación de la actora como personal de enfermería en el hospital reubicable de Comodoro Rivadavia. Esta circunstancia impide un rígido análisis de la ubicación geográfica de la actividad desplegada, tal como indica el Sr. Juez de primera instancia.

4.- Igualdad y discriminación

Que, a tal efecto, cabe concluir que la accionante ha demostrado haberse desempeñado como Personal Militar de Enfermería en el "Hospital Reubicable de Comodoro Rivadavia" durante el conflicto bélico de las Islas Malvinas, y que según surge del art. 33 del "Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", 1949, ese edificio, el material y los depósitos del establecimiento quedaron sometidos al derecho de la guerra durante el transcurso del conflicto bélico y su personal mereció especial protección brindada por el Convenio mencionado, situación que necesariamente lleva a prescindir de la rigurosidad en torno al cumplimiento del requisito geoespacial, exigido por la normativa bajo análisis.

A todas luces, las exigencias contempladas en el decreto 1244/1998, en cuanto al necesario carácter de excombatiente en acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, implica el cumplimiento de un recaudo utópico para el caso puntual del personal sanitario y al que solo cabría exigírsele funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, más allá de su condición de revista al momento del conflicto.

La desigualdad normativa, en donde la probabilidad de obtención del reconocimiento en cuestión, es posible en el caso de un civil enfermero (Conf. art. 1 ley 23.848), por simple hecho de haber desarrollado tareas de apoyatura y sin embargo a la Alférez enfermera Reynoso, quien fuera oficial en actividad de la Fuerza Aérea Argentina al momento del conflicto, le impone la exigencia extra de haber tenido que entrar efectivamente en combate, requisito este que si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 12 inc. 1 del Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra, aprobado por ley 24.668, es de imposible cumplimiento. No solo debido a la especial protección que reviste el personal sanitario sino a que expresamente se los excluye del derecho a participar directamente en las hostilidades (Conf. art. 43 inc. 2 del Convenio), siendo calificadas como infracciones graves del aludido Protocolo cualquier ataque dirigido al personal sanitario (Ver art. 85 inc. 2 del Convenio).

Los servicios de la accionante no se distinguen de las desarrolladas por quienes combatieron de manera efectiva, con lo cual, no deben valorarse de distinta manera, como así tampoco de aquellos civiles que resultaron alcanzados por las previsiones del art. 1 de la ley 23.848, a quienes —a diferencia de la Sra. Reynoso— tampoco se les exigió la participación efectiva en acciones bélicas.

Además de la discusión en cuanto a la delimitación espacial en la que se desempeñó la actora durante la guerra de Malvinas, debe considerarse que en el caso bajo análisis no caben dudas en cuanto al servicio brindado por la Sra. Reynoso para la defensa de la soberanía nacional, más allá del concepto espacial aludido, toda vez que definitivamente su servicio brindado desde el propio hospital de revista, donde tanto la contención brindada como la aplicación del arte de curar a cada uno de los caídos en combate, sin dudas merece el reconocimiento aquí bajo análisis.

Con lo cual, la falta de diferenciación aludida —que si existe en el caso de las leyes 23.848 y 24.652— no hizo más que agravar el estado de la actora que, en situación de retiro —sin derecho a haber— por parte de la Fuerza Aérea Argentina mientras se desempeñó en la Administración Pública Nacional no percibió el beneficio establecido por el decreto 1244/1998. A ello cabe agregar que permaneció sin gozar de ningún beneficio previsional hasta el día 01/05/2021 fecha en la que la Sra. Reynoso obtuvo el abrigo del sistema pre-

visional por medio del régimen general (Conf. surge de la consulta al sistema "Servicios Corporativos" de la ANSeS).

De un modo análogo, en lo que refiere a la acción de apoyatura por parte de enfermeras civiles, se expidió en su momento el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 6 en autos "Puñalef, Isabel y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg." expte. 87.588/2011 sent. del 3 de abril de 2017.

