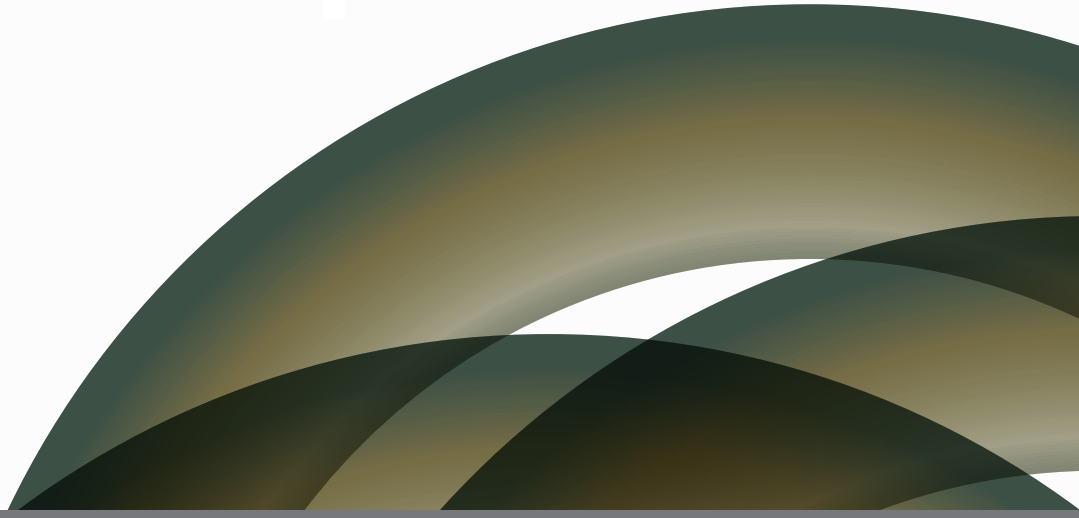
RDLSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Fascículo quincenal Septiembre 2021 | 17



ISSN en trámite

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

ABELEDOPERROT

ISSN: en trámite
RNPI: 5074819

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

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

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

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

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

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

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

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

RDLSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

Fascículo quincenal

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Septiembre 2021 | 17

INCLUYE VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

DIRECTOR
Julio Armando Grisolia

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

DERECHO LABORAL

SECCIONES ESPECIALES

Investigaciones
Julio A. Grisolia

Riesgos del Trabajo
Ernesto Ahuad - Javier de Ugarte

Procedimiento Laboral
Adriana R. Fernández - Laura S. Cáceres

Género y No Discriminación
Liliana N. Picón - Claudia Priore

Internacional
Martha Monsalve - Eleonora Peliza - Wojciech Swida

Teletrabajo y Transformación Digital
Viviana L. Díaz - Alberto Fantini

Práctica Laboral
Emilio E. Romualdi

SEGURIDAD SOCIAL

Directora
María Teresa Martín Yáñez

SECCIONES ESPECIALES

Jurisprudencia Anotada
Carolina E. Ibarra

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

Asignaciones Familiares
Gerardo Martín Corti

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

Bibliografías y Comentarios
Estela R. Martí de Minutella

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

DERECHO LABORAL

Doctrina

La representación en juicio y de formas, ¿cómo andamos?
Liliana N. Picón 3

Negociación colectiva y teletrabajo, a la luz de la nueva ley 27.555
Jésica Lucía Duhalde 8

Cláusulas abusivas en los convenios extintivos de la relación de trabajo
Ana Julieta Farfan 21

Vulnerabilidad social y acceso a la justicia del trabajo
Claudia E. Carignano 30

Aplicación del trabajo remoto, sus consecuencias. Impacto de la crisis COVID en el funcionamiento del Poder Judicial de San Luis
Javier Alejandro Corigliano 38

Jurisprudencia Destacada

ACCIDENTE DE 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 41

TRABAJADOR CON HIJO MENOR EN LA PANDEMIA
Pedido de licencia extraordinaria con goce de haberes. Extensión del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Concesión 43

DESPIDO
Justa causa. Marinero que no se presenta luego de la citación a embarcar 46

DESPIDO
Improcedencia. Pérdida de confianza. Ausencia de contemporaneidad entre el despido y el hecho que lo origina. Desproporción entre el hecho endilgado y la decisión de resolver la relación laboral 49

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Trabajador que deseaba postularse a un cargo sindical. Tutela sindical. Alcance de la ley 23.551. Disidencia 53

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

Acerca del aumento en las jubilaciones: la movilidad de las prestaciones
Patricio J. Torti Cerquetti 65

Asignaciones Familiares

Nuevos proyectos legislativos sobre asignación por maternidad
Gerardo M. Corti 71

Actualidades

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 9/2021
Rafael E. Toledo Ríos 79

Actualidad en Jurisprudencia Provincial 9/2021. Reajustes e Inconstitucionalidad de los decs. 163/2020, 495/2020 y 542/2020 en la Cámara Federal Bahía Blanca y de Paraná
Rosanna E. Bermúdez 88

Actualidad Internacional en Seguridad Social 9/2021
Estela R. Martí de Minutella 94

DERECHO LABORAL

Doctrina

Jurisprudencia Destacada

La representación en juicio y de formas, ¿cómo andamos?

Liliana N. Picón

Sumario: I. Mandato y representación. Escritura pública y libertad de formas.— II. La libertad de formas. Análisis jurisprudencial.— III. Nuestra opinión.

I. Mandato y representación. Escritura pública y libertad de formas

Durante la vigencia del Código de Vélez, la representación procesal era regulada de manera conjunta y articulada con las disposiciones relativas al mandato, definiéndolo como el contrato que tenía lugar cuando una parte otorgaba a otra un poder que este aceptaba, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico o una serie de actos de esta naturaleza **(1)**. Las disposiciones resultaban aplicables a las representaciones necesarias y a aquellas de los que por su oficio público deban representar determinadas clases de personas, o determinadas clases de bienes, en todo lo que no se oponga a las leyes especiales sobre ellas **(2)**.

Su propia definición revelaba la idea de "poder", ya que, el anterior cuerpo normativo no distinguía con precisión las diferencias entre "poder", "mandato" y "representación", aplicándose las reglas generales del mandato.

Regía el art. 1184, inc. 7º de ese digesto al regular: "(…) Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: (…) 7º los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio (…)".

Esta ha sido una verdad indiscutida, que encontró su correlato adjetivo en el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto expresa: "Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder…".

Ahora bien, el actual Código Civil y Comercial define al mandato en el art. 1319 al señalar: "Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra", de modo más sintético que la versión del anterior Código y sin hacer referencia al "poder".

En los fundamentos del Anteproyecto presentado por la Comisión Redactora, se aclaró que la representación era tratada dentro de las reglas generales del acto jurídico y que el mandato como contrato contemplaba tanto la forma civil como la comercial, estableciendo de esta forma una nítida escisión entre la teoría de la representación y el mandato como contrato. La nueva regulación se sustentó en la idea de que la representación voluntaria presenta dos aspectos diferenciados, una faz interna, que se identifica con el mandato mismo y otra externa, que se relaciona con la circunstancia de que el mandante otorgue facultades al apoderado para rea-

(1) Art. 1869, Cód. Civil.

(2) *Ibidem*.

lizar aquellos actos encomendados a terceros y cuyas consecuencias jurídicas se le atribuyan al primero **(3)**.

Esta nueva versión establece que el mandato civil o comercial pueda ser o no representativo, de acuerdo con el alcance otorgado por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad. En el primer caso, deberán aplicarse las disposiciones relativas a la representación, en tanto el art. 1320 del Cód. Civ. y Com. establece que si el mandante confiere poder para ser representado, deben aplicarse las disposiciones previstas en los arts. 362 y ss. referidas a la representación.

Sin perjuicio de ello, es relevante señalar que para el fuero laboral el art. 36 de la ley 18.345 habilitó al trabajador a otorgar mandato a través de la figura del "acta poder", de carácter especial y otorgada en el marco de lo dispuesto por el Cuerpo Orgánico correspondiente a Reglamentos y Acordadas de la Justicia Nacional del Trabajo (cap. 12) y el Acuerdo General del 21 de diciembre de 2011 que impuso —a partir del 1º de junio de 2012— el otorgamiento vía web en consonancia con los avances en materia de digitalización e informatización. Esta norma se halla íntimamente vinculada con el principio de gratuidad del procedimiento laboral al que refiere el art. 20 de la LCT y permite al trabajador otorgar un mandato judicial en los términos previstos en las referidas disposiciones reglamentarias, sin la necesidad de erogar los gastos de una escritura pública **(4)**. Como señala la Maza, se trata de una de las líneas arquitectónicas de un derecho laboral protectorio que no puede ser concebido "sin la garantización de que el trabajador podrá ejercer su derecho a plantear reclamos y acciones sin incurrir en costos económicos que pueden presumirse, como regla general, fuera de su alcance o que operarían como un obstáculo para su accionar" **(5)**. Este criterio, receptado del más Alto Tribunal de la Nación **(6)**, "importa corregir, en forma razonable, el desnivel económico para afrontar un litigio con la declaración *ministerio legis* del beneficio de pobreza..." **(7)**.

Esta regulación (art. 36, ley 18.345) se mantiene incólume para la Justicia Nacional del Trabajo por lo que un trabajador podría acudir a esta senda gratuita de apoderamiento, aún frente a las modificaciones que ha introducido la normativa de fondo.

En cuanto a las formas, el actual Código Civil y Comercial de la Nación regula: "Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada", estipulando un principio de libertad de formas, en especial, en lo que se refiere a la formación del consentimiento.

La regla se asienta en el principio de libertad de formas establecida en el art. 284 de ese cuerpo normativo, reiterada para los contratos en el art. 1015. Respecto de la forma del poder, el art. 363 señala: "(...) [E]l apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar (...)". Por lo cual, en principio, podría sostenerse que el poder se trata de un acto jurídico no formal, quedando sujeto a formalidades cuando la ley lo disponga respecto del acto que el representante deba realizar **(8)**.

De hecho, el art. 1017 del Cód. Civ. y Com. señala ciertos actos que requieren escritura pública, por lo que el apoderamiento para ejecutarlos debe instrumentarse con arreglo a esta formalidad. Sin embargo, a diferencia del Código de Vélez que exigía la forma pública para los poderes generales o especiales, el citado art. 1017 no los incluye en su enumeración. Entonces, deberíamos preguntarnos ¿Se mantiene respecto de los poderes para estar en juicio la forma de escritura de poder?

---

(3) ÁLVAREZ GUZMÁN, Sergio E., "Representación procesal y el Código Civil y Comercial de la Nación".

(4) ALLOCATI, Amadeo - PIROLO, Miguel Ángel, "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo", Ed. Astrea, 2ª ed. actualizada y ampliada.

(5) MAZA, Miguel, "Comentario al art. 20 de la LCT en Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada", Raúl H. Ojeda (coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011.

(6) CS, "Machado, Epifanio R.", fallo del 14 de setiembre de 2010 y "Ledesma, Pablo" del 4 de diciembre de 1974.

(7) MAZA, Miguel, ob. cit.

(8) LETURIA, Mauro F. - NUGOLI, Solange - GOCHICOA, Adrián, "Representación, mandato y poder. Una encrucijada entre el derecho de fondo y de forma", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nº 49-2019 Anual. Impresión electrónica ISSN 2591-6386, Año 16, Universidad Nacional de La Plata UNLP.

La respuesta no es unánime y ha suscitado diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales relativas a si se mantiene la solemnidad que exigía el anterior cuerpo normativo respecto de los poderes generales y especiales, ante la libertad de formas regulada, con carácter general, en la descripción del art. 1017.

II. La libertad de formas. Análisis jurisprudencial

II.1. Escritura de poder

La primera de ellas considera que el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. refiere a la "escritura de poder" por lo que remite inequívocamente a la escritura pública como forma y se complementa con la legislación de fondo (arts. 362 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Para arribar a esta conclusión, se postula que la legislación procesal no es materia delegada al gobierno central y que son las provincias quienes, en ejercicio y cumplimiento de los preceptos constitucionales tendientes a la asegurar la administración de justicia, pueden imponer reglas que rigen en la materia **(9)**.

Algunos precedentes jurisprudenciales parten de la idea de que el inc. d) del art. 1017 del Cód. Civ. y Com. es una especie de "cláusula residual" que otorga carácter obligatorio a otras disposiciones de ese cuerpo normativo y a otras normas, entre ellas, el Código Procesal Civil y Comercial que requiere escritura pública como medio de instrumentación de los poderes para la representación en juicio **(10)**. También se sostuvo que si bien en aquella norma de fondo no se menciona en forma expresa el contrato de mandato y en particular, el poder general judicial para actuar en juicio, la mención del inc. d) del art. 1017 que alude a "disposición de la ley" importó el respeto por las autonomías provinciales en lo que atañe a la exigencia de escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales, pues las leyes locales se han sancionado a partir de una competencia constitucional que no puede ser ni regulada, ni derogada por el Código Civil y Comercial.

Si el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar, tal como expresamente regula el art. 363 del Cód. Civ. y Com., es el art. 47 de este último cuerpo normativo el que estipula que los procuradores o apoderados deben acreditar su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes con la pertinente escritura de poder. En consecuencia, no existiría —según esta postura— una libertad absoluta de formas en la medida que las normas procesales o de fondo regulen la cuestión (conf. RIVERA - MEDINA, "Código Civil y Comercial de la Nación", LLBA 2014-I, p. 812) **(11)**.

En esta misma línea de análisis, se expresó que tampoco resultaba suficiente alegar que la ley posterior deroga a la anterior, cuando existe incompatibilidad entre ambas, debiendo interpretarse, sobre la base del inc. d) del art. 1017, que esta última, en el específico supuesto del art. 47 del Código adjetivo, constituye una excepción al principio general de formas del acto jurídico previsto por el art. 284 del Cód. Civ. y Com. **(12)**. Esta postura es coherente con la posición doctrinaria que sostiene: "[N]o se ha repetido el art. 1184 del Cód. de Vélez, no porque se hayan eliminado los distintos supuestos a los que la norma aludía, sino porque el art. 1017, inc. d) remite a las disposiciones específicas, como ocurre en el caso del otorgamiento de

(9) CNCiv., sala H, 12/05/2016, "Arroyo, Nicolás S. c. Dreid, Carlos A. y otro s/ prueba anticipada"; 20/11/2015, "Medina, Alejandra E. c. Saettone, Sergio O. y otros s/ daños y perjuicios"; 09/06/2016, "L. A. P. M. y otros c. G. I., J. s/ alimentos"). CACC San Isidro, Sala III, 25/02/2016, "Oropel, Clara A. c. Gómez, Raúl A. s/ acción declarativa"; CACC Mar del Plata, Sala II, 31/05/2016, "Grippaldi, Alfredo A. c. Cons. Prop. Edificio Santa Lucía s/ cobro de sumas de dinero"; CACC Sala I Azul, 18/05/2017, "González, Hugo A. c. Castellano, Yanel A. y otro s/ daños y perj. incump. contractual"; CACC Sala II Mar del Plata, 13/07/2017, "Miranda, Miguel R. c. Visvequi, Juan s/ cobro ejecutivo".

(10) CNCiv., sala H, "Medina, Alejandra E. c. Saettone, Sergio O. y otros s/ daños y perjuicios" del 20/11/2015 citado en DÍAZ, Franciscom "La libertad de formas en el Código Civil y Comercial de la Nación y su impacto a la hora de acreditar la representación en sede judicial", Diario Civil y Obligaciones, 189, 03/06/2019.

(11) CNCiv., sala H, "Arroyo, Nicolás c. Dreid, Carlos A. y otro s/ prueba anticipada", 12/05/2016; "Grela, Manuel H. s/ sucesión ab intestato", 20/11/2015; sala C, "Zielli, Mirta N. y otros c. Bolo, Rafael O. s/ ejecución hipotecaria", 05/12/2019.

(12) CNCiv.. sala I, "L. A. P. M. c. G. I. J. s/ alimentos", 09/06/2016; íd. CNCiv., sala M, "Barreyro, María L. c. Pulice, Diego y ot. s/ daños y perj.", 27/03/2017.

mandato de representación para la celebración de actos que deben ser celebrados en escritura pública (art. 363, Cód. Civ. y Com.)" **(13)**.

El referido art. 363 impone una nueva regla general en el sentido de que la forma del apoderamiento estará dada por el acto que el representante deba realizar, atando la formalidad del poder a aquella prescripta para el acto objeto de la representación **(14)**.

Para esta línea de interpretación, el criterio general es que los contratos son no formales como regla, quedando reservadas las exigencias de forma como régimen de excepción en la medida en que se encuentre impuesta por la ley, o por acuerdo de partes **(15)**.

II.2. Libertad de formas

En otro extremo interpretativo, se ha considerado que frente al nuevo escenario normativo sustancial, resultaría suficiente la acreditación de la personería para actuar en juicio mediante el acompañamiento de un poder instrumentado en forma privada. Esta postura se sustenta en la noción de que al momento actual no se ha establecido el requisito de la escritura pública para el otorgamiento de poderes sino que, por el contrario, se consagra el principio de libertad de formas. Interpreta que si el objeto del mandato es, entonces, la representación en juicio, ya sea por poder general o especial y al solo efecto de ejercer los actos procesales necesarios, resulta suficiente con la manifestación de la voluntad del otorgante de ser representado por el letrado, sin necesidad de acudir al otorgamiento de ella por medio de una escritura pública.

Las provincias han delegado la facultad de dictar el Código Civil y Comercial al Congreso de la Nación y la regla sobre la acreditación del mandato consagrada en el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. es netamente procesal. En este andarivel, no resultaría admisible que la legislación local limite el alcance establecido en la normativa de fondo (conf. arts. 31 y 75, inc. 12 de la CN; cfme. Ac. 79.617 del 18/04/2001). Al haberse sancionado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación por parte del Congreso Nacional en ejercicio de las facultades delegadas (ley 26.994) en el que no se exige expresamente el instrumento público para la acreditación del mandato para intervenir en juicio (arts. 1015 y 1017 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), debe estarse a su disposición. La prescripción del art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. no encuentra sustento en el art. 1017, inc. d) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, lo que se coordina con el art. 362 del mismo cuerpo legal, ya que, una ley procesal no puede crear para actos jurídicos —en el caso, el mandato—, formas instrumentales que la ley sustancial no prevé (arts. 5º, 31, 75, inc. 12, 121, 126, CN). Es claro que la provincia no puede imponer las formas a los contratos, cuando no están previstas en la ley nacional que regula sobre la materia delegada y por ello, no puede exigirse que se formalice el poder en escritura pública.

La libertad de formas es un principio fundamental para asegurar que la voluntad de los otorgantes, excepto casos excepcionales, no quede prisionera de formalidades rituales que, en su afán de resguardar la expresión de esa voluntad terminan paradójicamente impidiendo su cumplimiento. La ausencia en el texto del art. 1017 del nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación de una previsión análoga a la del anterior art. 1184, inc. 7º del Cód. Civil, se fortalece desde la perspectiva del art. 19 de la CN **(16)**.

En este mismo entendimiento, se ha sostenido que existiría libertad de formas para las modificaciones de instrumentos de representación que originalmente hubieren requerido escritura pública, si solamente esa modificación se refiere a estipulaciones accesorias o secundarias del

(13) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, "Código Civil y Comercial Comentado", t. III, citado por DÍAZ, Francisco, ob. cit.

(14) RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial Comentado", citado por DÍAZ, Francisco, ob. cit.

(15) LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial comentado, T. V", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 763.

(16) Cámara Segunda de Apelación Civil y Comercial de La Plata, 16/06/2016, "Sciatore, Diego M. y otro c. Rossini, Estela L. y otro s/ daños y perjuicios"; 06/12/2016 Sala 1ª, Cámara Civil y Comercial de San Isidro, "G. G. M. c. F. M. E. y otro s/ petición de herencia"; CACC La Plata, 10/03/2016, "Ortiz, Roberto y otros c. Sassaroli, Ana María y otro s/ propiedad horizontal - cuestiones e/ propietarios"; SCBA, 08/02/2017, "Carnevale, Cosme O. c. Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria - recurso extraordinario de inapl. de ley".

contrato que se autoriza a convenir en nombre del poderdante.

II.3. Postura intermedia

Una solución intermedia propicia que el instrumento privado a fin de acreditar la personería sea suscripto ante el Actuario del Juzgado. Para ello, sostiene que la representación en juicio —sea mediante poder general o especial y al solo efecto de ejercer los actos procesales necesarios— resultaría válida con la manifestación de voluntad del otorgante. Sin embargo, la trascendencia de ese acto jurídico impondría la observancia de un mínimo de garantías o recaudos —en el caso, la intervención del Actuario— a fin de evitar planteos relativos a la existencia o autenticidad de firmas o contenido del instrumento **(17)**. Compartimos la idea de que la importancia del acto de apoderamiento impone el cumplimiento de garantías, pero consideramos que su ratificación ante el/la Secretario/a del Juzgado atentaría contra la celeridad procesal y la dinámica de la actividad judicial cotidiana.

III. Nuestra opinión

No sería discutible que solo son formales, los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada, como ha sido expresamente regulado por el art. 1015 del Cód. Civ. y Com. El principio general es que el poder es un acto jurídico no formal, y queda sujeto a formalidades cuando la ley lo disponga para el acto que el representante deba realizar.