Asimismo, el examen de razonabilidad de los hechos que conforman el contenido de los antecedentes de la norma y de los cuales se han de derivar las consecuencias como también la ponderación de la proporcionalidad de los medios a utilizar, conduce a un campo de valoración axiológica constitucional del principio de igualdad. Al respecto la Excma. CSJN ha señalado que la igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Así, si la ley distingue entre distintas categorías de sujetos o situaciones, la distinción debe fundarse también en la igualdad en el sentido de que todos los iguales deben integrar la misma categoría. Implantar con una ley el orden y la seguridad implica establecer un orden y una seguridad con la racionalidad de la igualdad. "La garantía del art. 16 de la CN no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable" (cfr. Fallos: 271:124).

El principio de igualdad garantizado en el art. 16 de la Constitución Nacional debe ser analizado en relación con otras mujeres enfermeras a las que efectivamente se les reconoció la condición de veteranas de guerra por haber cumplido funciones de enfermería a bordo de los buques hospitales. Tal es el caso, por ejemplo, de las enfermeras instrumentadoras quirúrgicas civiles del Ejército que estuvieron en el Buque Hospital Almirante Irizar que fueron reconocidas como Veteranas de Guerra de Malvinas, por haber ingresado al TOAS.

En esta inteligencia resulta destacable mencionar que entre los fundamentos del Dcto. 886/2005, se señala que el otorgamiento de las pensiones en cuestión implica un reconocimiento a aquellos soldados conscriptos, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que hayan estado destinados en el Teatro de Operaciones Malvinas (TOM) o entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS) y a los civiles que se encontraban cumpliendo funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados.

La igualdad debe meritarse ante las mismas circunstancias y frente a la misma normativa. No puede sostenerse que una modificación legislativa posterior —ya sea que esta resulte más beneficiosa o no— coloque en desigualdad ante la ley al ciudadano. Al respecto la Excma. CSJN ha dicho que "el principio de la igualdad ante la ley ha sido precisada como la obligación de tratar legalmente de un modo igual a los iguales en iguales condiciones" (cfr. "Arranz, Pedro A. c. Hearts Corporation", Fallos: 222:352).

5.- Distintas formas de obtener el reconocimiento pretendido:

En este orden de ideas, a fin de tener una acabada visión respecto de la evolución normativa, habremos de mencionar el proyecto de ley presentado el 16 de marzo de 2015 por la Senadora Hilda Aguirre de Soria.

Este Proyecto tiene por objeto el reconocimiento y reparación al personal femenino que participó en la Guerra del Atlántico Sur, cumpliendo con tareas de contención humana y atención sanitaria a los combatientes heridos, en condiciones de verdadero riesgo para su integridad física, mental y espiritual.

Allí se hace hincapié en el ominoso silencio de las Fuerzas Armadas acerca de la participación femenina en el conflicto bélico de Malvinas; señala además que este es un nuevo caso de invisibilización de la mujer en un mundo de hombres, otro intento de escamotearle al género su porción de protagonismo histórico.

El artículo 2°, del aludido proyecto, establece el derecho de las mujeres allí mencionadas al otorgamiento de una pensión vitalicia, no contributiva, compatible con cualquier ingreso que tuviera la beneficiaria.

Cabe hacer referencia también al proyecto de ley presentado el 11 de noviembre de 2016 por la Senadora Pamela Fernanda Verasay.

Este Proyecto tiene por objeto declarar el reconocimiento moral e histórico en el ámbito de la República Argentina, de las aspirantes navales o enfermeras que, en ocasión de la Guerra de Malvinas, cursaban la carrera de enfermería y se encontraban afectadas al conflicto en el Hospital Naval de Puerto Belgrano.

El artículo 2° del proyecto en cuestión, crea el beneficio de una pensión mensual vitalicia honorífica para todas las Aspirantes Navales pertenecientes a las promociones 1980, 1981 y 1982 de la Escuela de Enfermería del Hospital Naval Puerto Belgrano, que acrediten haber prestado servicio bajo bandera en la Guerra de Malvinas, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982.

6.- Otros aportes:

Asimismo, no se puede soslayar la historia narrada en el libro "Mujeres Invisibles", escrito por Alicia Panero y editado en septiembre de 2014 y que constituye uno de los fundamentos del proyecto de ley antes mencionado.