Ahora bien, el art. 1017 de ese cuerpo normativo enumera aquellos contratos y actos que deben ser otorgados por escritura pública sin efectuar una expresa referencia a los poderes generales o aquellos para los que se requieren facultades expresas (conf. art. 375, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, el inc. d) refiere que deben otorgarse por escritura "los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública".

Esta cláusula residual otorga carácter de cumplimiento obligatorio a otras disposiciones de ese cuerpo legal y a normas que exigen tal recaudo como medio de instrumentación de los mandatos representativos para actuar en juicio, en el caso el art. 363 de Código de fondo y el art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

En efecto, el citado art. 47 establece: "[L]os procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder...".

Se ha sostenido: "Cuando el inc. d) del art. 1017 del Cód. Civ. y Com. menciona en forma amplia 'disposición de la ley', decide respetar las autonomías provinciales en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales, ya que, las leyes locales se sancionaron a partir de una competencia constitucional que no puede ser regulada, ni derogada por aquella normativa" **(18)**.

Por otra parte, el art. 363 del Cód. Civ. y Com. regula la representación voluntaria, refiere: "[E]l apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar", circunstancia que nos lleva a concluir que los poderes deben ser otorgados por escritura pública ante los claros términos del art. 47 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, al que remite la cláusula residual del inc. d) del art. 1017 de la norma de fondo **(19)**.

No existe una libertad absoluta de formas en la medida que normas procesales o de fondo, regulen la cuestión. Esta resulta ser la hermenéutica que habilita la coexistencia de las normas involucradas y nuestra opinión en el sentido que los poderes para representar en juicio deben ser instrumentados mediante escritura pública. Ello sin perjuicio, claro está, de la posibilidad de acudir para el trabajador, a la senda de apoderamiento prevista en el art. 36 de la ley foral.

(17) Cámara de Dolores, "Gigena, Silvia G. c. Gigena, Perla N. s/ división de condominio".

(18) CNCiv., sala H, 12/05/2016, "Arroyo, Nicolás S. c. Dreid, Carlos A. y otro s/ prueba anticipada"; 20/11/2015, "Medina, Alejandra E. c. Saettone, Sergio O. y otros s/ daños y perjuicios"; 09/06/2016, "L. A. P. M. y otros c. G. I., J. s/ alimentos"), cit.

(19) Fiscalía Nº 8 del Trabajo, Dictamen 46946 del 31/10/2017 en autos "González, Diego F. c. Experta ART SA s/ accidente ley especial", expte. 52683/2017 del registro del Juzgado Nº 48 del fuero que ha adherido a esta postura.

Negociación colectiva y teletrabajo, a la luz de la nueva ley 27.555

Jésica Lucía Duhalde (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿Qué es la negociación colectiva?— III. Evolución de la negociación colectiva.— IV. La discusión salarial como eje de las negociaciones colectivas.— V. Definición de teletrabajo.— VI. Comienzos del teletrabajo.— VII. Antecedentes de cláusulas de teletrabajo en los convenios colectivos argentinos.— VIII. Posiciones sindicales frente al teletrabajo.— IX. Estadísticas del teletrabajo en Argentina.— X. Pase de la modalidad presencial a teletrabajo, carácter voluntario y reversibilidad.— XI. Derechos y obligaciones.— XII. Elementos de trabajo y compensación de gastos.— XIII. Prestaciones transnacionales.— XIV. Sistema de control y derecho a la intimidad.— XV. Capacitación.— XVI. Teletrabajo y discapacidad: capacitación a mayores de 45 años y jóvenes vulnerables.— XVII. Higiene y seguridad laboral.— XVIII. Tareas de cuidados.— XIX. Mitos y realidades del teletrabajo en la negociación colectiva.— XX. Ventajas y desventajas del teletrabajo.— XXI. Derecho a la desconexión digital.— XXII. Líneas de discusión en torno al teletrabajo en la negociación colectiva.— XXIII. Resumen: contenidos mínimos para incluir en los convenios colectivos.— XXIV. A modo de conclusión.— XXV. Bibliografía.

I. Introducción

En el año 1995 Bill Gates en su libro "Camino al futuro" **(1)** decía: "Todas estas innovaciones tecnológicas: correo electrónico, pantallas compartidas, videoconferencias y llamadas videotelefónicas son otras maneras de superar la separación física. Cuando se conviertan en algo común habrán cambiado no solamente el modo en que trabajamos juntos, sino también las distinciones que hacemos ahora entre lugar de trabajo y todo lo demás. Ese momento ha llegado".

La Ley de Contrato de Trabajo argentino se dictó en el año 1976 cuando las computadoras por persona eran solo unas pocas. En el mes de julio del corriente año se sancionó la ley 27.555, Régimen Legal del contrato de teletrabajo, modificando el Título III, De las modalidades del contrato de trabajo, de dicha ley, cuyo objeto es establecer los presupuestos legales mínimos para la regulación de esta nueva modalidad en aquellas actividades que, por su naturaleza y particulares características, lo permitan. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante las negociaciones colectivas.

Es propósito del presente trabajo analizar cuáles son las cuestiones por regular mediante la negociación colectiva para el teletrabajo, cuáles son sus beneficios, desventajas y sus riesgos potenciales.

II. ¿Qué es la negociación colectiva? (2)

El convenio 154 de la OIT define la negociación colectiva expresando que: "comprende

(*) Diplomado en la Diplomatura en Derecho Colectivo del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Nacional Tres de Febrero.

(1) GATES, Bill (1995), "Camino al futuro", http://www.frra.utn.edu.ar/licenciatura/pdf/Gates_Bill-Camino_al_futuro.pdf.

(2) GRISOLIA, Julio A. (2013), "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Tomo V", Ed. Abeledo Perrot, capítulo XXXIV - Negociación colectiva. Convenios colectivos.

todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización de empleadores, por una parte, y una organización o varias de

"a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo,

"b) Regular las relaciones entre trabajadores y empleadores,

"c) Regular las relaciones entre empleadores y sus organizaciones y una organización o varias de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

III. Evolución de la negociación colectiva (3)

Históricamente, la mayoría de los convenios colectivos de trabajo suscriptos en la Argentina eran por actividad (textiles, metalúrgicos, etc.) o por rama específica (siderurgia, concesionarios de autos, etc.).

Sin embargo, en la última década del siglo XX, particularmente entre 1994 y 1997, la mayoría de los convenios colectivos que se firmaron fueron de empresa, homologados por el ministerio de trabajo.

En ese período se suscribieron más de 700 convenios colectivos, alrededor de 500 convenios de empresas (70%) y menos de 250 convenios por actividad o rama. Si se toma en cuenta exclusivamente el año 1997, casi el 90% de los acuerdos firmados fueron acuerdos de empresa y solo el 10% restante convenios por actividad o rama.

Los convenios colectivos de empresa suscriptos en esa época presentaban características comunes al incluir cláusulas de flexibilidad laboral: cambios en la jornada de trabajo con nuevos módulos de organización, fragmentación de las vacaciones en el año, simplificación de categorías, polifuncionalidad, sistemas remuneratorios basados en el rendimiento, habilitación de contratos temporales y formas de autocomposición para evitar conflictos.

(3) GRISOLIA, Julio A. (2013), "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Tomo V", Ed. Abeledo Perrot, capítulo XXXIV - Negociación colectiva. Convenios colectivos, II) Convenios colectivos, 18) Flexibilización en los convenios colectivos.

IV. La discusión salarial como eje de las negociaciones colectivas

Dentro de las funciones de las negociaciones colectivas se encuentran las cláusulas normativas, que buscan clasificar las nuevas tareas que se creen y reclasificar las que experimenten modificaciones por efecto de las innovaciones tecnológicas o nuevas formas.

De los 1231 convenios y acuerdos colectivos celebrados en 2008, nueve de cada diez incluyeron alguna cláusula salarial, mientras que ningún otro contenido alcanzaba semejante participación. Esa demanda no respondió simplemente al objetivo de conservar el poder adquisitivo, sino de recuperar, al menos en parte, lo que el salario perdió antes de celebrar el acuerdo.

La concentración temática de la negociación colectiva en los salarios deja de lado otros aspectos de mucha importancia para los trabajadores, vinculados sobre todo con sus condiciones de trabajo. En una época en la que prevalece la negociación salarial, la negociación colectiva no se restringe a los salarios, sino que debe ampliar y profundizar sus temáticas.

V. Definición de teletrabajo

El teletrabajo es una forma de organizar y realizar el trabajo a distancia con el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el domicilio del trabajador, conciliando el ámbito laboral con el familiar, igualando oportunidades y promoviendo la inclusión de los grupos más vulnerables. Su inclusión como nuevo contenido de la negociación colectiva facilita la conservación de los puestos de trabajo, así como la creación de otros nuevos, bajo el consenso de sus protagonistas: los actores sociales (empresarios, trabajadores, sindicatos y el estado) **(4)**.

Según las disposiciones de la ley 27.555 **(5)**: "Habrá contrato de teletrabajo cuando la reali-

(4) MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf p. 31

(5) Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo: Ley 27.555https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/

zación de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, sea efectuada tal o parcialmente en el domicilio de las personas que trabajan, o en lugares distintos al establecimiento, o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación.

"Los presupuestos legales mínimos del contrato de trabajo se establecerán por ley especial. Las regulaciones específicas para cada actividad se establecerán mediante la negociación colectiva respetando los principios de orden púbicos establecidos en esta ley".

VI. Comienzos del teletrabajo

Es en 1976 cuando se habla por primera vez de "teletrabajo" entendido este como llevar el "trabajo al trabajador en vez del trabajador al trabajo" **(6)**.

— Años 70 en Estados Unidos, aparece como la gran esperanza para la creación de nuevos empleos, con gran flexibilidad laboral.

— Años 80 se constituye en un instrumento al servicio de la inserción laboral de sectores excluidos de la población, fundamentalmente discapacitados y mujeres cabeza de familia.

— Años 90 se revela más que como un mecanismo de flexibilidad laboral, como un instrumento del fenómeno de la descentralización empresarial.

— También en la historia del teletrabajo tienen un papel importante los tristemente célebres ataques terroristas ocurridos en Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, debido a que los acontecimientos han llevado a las empresas norteamericanas a replantear sus organizaciones internas, implantando el teletrabajo en muchas de sus plazas laborales, porque los empleados se mostraban temerosos a realizar sus actividades en grandes edificaciones que podían ser blancos de futuros ataques; así también el teletrabajo fue la salvación para que las empresas cuyas oficinas que se habían visto afectadas por las oleadas terroristas continuaran con su actividad. Tal ha sido el impacto de estos hechos, que se calcula en un 30% el incremento del teletrabajo desde la fatídica fecha.

VII. Antecedentes de cláusulas de teletrabajo en los convenios colectivos argentinos (7)

En el período 2003-2015 el Estado promovió que los actores sociales, mediante la negociación colectiva, introduzcan en las mesas paritarias la temática del teletrabajo.

El primer Acta Acuerdo (homologado por res. 1541/2009 de la Secretaría de Trabajo —ST— del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación) lo firmaron YPF y la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburíferos (FSUPEH), dado que la primera implementación del programa de teletrabajo se realizó a partir de mayo 2009 en la empresa YPF, en ese entonces, filial en Argentina del grupo hispano-argentino Repsol YPF. Su fuente normativa, más reconocible es el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, en particular por la cláusula sobre la visita al domicilio del trabajador. Los puntos acordados pasaron luego a constituir parte del CCT 868/2007 "E".

Así se fueron sucediendo los otros acuerdos:

— FSUPEH y la empresa Operadora de Estaciones de Servicios SA (OPESSA), homologado por res. 1833/2009 ST.

— Federación de Organizaciones del Personal de Supervisión y Técnicos Telefónicos Argentinos (FOPSTTA) y la empresa TELECOM Argentina SA, homologado por res. 1041/2010 ST.

— FOETRA Sindicato Buenos Aires y la empresa TELECOM Argentina SA, homologado por res. 1068/2010 ST.

primera/233626/20200814.

(6) PUCHE, Amparo — SÁNCHEZ NEIRA, Luis (2002), "Las relaciones laborales virtuales: el teletrabajo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, ps. 23-24.

(7) SAN JUAN, Claudio (28/09/2020), sitio Microjuris.com, #Doctrina Teletrabajo y negociación colectiva. Aspectos específicos del teletrabajo a establecer en el marco de las negociaciones colectivas https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/29/doctrina-teletrabajo-y-negociacion-colectiva-aspectos-especificos-del-teletrabajo-a-establecer-en-el-marco-de-las-negociaciones-colectivas/.

— Unión del Personal Jerárquico de Empresas de Telecomunicaciones (UPJET) y la empresa TELECOM Argentina SA, homologado por res. 1071/2010 ST.

Por afuera del PROPET: promoción del empleo en teletrabajo, el Acuerdo celebrado entre el Sindicato Argentino de Televisión, Servicios Audiovisuales, Interactivos y de Datos (SATSAID) y DIRECTV Argentina SA incluyó una escueta cláusula sexta sobre Teletrabajo, homologado por res. 954/2011 ST.

En 2012, mediante res. 315/2012 ST se homologa el Convenio Colectivo de Trabajo de Grupo de Empresas obrante celebrado entre la FSUPeH e YPF SA - OPESSA (CCT 1261/2012 "E") y que en los arts. 78 a 86, quedan plasmadas las cláusulas pactadas en el PROPET sobre Teletrabajo.

Por res. 371/2012 ST se homologa el Acuerdo Marco de Teletrabajo celebrado por la Federación Argentina de las Telecomunicaciones y TELECOM Argentina SA, para realizar un programa con personal convencionado en los CCT 567/2003 E, 822/2006 E, 820/2006 E, 917/2007 E, 821/2006 E y 728/2005 E, en el marco del PROPET.

Finalmente, la res. 991/2015 ST homologa el acuerdo entre el Sindicato de Empleados Textiles de la Industria y Afines y la Federación Argentina de la Industria de la Indumentaria y Afines, cuyo punto 15 incorpora la "promoción del Teletrabajo" para aquellos trabajadores encuadrados en el CCT 501/2007.

No son pocos los sindicatos que llevan la delantera **(8)**, destacándose Upjet, Foetra y Supeh, este último introdujo el 28/12/2017 la temática del trabajo remoto superando de esta forma, el modelo inicial de teletrabajo, abordando con YPF.

(8) DÍAZ, Viviana L. 06/05/2020, "El trabajo conectado remoto y la negociación colectiva: asignatura pendiente", Revista Indeides, http://revista-ideides.com/el-trabajo-conectado-remoto-y-la-negociacion-colectiva-asignatura-pendiente/.

VIII. Posiciones sindicales frente al teletrabajo (9)

Las agrupaciones sindicales en el exterior no han sido indiferentes a esta nueva forma de prestación del servicio y de hecho han tomado diversas posiciones frente al teletrabajo, las cuales se podrían resumir en dos, estas son:

— En contra de esta modalidad: Fue la primera posición, casi generalizada respecto a este tema, que surgió con los primeros esbozos de teletrabajo a mediados de los ochenta. Esto en razón a que consideraban los sindicatos que el teletrabajo llevaría a las precarias condiciones de trabajo que existieron con el trabajo a domicilio, así también pensaban que impediría que existiera comunicación continua ente los diferentes empleados debido a las distancias, lo cual devendría en la desarticulación de las asociaciones de trabajadores; sería según estas agrupaciones "el caballo de Troya que conllevaría a una pérdida de poder de los sindicatos".

— A favor del teletrabajo: Aunque en buena parte de los sindicatos la idea del rechazo total al teletrabajo se mantiene, han empezado a verse desde hace algunos años, sindicatos que han entendido que el teletrabajo es una evolución necesaria de la tecnología y que en vez de luchar contra el futuro inminente, deben acomodarse a este, aceptándolo e intentando más bien negociaciones para que se lleve a cabo esta modalidad de trabajo de una manera correcta y no atentatoria de los derechos de los empleados, proponiendo para estos efectos proyectos acerca de la implementación de esta forma laboral al empresario.

IX. Estadísticas del teletrabajo en Argentina (10)

Los resultados de diversos estudios de otros países acerca de las ventajas del teletrabajo

(9) PUCHE, Amparo — SÁNCHEZ NEIRA, Luis (2002), "Las relaciones laborales virtuales: el teletrabajo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, ps. 126-127.

(10) MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, SECRETARÍA DE GOBIERNO DE TRABAJO Y EMPLEO (2019), "Teletrabajo en Argentina: primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado", https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20191009_libro_blanco_de_teletrabajo.pdf, ps. 33 y 35.

muestran que tanto los trabajadores como los empleadores indican que una de las ventajas de esta modalidad es el aumento de la productividad y un mejor balance entre vida familiar y vida laboral. La encuesta de indicadores laborales realizada por el Ministerio de trabajo de Argentina en los meses de septiembre a diciembre de 2017 indagó sobre estos aspectos y los resultados muestran que el 78,1% de las empresas manifestó que el teletrabajo genera bienestar, conciliando la vida familiar y laboral del teletrabajador. Otro aspecto que también hace al bienestar del trabajador, el "tener mayor tiempo libre", se ubicó como la segunda ventaja más relevante del teletrabajo ya que, fue considerado por el 51% de las empresas. En tercer lugar aparece la mejora en la productividad con 50,7%, en cuarto la mejora al proceso productivo de la prestación de servicios, con el 41,7%. Luego, en menor medida aparecen ahorro del espacio físico, con 29,7%; ahorro de dinero para la empresa, con 23,5%, y mayor integración del personal con discapacidad, con 11,1%.

En donde sí se observa una característica particular para los teletrabajadores es en la distribución de edades. En el 97,4% de los teletrabajadores encuestados tiene entre 26 y 35 años. En segundo lugar, de 36 a 45 años, se encuentra el 1,8% con una concentración marcadamente inferior respecto del rango precedente. Este resultado contrasta con los datos del SIPA, en donde la distribución está menos concentrada y se observa que solo un 35,4% corresponde al rango 26 a 35 años, y el 27,8% al rango de 36 a 45 años.

Estos datos reflejan que, a mayor edad, la elección del trabajo en el domicilio va disminuyendo y sobre este punto podrían tejerse varias hipótesis, sea que el uso de las nuevas tecnologías no está familiarizado con los trabajadores mayor edad, sea que la tarea de cuidados de personas es más necesaria cuando los hijos son más pequeños y no están escolarizados.

X. Pase de la modalidad presencial a teletrabajo, carácter voluntario y reversibilidad (11)

Según establece la nueva ley, el traslado de quien trabaja en una posición presencial a la modalidad de teletrabajo debe ser voluntario, salvo en casos de fuerza mayor. Esta decisión debe ser manifestada por escrito y puede ser revocada por el trabajador o empleador en cualquier momento de la relación laboral.

El empleador está obligado a darle tareas en el establecimiento en el que las prestaba antes de hacer teletrabajo o en el más cercano al domicilio del trabajador, a menos que sea imposible hacerlo por motivos fundados.

Si el empleador no cumple con la obligación de darle tareas en el establecimiento al trabajador, el trabajador puede considerarse despedido o reclamar que se restablezcan sus condiciones de trabajo.

En los contratos que se pacte la modalidad de teletrabajo al inicio de la relación, el eventual cambio a la modalidad presencial operará conforme las pautas que se establezcan en la negociación colectiva.

XI. Derechos y obligaciones

Las personas que trabajan bajo la modalidad de teletrabajo tienen los mismos derechos y obligaciones que las personas que trabajan de forma presencial. Y tendrán derecho a una remuneración igual a la que percibirían bajo la modalidad presencial.

Derecho a no ser contactada y a desconectarse de los dispositivos fuera de su jornada laboral y durante las licencias. El empleador no puede exigir al trabajador que haga tareas ni enviarle comunicaciones fuera de la jornada laboral.

Derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado que están a su cargo cuando deben cuidar a personas menores de 13 años, personas con discapacidad o adultas mayores que conviven con ellas y necesitan asistencia específica. Si el empleador no respeta este derecho, se presume que comete una discriminación.

Derecho a que el empleador le compense los mayores gastos en conectividad o consumo de servicios. Esta compensación está exenta del pago del impuesto a las ganancias.

Las personas que se desempeñen bajo la modalidad de teletrabajo gozarán de todos los derechos colectivos. Serán consideradas, a los fines de la re-

(11) Página web Gobierno nacional, Ministerio de Justicia y Derechos humanos. https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/teletrabajo.

presentación sindical, como parte del conjunto de quiénes trabajen en forma presencial.

La representación sindical será ejercida por la asociación sindical de la actividad donde presta servicios, en los términos de la ley 23.551. Las personas que trabajan bajo esta modalidad deberán ser anexadas por el empleador a un centro de trabajo, unidad productiva o área específica de la empresa a los efectos de elegir y ser elegidas, para integrar los órganos de la asociación sindical.

XII. Elementos de trabajo y compensación de gastos

El empleador debe:

— Proveer el equipamiento —hardware y software— necesarios para el desempeño de las tareas.

— Proveer las herramientas de trabajo y el soporte necesario para el desempeño de las tareas.

— Asumir los costos de instalación, mantenimiento y reparación de las herramientas de trabajo o compensar al trabajador por el uso de herramientas propias.