La autora resalta las funciones de las "mujeres enfermeras" que participaron en el conflicto bélico del Atlántico Sur. Destaca la actividad de las mismas en el Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, entre otros, que se convirtió en militar, así como también, relata las medidas que se tomaron a los fines de adecuarlo rápidamente para la atención de heridos en combate. Señala que el Hospital se dividió en diferentes salas según la gravedad de los pacientes. La división consistía en: "irrecuperables" y "emergencias psiquiátricas". Cita la experiencia de la Supervisora de Enfermería de aquella época, E. L., quien relató que "...se registraron 495 heridos, 268 de los cuales eran clase 62, cincuenta y cuatro por ciento, noventa y siete, clase 63, veinte por ciento, ochenta y nueve clase 56 a 61, dieciocho por ciento, cuarenta y uno clase 45 a 55, ocho por ciento", "...muchas madres, en ese 1982, obraron por poder de otras...", "...el Hospital registró 608 lesiones como pie de trinchera, producto de la humedad, la inmovilidad y las quemaduras por el frío...", "...Fueron días muy tristes, para todo el personal de hospital, solo sintieron alivio cuando los soldados se fueron de alta, muchos quedaron vinculados con los enfermeros y enfermeras para siempre...". Asimismo, destaca que luego de la capitulación del Buque Irizar se recibieron trescientos soldados heridos con hambre y frío en el Hospital Regional llamando a sus madres y pidiendo comida. También relata que, ante la superpoblación del Hospital, cuando daban de alta a los jóvenes, algunos fueron alojados en casas particulares de las enfermeras. "Una vez más, fueron junto a toda la ciudad, sostén de almas en carne viva".

En idéntico sentido, puede mencionarse el Proyecto Académico: "Heroínas de la Guerra de Malvinas" escrito con motivo del VIII Congreso de Relaciones Internacionales (La Plata, 2016) por las Licenciadas en Ciencia Política y Relaciones Internacionales Jazmín Maccari y María Candela Ruiz y por los profesores Federico Martín Gómez y Leandro Sánchez.

El testimonio de las vivencias de la actora también surge del reciente documental estrenado en 1 de abril del corriente año titulado "Nosotras también estuvimos", la película documental Argentina dirigida por Federico Strifezzo. El documental narra el reencuentro de Alicia Reynoso, Stella Morales y Ana Masitto, tres de las 14 enfermeras que atendieron a los heridos en Malvinas desde el hospital móvil ubicado en Comodoro Rivadavia. Allí, Alicia y sus compañeras cuentan de su incansable lucha que hasta hoy pelean contra el olvido para lograr su reconocimiento como "veteranas de guerra".

En un relato estremecedor sostienen que "Tantos años de silencio y hoy estamos aquí, vivas, sin miedo, libres y con la verdad en la mano, orgullo en el corazón y la Justicia que nos acompaña. Las enfermeras veteranas de guerra de Malvinas de la Fuerza Aérea estuvimos y estamos diciendo presentes una vez más. Quien quiera oír que oiga", Palabras que explícitamente denotan el destrato recibido durante tantos años, por el hecho de ser mujeres en un contexto militar y que sin dudas las convierte en testigos de lo peor de la guerra.

7.- Perspectiva de género:

Asimismo, debe resaltarse la necesidad de adoptar una necesaria perspectiva de género a la hora de resolver controversias como la que aquí nos ocupa en cuanto al reconocimiento de una veteranía de guerra a los fines aquí demandados. Pensar en un combate físico solamente, y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad. Hay muchas maneras de "participar en combate". La actora lo hizo desde su rol de enfermera que debe ser computado a la hora de evaluar la procedencia del beneficio de Seguridad Social que reclama.

Dentro de esta línea, recordemos, por caso, que el art. 75 inc. 23 pone en cabeza del Congreso de la Nación el dictado de medidas de acción positiva para cuatro colectivos, entre los cuales están las mujeres. Debe entenderse que el Congreso hizo su parte con el certificado obrante a fs. 71 ya citado. La precedente directiva no solo vincula al Poder Legislativo, sino que cabe extenderla a la Administración y a la judicatura. O sea, en el imaginario del constituyente reformador de 1994 no solo queda vedada la discriminación, sino que eventualmente hay que tratar diferente para lograr la igualdad real de oportunidades y de trato (conf. Carnota, Walter F., "Instituciones de Derecho Público", segunda edición, Buenos Aires, LA LEY, 2016, p. 85). Eso es lo que nos indica la norma constitucional cuando consagra a las medidas de acción positiva.