La persona que trabaja será responsable por el correcto uso y mantenimiento de los elementos y herramientas de trabajo provistas por su empleador y deberá evitar que esos elementos sean utilizados por otras personas.

En ningún caso el trabajador responderá por el desgaste normal de las herramientas de trabajo producido por el uso o el paso del tiempo.

En caso de desperfectos, roturas o desgaste en los elementos, instrumentos o medios tecnológicos que impidan la prestación de tareas, el empleador debe reemplazarlos o repararlos. El tiempo que lleve el cumplimiento de esta obligación del empleador no afectará el derecho de la persona que trabaja a continuar cobrando la remuneración habitual.

XIII. Prestaciones transnacionales

En el art. 17 del Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo **(12)** establece que cuando se trate de prestaciones transnacionales de teletrabajo, se aplicará al contrato de trabajo respectivo la ley del lugar de ejecución de las tareas o la ley del domicilio del empleador, según sea más favorable para la persona que trabaja.

Para contratar personas extranjeras que no residen en el país, es necesaria la autorización previa del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Los convenios colectivos, de acuerdo con la realidad de cada actividad, deberán establecer un tope máximo para estas contrataciones.

Aparece un problema en el ámbito sindical con el teletrabajo, el cual está referido a que en esta forma de prestación se involucra en no pocas ocasiones a un ámbito internacional, ya que, los teletrabajadores que laboran para una empresa pueden hacerlo desde varios países, por lo tanto, la negociación colectiva de acuerdos colectivos internacionales es el cauce que podría tomar una empresa multinacional en su actuación.

XIV. Sistema de control y derecho a la intimidad

En su caso, los arts. 15 y 16 la ley disponen **(13)**: Art. 15: "Los sistemas de control destinados a la protección de los bienes e informaciones de propiedad del empleador deberán contar con participación sindical a fin de salvaguardar la intimidad de la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo y la privacidad de su domicilio".

Art. 16: "El empleador deberá tomar las medidas que correspondan, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por la persona que trabaja bajo la modalidad de teletrabajo para fines profesionales, no pudiendo hacer uso de software de vigilancia que viole la intimidad de esta".

Se debe tener en el teletrabajo un especial respeto por la intimidad, debido a que las bases de datos del empleador tienen la posibilidad de almacenar y cruzar información obtenida del desempeño del empleado para lograr un perfil

(12) Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo: Ley 27.555https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814.

(13) Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo: Ley 27.555. https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814.

de este, que en ocasiones revela facetas que no tienen relevancia para la relación laboral y por el contrario sí sacan a flote aspectos de la órbita estrictamente personal del trabajador; por lo tanto, cuando se recolecte información del trabajador se le debe informar sobre este hecho, así como la finalidad que se le dará. Esta información deberá desaparecer cuando termine la relación laboral **(14)**.

Actualmente, los programas permiten controlar el horario de conexión y de esta manera el cumplimiento de la jornada laboral se puede verificar. Algunos permiten también hacerlo en tiempo real, es decir, ejercer el control en el mismo momento en que se está realizando el trabajo.

En los casos en que los teletrabajadores no tengan que cumplir un horario preestablecido sino que deban realizar la labor en un determinado lapso, el tiempo de trabajo debe ser medido de acuerdo con lo que un trabajador medio tardaría en realizarlo dentro de la empresa.

Además, existe un software desarrollado específicamente para que en determinados momentos de la jornada el teletrabajador haga pausas, así como también puede llegar a limitar las horas del día laboral que sean ocupadas efectivamente **(15)**.

XV. Capacitación

No podemos asistir pasivamente a que la tecnología genere brechas más amplias y encontrarnos en poco tiempo, con trabajadores con muy bajas calificaciones, que quedarán absolutamente marginados del mundo del trabajo decente **(16)**.

El empleador debe garantizar la capacitación de sus dependientes en nuevas tecnologías. Para ello, debe dar cursos y herramientas de apoyo, tanto en forma virtual como presencial.

La capacitación no implicará en estos casos una mayor carga de trabajo.

XVI. Teletrabajo y discapacidad: capacitación a mayores de 45 años y jóvenes vulnerables

El teletrabajo podría permitir que las personas con capacidades especiales realicen su labor en un entorno adaptado y acorde a sus necesidades, logrando no solo la inserción laboral sino, más aún, permitiendo la socialización para que su discapacidad no las aísle de la sociedad.

Existe una propuesta para los jóvenes de 18 a 24 años adheridos al Programa Jóvenes con Más y Mejor Trabajo, que no hayan terminado sus estudios primarios y/o secundarios y que se encuentren desempleados; como así también para los mayores de 45 años que buscan la inserción o reinserción laboral, y que pueden adquirir competencias en el uso de las herramientas TIC y la modalidad del Teletrabajo, potenciando sus posibilidades laborales.

XVII. Higiene y seguridad laboral

El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación dictará las normas sobre higiene y seguridad en el trabajo para proteger a quienes trabajan bajo la modalidad de teletrabajo y determinará la inclusión de las enfermedades causadas por la modalidad de teletrabajo dentro del listado de enfermedades profesionales.

Los accidentes que se produzcan en el lugar, jornada y en ocasión del teletrabajo, se presumen accidentes de trabajo en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo.

XVIII. Tareas de cuidados

En la Encuesta de Indicadores Laborales (EIL) 2017, módulo de Teletrabajo, confeccionada por el Ministerio de Producción y Trabajo, encontramos que mujeres y hombres con hijos pequeños reconocen el trabajo remoto como una modalidad que facilita la conciliación de la vida

(14) PUCHE, Amparo — SÁNCHEZ NEIRA, Luis (2002), "Las relaciones laborales virtuales: el teletrabajo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, p. 162.

(15) MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf p. 32

(16) DÍAZ, Viviana L. 06/05/2020, "El trabajo conectado remoto y la negociación colectiva: asignatura pendiente", Revista Indeides, http://revista-ideides.com/el-trabajo-conectado-remoto-y-la-negociacion-colectiva-asignatura-pendiente/.

familiar con la laboral, teniendo conciencia de que cada aspecto debe tener su espacio, tiempo y dedicación. Existe un desafío que implica un cambio cultural relacionado a trabajar con un reparto equitativo de las tareas domésticas y de cuidado al interior de las familias, para que el teletrabajo de las mujeres no implique una carga de trabajo excesiva que deba resolverse con recarga de trabajo y quitando horas al sueño y a las responsabilidades familiares y laborales. Esos serían los riesgos. Las ventajas son el manejo diferente de horarios para los teletrabajadores, esto siempre para ambos, mujeres y varones; además, en general, se sugiere que no sea exclusiva la modalidad de teletrabajo, sino combinarla con la modalidad presencial, por cuestiones de separación de ámbitos, y también para promover la vida social y combatir el aislamiento **(17)**.

El art. 6º de la ley establece que las personas que trabajen bajo esta modalidad y que acrediten tener a su cargo, de manera única o compartida, el cuidado de personas menores de trece [13] años, personas con discapacidad o adultas mayores que convivan con la persona trabajadora y que requieran asistencia específica, tendrán derecho a horarios compatibles con las tareas de cuidado a su cargo y/o a interrumpir la jornada. Cualquier acto, conducta, decisión, represalia u obstaculización proveniente del empleador que lesione estos derechos se presumirá discriminatorio resultando aplicables las previsiones de la ley 23.592.

Mediante la negociación colectiva podrán establecerse pautas específicas para el ejercicio de este derecho.

Es la primera vez que se reconocen las tareas de cuidados, buscando compatibilizar la vida personal y laboral de cientos de miles de trabajadores en todo el país. Es un logro para las familias en general, y para las mujeres en particular: establece la posibilidad de fijar horarios acordes a la doble jornada de trabajo.

(17) MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, SECRETARÍA DE GOBIERNO DE TRABAJO Y EMPLEO (2019), "Teletrabajo en Argentina: primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo, trabajo remoto y trabajo conectado" https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20191009_libro_blanco_de_teletrabajo.pdf, p. 14.

XIX. Mitos y realidades del teletrabajo en la negociación colectiva (18)

Mito/ Realidad

— No requiere formación ni calificación / proyecto en certificación en competencias en teletrabajo.

— Desprotección en seguridad e higiene / manuales de prevención de riesgos en materia de teletrabajo.

— Aislamiento / el teletrabajo parcial permite la interacción personal.

— Privación del ejercicio de la libertad sindical / inclusión del teletrabajo en la negociación colectiva.

— Discriminación / proyecto para mayores de 45 años, para personas con discapacidad y jóvenes vulnerados.

XX. Ventajas y desventajas del teletrabajo (19)

Ventajas:

Para las empresas:

— Menor necesidad de espacio físico en las oficinas.

— Permite contratar trabajadores que residan en lugares distantes de sus centros de trabajo, sin que ellos tengan que variar su lugar de domicilio.

— Disminución del ausentismo.

— Eliminación a 0 del tiempo de desplazamiento entre la casa y el lugar de trabajo.

— En el teletrabajo transnacional, se pueden beneficiar de las diferencias salariales y cargas

(18) MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf p. 37.

(19) CHAPARROS, Fernando (2013), "Ámbito personal del derecho del trabajo nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente en la Argentina", http://www.derecho.uba.ar/institucional/2013-fernando-caparros-ambito-personal-derecho-trabajo.pdf.

sociales que se tributan en el país desde el que se realiza realmente la tarea.

— Se aprovechan mejor los husos horarios, permitiendo que, mientras los trabajadores locales descansan, los extranjeros trabajen a través de las computadoras centrales (que están, de esta manera, activas de día y de noche); y, con ello, se produce, también, una más amplia y mejor atención al cliente (24 horas al día, los 365 días del año).

Para los trabajadores:

— Posibilidades de incluir a discapacitados que no podrían desplazarse al lugar de trabajo.

— Las personas con compromisos familiares (mayoritariamente las madres) que deben atender dichos compromisos, junto a los quehaceres domésticos. Pueden encontrar en el teletrabajo la posibilidad de compatibilizar el trabajo remunerado con las obligaciones familiares.

— Ahorro en costos de desplazamiento, vestimenta y alimentos durante la hora de almuerzo.

— Mayor flexibilidad, disminución de falta de puntualidad y asistencia.

— Reduce los riesgos de trabajo *in itinere*.

Desventajas:

Para las empresas:

— Incremento de los costos de equipamiento y conexiones entre la empresa y sus teletrabajadores.

— La seguridad de la información empresarial que maneja el teletrabajador se torna más difícil de concentrar, atentándose la confidencialidad de los datos, la privacidad de la comunicación y la obligación del secreto por parte del trabajador.

— Hace cada vez más complejo organizar y dirigir al personal de la empresa, en lo que hace al lugar, al modo y al tiempo en que los teletrabajadores llevan a cabo la tarea; dificultando también el control, presencial, que sobre ellos se ejerce.

Para los trabajadores:

— Paradójicamente, la posibilidad de liberarse de los horarios rígidos, de hacerlo de manera más relajada e informal; unido al hecho de cierta dependencia (cuando no adicción) que conlleva el uso abusivo de las herramientas telemáticas, hace que el trabajador pueda ver agravadas las condiciones laborales que, del modo clásico, contaban con cierta limitación. Y que ello se traduzca en jornadas más extensas que las comunes.

— El mayor tiempo frente a las herramientas de trabajo implica, también, un límite difuso entre lo privado y lo laboral; entre lo familiar y lo funcional; entre el tiempo de descanso y el ocio, y el de trabajo.

— Riesgos psicofísicos como consecuencia de esta modalidad telemática de trabajo: el aislamiento, la adicción o el mal empleo del tiempo y de las herramientas de trabajo, el síndrome del burnout (estar "quemado"), problemas musculares y óseos de toda clase; el cansancio visual, etc.

XXI. Derecho a la desconexión digital (20)

En el debate por el teletrabajo, uno de los puntos fundamentales es el derecho a la desconexión digital que implica que los trabajadores no tienen la obligación de conectarse a ningún dispositivo digital con un motivo puramente profesional durante sus períodos de descanso.

El derecho a desconexión se suele relacionar con el teletrabajo, pero no está solamente vinculado a este. Llamados que no paran, mails que ingresan incesantemente, mensajes y un teléfono que no se detiene ¿cómo frenar esta locura y recuperar la soberanía sobre nuestro tiempo libre? En el año 2019 la Organización Mundial de la Salud reconoció al síndrome del *burn out*, o síndrome de agotamiento crónico como enfermedad vinculada al trabajo. El derecho a la desconexión había sido regulado de manera pionera en Francia en el 2017, y le siguieron

(20) SCASSERRA, Sofía, 21/07/2020, "Derecho a desconexión: recuperar la soberanía sobre nuestro tiempo libre", Telamhttps://www.telam.com.ar/notas/202007/492396-teletrabajo-desconexion-digital.html.

países como Alemania, España, Italia, Filipinas, Canadá, Bélgica y EE.UU., entre otros.

En los hogares la mayoría de las trabajadoras y trabajadores utilizan sus dispositivos personales para trabajar. Este problema instaló la cultura de la hiperconectividad y fusionó la vida familiar con la laboral. Hoy es muy difícil que el teléfono esté apagado fuera del horario de trabajo. "Te vi conectado/a y te escribí", "me olvidé de avisarte que…", "revisa esto por favor para mañana…" son frases habituales de empleadores que descuidan las situaciones particulares de quienes están online resolviendo asuntos personales.

El derecho a desconexión era una deuda pendiente mucho antes del experimento masivo de trabajo desde casa que estamos viviendo por la pandemia. Suena atractivo, pero poco se sabe de él. En lo concreto es el derecho del oficinista que salió hace media hora del trabajo y lo llaman para recordarle que mañana viene un cliente; es el derecho del trabajador de la construcción, que lo mensajean para preguntarle dónde dejó algún elemento de trabajo; es el derecho del empleado de comercio al que llaman para modificar su horario de manera imprevista. Es un derecho de todos y cada uno de los trabajadores, teletrabajen o no **(21)**.

Entendemos el derecho a desconexión como un cambio de actitud social respecto a la hiperconectividad. Y a la hiperconectividad como el resultado de una práctica social consistente en enviar mensajes sin tener en cuenta el momento y lugar en donde se encuentra el receptor. El derecho a desconexión apunta directamente a tratar de generar una conducta social más razonable y respetuosa de la utilización de las tecnologías de la comunicación que lleve a aliviar el stress de la hiperconectividad y prevenga que el síndrome del agotamiento se instale de manera crónica en nuestras sociedades.

El diálogo social es un elemento clave en este proceso. Ningún cambio en el protocolo comunicacional de una organización se puede realizar de manera eficaz si no se negocia entre las partes. Esta negociación debe contemplar que probablemente los primeros acuerdos sean pequeños pasos, cambios casi imperceptibles, pero a medida que se pase el tiempo podremos avanzar hacia un acuerdo más profundo. En este sentido, es necesario un comité de monitoreo y evaluación que capacite a instituciones y sindicatos respecto a qué negociar y cómo emprender este cambio.

En los últimos años, responder mensajes fuera del horario de trabajo se convirtió en una "habilidad laboral" y empezó a interpretarse como un modo de compromiso con el lugar de trabajo: es tener la camiseta puesta. Lo cierto es que las mujeres en promedio tenemos menos oportunidades de responder a esos mensajes. Al ser las principales actoras de la economía del cuidado, es más difícil que tengamos esa "habilidad" adicional, y esto se puede interpretar como una falta de compromiso y, por ende, perjudicar en la carrera profesional **(22)**.

A todo esto apunta el derecho a la desconexión digital: a propiciar un cambio cultural en el que enviar mensajes fuera de horario sea visto como una falta de respeto al otro, una intromisión en su privacidad y no como una actitud a premiar.

El primer antecedente del derecho a desconexión surgió en Francia en 2016. Allí se presentó una ley que introdujo el derecho como un tema obligatorio en la negociación colectiva entre sindicatos y empresas. La ley se basó en una sentencia del Tribunal Supremo de Francia de 2001 que establecía: "[E]l empleado no está obligado a aceptar trabajar en casa ni a llevar consigo sus expedientes ni sus herramientas de trabajo". Asimismo, en una decisión de 2004 del mismo tribunal dejaba en claro que no se puede recriminar a un empleado por no estar localizable fuera del horario de trabajo.

Otros países se fueron sumando a la iniciativa. Italia introdujo el derecho en una ley de "trabajo inteligente" de 2017. En ella se identifica "los tiempos de descanso del trabajador, así

¡(21) SCASSERRA, Sofía, 15/08/2020, "Derecho a la desconexión", Telam. https://www.telam.com.ar/notas/202008/502638-ley-de-teletrabajo-derecho-a-la-desconexion-sofia-scasserra.html.

(22) SCASSERRA, Sofía 15/08/2020, "Derecho a la desconexión", Telam. https://www.telam.com.ar/notas/202008/502638-ley-de-teletrabajo-derecho-a-la-desconexion-sofia-scasserra.html.

como las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar la desconexión del trabajador del equipo de trabajo tecnológico". Más tarde, Bélgica, Canadá, Filipinas, India, España, Canadá, EE.UU. y Portugal exploraron la introducción del derecho a la desconexión a nivel nacional o estatal.

El caso de Alemania es distinto: optó por un enfoque no jurídico de la temática y decidió fomentar las deliberaciones en torno al derecho a desconexión en los ámbitos de las negociaciones colectivas por empresa. Compañías como Volkswagen, Daimler y Siemens ya tienen acuerdos que garantizan el derecho a desconexión.

Organizar las comunicaciones en los lugares de trabajo y poner límites a los contactos fuera de horario puede beneficiar a los trabajadores y trabajadoras en términos de soberanía sobre su propia vida y su tiempo libre. Pero debemos estar atentos: no se trata de establecer una jornada de trabajo. Va mucho más allá. Es entender que no implementarlo nos afecta la salud, estemos en la escala de responsabilidad que estemos y en el lugar de trabajo que tengamos. El derecho a desconexión implica una apuesta a largo plazo para construir sociedades más sanas y justas, darles más oportunidades a las mujeres y a todo aquel que con esfuerzo se hace cargo de la economía del cuidado en su plano intrafamiliar, respetar los tiempos libres a fin de contribuir y favorecer el reparto equitativo de tareas en el hogar.

XXII. Líneas de discusión en torno al teletrabajo en la negociación colectiva (23)

— La necesidad de poner el acento en cómo se inspecciona y se detecta el trabajo no registrado, en especial a partir de una prestación laboral que no se desarrolla en el domicilio del empleador.

— La posibilidad de redactar un protocolo especial de inspección, desde la autoridad de aplicación y con el aporte de los propios sindicatos, que debiera involucrar a técnicos en informática de las áreas de Sistemas y de la Subsecretaría Fiscalización (MTEySS).

— La necesidad de trabajar sobre los lineamientos que diferencian al teletrabajo de las tareas propias de un *call center*, a fin de preservar la actividad telemática de la problemática actual que se presenta en esos otros ámbitos laborales.

— La constante preocupación en materia de seguridad e higiene, que debe ser especialmente regulada en la modalidad de teletrabajo.

— La necesidad de dar mayor difusión al teletrabajo, como vía de inserción y reinserción laboral.

— El particular interés de que las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo (ART) contemplen esta materia en las pólizas firmadas con las empresas, haciéndose hincapié en la necesidad de que los trabajadores sean sometidos a exámenes médicos anuales sobre aquellas enfermedades o riesgos psicosociales que pudieran afectar al teletrabajador.

— La necesidad de facilitar el acceso a la información de todos los proyectos que el MTEySS en la actualidad impulsa en materia de teletrabajo y de las estadísticas referentes a este modo de organizar el trabajo.

XXIII. Resumen: contenidos mínimos para incluir en los convenios colectivos (24)

— Remuneración. Igual salario por igual tarea.

— Jornada de trabajo. Igual al trabajador presencial.

— Promoción profesional y formación en el trabajo. Compromiso de la empresa en la capacitación continua y progresiva.

— Derecho de información. Igual al trabajador presencial. Confidencialidad y protección de los datos de la empresa.

(23) MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf p. 34.

(24) MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf p. 47.

— Seguridad e higiene. Recomendaciones para el correcto uso de las herramientas, en materia de prevención e higiene.

— Sistema de control. Resguardo respecto al derecho a la intimidad del teletrabajador. Y sistema de visitas a domicilio previo consenso de partes.

XXIV. A modo de conclusión

Nos encontramos ante un momento histórico, en el cual por el avance de la tecnología y sumado a la situación de pandemia que atraviesa el mundo, nos impulsa a repensar la modalidad de trabajo a distancia que tiempo atrás era impracticable, por imposibilidades tecnológicas o por costumbre.

El desafío cultural actual, que implica un cambio en el reparto equitativo de las tareas domésticas y de cuidado al interior de las familias, y la transformación del rechazo total de los sindicatos al trabajo remoto, a un entendimiento de este como una evolución necesaria de la tecnología, generan para un colectivo de trabajadores nuevas oportunidades laborales bajo la modalidad del teletrabajo.

A través de la ley 27.555 se establece un marco jurídico y legal sobre el cuál se asentará la negociación, pero es a través de un consenso real entre las entidades gremiales, los empresarios y el estado que deben regularse adecuada y específicamente las particularidades de esta modalidad.

Son los trabajadores agrupados quienes conocen, junto con los empresarios, la factibilidad de realizarlo en cada sector, sin descuidar ningún aspecto del trabajo decente.