Reconocer una "veteranía de guerra" despotenciada o en grado inferior, en la medida en que no se presenció combate como aduce la parte demandada, es —en el caso de la actora, enfermera de campaña— perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados.

El desarrollo normativo del legislador ha pormenorizado tales premisas cimeras. En lo que hace estric-

tamente al género, el art. 2, inciso e) de la ley 26.485, postula "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género".

En virtud de todo lo señalado, habida cuenta que la Sra. Alicia Mabel Reynoso cumple con las condiciones suficientes para ser considerada una autentica "Veterana de Guerra", teniendo en consideración las particulares aristas analizadas, de conformidad con el análisis normativo expuesto precedentemente y según la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en los precedentes antes reseñados, estimamos que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto consideró a la accionante alcanzada por las disposiciones del decreto 1244/1998.

En razón del resultado de proceso y por las conclusiones arribadas, se imponen las costas a la accionada vencida (Conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En mérito de lo que resulta del presente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo en cuanto fue materia de agravios, 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (Conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por las tareas desarrolladas en esta instancia en el 30% de la suma que le corresponda por su actuación en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder (conf. art. 30 de la ley 27.423, CSJN "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa" sentencia del 4 de septiembre de 2018). Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Nora C. Dorado. — Walter F. Carnota. — Juan Fantini Albarenque.*

PENSIÓN DE GUERRA

Excombatientes. Otorgamiento. Inicio de la liquidación. Inconstitucionalidad del art. 5° del dec. 2634/1990.

La ley 23.848 —modificada por la ley 24.652— dispuso el otorgamiento de una pensión de guerra, no contributiva, a modo de reconocimiento a quienes participaron efectivamente del conflicto bélico. Dicha pensión tuvo como finalidad reconocer justamente el carácter de veterano de guerra. Y esa condición no puede sino adquirirse desde el mismo momento de finalización del conflicto, en el año 1982. El art. 5° del decreto 2634/1990 al establecer como fecha inicial de pago la de solicitud de la prestación o fallecimiento del causante en el supuesto de derechohabientes, se excede en sus facultades reglamentarias y se opone a la intención del legislador, convirtiéndose en una limitación del derecho reconocido. El espíritu de la norma fue establecer una reivindicación histórica; por ello resulta arbitraria la limitación del cobro de la pensión honorífica establecida por el decreto cuestionado desde el momento de su solicitud.

JNFed. Seg. Social Nro. 6, 31/05/2021. - Urquiza, Jorge Alberto y otros c. ANSeS s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/63592/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 5° del decreto 2634/1990.

Expte. N° 169.470/2018

1ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 31 de 2021.

Considerando: I. La cuestión a resolver se centra en determinar si el actor, titular de un beneficio de pensión en los términos de las leyes 23.848 y 24.652, tiene derecho a la liquidación de dicha prestación en forma retroactiva desde el 02/04/1982 hasta la fecha inicial de pago que dispuso la demandada.

II. El art. 1 de la ley 23.848, sustituido por la ley 24.652, establece: "Otórgase una pensión de guerra, cuyo monto será equivalente al cien por ciento (100 %) de la remuneración mensual, integrada por los rubros "sueldos y regas" que percibe el grado de cabo del Ejército Argentino, a los exsoldados conscriptos de las fuerzas armadas que hayan estado destinados en el teatro de Operaciones Malvinas (TOM) o entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS), y a los civiles que se encontraban cumpliendo funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982, debidamente certificado según lo establecido en el decreto 2634/1990. Dicha pensión sufrirá anualmente las variaciones que resulten como consecuencia de los aumentos que la Ley de Presupuesto General de la Nación introduzca en los sueldos y regas del grado de cabo del Ejército Argentino.".

A su vez, el art. 2 de la misma ley dispone: "El beneficio establecido en el artículo anterior, se extien-

de a los derechohabientes, entendiéndose por tales a los enumerados en el artículo 53 de la Ley 24.241 (sus complementarias y modificatorias). A falta de los mismos serán beneficiarios los padres incapacitados para el trabajo y a cargo del causante a la fecha de su deceso, siempre que éstos no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que otorga la presente. El monto de la prestación se determinará conforme lo dispuesto en el artículo 186 de la Ley 24.241 y sufrirá las mismas variaciones que tenga la pensión establecida en el artículo anterior", texto sustituido también por la ley 24.652.

Por su lado, el art. 5 ° del decreto reglamentario 2634/1990 prevé la fecha inicial de pago, señalando que "Las pensiones se abonarán: a) En el caso del artículo 1° de la Ley N° 23.848, a partir de la fecha de solicitud de la prestación.

b) En los supuestos del artículo 2° de la ley citada en el inciso precedente, desde el día siguiente al de la muerte del causante o al del día presuntivo de su fallecimiento, fijado judicialmente, siempre que la solicitud se formule dentro del año contado desde el deceso o de quedar firme la sentencia que declare el fallecimiento presunto. Tratándose de incapaces que carezcan de representación se abonarán desde las fechas indicadas en el párrafo anterior, en tanto que la presentación se produzca dentro de los tres meses contados desde la fecha en que quedó firme la sentencia que designó al representante (artículos 3966 y 3980 del Cód. Civil)...".

Mediante el decreto 1357/2004 se dispuso que la Administración Nacional de la Seguridad Social tendrá a su cargo el otorgamiento, liquidación y pago de las pensiones no contributivas a los veteranos de la Guerra del Atlántico Sur y sus derechohabientes y que el monto de dichas pensiones será para sus titulares el equivalente a la suma de tres veces el haber mínimo de las prestaciones a cargo del Régimen Previsional Público del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, instituido por la Ley N° 24.241, sus modificatorias y complementarias.

III. Cabe destacar que la ley 23.848 —modificada por la ley 24.652— dispuso el otorgamiento de una pensión de guerra, no contributiva, a modo de reconocimiento a quienes participaron efectivamente del conflicto bélico. Dicha pensión tuvo como finalidad reconocer justamente el carácter de veterano de guerra. Y esa condición no puede sino adquirirse desde el mismo momento de finalización del conflicto, en el año 1982.

Sentado ello, el citado art. 5° del decreto 2634/1990 al establecer como fecha inicial de pago la de solicitud de la prestación o fallecimiento del causante en el supuesto de derechohabientes, se excede en sus facultades reglamentarias y se opone a la intención del legislador, convirtiéndose en una limitación del derecho reconocido.

Debe recordarse que la reglamentación de un derecho debe ser razonable (Fallos: 300:700), de modo de conservarlo incólume con y en su integridad, sin degradarlo ni extinguirlo en todo o en parte (Fallos: 98:24).

Cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, ello contraría el principio de jerarquía normativa y configura un exceso en el ejercicio de las atribuciones que la Constitución Nacional concede al Poder Ejecutivo (—Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema— en la causa Giordano, Rafael Bruno y otros c. BCRA s/ proceso de conocimiento, 16/11/2004, Fallos: 327:4937).

En el caso, el espíritu de la norma fue establecer una reivindicación histórica; por ello resulta arbitraria la limitación del cobro de la pensión honorífica establecida por el decreto cuestionado desde el momento de su solicitud.

Por otro lado, se genera una discriminación contraria al art. 16 de la Constitución Nacional, entre quienes gozan del derecho a pensión —que percibirán el haber desde el momento del deceso aun cuando fuera anterior a la sanción de la ley— y los ex combatientes sobrevivientes que sólo podrían acceder a la prestación a partir de la solicitud.

Por tales razones, en la medida en que ha sido desnaturalizada la intención del legislador, que no fue otra que reconocer y reivindicar a quienes participaron de la guerra, a través de una pensión honorífica de carácter no contributivo, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 5° del decreto 2634/1990 por exceder la potestad reglamentaria de la ley 23.848.