Aparecen en las negociaciones muchos puntos a tratar. Los primeros acuerdos seguramente sean pequeños pasos, pero con miradas a una negociación más profunda producto de la experiencia por la práctica a través del tiempo.

Como ventaja, además de la mayor flexibilidad, encontramos que mujeres y hombres con niños pequeños reconocen al teletrabajo como una modalidad que facilita la conciliación de la vida familiar con la laboral, considerando que cada aspecto debe tener su espacio, tiempo y dedicación para que no implique una sobrecarga de trabajo.

Sin embargo, también aparecen riesgos potenciales como los producidos por la cultura de la hiperconectividad, en la cual el límite, entre vida laboral y familiar y tiempo de trabajo y de descanso, es difuso y difícil de establecer de manera autogestionada y con responsabilidad.

Se requiere conjugar los aspectos positivos del teletrabajo con una delimitación de los riesgos, por ello, se sugiere que la modalidad de trabajo remoto sea combinada con la modalidad presencial (siempre que se permita) para promover la vida social, combatir el aislamiento y el agotamiento digital.

Para las empresas, en tanto las nuevas formas de comunicación y seguridad de la información confidencial que maneja el trabajador se torna más difícil de concentrar. Por otra parte, para los sindicatos, aunque algunos sostienen que atenta contra su poder, entienden que las empresas del futuro ya no serán una corporación como las que vimos de la era Fordista, sino una red de empresas flexibles transnacionales.

Es responsabilidad de todos los actores sociales establecer negociaciones para definir un marco regulatorio, potenciar el desarrollo tecnológico y mejorar la calidad de vida de los trabajadores, sin perder de vista los derechos adquiridos a través de años de lucha.

XXV. Bibliografía

GRISOLIA, Julio A. (2013), "Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Tomo V", Ed. Abeledo Perrot.

MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (2009), "Nuevos contenidos de la negociación colectiva", http://www.trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_libros/libro_neg_col_I.pdf.

Régimen Legal del Contrato de Teletrabajo: Ley 27.555

https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/233626/20200814

PUCHE, Amparo — SÁNCHEZ NEIRA, Luis (2002), "Las relaciones laborales virtuales: el teletrabajo", Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

SAN JUAN, Claudio (28/09/2020), sitio Microjuris.com, #Doctrina Teletrabajo y negociación colectiva. Aspectos específicos del teletrabajo a establecer en el marco de las negociaciones colectivas, https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/29/doctrina-teletrabajo-y-negociacion-colectiva-aspectos-especificos-del-teletrabajo-a-establecer-en-el-marco-de-las-negociaciones-colectivas/.

DÍAZ, Viviana Laura, 06/05/2020, "El trabajo conectado remoto y la negociación colectiva: asignatura pendiente", *Revista Indeides.*

http://revista-ideides.com/el-trabajo-conectado-remoto-y-la-negociacion-colectiva-asignatura-pendiente/.

MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO, SECRETARÍA DE GOBIERNO DE TRABAJO Y EMPLEO (2019), "Teletrabajo en Argentina: primer libro blanco nacional de buenas prácticas en teletrabajo", trabajo remoto y trabajo conectado. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/20191009_libro_blanco_de_teletrabajo.pdf.

Página web Gobierno nacional, Ministerio de Justicia y Derechos humanos.

https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/teletrabajo.

SCASSERRA, Sofía, 15/08/2020, "Derecho a la desconexión", *Telam.* https://www.telam.com.ar/notas/202008/502638-ley-de-teletrabajo-derecho-a-la-desconexion-sofia-scasserra.html.

CHAPARROS, Fernando (2013), "Ámbito personal del derecho del trabajo nuevas fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente en la Argentina 1" http://www.derecho.uba.ar/institucional/2013-fernando-caparros-ambito-personal-derecho-trabajo.pdf.

SCASSERRA, Sofía, 21/07/2020, "Derecho a desconexión: recuperar la soberanía sobre nuestro tiempo libre", *Telam.*

https://www.telam.com.ar/notas/202007/492396-teletrabajo-desconexion-digital.html.

Cláusulas abusivas en los convenios extintivos de la relación de trabajo

Ana Julieta Farfan

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo del tema.— III. Conclusión.— IV. Bibliografía consultada.

I. Introducción

Este trabajo tiene como finalidad analizar algunas de las fórmulas más comunes utilizadas por los empleadores en los convenios extintivos de la relación laboral realizados en sede administrativa, en la provincia de Jujuy, para minimizar o directamente evadir su responsabilidad frente a los derechos del trabajador, y cómo estas verdaderas cláusulas abusivas afectan de forma directa la justa composición de intereses y la futura demanda judicial.

A lo largo del desarrollo se explicará de qué manera los empleadores establecen dichas cláusulas en los convenios, y cómo muchas de ellas pasan desapercibidas por el órgano de control administrativo. Asimismo, se hará un análisis del impacto que tienen estas cláusulas en convenios homologados, una vez que se solicita su revisión en sede judicial, y cómo ello impide probar situaciones de grave vulneración de derechos como ser el despido, afectando directamente los rubros de la indemnización pretendida, en desmedro del trabajador, usando como muestra de estudio el caso de la provincia de Jujuy y cómo se resuelven estos casos en sede administrativa (Ministerio de Trabajo).

II. Desarrollo del tema

II.1. Capítulo I

II.1.a. Los acuerdos transaccionales en el derecho laboral. Breve reseña

Los acuerdos transaccionales son una herramienta verdaderamente útil a las relaciones de trabajo en cuanto brindan rapidez y agilidad a estas, permitiendo a las partes recomponer situaciones conflictivas por sus propios medios, siempre y cuando se mantengan dentro del marco legal establecido por la Constitución Nacional, Ley de Contrato de Trabajo, Convenios Colectivos, y Tratados Internacionales.

Pero también cabe mencionar que estos convenios tienen sus propios matices: no se rigen por las reglas comunes del derecho civil y comercial, principalmente porque no existe igualdad de condiciones entre las partes, y además, hay una fuerte incidencia del orden público laboral que fija el límite de lo que es posible negociar y lo que no.

Podemos asegurar entonces, que en materia laboral, los acuerdos conciliatorio son rutina, pero no todo acuerdo debe ser mecánicamente homologado, sin un detenido análisis.

El requisito de la homologación establecida por la ley laboral sustantiva en su art. 15, apunta a lograr la plena vigencia del "orden público laboral" en el que prevalece el principio protectorio o de favor hacia el trabajador en dicha relación jurídica y del que es concreción el art. 12 del mismo cuerpo legal.

En estos acuerdos la autonomía de la voluntad de las partes encuentra importantes limitaciones, porque el trabajador no se encuentra en igualdad de condiciones con el empleador, siendo que además, existen numerosos factores (sociales, económicos, culturales) que interfieren con la formación de la voluntad de este, en especial si tenemos en cuenta que ante la necesidad, el trabajador solo tiene para ofrecer su fuerza de trabajo frente a un empleador que en la mayoría

de los casos utiliza dicha necesidad para imponer condiciones indignas para el trabajador en situación de vulnerabilidad.

Pero si esta desigualdad tan profunda, se manifiesta desde el inicio de la relación laboral, en el origen del contrato de trabajo, aparece con mucha más fuerza al momento de la extinción del vínculo, porque es el momento donde el empleador pondera el factor económico, a manera de costo-beneficio, utilizando el acuerdo transaccional extintivo como una herramienta que le permite "pagar menos de lo debido" al trabajador y hasta encubrir despidos arbitrarios bajo forma de renuncia del trabajador.

El empleador que busca arreglar un pleito en sede administrativa, la mayoría de las veces pretende eximirse de responsabilidad lo más que le sea posible, llevando a cabo un verdadero despliegue técnico jurídico para la formación del convenio extintivo, de manera que el trabajador solo pueda limitarse a firmarlo como si se tratara de un contrato de adhesión.

Para evitar este tipo de maniobras ilegales, la ley exige para dar validez a estos acuerdos, si homologación judicial o administrativa.

La instancia administrativa en la provincia de Jujuy tiene la finalidad de evaluar estos convenios detalladamente, para así llegar a la conclusión fundada de que existe una justa composición de intereses y de que los derechos del trabajador se encuentran protegidos de cualquier cláusula introducida en el convenio que pueda perjudicarlo.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha dicho: "El tribunal no es un mero espectador que da fe de los aspectos extrínsecos del acto. La homologación implica un pronunciamiento sobre la validez intrínseca y es necesario, analizar si en el caso concreto no se fuerzan los límites del art. 15, LCT, mediante el intento de consagrar una solución injusta y notoriamente opuesta, no solo al interés de una de las partes, sino también, al interés social de que prevalezca el derecho" (del voto del Dr. Vaccari, en minoría) (CNTrab., sala V, sent. 56.535 del 04/07/1997, BJ, 1998, 210/211).

El trabajador no posee los medios técnicos-jurídicos para interpretar un convenio extintivo que el empleador pone en frente suyo, tampoco conoce los cálculos matemáticos que llevan a liquidar su sueldo, no comprende el sentido de "justa composición de intereses" porque su preocupación principal es que el empleador pague lo que por derecho corresponde.

Por todo lo expuesto es que es de vital importancia la participación activa del Ministerio de Trabajo, no solo desde lo jurídico, sino también desde lo contable.

Habidas cuentas de que la instancia homologatoria ministerial es una instancia administrativa, dicha homologación no impide la revisión judicial de estos convenios extintivos, ni su eventual declaración de nulidad en sede judicial.

II.1.b. El principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad

El art. 12 de la LCT establece la nulidad absoluta de toda convención de las partes que suprima o reduzca los derechos previstos en la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea del tiempo de su celebración y ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

En ese orden de ideas, los sujetos de la relación de trabajo conservan el poder dispositivo en materia negocial con la sola condición de que su ejercicio no infrinja los mínimos inderogables del ius cogens, es decir, del derecho obligatorio.

Tanto la conciliación como la transacción presuponen necesariamente la renuncia a parte de las pretensiones del trabajador, y el correlativo aseguramiento de lo que se obtenga de la contraria, pero ello solo será válido mientras se respete el principio de irrenunciabilidad y no se desvirtúe la función social de los derechos subjetivos aquí expuestos.

Ante la existencia del denominado orden público laboral, no se admite la renuncia por el trabajador, de derechos comprendidos en él. Sin embargo, el trabajador, puede disponer de

todos aquellos derechos que no conforman este orden público laboral, siempre y cuando el empleador ofrezca una contraprestación en dinero por esa renuncia.

Por lo tanto, podemos decir que el principio de irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos laborales por parte del trabajador no encuentra mayores problemas de validez cuando existen concesiones recíprocas de las partes sobre derechos laborales que no pertenecen al orden público laboral que ponen fin a un conflicto.

II.1.c. Acuerdos transaccionales conciliatorios ante autoridad administrativa: la justa composición de intereses

A continuación, expondremos los convenios conciliatorios con sus características generales y en especial, cómo funciona la justa composición de intereses y cómo este término jurídico indeterminado cobra importancia en el caso del Ministerio de Trabajo.

En líneas generales, el acuerdo celebrado por el trabajador con su empleadora y homologado ante funcionarios del Ministerio de Trabajo, se proyecta sobre la disolución de la relación laboral, y por lo tanto, el acto administrativo complejo que se ha usado para producir tales efectos es válido y goza de presunción de legitimidad.

El art. 15 de la LCT establece que los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios solo serán válidos cuando se realicen con la intervención de la autoridad judicial o administrativa competente y mediare resolución fundada que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado la justa composición de los derechos e intereses de las partes.

El problema al que se enfrentan tanto el órgano administrativo como el poder judicial es que se trata de un término jurídico indeterminado, es decir, que para poder afirmar que existe "justa composición de intereses" en la práctica, necesariamente debemos analizar el caso concreto con detenimiento y ponderar las circunstancias que lo rodean.

Creemos que es fundamental que el ministerio también realice un informe contable, además del análisis de los hechos y del derecho, antes de arribar a la conclusión de que existe una verdadera justa composición.

Es necesario, que se encuentren detallados los motivos que llevaron a las partes a realizar el acuerdo conciliatorio, para no encubrir despidos incausados, ni otras situaciones injustas para el trabajador. No se deben admitir ambigüedades, ni términos confusos, ya que, si bien se extinguen derechos litigiosos, no es posible aplicar las normas propias del derecho privado, a la situación del trabajador que constituye la parte vulnerable de la relación.

El Ministerio de Trabajo debe controlar también que se hayan efectuado al trabajador los aportes correspondientes a los órganos de la seguridad social e impositivos. El trabajador debe contar también con asesoría letrada de su confianza o bien de un profesional del derecho del mismo ministerio, de manera que pueda comprender claramente las cláusulas del acuerdo, y manifestar su voluntad libremente frente al empleador.

II.2. Capítulo II

II.2.a. La justa composición en el Ministerio de Trabajo de la provincia de Jujuy

En la provincia de Jujuy el Ministerio de Trabajo exige los siguientes requisitos para la Homologación de los convenios:

— Existencia de acuerdo entre las partes.

— Ratificación de las partes.

— Taza de homologación.

— Planilla donde se especifique categoría, función, período de trabajo, conforme lo establecido en el art. 52, LCT.

Dichos requisitos se encuentran a disposición del público en la página oficial del Ministerio: www.trabajo.jujuy.gob.ar.

Sin embargo, en la práctica, este control de requisitos no es tan estricto, en primer lugar, porque la mayoría de las veces el convenio es presentado por el empleador como una suerte de contrato de adhesión donde el trabajador no tiene más opción que plasmar su firma, sin poder agregar o modificar ninguna cláusula.

La existencia de acuerdo entre las partes hace referencia a la manifestación de voluntad libre e informada de ambas partes de llegar a una justa composición de intereses y de evitar el trámite judicial; pero ello tampoco es así, puesto que como se dijo anteriormente, el trabajador se encuentra en situación de desventaja frente al empleador, con lo cual su voluntad se encuentra condicionada desde un primer momento. De igual modo ocurre con el requisito de ratificación.

Es en la exigencia de presentar planilla donde se indique categoría, función, período de trabajo y demás condiciones dispuestas en el art. 52, LCT, donde se encuentran los mayores incumplimientos; porque el empleador que tiene a sus trabajadores en situación de empleo no registrado (en negro) se ve imposibilitado materialmente de cumplir.

Como estrategia, niega la existencia de la relación laboral de manera categórica, y sin reconocer derechos ni obligaciones, ofrece un monto base como contraprestación para el trabajador, que no cubre el mínimo legal establecido, y que muchas veces encubre situaciones de despido incausado.

De esta forma, la conciliación laboral finaliza en los mimos términos que una conciliación de materia civil donde las partes extingues derechos litigiosos, la diferencia es que los derechos que están en juego en este caso son de orden público.

El problema real que enfrenta el órgano administrativo es la cantidad de causas para homologar que existen en el Ministerio de Trabajo y la imposibilidad de revisar cada una de ellas con el detenimiento que se requiere. Ello trae como consecuencia inevitable la judicialización posterior de dichos convenios, para que el trabajador pueda obtener la indemnización correspondiente; con lo cual, el problema pasa a ser del poder judicial, que se encuentra abarrotado de causas.

Finalmente, para obtener la homologación, el Ministerio requiere que las partes hayan alcanzado una "justa composición de intereses", como lo explicamos antes, lo cual presupone un equilibrio entre las concesiones realizadas por el trabajador y la compensación en dinero ofrecida por el empleador. A demás, al tratarse de una resolución administrativa, debe estar fundada en los hechos y antecedentes que le sirven de causa, enmarcada en el marco jurídico de la LCT, leyes provinciales, convenios colectivos de trabajo aplicables a la actividad que realiza el trabajador y motivación suficiente que sirva de fundamento de dicha resolución.

II.3. Capítulo III

II.3.a. Las cláusulas abusivas en el derecho privado y su aplicación por analogía en los convenios laborales extintivos

Una vez abordados a manera de introducción la justa composición de intereses y el procedimiento en la provincia de Jujuy para conseguir la homologación de los convenios extintivos de las relaciones de trabajo en sede administrativa, nos dedicaremos de lleno a hablar de nuestro tema central: "las cláusulas abusivas" y su aplicación por analogía al derecho del trabajo.

En primer lugar, es necesario repasar el instituto dentro del derecho privado, y en tal sentido, el Código Civil y Comercial habla sobre las cláusulas abusivas en el art. 988 donde establece que se tendrán por no escritas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían los derechos del predisponente que resultan de normas supletorias y las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

Para los casos en donde se compruebe la existencia de dichas cláusulas el Código prevé la posibilidad de su control judicial *aun cuando existiere aprobación administrativa de cláusulas generales.*

Ahora bien, en materia de derecho del consumidor y usuario, la ley 24.240 en el art. 37 establece que se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, las cláusulas que importen la renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte y por último las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Al igual que en el Código Civil y Comercial, aquí la ley de Contrato de Trabajo también prevé la revisión judicial del contrato y su posible anulación.

Entonces, si la ley es tan rigurosa con las cláusulas abusivas en materia de derecho privado, ¿por qué en el caso de los convenios laborales extintivos es tan difícil identificarlas? Mejor dicho aún, si en el ámbito del derecho privado están prohibidas, y los contratos sometidos a los más rigurosos controles, ¿por qué no es posible aplicar los mismos controles en el derecho laboral? Siendo que las consecuencias de estas cláusulas son mucho más graves en esta materia.

La respuesta a esta pregunta es más simple de lo que parece: la costumbre.

Los modelos jurídicos utilizados para los convenios extintivos comúnmente entre empleadores, se utiliza la mayoría de las veces en su beneficio, porque las palabras que están puestas allí tienen la finalidad de reducir al máximo el abanico de obligaciones que debe asumir frente al trabajador.

Pero, hoy en día es cada vez más difícil desconocer que los paradigmas del derecho están cambiando, que lo servía antes para resolver determinados problemas, en la actualidad, parece no estar funcionando.

El control de legalidad que pesa sobre los contratos civiles y especialmente sobre los contratos de consumo, debe ser aplicado con mayor dureza cuando se trata de convenios laborales, y en este punto ya no hablamos solo de los extintivos, sino de todos los contratos laborales en general.

Este tipo de cláusulas ventajosas para el empleador y perjudiciales para el trabajador no deben ser admisibles, por mucho esfuerzo que se ponga en la redacción del convenio para disimularlas.

II.3.b. Algunos ejemplos de cláusulas abusivas en los convenios extintivos

Existen distintas variantes de cláusulas abusivas, que no pocas veces pasan desapercibidas en la revisión técnico-jurídica realizada por el órgano administrativo, en particular analizaremos dos de ellas que son las más utilizadas:

— La expresión "sin reconocer hechos y derechos alguno y al solo efecto conciliatorio", que utiliza generalmente el empleador al momento inicial, cuando se dispone a ofrecer el monto indemnizatorio encubierto. ¿Cómo es posible ofrecer dinero a una persona desconocida, en sede del ministerio de trabajo, sin reconocer hechos y derechos? Y más aún, cuando el trabajador manifiesta ante la autoridad administrativa que trabajó como dependiente del empleador, pareciera que el principio de realidad de los hechos pierde valor en sede administrativa, que no existe un verdadero control por parte del funcionario público que da fe del acto. Si bien es cierto que la conciliación está pensada para extinguir derechos litigiosos o dudosos no es menos cierto que en el derecho laboral este instituto está limitado por principios de orden público. Como sucede muchas veces, el trabajador manifiesta su condición de empleado de la empresa, mientras que esta desconoce los hechos, dejando en evidencia que existe una relación laboral que podría no estar registrada; en estos casos el funcionario que preside el acto debe dar cumplimiento a lo estipulado en el art. 15 *in fine*.

— "El trabajador nada más tendrá que reclamar a la empresa ni a sus socios en forma personal por concepto alguno, ni judicial ni extrajudicialmente": Esta cláusula es nula de nulidad absoluta y debe tenerse por no escrita porque excluye la posibilidad de reclamar cualquier indemnización referida a derechos irrenunciables, art. 80, beneficios de la seguridad social, derechos en materia previsional, y todos aquellos que puedan nacer del contrato de trabajo que no tienen carácter patrimonial.

— "Se deja expresa constancia de que el Sr. trabajador ha obrado en pleno discernimiento y uso de sus facultades mentales, libre para celebrar este acuerdo y que se le han brindado las informaciones, aclaraciones solicitadas sobre el significado del acuerdo, con el respectivo asesoramiento letrado": Sobre la presente cláusula, podemos interpretar que es inconsistente con el principio de realidad y de verdad material, puesto que el trabajador en los hechos siempre se encuentra condicionado por diversos factores, principalmente de índole económica, vién-

dose muchas veces obligado a aceptar sumas de dinero que no corresponden con la indemnización que por derecho le corresponde, en el acto del acuerdo por necesidad, por cargas de familia, y por encontrarse muchas veces psicológicamente abrumado por la inminente situación de desempleo que se seguirá a la conclusión de dicho convenio. Con lo anteriormente expuesto, ¿es posible afirmar que el trabajador firmante goza de discernimiento, intención y voluntad para celebrar dicho acto? Una primera respuesta podría decir que dicha carencia se ve "subsanada" por la presencia del representante letrado, pero esto no siempre es así, muchas veces el trabajador concurre a la audiencia sin abogado, y se le debe adjudicar uno de oficio, a quién no conoce, y que tampoco conoce, ni tuvo tiempo de estudiar a fondo la cuestión. Otras veces al trabajador se le impone un abogado por parte del empleador, se encuentran en la puerta del Ministerio de Trabajo, lo presentan y de alguna manera el trabajador es tomado por sorpresa, y sin entender muy bien lo que está pasando, accede.