En similar sentido se expidió la Sala I de la Excma. Cámara Federal de la Seguridad Social en los autos "Pera, Julio C. y otro c. ANSES s/ pensiones", sentencia del 07/09/2015.

En dicha causa se señaló la analogía con relación al subsidio extraordinario previsto por la ley 22.674, para quienes como consecuencia de haber intervenido en el conflicto bélico del Atlántico Sur se encontraren disminuidos psíquica y físicamente, disponiendo el pago de las sumas reconocidas desde que se produjo el hecho generador en el que tuviera participación,

es decir desde el 2 de abril de 1982, de acuerdo a lo que establece el art. 5° de ese cuerpo legal (cfr. Decimo, Roberto E. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ Personal militar y civil de las fuerzas armadas y de seguridad" (Sent. Def. 157.842-CFSS, Sala I, y "Gramajo, Héctor H. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seguridad", CFSS, Sala I, 115.545 del 20/10/2005).

IV. En virtud de lo anteriormente expuesto, tampoco corresponde acoger la excepción de prescripción planteada.

Cabe recordar que estos beneficios se erigen en una retribución de la seguridad social reconocida a todos quienes participaron en el conflicto bélico, de manera tal que aquél que se encuentre en la situación legal prevista tiene el derecho a que le sea otorgado (conf. doctrina resultante del fallo "Silvero, José I. y otros c. Estado Nacional - Adm. Central, M° de Defensa s/ juicios de conocimiento, CNACAF, Sala I, 04/10/2005).

Además, la propia demandada hace referencia a las Actas suscriptas oportunamente entre la ANSeS y diversas organizaciones representativas de los actores, todas ellas tendientes a "...seguir avanzando en la búsqueda de la solución respecto al reclamo del reconocimiento histórico con los conscriptos excombatientes de Malvinas...". Se alude concretamente a que las partes acordaron la constitución de una comisión de trabajo entre las autoridades de ANSeS y los representantes de los ex-soldados conscriptos combatientes de Malvinas.

De ello se desprende no sólo que se ha interrumpido la prescripción sino que la intención de la Administración también ha sido la de reconocer la condición de veterano desde el momento del conflicto.

Por ello, y en virtud de los fundamentos y fallos citados en el anterior considerando, no corresponde hacer lugar a la referida defensa.

V. Por lo expuesto, habré de hacer lugar a la demanda entablada, ordenado a la ANSeS la liquidación y pago de las sumas retroactivas reclamadas.

En cuanto a los intereses, se aplicará la tasa del 8% anual sobre el capital adeudado hasta el 31 de marzo de 1991 y posteriormente, deberán calcularse conforme a la tasa pasiva promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina (conf. CS "Spitale, Josefa E.", en Fallos: 327:3721), todo ello hasta la fecha de efectivo pago y sin perjuicio de la aplicación, en lo pertinente, de las leyes 23.982, 24.130 y 25.344 (t.o. por Ley 25.565 y 25.725) y la doctrina resultante de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Delfino, María" del 02/09/2014 y "Echevarría, Olga B." del 21/02/2013.

Por lo tanto, resuelvo: 1) Hacer lugar a la demanda incoada por Jorge Alberto Urquiza, Nicolás Francisco Amaya y Carlos Alberto Galharretborde, de acuerdo a los fundamentos vertidos precedentemente; consecuentemente, dejar sin efecto las resoluciones administrativas dictadas. 2) Ordenar a la demandada la liquidación y pago de las sumas retroactivas reclamadas por la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en la presente, en el plazo previsto por el art. 22 de la ley 24.463 modificado por la ley 26.153. 3) Declarar la inconstitucionalidad del art. 5 del decreto 2634/1990, por los fundamentos expuestos en la presente. 4) Desestimar la excepción de prescripción opuesta por la demandada por los fundamentos dados. 5) Costas por su orden (art. 21 de la ley 24.463). 6) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que se practique liquidación definitiva, ocasión en que se evaluarán las distintas etapas cumplidas (conf. ley 27.423). Regístrese y notifíquese. — *Valeria A. Bertolini.*

Novedades Legislativas

RESOLUCIÓN 346 (M.T.E. y S.S.)