— "Las partes manifiestan haber alcanzado una justa composición de intereses". Entendemos que no corresponde a las partes calificar la existencia de justa composición, puesto que el empleador introduce esta cláusula en un convenio elaborado por su cuenta, en cuya formación no tuvo participación el trabajador; por lo tanto, es necesario el examen del órgano administrativo. Siendo un concepto jurídico indeterminado, su sentido y alcance debe ser establecido por quién tiene potestad otorgada por ley para ello, es decir, el Ministerio de Trabajo, o el juez según la instancia en la que se encuentre.

II.3.c. La teoría de la vulnerabilidad aplicada al caso del trabajador

Entendemos que frente a la situación del trabajador como sujeto vulnerable de la relación de trabajo, es posible hacer una aplicación novedosa de la teoría de la vulnerabilidad, tan vigente en este último tiempo, mayormente en las relaciones de consumo.

Como breve introducción, podemos decir que la noción de vulnerabilidad se fue transformando en un concepto de relevancia para los sistemas jurídicos contemporáneos.

Su popularidad se basa en lo que los autores denominan efecto "decategorizante", es decir, que permite salir de las categorías tradicionales y aprehender de otra manera la realidad y realidades de la vida social. El concepto forma parte de los llamados conceptos transversales que permiten recomponer nuestro derecho y ubicarlo en torno al individuo y no a partir de categorías preestablecidas.

Etimológicamente, el término vulnerabilidad significa "herida". Herida en el cuerpo o herida en el espíritu, por lo tanto, la persona vulnerable es aquella que puede ser herida, atacada, afectada, física o moralmente.

La vulnerabilidad apela a la idea de protección. Besson sostiene que se trata de un concepto potencial porque hace referencia a una posibilidad, es decir, la potencialidad de una herida ligada a la eventualidad de una amenaza de afectación de la persona y de que esa afectación se produzca efectivamente.

Quizá el aporte más importante de esta teoría al derecho laboral radica en que el concepto de vulnerabilidad se constituye como un concepto relacional, es decir, que un individuo es susceptible de ser víctima de una afectación porque otro (que puede ser un particular, o un agente que interviene en nombre de la sociedad) lo amenaza. En el derecho laboral este concepto relacional se ve claramente reflejado en la relación empleador-trabajador desde el inicio del contrato de trabajo, su desarrollo y extinción.

Del examen de las cláusulas abusivas, y de la posición desfavorable del trabajador en una negociación frente al empleador, es posible afirmar que el trabajador se encuentra en una situación de híper vulnerabilidad. No basta ya con reconocer su evidente desigualdad de condiciones al momento de negociar lo único que tiene para ofrecer: su fuerza de trabajo, sino que, además, debemos reconocer la integridad del trabajador en todas sus facetas, no solo como trabajador, sino como miembro de una sociedad, parte de una familia, su salud física y mental y su condición de ser humano.

Por lo tanto, trabajador híper vulnerable es aquel que ofrece su fuerza de trabajo en un contexto social económico de crisis, donde mantener a su familia le cuesta caro, donde tiene que pen-

sar en la educación de sus hijos, vestimenta, alimentación, salud, etc., es también aquel que por la edad, una vez producido el distracto le será muy difícil conseguir un nuevo trabajo, es la mujer trabajadora que debe pensar en sus hijos si es madre, que debe aceptar competir en un mercado laboral que no la favorece, trabajador hipervulnerable es aquel que tiene que aceptar el arreglo que el empleador le ofrece, así se trate de un monto irrisorio, porque él y su familia necesitan vivir.

Como agravante en la actualidad vivimos una situación de pandemia en razón de la COVID-19, donde los trabajadores se encuentran más vulnerables que nunca frente a los despidos, a tener que presentarse a trabajar con miedo a enfermarse, donde muchos trabajadores tuvieron la desgracia de enfermarse y fueron despedidos, o en el peor de los casos el trabajador fallece y la empresa se niega a indemnizar a la familia, pero esta crisis mundial solo puso en evidencia una desigualdad que existe desde siempre: el trabajador es el eslabón más débil de la empresa.

La teoría de la vulnerabilidad aplicada al derecho del trabajo nos hace replantearnos las condiciones en las que los trabajadores concurren a negociar sus derechos. Y nos hace preguntarnos cómo es que un instituto que fue pensado para favorecer las relaciones laborales y darles agilidad, como ser la posibilidad de dirimir conflictos en sede administrativa y de arribar a un convenio que pueda ser homologado, parece no estar funcionando para el fin que fue creado.

Si comenzamos a analizar la realidad desde la perspectiva de la persona vulnerable, podremos conocer qué necesita para hacer valer sus derechos, pero también veremos qué podemos hacer nosotros desde nuestra posición de profesionales del derecho para construir un nuevo paradigma de inclusión e igualdad, para poder llevar los nuevos sistemas de protección a la práctica jurídica, solo así será posible trabajar para una sociedad más justa.

II.4. Capítulo IV

II.4.a. Revisión del convenio homologado en sede administrativa: responsabilidad del Estado

Los convenios homologados pueden ser atacados en sede administrativa cuando existan vicios graves que hayan impedido la plena eficacia del acto de homologación. De acuerdo con la LNPA esto ocurre cuando estos vicios afecten alguno de los elementos esenciales del acto administrativo. Es factible atacar la resolución homologatoria a través de recursos administrativos.

Por lo tanto, es posible seguir los pasos del procedimiento administrativo para lograr la nulidad del acto en sede administrativa.

Cabe destacar que el funcionario público responsable de los daños y perjuicios causados al trabajador a causa de la homologación incorrecta de algún convenio sea por acción deficiente u omisión de sus funciones de control es responsable conforme art. 9º, ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, pudiendo luego el Estado ejercer la acción de repetición contra este.

La desventaja que presenta esta vía en la provincia de Jujuy es que la Ley 1886 de Procedimiento Administrativo de la Provincia, exige el agotamiento de la vía administrativa s antes de permitir al justiciable acceder a la vía judicial, desde la obligatoriedad del recurso de revocatoria, hasta la repetición del recurso jerárquico en todas las instancias hasta llegar al poder ejecutivo provincial.

Todo ello dilata los tiempos en el proceso, haciéndolo mucho más engorroso para el trabajador, por lo que resulta más conveniente la vía judicial, sea por incidente de nulidad del convenio homologado, o bien por alguno de los mecanismos que explicaremos en el apartado siguiente.

II.4.b. Revisión del convenio homologado en sede judicial

Todo convenio homologado en sede administrativa puede ser revisado en sede judicial, y también es posible solicitar su nulidad, para los casos más graves donde existan vicios en la voluntad de las partes, falta de fundamentación suficiente o errores graves de procedimiento.

De conformidad con lo manifestado por Marienhoff: "[L]a expresión 'cosa juzgada administrativa' constituye una nueva fórmula que condensa la idea de acto administrativo inex-

tinguible o inmutable en sede administrativa" (MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I).

Sin embargo, nada obsta a su posterior revisión judicial, puesto que la función jurisdiccional administrativa requiere para su validez la posibilidad de control judicial suficiente, en palabras de Cassagne "la cosa juzgada administrativa se distingue de la cosa juzgada judicial por dos aspectos esenciales: a) se trata de una inmutabilidad estrictamente formal —no material— en el sentido de que nada impide que el acto que tiene estabilidad en sede administrativa sea después extinguido por el órgano judicial; y b) porque siempre se admite la revocación favorable al administrado" (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 6ª ed., ps. 273 y ss.).

Por lo tanto, un convenio homologado en sede administrativa no solo no obsta a que el trabajador pueda pedir la revisión judicial de dicho convenio (como se dijo anteriormente) sino que además, es posible iniciar una demanda laboral frente a los Tribunales del Trabajo. La clave está en los derechos irrenunciables, y todo concepto que no es susceptible de negociación según el art. 15, LCT, como ser, por ejemplo, la Certificación de Servicios del art. 80, LCT, los derechos previsionales y de la seguridad social, etc.

En cuanto al monto de la indemnización en sede judicial, dependerá de la prueba que se pueda ofrecer a favor del trabajador, con la ventaja de que en el tribunal laboral, tiene plena vigencia el principio *in dubio pro-operario,* siendo el empleador quién deberá soportar la inversión de la carga de la prueba.

Sin embargo, es posible que cuestiones no tan claras (como el despido verbal que resulta casi imposible de probar en juicio), no pueda ser indemnizado dada la imposibilidad de probar que el convenio homologado que regula un distracto por "mutuo acuerdo", en realidad encubría un despido incausado; en dicho caso no podría aplicarse la indemnización del art. 245, LCT.

No obstante, todos los demás montos, incluyendo certificación de servicios, antigüedad, diferencias salariales, horas extra, sanciones por trabajo en negro, etc., podrán ser reclamados con normalidad, y si existiere un pago por parte del empleador en sede administrativa, este puede ser considerado como pago a cuenta en la liquidación final del juicio en los términos del art. 903 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

II.5.Capítulo V

II.5.a. Propuestas y posibles soluciones a la problemática planteada

Desde este trabajo final de diplomatura, queremos proponer algunas posibles soluciones que podrían contribuir a mejorar la situación del trabajador vulnerable frente a su empleador.

Algunas de las propuestas sugeridas son:

a) *Nuevo procedimiento para el órgano administrativo de resolución de conflictos laborales (en la provincia de Jujuy el Ministerio de Trabajo):* A los requisitos que ya se exigen, se sumaría una liquidación de haberes completa realizada por contador público nacional matriculado; certificado de baja de ANSeS, certificado de trabajo y certificación de servicios. A la revisión técnica-jurídica del convenio, se sumaría un examen contable para corroborar que existe en los hechos justa composición de intereses.

b) *Representación independiente del trabajador*: al momento de recibir la solicitud para homologación de convenio, garantizar que el trabajador tenga acceso a un representante letrado de confianza, o bien se le otorgue uno de oficio del ministerio, previendo que disponga de tiempo suficiente para una consulta privada, previa a la firma del convenio.

c) *Protocolo especial de actuación:* para atender a la solicitud del trabajador si manifiesta que no conoce al abogado que lo patrocina y que le fue impuesto por el empleador, y si la situación lo requiere, interrumpir el acto.

d) *Promover la educación social:* sobre los derechos laborales, alcance y medios de protección, a través de cursos gratuitos, spots publicitarios en medios de comunicación, redes sociales, etc., y en especial la realización de charlas y trabajos prácticos con alumnos de escuela secundaria y universitarios próximos a ingresar al mercado laboral. Los derechos laborales deben ser conocidos por todos para ga-

rantizar su pleno cumplimiento, por lo tanto, la educación es primordial.

e) *Promover el conocimiento y publicidad de las leyes laborales para las empresas:* con cursos de capacitación destinados al sector de recursos humanos, y personal a cargo de empleados.

f) *Un sistema de recompensas y beneficios*: (por ejemplo, publicidad positiva) para las empresas que cumplan con sus obligaciones respecto de los trabajadores, creando una suerte de reafirmación positiva.

g) *Beneficios y facilidades de pago de obligaciones impositivas:* para empresas con buena calificación en respeto y valoración de los derechos de los trabajadores, incentivándolas a dar cumplimiento a las leyes laborales.

h) *Programas de capacitación en materia de vulnerabilidad y situación del trabajador vulnerable:* destinado a empresas y pymes, para educar sobre la necesidad de medidas protectorias destinadas a grupos de trabajadores vulnerables.

III. Conclusión

A través del presente trabajo podemos concluir que existe la necesidad de replantear la función y finalidad de los convenios extintivos de relaciones laborales realizados en sede administrativa, a la luz de los nuevos principios y buscar adaptar antiguos institutos a estos, para lograr así una mayor protección de derechos y garantías para los trabajadores.

Las cláusulas abusivas existen también en el derecho laboral, y se manifiestan en los convenios a través de las fórmulas "tipo" más utilizadas por empresas y empleadores para disminuir al máximo su responsabilidad frente al trabajador, y los costos indemnizatorios.

En el mundo globalizado donde vivimos, la sociedad está en constante cambio, y los institutos del derecho laboral tienen la misión de acompañarla, de lo contrario, los mecanismos propuestos para resolver conflictos laborales ya no podrán dar respuesta a los trabajadores, quedando sin protección sus derechos y garantías.

Es evidente que nos encontramos ante un momento histórico, donde el cambio de paradigma es inminente, y donde el derecho se está transformando, no solo con la llegada de la digitalización a los procesos, sino también con la nueva generación de jóvenes abogados, que traen nuevas interpretaciones de las leyes, institutos y aportan nuevas soluciones a viejos problemas, y formas innovadoras de resolver los actuales.

Para finalizar, en tiempos de cambios como este, no queda más que replantear todo lo aprendido, y comprender que el derecho laboral no es estático (ninguna rama del derecho lo es), necesita de las otras disciplinas, para dar mejores respuestas y que la analogía resulta una herramienta sumamente útil en cuestiones transversales.

Solo así podremos alcanzar una sociedad más justa y equitativa para todos los ciudadanos.

"Los derechos laborales son derechos humanos"

IV. Bibliografía consultada

BASSET, Úrsula y otros, "Tratado de la Vulnerabilidad", Ed. Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, año 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 2ª ed., ts. I y II.

GRISOLIA, Julio A., "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. Estudio, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 10ª ed.

MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires.

ZANNONI, Eduardo A., "Código Civil y Comercial", Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015, 1ª ed.

Ministerio de Trabajo de la Provincia de Jujuy, www.trabajo.jujuy.gob.ar.

Vulnerabilidad social y acceso a la justicia del trabajo

Claudia E. Carignano

Sumario: I. Introducción.— II. Normativa nacional e internacional en materia de acceso a la justicia.— III. El cumplimiento de los derechos laborales en un contexto socioeconómico adverso.— IV. Un obstáculo para el ejercicio de derechos.— V. El acceso a la justicia como fenómeno multidimensional.— VI. El acceso a la justicia del trabajo.— VII. Conclusión.— VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Desde una mirada estática del derecho laboral puede considerarse que el acceso a la justicia del trabajo para las personas en situación de vulnerabilidad social, se encuentra garantizado a través del principio de gratuidad, o bien mediante la intervención del Ministerio de Trabajo, de los Sindicatos o de los organismos públicos que ejercen la defensa en juicio de pobres y ausentes. Si bien esto no es del todo desacertado, si constituye una visión parcial de la realidad que no contempla en su totalidad el fenómeno del acceso a la justicia y sus complejidades.

Siguiendo los lineamientos de Naciones Unidas (2014) podemos afirmar que el acceso a la justicia es un principio básico de todo estado de derecho, fundamental para que las personas puedan hacer oír su voz, sin ningún tipo de discriminación basada en una situación de pobreza o de otra índole. Siendo uno de los principales obstáculos para el ejercicio de este derecho el costo de la representación y del asesoramiento jurídico.

El acceso a la justicia para ejercer los derechos y defender las libertades es uno de los principales y más importantes derechos humanos en un sistema legal moderno e igualitario: "Si una persona pretende ejercer los derechos (...) y por su posición económica, esta imposibilitada de pagar la asistencia legal o cubrir los costos del proceso, queda discriminada y colocada en condiciones de desigualdad ante la Ley" (Birgin y Kohen, 2006, p. 17). Esto constituiría sin lugar a duda una clara violación al principio de igualdad, consagrado en el art. 16 de la CN.

Pero, el acceso a la Justicia en sentido amplio, no se limita a poder pagar un/a abogado/a o contar con la representación de un/a letrado/a gratuito/a, sino que —como se verá— comprende dimensiones subjetivas del/la trabajador/a cuyo derecho se ha vulnerado. No solo es necesario conocer y sentir como propios cada uno de los derechos, sino también contar con la posibilidad de poner en funcionamiento los cauces institucionales idóneos para su ejercicio. Para ello, resulta imprescindible sortear una serie de obstáculos burocráticos, geográficos, lingüísticos, simbólicos, entre otros, y lograr las condiciones elementales para de reclamar administrativa o judicialmente. Aun así, factores materiales que exceden los gastos formales del juicio, o condicionamientos como el género, la migración, la discapacidad o la ancianidad, pueden poner en jaque el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.

Coincidiremos en que un sistema judicial que no dé respuesta a los sectores más desprotegidos de la sociedad gozará ante esta de escasa legitimidad. Sin embargo, las barreras que impiden el pleno ejercicio de los derechos se verifican de modos que pueden resultar invisibles desde miradas dogmáticas o estáticas del derecho, especialmente en el fuero del trabajo.

El presente artículo constituye una introducción a la temática y se propone visibilizar un debate que en ocasiones se considera impropio del ámbito de actuación del poder judicial o de los operadores del derecho, quedando circunscripto al plano de las políticas sociales.

Contrariamente, considero que corresponde al Poder Judicial remover los obstáculos para el acceso a la justicia y el fuero laboral no puede permanecer ajeno a esta necesidad, por lo que debe impulsar estrategias y prácticas que garanticen una igualdad real ante la ley de los/as trabajadores/as.

En esa línea, la Cumbre Judicial Iberoamericana (2008) elaboró y proclamó las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, desarrollando una serie de principios para que la justicia proteja a los más débiles. Tales principios han sido receptados por el Poder Judicial de la Nación a través de las acordada 5/2009 de la Corte Suprema, y si bien han tenido recepción como reglas interpretativas en diversos fallos de la Cámara Nacional del Trabajo y de los Juzgados de Primera Instancia, no han logrado a la fecha modificaciones profundas en el funcionamiento de la Justicia Laboral.

Por su parte, los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina consagran el derecho del acceso a la justicia imponiendo al Estado la obligación de garantizar un servicio de Justicia equitativo que contemple las particularidades de aquellos sectores que se encuentran en situación de desventaja económica y social.

II. Normativa nacional e internacional en materia de acceso a la justicia

El presente artículo tiene como meta plantear una primera aproximación a la problemática del acceso a la justicia para personas en condición de vulnerabilidad desde una perspectiva laboralista, por lo que no me detendré en un análisis profundo de las leyes nacionales y tratados Internacionales en la materia. Sin embargo, considero fundamental enumerar la normativa más relevante.

En la órbita Internacional, algunos de los tratados con Jerarquía Constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional receptan el principio. Así, La Declaración Universal de Derechos Humanos, en sus arts. 8° y 10; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, inc. 1º); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8°, inc. 1º); la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII) y la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 5° y 6°).

Por su parte, la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la falta de provisión de asistencia jurídica gratuita —cuando una persona no puede pagar la asistencia legal necesaria—, vulnera la prohibición de discriminación. En tal sentido, ha señalado que el concepto de debidas garantías, entre las que se incluye el acceso a los tribunales de justicia, es aplicable a la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (La Rosa Calle, 2009).

Por su parte, el debido proceso legal y la protección del trabajo en sus diversas formas (arts. 18 y 14 bis de la CN) operan como garantía del acceso a la justicia de los/as trabajadores/as. En tanto la Ley de Contrato de Trabajo en su art. 20 consagra el principio de gratuidad a la hora de entablar un reclamo laboral en salvaguarda de sus derechos, tanto sea por un despido, como por un accidente laboral, se trate de una instancia administrativa o judicial.

III. El cumplimiento de los derechos laborales en un contexto socioeconómico adverso

En la República Argentina existen —según datos oficiales— al menos 19 millones de personas bajo la línea de la pobreza en 2021. En tanto que aproximadamente 4,7 millones se encontrarían en situación de indigencia. De los 28.8 millones de personas relevadas por la Encuesta Permanente de Hogares un 53.7% (15.5 millones) pertenece a la población inactiva. Vale decir, no tienen trabajo, ni lo buscan activamente.

En tanto que el índice de desempleo sobre la población económicamente activa (el otro

46.3% de la población) asciende en la Argentina a un 10,2%, lo que representa 1.3 millones de desocupados/as. El 56% de ellos/as busca trabajo desde hace más de seis meses. (INDeC, EPH, 2021).

Como señalara oportunamente Grisolía, un marco social como el actual, caracterizado por elevados índices de desempleo, subocupación y trabajo no registrado, contribuye al empeoramiento de las condiciones laborales en general, y no solo a una flexibilización laboral de hecho, sino también a la permanente renuncia de distinta clase de derechos, por parte de las y los trabajadores.

En un escenario en el que predomina la escasa oferta de trabajo y el aumento de la exclusión, el/la trabajador/a que accede a un empleo precario o deficientemente registrado, no solo puede llegar a no exigir el cumplimiento pleno de sus derechos sino que por el contrario, puede llegar a considerarse "privilegiado" por poder trabajar.

Tal cuadro de situación, de por si desfavorable para el conjunto de la masa de trabajadores/as, tiene un mayor impacto en aquellos sectores sociales especialmente atravesados por la pobreza estructural, el déficit habitacional, la falta de acceso a servicios e infraestructura básica, la falta de acceso a educación de calidad, salud, etc.