Situación legal de desempleo – Criterios aplicables a casos en que se hubieran celebrado convenios de rescisión – Norma complementaria de la ley 24.013.

Fecha: 22/06/2021

Publicación: BO 24/06/2021

Síntesis: Se entiende en situación legal de desempleo, a los efectos de los arts. 113 y 114 de la Ley 24.013 de Empleo, a las trabajadoras y los trabajadores que sin posibilidad de continuar con la relación laboral debido a factores objetivos y generalizados, en situación de extinción colectiva de los contratos de trabajo vigentes en un establecimiento, rama o sector de actividad, hayan suscripto convenios de rescisión cuyo objeto es establecer la modalidad en que dicha rescisión tendrá lugar y los montos, cuotas y oportunidades en que se llevará a cabo el pago de las liquidaciones que correspondan efectuar en virtud del cierre del puesto de trabajo.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 109 (ANSeS)

Asignaciones familiares y universales – Incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos – Norma complementaria de la ley 24.714 y de las res. 51 y 105 (A.N.Se.S.).

Fecha: 22/05/2021

Publicación: BO 27/05/2021

Síntesis: Se establece que el incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las asignaciones familiares previstas en la ley 24.714, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6° de la misma, será equivalente al 12,12% de los rangos y montos dispuestos en los Anexos mencionados en el art. 2° de la res. 51/2021 (ANSeS), conforme lo previsto en el art. 1° de la res. 105/2021 (ANSeS).

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 98 (ANSeS)

Seguridad social – Creación del Programa "Red Federal de la Seguridad Social para Niñas, Niños, Adolescentes, Personas Gestantes y Poblaciones Vulnerables" – Derogación de la res. 300 (ANSeS).

Fecha: 03/05/2021

Publicación: BO 05/05/2021

Síntesis: Se crea el Programa "Red Federal de la Seguridad Social para Niñas, Niños, Adolescentes, Personas Gestantes y Poblaciones Vulnerables", el cual tiene por objetivo propiciar la celebración de convenios de asistencia técnica recíproca, entre la Administración Nacional de Seguridad Social y los Estados Provinciales, a los efectos de establecer un vínculo de cooperación entre las partes que les permita realizar mediante sus Ministerios, dependencias descentralizadas y con especial participación de los organismos de la niñez y adolescencia, acciones conjuntas para su fortalecimiento sustantivo en general, fortaleciendo la colaboración e intercambio de información coadyuvante al efectivo y pleno goce de los derechos de aquellos que resultan ser sus destinatarios.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 31 (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 del dec. 1694 y de la res. 108 (A.N.Se.S.).

Fecha: 02/06/2021
Publicación: BO 04/06/2021

Síntesis: Se establece en $ 5.074,23.- el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del art. 15 del dec. 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 la res. 108/2021 (ANSeS).

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

CONVENIO COLECTIVO DE TRABAJO 784 (S.T.)

Petróleo – Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato Petrolero y Gas Privado Santa Cruz, la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (C.E.P.H.) y la Cámara de Empresas de Operaciones Petroleras Especiales (C.E.O.P.E.) – 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: 23/12/2020

Publicación: BO 28/06/2021

Síntesis: Se homologa un Convenio Colectivo de Trabajo celebrado entre el Sindicato Petrolero y Gas Privado Santa Cruz, la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (C.E.P.H.) y la Cámara de Empresas de Operaciones Petroleras Especiales (C.E.O.P.E.).

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

Personería Gremial

RESOLUCIÓN 203 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación del Sindicato Único de Trabajadores de los Peajes y Afines (S.U.T.P.A.).

Fecha: 21/04/2021

Publicación: BO 23/04/2021

Síntesis: Se reconoce al Sindicato Único de Trabajadores de los Peajes y Afines (S.U.T.P.A.), la ampliación del ámbito de actuación con carácter de Inscripción Gremial.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 52 (S.T.)

Petróleo – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburíferos (SUPEH) y la Cámara de Empresas Petro Energéticas de la República Argentina (CEPERA), en el marco del CCT 774 – Homologación.

Fecha: 01/02/2021

Publicación: BO 24/06/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburíferos (SUPEH) y la Cámara de Empresas Petro Energéticas de la República Argentina (CEPERA), en el marco del CCT 774/2019, en el que las partes pactan nuevas condiciones salariales.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 53 (S.T.)

Turismo – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Cámara Argentina de Concesionarios de Servicios de Comedores y Refrigerios (CACYR), en el marco del CCT 401 – Homologación.

Fecha: 01/02/2021

Publicación: BO 24/06/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión de Trabajadores del Turismo, Hoteleros y Gastronómicos de la República Argentina (UTHGRA) y la Cámara Argentina de Concesionarios de Servicios de Comedores y Refrigerios (CACYR), en el marco del CCT 401/2005, en el que las partes pactan una recomposición salarial.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 84 (S.T.)

Marina mercante – Acuerdo salarial celebrado entre el Sindicato de Obreros Marítimos Unidos (SOMU), la Cámara de Armadores de Pesqueros y Congeladores de la Argentina (CAPECA) y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras (CAPIP), en el marco del CCT 486 – Homologación.

Fecha: 03/02/2021

Publicación: BO 29/06/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre el Sindicato de Obreros Marítimos Unidos (SOMU), la Cámara de Armadores de Pesqueros y Congeladores de la Argentina (CAPECA) y la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras (CAPIP), en el marco del CCT 486/2007, en el que las partes convienen una recomposición salarial.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

RESOLUCIÓN 85 (S.T.)

Metalúrgica – Acuerdo celebrado entre la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina (ASIMRA) y la Cámara Argentina del Acero (CAA), en el marco del CCT 275/75 – Homologación.

Fecha: 05/02/2021

Publicación: BO 29/06/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina (ASIMRA) y la Cámara Argentina del Acero (CAA), en el marco del CCT 275/75, en el que las partes pactan el pago de una gratificación extraordinaria no remunerativa.

[La norma *in extenso* puede consultarse en Atención al cliente, en http://informaciónlegal.com.ar o en Proview]

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.

TRATADO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

2021

Director: **Juan G. Corvalán**

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

El propósito de esta obra es presentar las herramientas básicas para que la inteligencia artificial esté al alcance de todo aquel interesado en comprender o aplicar este gran conjunto de herramientas en su disciplina, en su vida diaria o en su organización. Se realiza un recorrido por *machine learning* o aprendizaje automatizado, brindando ejemplos tanto introductorios como de aplicaciones ya desarrolladas o potenciales para el campo del Derecho.

Algunos de los temas tratados son: Técnicas de inteligencia artificial. Inteligencia artificial compatible con los derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Marco jurídico de derechos humanos para una IA al servicio de las personas. Recomendaciones de organismos internacionales para las empresas sobre IA. Evaluaciones del efecto de la IA en los derechos humanos y consultas públicas. Inteligencia artificial y desarrollo sostenible. Uso ético de la IA. Identidades digitales. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado, entre otros.

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.

MEDIACIÓN ELECTRÓNICA

Acceso a la justicia y resolución de conflictos en el entorno electrónico

Bibiana Beatriz Luz Clara

2021

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están siendo valorados e impulsados por organismos nacionales e internacionales, e incorporándose a las agendas del sector de la Justicia. Esta obra práctica analiza las ventajas, desventajas y plantea soluciones a la temática, busca comprender la dinámica y sus características especiales y poder brindar un servicio de resolución de conflictos acorde con sus requerimientos.
Se analizan las distintas clases de plataformas y centros virtuales, sus condiciones y las funciones y responsabilidades de quienes intervienen en ellas. Se trata de visualizar hacia dónde nos dirigimos en materia de resolución electrónica de conflictos, buscando la mejora continua de la actividad, su profesionalización, en especial en beneficio de los justiciables.
Dentro de los temas destacados de la obra podemos encontrar: acceso a la Justicia a través de medios electrónicos (beneficio de litigar sin gastos, arbitraje, conciliación etc.), los problemas que surgen en torno al acceso por medios electrónicos, negociación en línea, arbitraje electrónico, conciliación electrónica, aplicaciones móviles que se utilizan, procedimiento de la mediación electrónica, entre otros.

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