Desde el inicio de una relación laboral o incluso antes, los condicionantes sociales ejercen una fuerte presión sobre la parte trabajadora. La escasez de oferta de puestos de trabajo, la creciente demanda y la consecuente dificultad para reinsertarse en el mercado laboral rápidamente, actúan sobre la masa de trabajadores/as con fuerza disciplinante.

Ante tales limitantes, el/la trabajador/a en ocasiones concurre a la entrevista de trabajo con un poder de negociación reducido, subordinado de antemano a la aceptación de condiciones de labor inferiores a los mínimos legales, o al menos inferiores a las que hubiera negociado en un contexto más favorable.

Ese trabajador o trabajadora, que logra percibir lo necesario para la subsistencia de su familia, no tendrá como primera opción denunciar el incumplimiento de alguno o varios de sus derechos: una situación de maltrato, exigir el pago de sus haberes en tiempo y forma, la entrega de materiales de seguridad, o bien reclamar el pago de horas extras, descanso semanal o las correspondientes vacaciones.

Si bien el ordenamiento jurídico laboral en nuestro país prescribe una serie de principios y reglas procesales, tendientes a compensar las asimetrías existentes en la relación trabajador-empleador, los condicionantes externos a la relación laboral operan como elementos de presión sobre esta.

El principio protectorio, la irrenunciabilidad de derechos, la gratuidad procesal, son algunas de las previsiones que el acuerdo social vigente ha ido construyendo para remediar tales desequilibrios, pero cabe preguntarse: ¿mantienen plena vigencia tales reglas en un orden social extremadamente desigual?

IV. Un obstáculo para el ejercicio de derechos

Existen diversos factores a contemplar a la hora de analizar si una persona se encuentra en situación de vulnerabilidad: pobreza, discapacidad, migración, género, edad, entre otros. En ocasiones una misma persona reúne más de un factor de vulnerabilidad, quedando colocada en una posición aún más desfavorable respecto del resto de los particulares o del Estado.

Puntualmente, una persona que no puede acceder a bienes y servicios básicos para sí y para su familia, como vivienda, alimento, salud, educación, etc.; difícilmente se encuentre en igualdad de condiciones para ejercer sus derechos respecto de otra que puede —al menos—, proveerse lo básico para vivir dignamente. En una situación de pobreza, algunos obstáculos que presenta el sistema de administración de Justicia pueden volverse insalvables.

Señala Felipe Fucito: "[P]ara acceder a la justicia se requieren (...) patrones económicos, sociales y educativos de clase media (...). Frente al empobrecimiento de la población, cada vez menos personas poseen tiempo y dinero suficientes para actuar judicialmente, aunque por su nivel educativo conozcan sus derechos.

Como apuntara, una importante porción de la sociedad no cuenta con recursos económicos suficientes para garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas primarias. Tal imposibilidad constituye un factor objetivo de vulnerabilidad que ocasionará en la mayoría de los casos, obstáculos a la hora de hacer valer los derechos.

Esa falta de tiempo y de recursos a la que se refiere Fucito, se plasma de manera concreta en diversas instancias de un conflicto jurídico. Solamente para asesorarse y llevar a la práctica una instancia de reclamo, se requieren de recursos materiales y de tiempo mínimos, así como también de recursos simbólicos y de alfabetización jurídica, como se verá más adelante.

En la Argentina existe una brecha entre los derechos que el sistema legal reconoce a las personas y la efectiva posibilidad de llevarlos a la práctica. A decir de Birgin y Kohen: "Los sectores de extrema pobreza se encuentran marginados del derecho y las instancias administrativas y judiciales (…) Sin embargo, la falta de acceso tiene raíces que van más allá de lo económico; hay quienes no se acercan porque además, de las barreras económicas, no pueden identificar las posibilidades que les brinda el sistema judicial".

Por tal motivo, pensar una Justicia Laboral que no incluya a esa inmensa porción de la ciudadanía, nos adelanta una respuesta a la pregunta inicial. En ese sentido, el Estado mediante sus políticas públicas, y el Poder Judicial en particular —a través de su organización, sus prácticas y sus decisorios—, deberán arbitrar todas aquellas medidas que se encuentren a su alcance para que tales obstáculos no ocasionen una pérdida de derechos y una denegatoria de Justicia.

V. El acceso a la justicia como fenómeno multidimensional

Si bien el presente trabajo pretende analizar el fenómeno desde la perspectiva del derecho laboral, algunas categorías generales pueden ser perfectamente aplicables. En ese sentido cabe mencionar al menos cuatro dimensiones planteadas por las autoras antes citadas:

— En primer término, la cara más visible del fenómeno es la posibilidad de cada ciudadano de llegar —en sentido estricto— al sistema de administración de justicia. Esto es, que la ley procesal prevea mecanismos para que los particulares puedan presentarse ante los estrados judiciales, a fin de exigir el cumplimiento de tal o cual derecho. Esta faceta, no solo debe cumplirse en un sentido formal por encontrarse consagrada en una ley, sino que debe materializarse en la realidad.

— En segundo lugar, podemos hablar del acceso a la justicia como la disponibilidad de un buen servicio de justicia. En este análisis, la eficacia del sistema cobra un papel central, ya que, para que exista un verdadero acceso, la respuesta judicial debe ser efectiva, llegar a tiempo y resolver de manera correcta los pleitos que le son sometidos a juzgamiento.

— Adentrándonos en la complejidad del problema, no podemos dejar de lado el acceso a la justicia como la posibilidad, no solo de llegar a interponer una demanda, sino de sostener de manera completa hasta su finalización y ejecución, el proceso judicial. Esto abarca no solo la necesidad de contar con un asesoramiento legal completo en tiempo oportuno, acompañamiento profesional que ejerza la representación en juicio para poder iniciar el proceso, llevar adelante las diligencias que este impone, poder participar de las audiencias, y sostener el proceso hasta su conclusión.

— Por último, debemos mencionar una cuarta dimensión del acceso a la justicia, que se plasma desde el comienzo de cualquier conflictividad, y que puede llegar a neutralizar por completo la eficacia de las tres categorías anteriores. Esta es, el acceso a la justicia como Conocimiento de los derechos, y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos. "Para las personas con escasos ingresos, las discriminadas por etnia o por género, los trabajadores precarios e informales y los desocupados, entre otros, la posibilidad de conocer y comprender el ordenamiento jurídico que regula su vida cotidiana determinará en gran medida su ejercicio de la ciudadanía y las consecuencias de sus decisiones: podrán vivir como residentes legales o ilegales; accederán o no a los beneficios que se derivan de la ciudadanía; se respetarán o no sus

derechos como consumidores, inquilinos, padres, madres, etc." (Birgin y Kohen, 2016, p 20). Me permito en este último punto agregar a trabajadores y trabajadoras.

VI. El acceso a la justicia del trabajo

En ese orden de ideas, ¿qué sucede cuando una persona en situación de vulnerabilidad social, que logró acceder a un trabajo, es despedida sin causa o se vulnera alguno de sus derechos como trabajador/a? ¿En una situación de vulnerabilidad social estructural, pueden hacerse efectivos los derechos laborales que consagran las leyes?

Los tratados jurídicos responderán que los derechos laborales son irrenunciables, y que el despido sin causa, así como otras violaciones al orden jurídico vigente, se sancionan en nuestra ley con la mayor severidad. Pero esto ¿es realmente así cuando el trabajador damnificado carece de recursos económicos, y de herramientas simbólicas y jurídicas para defender sus derechos? Siguiendo a las citadas autoras, ¿podemos asegurar que la mayoría de los y las trabajadoras de nuestro país conocen sus derechos laborales, tienen acceso a las vías idóneas para ejercerlos, y cuentan con las herramientas procesales necesarias para hacerlo? No podemos negar esto de manera absoluta, pero si podemos sospechar que en muchos casos esta circunstancia puede no verificarse.

En primer término, y remitiéndonos a la primera de las categorías enunciadas, vamos a acordar en que el ordenamiento jurídico laboral en la Argentina consagra una serie de presunciones, principios y garantías tendientes a equilibrar la asimetría existente entre la parte empleadora y la parte trabajadora. Asimismo, existen tanto en la órbita de la justicia nacional, como en el resto de las jurisdicciones, códigos procesales que garantizan la legalidad de los procedimientos y la seguridad jurídica. De las cuatro dimensiones del acceso a la justicia podríamos adelantar que se trata de la que encuentra un mayor grado de satisfacción —al menos desde el punto de vista formal—, en lo que hace a la defensa de los y las trabajadoras de nuestro país, y específicamente en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo.

En segundo término, tenemos el acceso a la justicia como garantía de eficacia. Aquí el asunto comienza a complejizarse, toda vez que muchos de los preceptos enunciados en las leyes empiezan a perder fuerza ante determinadas prácticas y dificultades estructurales. En tal sentido, y siguiendo a Grisolía cabe enunciar que la Justicia Nacional del Trabajo no funciona de manera óptima: agendas saturadas, excesos rituales, juicios de larga duración, dificultad para ejecutar sentencias ante empleadores insolventes, son algunas de las características de los procesos laborales en la Justicia Nacional del Trabajo, que obviamente repercuten sobre la eficacia de todo el sistema. Así, la lentitud favorece a quien incumple y dilata sus obligaciones, fuerza al trabajador/a a aceptar acuerdos perjudiciales a sus intereses, y envía señales negativas al mercado laboral, actuando de manera disciplinante sobre la masa de trabajadores/as (Grisolía, 2019, *revista IDEIDES*).

Entrando en el análisis de la tercera dimensión señalada, a la luz de la practica judicial del fuero del trabajo, debemos analizar las posibilidades concretas con las que cuenta un/a trabajador/a no solo de acceder a la posibilidad de intimar a su empleador, sino también de solicitar una mediación, iniciar una demanda, sostener un juicio y ejecutar una sentencia.

En primer término es necesario contar con asesoramiento legal adecuado y oportuno para analizar las alternativas ante una determinada situación conflictiva. Llegado el caso se hace necesario contar con un/a letrado/a que acompañe al/a trabajador/a durante las diferentes instancias.

Si bien en materia laboral rige el principio de gratuidad, resulta necesario para el trabajador/a contar con un/a profesional que le resulte de confianza. Resulta común y lamentable la situación en la que el supuesto defensor de los derechos del trabajador/a es alguien sugerido por el propio empleador o la ART, con resultados obvios. Esto es factible porque en muchas ocasiones el/la trabajador/a no tiene un/a abogado/a de confianza y recurre al que aparece espontáneamente o por una aparente casualidad.

Asimismo, vale decir que existen dispositivos que brindan asesoramiento gratuito, tanto

de la órbita pública, como colegios profesionales, universidades y organizaciones no gubernamentales. En ese sentido, son escasos los que se ocupan de la materia laboral, porque se la considera "de contenido patrimonial", por lo que resulta poco habitual que una defensoría oficial, un patrocinio gratuito o una asociación civil representen en juicio a un/a trabajador/a.

Por su parte, algunos sindicatos no dan respuesta a las necesidades jurídicas de sus trabajadores. O bien, tratándose de trabajadores/as no registrados, estos no cuentan con afiliación y, por lo tanto —en la mayoría de los casos— no acceden a la protección y a los beneficios que brinda el Sindicato del sector.

Finalmente, el Ministerio de Trabajo cuenta con un programa de servicios legales para trabajadores/as, que acompaña al/la trabajador/a solo hasta la instancia del SeCLO, debiendo luego el/la trabajador/a continuar con un abogado/a particular, distinto al que trazó la estrategia inicial, efectuó el intercambió telegráfico y participó de la instancia de mediación.

Sin embargo —y como adelantara—, contar con un abogado/a no es el único obstáculo socioeconómico, sino que durante el proceso surgen cuestiones materiales y subjetivas que repercuten directamente en las posibilidades del/la trabajador/a de sostener y finalizar la defensa de sus derechos: tareas de cuidado, otras actividades laborales, distancias geográficas, etc. En ese sentido, cabe preguntarnos: ¿puede un/a trabajador/a de bajos recursos, y por lo tanto, en situación de vulnerabilidad social, sostener el proceso desde el comienzo hasta su culminación? ¿Puede ausentarse de sus tareas de cuidado o actividad económica de mera subsistencia para concurrir a una audiencia? ¿Puede un/a trabajador/a migrante que fue despedido ausentarse de su nuevo empleo, para entrevistarse con su abogado, para concurrir al SeCLO o a una citación ante las Comisiones Médicas?

Estos interrogantes, no tienen respuesta única y dependerán de cada caso en particular, pero nos permiten dimensionar algunas de las dificultades con las que una persona en situación de vulnerabilidad social se puede topar a la hora de hacer valer sus derechos.

A estas dificultades, bien podemos sumar otras como las imitaciones para trasladarse que puede tener una persona con discapacidad, que requiere ser acompañada o asistida. Similar dificultad aparece para quien no cuenta con el dinero mínimo como para llegar hasta la zona de tribunales y permanecer durante varias horas, con la consecuente necesidad de ingerir agua o algún alimento, tomar varios medios de transporte, etc.

Cada una de estas dificultades de índole material pone en tensión el principio de gratuidad como garantía para el acceso a la justicia, toda vez que el solo hecho de no cargar con las costas, no cubre otra cosa que los gastos formales del juicio.

Para finalizar, cabe analizar la cuarta dimensión antes explicada. Es decir, el acceso a la justicia como Conocimiento de los derechos, y de los medios para poder ejercer y hacer reconocer esos derechos. La posibilidad de conocer un derecho, comprender el ordenamiento jurídico que rige nuestras vidas, determina en gran medida la posibilidad de hacerlo valer.

Propongo el siguiente ejemplo: Un trabajador migrante llega a la Argentina y se le ofrece una oportunidad laboral, a la cual accede. Ese trabajo no es registrado, y ni siquiera se le exige al trabajador la presentación de documentación que acredite su permanencia legal en el país. El trabajador, no conoce la legislación argentina y mucho menos los mecanismos procesales para poner en funcionamiento el andamiaje legal que reconoce sus derechos. Más aún, desconoce por completo que su empleador tiene la obligación de registrarlo y que pesa sobre aquel la prohibición de contratar a un extranjero sin residencia legal y DNI.

Por el contrario, el trabajador sabe que su permanencia en el país es precaria, por no haber realizado los trámites migratorios y se considera a sí mismo en falta. Más aún, considera que no tiene ninguna posibilidad ni derecho de exigir registración ni condiciones de trabajo legales, y que incluso reclamar por sus derechos puede acarrear la deportación. Si bien se trata de una situación hipotética, si se presentara una situación similar en la realidad, posiblemente el/la

trabajador/a terminaría —por desconocimiento— renunciando a sus derechos.

Sin llegar al caso de una persona extranjera (que simplifica el ejemplo), esta situación puede darse con cualquier ciudadano/a argentino/a que desconozca parcialmente uno o más de sus derechos. Este ausencia de alfabetización jurídica, imposibilita que el/la trabajador/a tenga la conciencia de una determinada falta por parte de su empleador, y por lo tanto, se vea imposibilitado —desde su subjetividad—, de poner en marcha los procedimientos previstos en la norma para el reconocimiento de tales derechos.

VII. Conclusión

Cuando los operadores o intérpretes del derecho pensamos o discutimos un conflicto jurídico laboral, imaginamos inmediatamente aquellas disputas legales que efectivamente llegan a juicio, o bien aquellas que se resuelven con una mediación ante el SeCLO. Es decir, pleitos en los que el/la trabajador/a reclamante conoce cada uno de sus derechos y las vías mediante las cuales ejercerlo, y —por intermedio de su abogado/a— realiza la pertinente intimación, completa el intercambio telegráfico, participa de una mediación, interpone una demanda ofreciendo pruebas, concurre a cada una de las instancias pre-judiciales y de juicio, y obtiene finalmente un pronunciamiento favorable o desfavorable a sus pretensiones.

La realidad impone que en las relaciones laborales concretas los/as trabajadores/as *si* renuncian a sus derechos laborales en el día a día. En ocasiones por no conocer sus derechos o bien, conociéndolos, por no contar con los recursos materiales y las herramientas procesales idóneas para iniciar, continuar y finalizar el proceso judicial.

Por ello, corresponde al Poder Judicial en general, y al fuero nacional del trabajo en particular, adoptar medidas tendientes a garantizar el cumplimiento de la normativa internacional en materia de acceso a la justicia, a fin hacer efectivo el pleno ejercicio de los derechos laborales por parte de los sectores de la sociedad más desprotegidos.

Existe en tal sentido, una obligación de hacer en sentido positivo, tendiente a remover cada uno de los obstáculos que entorpecen o impiden el acceso a la justicia de los ciudadanos, y que ponen en tensión los principios fundantes del derecho del trabajo.

Así, entiendo que corresponde a la autoridad judicial del fuero, garantizar el pleno acceso a la información judicial en lenguaje claro, facilitar la consulta de expedientes, supervisar y apoyar la disponibilidad y eficacia de recursos jurídicos gratuitos (patrocinio) para todo trabajador o trabajadora que requiera asesoramiento o representación, sea de manera directa o a través de la articulación con órganos gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil.

Por otra parte, se hace necesario remover las barreras geográficas, de lenguaje y simbólicas, acercando la justicia a los y las ciudadanas de a pie. Para ello, resulta fundamental la descentralización y la articulación de los Juzgados Laborales con los organismos que si cuentan con oficinas territoriales y presencia en los barrios, a saber: Ministerio de Justicia y DD.HH., Ministerio Público Fiscal y Defensorías Oficiales, así como también con organizaciones barriales, entidades sin fines de lucro y ONG.

De esa interacción resultará una comunidad con mayores oportunidades de conocer y ejercer sus derechos, y una Justicia Laboral que se acerque al ideal de cumplir aquellos objetivos para los cuales fue creada.

VIII. Bibliografía

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijadospor el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Disponible en http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm

Constitución Nacional de la República Argentina y Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional; Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americanade Derechos Humanos; Declaración Americana de

Derechos y Deberes del Hombre; Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Disponibles en http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=63.

Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), "Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justiciade las personas en condición de vulnerabilidad".

Disponible en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf.

BIRGIN, Haydée - KOHEN, Beatriz, "Acceso a la Justicia Como Garantía de Igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas", Ed.Biblos, 2006.

FUCITO, Felipe, "¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?", Fondo de Cultura Económica, 2002.

GRISOLÍA, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo Perrot, edición 2019 revisada y actualizada.

GRISOLÍA, Julio A., "Futuro del Derecho delTrabajo. Premisas", Revista IDEIDES, diciembre 2019.

LA ROSA CALLE, Javier, "Acceso a la Justicia: Elementos para incorporar un enfoque integralde Política Pública". Disponible en https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/119accesojavierlarosaperu.pdf.

Reunión de alto nivel de la AsambleaGeneral sobre, "Las contribuciones de los derechos humanos y el estado de derecho, al programa de desarrollo para después de 2015", ONU, 2014. Disponible en http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodescindice.sp.htm.

Aplicación del trabajo remoto, sus consecuencias

Impacto de la crisis COVID en el funcionamiento del Poder Judicial de San Luis

Javier Alejandro Corigliano

Sumario: I. Introducción.— II. Las medidas en la pandemia y la lucha que se dio.— III. Cuestión metodológica.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

A diferencias de muchas otras jurisdicciones, la pandemia de COVID-19 encontró al Poder Judicial de San Luis con las herramientas jurídicas y materiales necesarias para poder reencausar la actividad de otra manera, resintiendo lo menos posible el servicio de justicia.

Los abogados accedemos al sistema de gestión judicial IURIX a través de una plataforma espejo denominada IOL (*Iurix OnLine*), respecto de la cual se obtiene información limitada, pero permite (aunque cada vez menos) la extracción de esta, exportando a diferentes formatos digitales.

A fin de no sobreabundar en la materia, me remitiré a dos excelentes trabajos de las Dras. Erika Pucciarelli y Adela Pérez del Viso, respecto del origen y ámbito legal de lo que es la firma digital y el funcionamiento del sistema informático del Poder Judicial de San Luis **(1)**.

Sin embargo, no todo es color de rosa y ni la informatización permitió la superación de años de atraso en el funcionamiento del Poder Judicial, que hace más de 30 años cuenta con la misma cantidad de juzgados civiles y laborales.

Este pequeño trabajo, por obvias razones, no puede pretender dar soluciones a históricos problemas de carácter general y particular, pero, sin embargo, y dado el alcance nacional que tiene el presente seminario, intenta ser una referencia acerca de lo que sucedió en un sistema ya implementado, su impacto, y la situación actual, de modo tal de dar un marco de referencia para futura implementación de medidas no solo en la propia provincia, sino en el resto del país, adecuándolo al caso.

II. Las medidas en la pandemia y la lucha que se dio

Luego del primer impacto de la pandemia, el primer reflejo de la actividad fue cerrar todo.

El Superior Tribunal adhirió a un asueto para la administración pública, y posteriormente, se fueron dando una serie de medidas, que, lejos de ayudar, marcaron aún más profundamente el impacto de la pandemia en el servicio de justicia.

Una de las más evidentes, y que más perduró en el tiempo, fue la total ausencia de notificadores en la calle. Mientras el mundo se mantenía a base de *delivery* y los correos se volvieron más esenciales que nunca, los notificadores del Poder Judicial se quedaron en sus casas, prácticamente hasta agosto.

(1) Ver https://www.vistadecausa.com.ar/novedades/item/1119-segundo-informe-sobre-expediente-electronico-y-situacion-judicial-en-san-luis y.

Se suspendió en gran parte la actividad y, además, los términos.

Si bien se acompañó la medida, tres semanas después aún no había ningún tipo de novedad respecto a su tratamiento y se inició el estudio de la actividad tribunalicia.

Como se expresaba, y se aprecia de las gráficas, la caída fue terrible. El servicio de justicia, incluso con plazos suspendidos, no encontró su camino.

Esto desembocó en múltiples reuniones de los actores intervinientes y, a partir del 12 de abril, se empezó a trabajar en la elaboración de las estadísticas que se presentan.

Para el 15 de abril ya se habían realizado 108.000 operaciones de cruces de datos, que permitieron demostrar una caída estadística del volumen del despacho diario sin antecedentes.

Si bien durante el año 2019 la tendencia de caída de despachos era del 5% al 10%, a esa tendencia se le sumó la de la pandemia, para un volumen absolutamente írrito.

Se presentó esta información al Poder Judicial, motivando la realización de un informe interno de auditoría, que se expresó en una nota publicada rápidamente en el periódico judicial, elogiando el funcionamiento del Poder Judicial en la Pandemia, pero metiendo en la misma bolsa las cuestiones administrativas, las judiciales, y en toda la provincia **(2)**.

A fines de abril, la situación se fue haciendo cada vez más tensa. El Colegio de Abogados de Villa Mercedes emitió duros comunicados, lo que motivó que la presidente del STJ, Lilia Novillo, emitiese una serie de declaraciones en diferentes medios, desde el 29/04/2020.

Sin embargo, luego de la presentación de las estadísticas al Poder Judicial, se verificó un aumento del 25% en el volumen de despacho de los juzgados civiles en la primer circunscripción.

El 07/05 se dispuso el levantamiento de la suspensión de términos, en pocos casos, mediante acordada 210/2020.

La investigación continuó, las conversaciones de trabajo también, aunque el tono se fue haciendo cada vez más conflictivo.

Mayo terminó con el número de expedientes a despacho diario más bajo de los últimos años, y probablemente, el más bajo que se pueda tener registro, aunque al menos se creó un sistema de consulta por internet para los profesionales.

El 12 de junio la presidente del Superior Tribunal de Justicia *renuncia* a su cargo, y el gobernador la acepta, a partir del 31 de diciembre de 2020.

El 14 de junio el CAPSL publica otro duro comunicado en el diario local, comunicando que "el servicio de justicia de San Luis *no funciona*" (destacado en original) **(3)** y el 16 de junio presenta otra dura nota solicitando la reanudación del sistema **(4)**.

El 30/06 se lanza una campaña denominada "San Luis sin justicia. Otra vez", con la instrumentación de un logo que fuera pegado en diferentes lugares, para dar conocimiento a la sociedad de la problemática.

En la entrada de la feria judicial más larga que se tenga conocimiento (24 días corridos sin atención) de manera inédita, en la comunicación de la feria judicial se acompaña en un mail institucional, estadísticas desde el 06/06 al 22/06, intentando mostrar una realidad diferente del análisis en conjunto.

El día 07/07/2020 se publica que los restantes miembros del Superior Tribunal también presentan sus renuncias, que son aceptadas con efecto inmediato **(5)**.

(2) "El teletrabajo garantiza la prestación del servicio de justicia tanto como el trabajo presencial", http://www.periodicojudicial.gov.ar/?p=406014.

(3) Ver https://www.facebook.com/abogadosdesanluis/photos/a.134618837080373/730053057536945/.

(4) Ver https://drive.google.com/file/d/1jR_klOeXwDI3i8mSY90pXQBh06efPnVo/view?fbclid=IwAR1-otnLfr1WgGjAPSLK4r_j5G_IQb939sIBu49xxpLMkbORt2cD_DEQxsk.

(5) Ver https://www.eldiariodelarepublica.com/nota/2020-7-8-21-14-0-carlos-cobo-y-martha-corvalan-renunciaron-al-superior-tribunal-de-justicia.

En agosto se presentaron resultados parciales, en el marco de las Jornadas Puntanas de Derecho Procesal, generando notable repercusión.

A la fecha, la nueva integración del Superior Tribunal, en coordinación con el Ministerio de la Legalidad y los diferentes Colegios de Abogados, se encuentran trabajando en la modificación de los Códigos de Procedimientos, y de la Ley Orgánica de Administración de Justicia, de modo de adaptar el marco normativo a la nueva realidad pospandemia.

III. Cuestión metodológica

Si bien este tema puede ser un poco aburrido, es necesario explicar cómo se extrajeron los datos de análisis, que supusieron el análisis de más de 169.000 filas de Excel *solo para el año 2020 y que superan los 1,3 millones de filas desde el año 2017 a la fecha.*

A su vez, de estos se han debido realizar múltiples operaciones y combinaciones, por un total de casi 7 *billones* de operaciones de cruces.

— Con base en las publicaciones del sistema IOL se extrajeron los datos del *despacho diario,* de público acceso.

— El análisis cuantitativo de sentencias e interlocutorios se basa en la rotulación de actuaciones por parte del organismo.

— La rotulación del origen se corresponde con la publicación que realiza cada organismo, es decir, las dependencias que no publican en despacho diario no pueden ser analizadas, por lo que también se excluyen expedientes reservados o de carátula oculta.

— A los fines de la presente se analizan solamente los cuatro juzgados civiles, y los dos juzgados laborales, de manera tal de obtener una muestra comparativa de carácter general que permita ver un cuadro general del panorama de la Primera Instancia, y a su vez, de la primera circunscripción judicial San Luis (que tiene 3).

— Finalmente, se advierte que, al no proceder de la exportación directa del sistema del Poder Judicial, no es información oficial, pero el margen de error por compilación se estima en no más del 1% (para ser más exacto, 14.237 sobre 169.810 filas).

IV. Conclusiones

Sin dudas, el impacto de la pandemia de COVID-19 ha sido diferente para el servicio de justicia en la Argentina, alcanzando de pleno en aquellos poderes judiciales basados totalmente en el expediente papel.

Sin embargo, y pese a ser la provincia más avanzada en materia de expediente digital, San Luis no pudo marcar inmediatamente la diferencia respecto de la adaptación a la nueva realidad.

Fue necesario un arduo estudio estadístico, y una lucha desde los sectores colegiados y particulares, para encontrar el camino hacia una recuperación de la actividad.

Si bien los datos parecen alentadores, aún quedan muchos aspectos por trabajar, en especial, aquellos relacionados con la falta de inmediatez entre el colega y el juzgado, lo que obliga a pedir suspensiones de términos en muchos casos.

Así todo, en la medida que exista buena voluntad, aceptación de la nueva realidad y voluntad real de cambio, por parte de todo los actores involucrados, podremos no solo lograr un mejor servicio de Justicia, sino también ser un ejemplo para el funcionamiento de los demás Poderes Judiciales del resto de la Argentina.

ACCIDENTE DE 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.

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 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.

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, Cód. Civ. y Com.).

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 mon-

to 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.*

TRABAJADOR CON HIJO MENOR EN LA PANDEMIA

Pedido de licencia extraordinaria con goce de haberes. Extensión del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio. Concesión.

> A la fecha de la licencia solicitada —abril de 2020—nadie consideró que la situación de aislamiento por pandemia proseguiría hasta

la actualidad. En dicha inteligencia, la trabajadora con mayor razón no vislumbró semejante extensión de la pandemia y sus consecuencias. En tal contexto, como puede verse, la accionante con su hijo menor está hasta la fecha sin percibir su salario, el cual reviste carácter alimentario.

CNTrab., sala VIII, 05/03/2021. - Toranzo, Micaela Daiana c. La Mantovana de Servicios Generales SA s/ medida cautelar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1907/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. N° 15772/2020

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 05 de 2021.

Considerando: I. El recurso de apelación interpuesto por la parte actora mediante presentación digital —que mereciera réplica de la contraria— contra lo decidido por la Sra. Juez de grado de fecha 29/12/2020.

II. En forma preliminar, cabe efectuar las siguientes consideraciones que surgen de las constancias digitales de la causa.

En el *sub lite*, la Sra. Toranzo interpone una demanda sumarísima y solicita como medida cautelar innovativa que se le ordene a su empleadora la concesión de licencia extraordinaria con goce de haberes y el pago de salarios caídos desde marzo/2020 (cfr. arts. 195 y con Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Funda su petición en el marco normativo excepcional vigente y que conforma una familia monoparental con un hijo menor a cargo (T. A. T., v. partida de nacimiento digitalizada) y que, si bien solicitó licencia sin goce haberes desde el 28/04/2020 hasta que finalizara las ASPO con motivo del dictado del DNU N° 297/2020, no pudo sostener más la situación y emplazó a la contraria al pago íntegro de haberes (v intercambio telegráfico).

La Sra. Juez *a quo* de modo previo a resolver la pretensión cautelar, ordenó correr el traslado de la acción y de su documentación a la demandada (v. resolución del 31/08/2020, cfr. dictamen del Ministerio Público Fiscal del 21/08/2020) por lo que aquélla fue oída y pudo ejercer su derecho de defensa sobre la medida pretendida.

En este orden, se presentó La Mantovana SA y sostiene que la actora quien solicitó licencia sin goce de sueldo desde el 28/04/2020 hasta que finalizara las ASPO y, por ello, no se liquidaron más sus haberes. Asimismo, refiere que su arrepentimiento posterior implica una violación a la doctrina de los actos propios y que, cuando la exhortó a que se presente a trabajar —por ser una empresa de servicios esenciales— no concurrió (acompaña copia digital de la nota aludida, recibos de haberes e intercambio telegráfico).

En dicho contexto, la Judicante resolvió desestimar la pretensión cautelar con sustento en que "...de las constancias que emanan de la causa y de la documental acompañada por las partes, la verosimilitud en el derecho invocada, luce atenuada ante la evidencia de que la demandada niega categóricamente los hechos que invoca la reclamante, teniendo en cuenta los términos del intercambio epistolar, cuyas piezas fueron adjuntadas como prueba documental al expediente...", tal decisión motiva los agravios de la parte actora.

La quejosa cuestiona la valoración efectuada por la *a quo* pues —a su entender— la verosimilitud del derecho que invoca se desprende de la Ley 27.541 y las Res. N° 207/2020 del MTESS y 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación y el intercambio epistolar habido entre las partes.

Delimitado de este modo el planteo efectuado, corresponde efectuar las siguientes consideraciones respecto de la normativa citada en el párrafo anterior y que resulta de aplicación al caso.

En virtud de la propagación de la pandemia (Covid-19) el PEN dictó numerosos decretos a los efectos de regular la cuarentena y el aislamiento social preventivo y obligatorio. Así, en el DNU N° 297/2020 (y sus sucesivas prórrogas hasta la actualidad) estableció para todas las personas que habitaran en el país o se encontraran en él en forma temporaria, la medida de "aislamiento social, preventivo y obligatorio" con el fin de proteger la salud pública (art. 1°) y que durante la vigencia del mismo "...los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social..." (Art. 8°). Ello, conllevó a la adopción de distintas medidas legales y administrativas en el establecimiento de organigramas de trabajo tanto en el ámbito privado como público a fin de proseguir con el funcionamiento de los mismos, según las distintas necesidades.

Por su parte, el Ministerio de Educación de la Nación (en uso de las facultades conferidas por la Ley de Ministerios y el Dec. 260/2020) dictó la Resolución N° 108/2020 cuyo art. 1° dispone "...Establecer en acuerdo con el Consejo Federal de Educación y en coordinación con los organismos competentes de todas las jurisdicciones, conforme con las recomendacio-

nes emanadas de las autoridades sanitarias, y manteniendo abiertos los establecimientos educativos, la suspensión del dictado de clases presenciales en los niveles inicial, primario, secundario en todas sus modalidades, e institutos de educación superior, por catorce días corridos a partir del 16 de marzo..." (BO del 16/03/2020). Y, en consonancia con lo expuesto, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación dictó la Resolución N° 207/2020 y dispuso en su art. 3° "...mientras dure la suspensión de clases en las escuelas establecida por Resolución N° 108/2020 del Ministerio de Educación de la Nación o sus modificatorias que en lo sucesivo se dicten, se considerará justificada la inasistencia del progenitor, progenitora, o persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente. La persona alcanzada por esta dispensa deberá notificar tal circunstancia a su empleador o empleadora, justificando la necesidad y detallando los datos indispensables para que pueda ejerceré el adecuado control. Podrá acogerse a esta dispensa solo un progenitor o persona responsable por hogar..." (BO 17/03/2020) y que fue prorrogado automáticamente por el "plazo que dure la extensión del aislamiento social, preventivo y obligatorio establecido por el DNU N° 297/2020 del 19/03/2020 y sus normas complementarias (Resol. MTEySS Ç N° 296/2020, BO 03/04/2020) vigentes a la fecha de los hechos de la causa.

Sentado lo expuesto, teniendo en cuenta las afirmaciones de las partes no está controvertido que se encuentran vinculadas laboralmente y que la actora solicitó licencia sin goce haberes desde el 28/04/2020 hasta que finalizara las ASPO con motivo del dictado del DNU N° 297/2020 y Res. N° 207 (art. 3°), tal como surge de la documental digital aportada por la empresa. Dichas circunstancias evidencian *prima facie* que la empresa tenía conocimiento que la actora es madre de un menor de edad (T. A. T., cfr. partida de nacimiento digitalizada e intercambio telegráfico).

En esta inteligencia, cabe señalar que el dictado del Decreto N° 297/2020 que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio a partir del 19/03/2020 fue prorrogado en forma sucesiva e ininterrumpida (DNU N° 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020, 605/2020, 641/2020, 677/2020, 714/2020, 792/2020, 814/2020, 875/2020, 956/2020 y 985/2020 y normas complementarias y resoluciones del MTEySS y Ministerio de Educación al respecto). En dicho contexto, resulta razonable considerar que el aislamiento social preventivo y obligatorio —luego el distanciamiento social preventivo y obligatorio— perduraría incluso hasta la fecha según las circunstancias y con motivo de la emergencia sanitaria y a fin de evitar la propagación del Covid-19.

Ahora bien, a la fecha de la licencia solicitada: 28/04/2020 estimo que nadie consideró que la situación de aislamiento por pandemia (Covid-19) proseguiría hasta la actualidad. En dicha inteligencia, la trabajadora con mayor razón, no vislumbró semejante extensión de la pandemia y sus consecuencias. En tal contexto, como puede verse, la Sra. Toranzo con su hijo menor está hasta la fecha sin percibir su salario, el cual reviste carácter alimentario. De allí, el entendimiento que la trabajadora no podía conocer que la licencia sin goce de haberes que solicitó (no obstante lo dispuesto por el art. 8 del DNU N° 297/2020 y sus sucesivas prórrogas —pago íntegro de haberes— y la Resol. MTEySS N° 296/2020 respecto de la exención de prestar servicios mientras continúe la suspensión de clases dispuesta por la Res. N° 108/2020 del Ministerio de Educación y justificadas sus inasistencias) se extendería durante tanto tiempo, contexto que no resulta ajeno a la población en general.

Las circunstancias fácticas y jurídicas detalladas en los párrafos anteriores, acreditan suficientemente los requisitos ineludibles para la viabilidad de una medida precautoria como la pretendida por la actora, para tener por configurada la "verosimilitud en el derecho" y el "peligro en la demora", tal como lo requiere la normativa procesal aplicable (arts. 195 y 230 ya citados) y que se desprende de las normas citadas y que la Sra. Toranzo dejó de percibir sus haberes —de naturaleza alimentaria—, que tiene un hijo menor a cargo y que persigue la preservación de su puesto de trabajo en el contexto normativo citado.

No se soslaya que la demandada aduce que se dedica a servicios de limpieza y que su actividad está exceptuada por el inciso 22) del art. 6) del DNU N° 297/2020 (19/03/2020) pero la coyuntura sanitaria antes descripta y la situación económica imperante, implican que se deba adoptar una medida urgente a fin de evitar perjuicios mayores a una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad y requiere la inmediata protección y prevención de todo otro daño mayor.

Tampoco se deja de advertir que las pretensiones innovativas —como la peticionada— agotan el interés jurisdiccional en su dictado e implican la imposición de una conducta que debería ser, en principio, el resultado de un proceso jurisdiccional pleno. Sin embargo, a partir de la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros" (sentencia del 07/08/1997) nadie duda de que la medida innovativa puede funcionar como tutela anticipada; es que se trata de una verdadera "tutela coincidente" dado que apunta a obtener por la vía precautoria, todo o parte de lo que se pretende como postulación de fondo. Al respecto, el Máximo Tribunal; dejó claramente dicho —entre otros aspectos—

que "...El mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado...". Por ello la legitimación sólo se daría cuando media la posibilidad de un "periculum un damni" (perjuicio irreparable) y el "fumus bonis iuris". Así se justifica excepcionalmente y por razones axiológicas, la violación del dogma que establece que no corresponde hacer lugar a una medida precautoria coincidente con el objeto del juicio (Conf. Morillo, A. "Medidas cautelares", LA LEY, 2006, p. 46), tal como acontece en el *sub examine*.

En virtud de lo dicho, corresponde admitir los agravios vertidos por la parte actora, revocar la resolución de grado y hacer lugar a la medida cautelar innovativa solicitada conforme los términos de la normativa citada. Lo expuesto, sin que implique sentar posición acerca de lo acontecido y sin perjuicio de lo que pudiera llegar a decidirse al dictar la sentencia definitiva o de variar las pruebas y constancias de la causa, en una temática que, por su esencia, no causa estado. Las costas se imponen en el orden causado atento las particularidades de la cuestión sometida a decisión (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

III. Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Revocar la resolución de grado y admitir la medida cautelar innovativa solicitada por la actora. 2. Imponer las costas en el orden causado atento las particularidades de la cuestión sometida a decisión. 3. Procédase a la remisión virtual de las presentes actuaciones al Juzgado de origen. Regístrese, notifíquese cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° de la Acordada de la CSJN N° 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente devuélvase. — *María D. González. — Luís A. Catardo.*

DESPIDO

Justa causa. Marinero que no se presenta luego de la citación a embarcar

> La medida extintiva del contrato no resultó desproporcionada ni irrazonable, sino que —por el contrario— se ajusta a derecho, ya que si bien el actor no poseía antecedentes disciplinarios, las consecuencias irremediables que provoca una ausencia al puesto de trabajo, cuando se trata de un marinero de planta oportunamente citado para embarcarse, reviste una entidad suficiente para ser considerada una indisciplina grave que impide la prosecución del vínculo.

CNTrab., sala I, 08/03/2021. - Gutiérrez, Oscar Alexis c. Argenova SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1545/2021]

Causa N° 21518/2016/CA1

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 08 de 2021.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 260/264 apela la parte actora a tenor del memorial recursivo de fs. 266/281, cuya réplica luce a fs. 286/vta., y la parte demandada, mediante la presentación de fs. 283/285, replicado por la contraria a fs. 288/290.

II. Tengo presente que la Sra. Jueza de instancia anterior rechazó la demanda en lo principal del reclamo; empero, hizo lugar a la imposición de la sanción normada en el artículo 80 LCT y al reconocimiento de remuneraciones adeudadas. Para fundamentar ello, consideró que la decisión rupturista decidida por la accionada se ajustó a derecho, en razón de valorar como justa causa de despido a la que fuera opuesta por la empleadora.

III. No resulta controvertido que la extinción del vínculo se produjo por decisión unilateral de la empresa, la que fue comunicada fehacientemente al actor mediante telegrama colacionado —acompañado por la propia accionante a fs. 68— que expresó "Teniendo en cuenta que mediante CD nro. 469570025 de fecha 22 de julio de 2014 recibido en su domicilio el día 24 de julio de 2014 le fue notificado que debía presentarse el día 19 de agosto 2014 a las 09.00 hs a fin de embarcar en el buque Hoyo Maru 37, notifico por este medio que, atento a su incomparecencia, queda despedido con justa causa por aplicación de los dispuesto en el artículo 991 inciso del código de comercio. liquidación final y certificados artículo 80 a su disposición en términos de ley".

Memoro que para tener por configurado un despido con justa causa debe existir una conducta de tal entidad que impida la prosecución del vínculo laboral, es decir, la comisión de un hecho que importe injuria en los términos del artículo 242 LCT. Anticipo que, a mi entender, el extremo exigido para su procedencia se encuentra debidamente cumplimentado, de conformidad con los argumentos que a continuación desarrollaré.

En fecha 24/07/2014, el trabajador —de profesión marinero de planta— fue oportunamente citado para embarcarse el 19/08/2014 en el buque "Hoyo Marú

37", para lo cual debía comparecer ese mismo día a las 09 horas en la sede de la empresa, sita en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, todo bajo apercibimiento de ley (v. CD acompañada por el actor a fs. 67). Sin embargo, el dependiente no compareció a estar a disposición del empleador en el día y en el lugar indicados, a lo que se excusó alegando que se encontraba amparado por una licencia por enfermedad que obedecía a un reposo médico prescripto, justificación que —sostiene— haber comunicado a la empresa.

A los efectos de valorar la decisión rupturista adoptada por la demandada, resulta cardinal efectuar un examen sobre la defensa opuesta por el empleado ante la injuria endilgada. Ante tal premisa, lo cierto es que resulta ineludible señalar que no se encuentra acreditado en autos que se haya producido la comunicación a la cual refiere el actor. Solo se vislumbra que este último dispensó información extemporáneamente, pues hasta el momento del despido solo guardó silencio y se rehusó a presentarse a su puesto de trabajo cuando fue requerido.

En tal inteligencia, carece de entidad la licencia médica prescripta si no fue oportunamente comunicada al empleador, quien debía conocer tal situación para poder ejercer funcionalmente sus facultades de organización y dirección; máxime considerando las particularidades de una actividad tan especial como lo es la mercantil marítima, en la cual las tareas se desarrollan bajo circunstancias tales que es insostenible ese ejercicio y su consecución si no se cuenta —por parte de los trabajadores— con el arribo al lugar, en tiempo y al momento indicado para ello. Va de suyo que, naturalmente, los ausentes al tiempo que el buque ya zarpó no solo que no podrán ser incorporados a sus tareas, sino que tampoco podrán ser reemplazados por otros trabajadores, si no medió un preaviso prudencial que otorgara posibilidad al empleador de reorganizar el esquema de trabajo. En efecto, la actividad es merecedora de una regulación especial dentro del ordenamiento jurídico (Ley de Navegación N° 20.094), entre otras razones, porque debe contemplar rasgos singulares como el descripto.

Observo que el esfuerzo dialéctico que despliega la parte actora en lo extenso de su memorial recursivo, al acudir a la totalidad de los argumentos sobre los cuales fundó la pretensión inaugural y, en este sentido, reiterándolos exactamente (extremos que han sido examinados en la instancia anterior), no lucen hábiles a los fines de obtener la modificación de la decisión adoptada. No observo controvertida la conclusión a la que se arribó en la sentencia, respecto a la omisión por parte de la persona trabajadora de comunicar a su empleador la imposibilidad o el impedimento que alegó y por el cual no podía concurrir y cumplir con el emplazamiento que la empresa Argenova SA estaba realizando a los fines de la continuidad del vínculo de empleo.

La pieza que en la demanda indica haber cursado por medio postal fehaciente (v. fs. 7 vta., supuestamente emitida el 15/08/2014, mediante comunicación que individualiza como PU730826054) no ha sido aportada como prueba; motivo por el cual, ante el desconocimiento del hecho por parte de la contraria, resultaba esencial su comprobación a los fines de justificar la ausencia que trajo aparejada la disolución contractual entre el Sr. Gutiérrez y la empresa Argenova SA. O bien, en el mejor de los supuestos para el accionante, hubiese resultado igualmente útil la demostración, por cualquier otro medio de prueba, de que la empleadora estaba en conocimiento del impedimento médico, y así repeler las consecuencias que la inasistencia trajo aparejadas.

Ello no implica desconocer que pudieron haber existido circunstancias que efectivamente imposibilitaran al Sr. Gutiérrez a concurrir a prestar su débito laboral, pero ello —y sin entrar a debatir en las consideraciones que formula respecto a los alcances del razonamiento que fue esbozado por la Sra. Jueza de anterior instancia y que antecedieron a la decisión que finalmente plasmó— no alcanza a modificar lo resuelto. Es que la conducta resulta comprendida dentro de las reglas que los artículos 62 y 63 LCT disponen como pautas a las cuales deben apegarse las partes en una relación de empleo: si bien en este caso particular el personal de la navegación cuenta con un régimen especial, ello no lo convierte en incompatible con la aplicación de las normas generales del régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, módulo regulador para ambas partes de la conducta que deben adoptar en la relación de trabajo.

Asimismo, las circunstancias descriptas me conducen a coincidir con lo decidido por la Magistrada que me precedió, en cuanto a que la medida extintiva del contrato no resultó desproporcionada ni irrazonable, sino que —por el contrario— se ajusta a derecho. Por otra parte, la queja vertida por el apelante en relación a que no medió un efectivo emplazamiento en mora con carácter previo a decidir la desvinculación no luce apropiada, por lo motivos expresados supra que suponen contextualizar la situación dentro de la especial actividad que se encuentra involucrada en el caso. Tampoco logra conmover lo decidido en origen la alegación de que el actor no poseía antecedentes disciplinarios, pues —nuevamente en el marco de la actividad específica que se examina— las consecuencias irremediables que provoca una ausencia al puesto de trabajo, como la verificada en el actor, revisten una entidad suficiente para ser considerada una indisciplina grave que impide la prosecución del vínculo.

IV. En otro orden, considero que corresponde rechazar la crítica que el accionante formula en torno a la valoración que la *a quo* efectuó sobre las probanzas colectadas en autos. Digo así, pues los argumentos a los que recurre la quejosa en los tramos de su memorial que propician acudir a las pautas del artículo 9° LCT no resultan aplicables al particular. En efecto, no observo que se configure en el presente el supuesto de duda alguna sobre la interpretación o alcance de la ley, ni tampoco en la apreciación de la prueba.

V. En relación a la alegada ambigüedad del apercibimiento en su texto, aun cuando lo normado por el artículo 243 LCT refiere a que debe consignarse la sanción que recaerá para el caso de incumplimiento de la requisitoria en curso, considero que, según las circunstancias propias del particular y en tanto se efectuó la convocatoria "...bajo apercibimiento de ley...", la regla que emana de la norma citada no puede ser aplicada en forma estricta, en atención a que luce evidente que, conforme la experiencia laboral del accionante (con casi nueve años en la actividad marítima y con una trayectoria de servicios para la accionada Argenova SA), la parte trabajadora conocía razonablemente y con certeza cuál sería la consecuencia de su falta de acatamiento (arts. 242 LCT, a la luz de la interpretación que habilita el art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En estos términos, también sugiero el rechazo de los segmentos de la queja introducida por la parte actora.

VI. Por su parte, la parte demandada cuestiona el progreso de la sanción prevista por el artículo 80 LCT que forma parte de la condena, y rebate los argumentos de la Jueza de grado con relación a la ausencia de consignación de las piezas documentales que agregó en el responde, como herramienta para repeler el progreso de una eventual multa por incumplimiento en la obligación de hacer entrega de las mismas.

Al respecto, encuentro que las constancias que lucen a fs. 44/53 agregadas con el responde, fueron expedidas en fecha contemporánea a la desvinculación ocurrida el 21/08/2014 (ver fechas de certificaciones bancarias, que datan del 04/09/2014) y puestas a disposición por la empresa. Por lo tanto, el requerimiento cursado por el accionante (y reiterado en las comunicaciones que cursó a la ex empleadora, en forma reiterada durante el mes de octubre de 2014) aparece cumplido. La circunstancia respecto a la distancia entre el domicilio del accionante (en la provincia de Corrientes) y la sede de la empresa no resulta condición para viabilizar la sanción que la norma prevé, con lo cual al acudir —como lo resolvió la anterior juzgadora— al inicio de una acción de consignación, a mi modo de ver, es excesivo. Si bien es cierto que los términos de la norma (art. 80 LCT) tratan respecto a una obligación de hacer impuesta al empleador, no comparto que este último deba recurrir a la consignación judicial para su cumplimiento, puesto que esa imposición generaría una innecesaria judicialización de una cuestión que se puede efectivizar por otros medios. Por otra parte, también advierto que más allá de requerir la entrega, la parte actora no manifestó concretamente la imposibilidad de concurrencia en razón de la distancia de su domicilio y se limitó a consignar en sus textos "...lo intimo plazo 48 hs. entregue mi certificación de servicios y remuneraciones....". En consecuencia, y frente al carácter sancionatorio del artículo 80 LCT, entiendo que no corresponde la imposición automática de la multa en todo caso en que la mencionada obligación no haya sido cumplida, ni es exigible necesariamente —para que el empleador quede libre de la punición— que este proceda a su consignación. Por el contrario, se requiere verificar que el empleador no tuvo intención de cumplir con su obligación y que se descarte un comportamiento obstructivo del propio trabajador para evitar el cumplimiento de la obligación y beneficiarse así con el devengamiento de la aludida sanción. Todo ello, en el caso y por las circunstancias anteriormente reseñadas, obsta a la procedencia de la sanción allí prevista (cfr. "Mambrin Mario c. Only Man SA s/ despido", SD 93.465 del 09/04/2019, del registro de esta Sala; "Calegari, José Carlos c. Neumáticos Promix SA s/ despido", SD 95.691 del 22/04/2008; "Isasi Pérez, Olga E. c. Echegoyen, Horacio O. s/ despido", SD 96.727 del 29/05/2009, del registro de la Sala II).

En tal entendimiento, sugiero modificar este aspecto del decisorio y detraer la suma dispuesta en grado por tal concepto.

Distinta suerte tendrá el agravio tendiente a revisar la procedencia de los restantes rubros que conforman la condena dictada (SAC y vacaciones proporcionales). En efecto, no le asiste razón al apelante en cuanto sostiene que se trata de conceptos que no formaron parte de la pretensión inaugural. A poco que se revise la demanda, en sus términos y en la liquidación plasmada a fs. 17 vta. se observa que las partidas por estos conceptos fueron individualizadas por el accionante, motivo por el cual los fundamentos de la queja en este tramo deben ser desestimados. Así lo sugiero.

En definitiva, y de conformidad al examen que se propone, la condena deberá fijarse en la suma de $36.930,86 con más los intereses dispuestos en grado, aspecto que arribó libre de cuestionamiento a esta etapa.

VII. En cuanto a las demás alegaciones en las apelaciones planteadas, tengo en cuenta que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no resulta necesario seguir a las partes en todas y

cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (ver Fallos: 272:225; 274:113; 276:132; 280:230, entre muchos otros) y, con tal base, no las encuentro eficaces para rebatir la valoración precedentemente realizada.

VIII. En atención a la forma en que, en definitiva, ha sido sugerida la solución, por imperio de lo dispuesto por el artículo 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación deberá dictarse nuevo pronunciamiento en lo concerniente a la imposición de las costas y las regulaciones de los honorarios.

En lo que respecta a la forma de imposición de costas, si bien en el artículo 71 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación se dispone que, en los casos de vencimiento parcial y mutuo, la distribución de las costas debe estimarse en proporción a los respectivos vencimientos, ello no implica la exacta correspondencia aritmética, sino una razonable comparación conceptual. En la distribución de mismas no debe prevalecer un criterio aritmético, sino jurídico, atendiendo a las pretensiones de las partes y los rubros que resultaron procedentes, como así también los fundamentos de los planteos efectuados.

También debe merituarse que, aunque el crédito laboral cuyo reconocimiento pretende el actor sea inferior al pretendido en su demanda, su trascendencia deriva del carácter alimentario que se reconoce a los de ese tipo y ello aconseja atribuirle, en el contexto indicado, una incidencia mayor.

Con tal base, considero que las costas de la acción deberán imponerse en un 60% a cargo de la demandada y en un 40% a cargo del actor. Del mismo modo, propicio que las costas de alzada se impongan en el orden causado.

En materia arancelaria y frente a las apelaciones deducidas por los interesados, teniendo en cuenta la extensión de los trabajos cumplidos, el resultado del pleito y lo normado por el art. 38 de la ley 18.345, arts. 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 19 y 37 de la ley 21.839, art. 3° inc. b) y g) del Dto. 16.638/1957 y disposiciones 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, art. 1255 Cód. Civ. y Com. de la Nación y cfr. arg. CSJN, Fallos: 319:1915 y 341:1063) sugiero regular los honorarios a la representación letrada de la parte actora, de la demandada y a favor de la perito contadora, en las sumas de $25.000, $30.000 y $12.000, a valores actuales.

IX. En relación a las costas de alzada, propongo regular los honorarios de la representación letrada del actor y de la demandada en el 30%, para cada una de ellas, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (cfr. art. 14, ley 21.839).

X. En definitiva, de prosperar mi voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia en lo principal que decide y fijar el monto de la condena dictada en la suma de $36.930,86 (pesos treinta y seis mil novecientos treinta con ochenta y seis centavos), con más los intereses dispuestos en grado; 2) Dejar sin efecto la distribución de las costas procesales y las regulaciones de los honorarios fijados en grado; 3) Imponer las costas de la anterior instancia en un 60% a cargo de la demandada y en un 40% a cargo del actor; 4) Regular los honorarios de grado conforme se establece en el considerando VI, último párrafo; 5) Imponer las costas de alzada en el orden causado; y, 6) Regular los honorarios de esta etapa conforme se establece en el considerando VII.

La doctora *Vázquez* dijo:

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

En consecuencia de lo que resulta del precedente acuerdo, se resuelve: 1) Confirmar la sentencia en lo principal que decide y fijar el monto de la condena dictada en la suma de $36.930,86 (pesos treinta y seis mil novecientos treinta con ochenta y seis centavos), con más los intereses dispuestos en grado; 2) Dejar sin efecto la distribución de las costas procesales y las regulaciones de los honorarios fijados en grado; 3) Imponer las costas de la anterior instancia en un 60% a cargo de la demandada y en un 40% a cargo del actor; 4) Regular los honorarios de grado conforme se establece en el considerando VI, último párrafo; 5) Imponer las costas de alzada en el orden causado; 6) Regular los honorarios de esta etapa conforme se establece en el considerando VII; y, 7) 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 (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/2013) y devuélvase. — *María C. Hockl.* — *Gabriela A. Vázquez.*

DESPIDO

Improcedencia. Pérdida de confianza. Ausencia de contemporaneidad entre el despido y el hecho que lo origina. Desproporción entre el hecho endilgado y la decisión de resolver la relación laboral.

Es ilegítimo el despido por pérdida de confianza de la trabajadora que presentó un certificado médico adulterado para justificar sus ausen-

cias, pues, en el caso no concurre la contemporaneidad necesaria entre el despido y el hecho que lo origina si se tiene presente que el hecho que habría sustentado la aducida injuria se produjo prácticamente 50 días antes de la decisión de despido y, aun cuando la dependiente hubiera reconocido que incurrió en la falta endilgada ello no justifica la aplicación de la máxima sanción.

CNTrab., sala X, 05/04/2021. - G., A. D. c. COTO CICSA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6196/2021]

Expte. N° 60.676/2017 (52.833)

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 05 de 2021.

El doctor *Stortini* dijo:

1°) Vienen estos autos a la alzada con motivo de los agravios que contra el pronunciamiento incorporado de manera digital a través del sistema LEX100 de fecha 10/06/2020 interpusieron las partes a tenor de los memoriales remotos agregados el 05/08/2020, los cuales merecieron las réplicas respectivas (ver escritos digitales de los días 10 y 11/08/2020). Asimismo existen apelaciones por los honorarios regulados.

2°) Doy tratamiento a los agravios vertidos por la demandada.

Coto CICSA apela el fallo por cuanto el señor juez "*a quo*" consideró injustificado el despido (directo) del caso. Argumenta que se encuentra acreditada la falta imputada a la actora en la comunicación rescisoria, lo cual configuró la pérdida de confianza que justificó la decisión de despedirla en los términos del art. 242 de la LCT.

Los términos de los agravios no posibilitan, a mi ver, modificar lo así resuelto en el fallo de grado.

Llega firme a esta instancia que la extinción de la relación laboral se instrumentó por decisión de la sociedad demandada de despedir a G. mediante carta documento impuesta el 04/04/2017 que, en lo sustancial, dice: "En atención a que se ha constatado mediante acta notarial escritura N° 220 de fecha 28/03/2017 que Ud. presentó un certificado médico expedido aparentemente por el médico Eduardo Birensztok, mencionado que la atención sería de fecha 15/02/2017, certificado del recetario del Sanatorio Trinidad Ramos Mejía, el cual no encuentra correlato con la información recabada del Dr. Eduardo Birensztok, quien dijo tener MN ... y al cual luego de explicarle los motivos de la diligencia se le exhibió la constancia médica original que Ud. presentara ante la empresa y la copia doble faz por Usted rubricada de la misma y el mismo textualmente manifiesta que 1) que la letra negra, la firma y el sello son míos, el agregado en letra azul no está escrito por mí. Es dable agregar que el agregado en azul al que el Dr. hace referencia indica reposo por 24 hs., es decir, constituye la —justificación— de su inasistencia el día 15/02/2017, la cual evidentemente no estaba justificada. En virtud de la constatación efectuada y por todo lo señalado, resulta evidente que Ud. ha presentado un certificado que ha sido adulterado y por lo tanto no es hábil a los fines de justificar sus ausencias. En tal sentido, su accionar resulta violatorio de los más elementales principios que deben regir la relación y genera una evidente pérdida de confianza que se traduce en una grave injuria que no consiente la prosecución del vínculo, motivo por el cual le notificamos por este medio que queda despedida con justa causa..." (ver demanda, contestación, comunicación de fs. 183 e informe postal de fs. 191).

Es sabido que uno de los elementos —entre otros— que permite configurar la injuria que determina el art. 242 de la ley laboral, aceptado de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia, es la contemporaneidad entre el despido y el hecho que lo origina. Y en el caso no concurre esa contemporaneidad si se tiene presente que el hecho que habría sustentado la aducida injuria se produjo prácticamente 50 días antes de la adoptada decisión de despido (al considerar la fecha de la ausencia que se pretendió justificar por medio del certificado médico del 15/02/2017 presentado en la empresa y el acto extintivo del día 04/04/2017). Nótese que tal como lo señala el "*a quo*", la testigo M. —auxiliar de Recursos Humanos de Coto CICSA y propuesta a instancias de la demandada— afirmó que fue la misma actora quien al presentarle el certificado médico le reconoció que ella había escrito con su letra una parte de ese documento (ver declaración de fs. 229/231), por lo cual no se advierte razón válida alguna para que la empleadora haya dejado transcurrir esa secuela temporal para resolver el despido, lo que evidencia la ausencia en el caso del aludido elemento que configura la "injuria" que contempla el mentado art. 242.

Cabe abundar que durante el lapso aludido de 50 días que transcurrieron hasta el despido G. continuó prestando su débito laboral en forma habitual (ello surge de la contestación de demanda y de los testimonios receptados en el pleito). Por ello, más allá que se encontraría ausente el requisito de contemporaneidad de la injuria en este específico caso (art. 243 LCT), la trabajadora válidamente pudo entender que la supuesta falta en la que habría incurrido se encontraba consentida por la demandada o bien que por las particularidades en las que se sucedieron los hechos, ese denunciado incumplimiento no configuraba injuria

de tal gravedad que tornara imposible la consecución del contrato de trabajo (art. 242 LCT).

Desde esta perspectiva de enfoque, queda sin sustento la argumentación de la demandada en cuanto a la contemporaneidad de la decisión extintoria y los plazos necesarios para solucionar situaciones atinentes a la asistencia del personal bajo su dependencia, cuestiones que siquiera fueron propuestas a consideración del magistrado de la instancia anterior (conf. art. 277 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En definitiva, aun cuando se tenga por reconocido por la actora que incurrió en la falta endilgada, no justifica en mi opinión y en este específico caso la aplicación de la máxima sanción, conforme lo analizado en los párrafos que preceden (arts. 10, 62 y 63 LCT).

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que de conformidad con lo normado por el antes citado art. 242, corresponde al judicante la valoración prudencial de la injuria, atendiendo al carácter de la relación, las modalidades y las circunstancias en las que se producen los hechos estimo que correspondería confirmar el decisorio de grado, por lo que propicio el rechazo del agravio vertido en el aspecto aquí considerado.

3°) No tendrá mejor solución el agravio ceñido a la indemnización del art. 182 de la LCT que fue admitido en grado.

Véase que los testimonios ofrecidos por la demandante son contestes en que con anterioridad al momento del cese, la empleadora Coto CICSA tenía conocimiento del estado de embarazo de la actora. Ello surge de los dichos de Mora Vargas, compañera de trabajo de la actora ("la actora era cajera, repositora, estaba en 'cumpleaños' y en las cajas y cuando supo del embarazo la dejaron únicamente en 'cumpleaños' y no hacia reposición. Lo sabe porque trabajaba con ella.....todo el sector sabía que estaba embarazada, empezó con náuseas y a veces faltaba...se enteraron del embarazo porque la actora se sentía mal y ella lo dijo. Luego supieron que tenía un embarazo de riesgo y allí le cambiaron las tareas...se enteraron todos los compañeros del sector que estaba embarazada en febrero y en abril la despidieron...el jefe C. se enteró del embarazo porque la veía, por el certificado y porque le cambió las tareas, que tenía que estar —la actora— más o menos quieta": fs. 203/5); Z. A. ("desde que el testigo se enteró que estaba embarazada la actora hasta que dejó de verla en su lugar de trabajo fueron pocos meses, no sabría decir si 3 ó 4 meses...la actora al momento que el testigo la deja de ver la notaba más panzona físicamente, se le notaba el embarazo, lo sabe por la panza más que nada...también la vio cargando un carrito con la panza, cree a principios de 2017": fs. 207/8) y G. ("que el testigo sabe que estaba embarazada porque le llamó la atención que siempre estaba en la parte de entretenimientos, algo más activo y de un momento para otro la empezó a ver en la parte de la caja y tenía un poco de panza y la veía también desanimada y físicamente más quieta, el testigo le preguntó y ella le comentó que estaba embarazada. Este episodio habría sido en febrero/marzo 2017... en el mes de marzo la vio que estaba con la panza de embarazada...el motivo por el cual se encontraba angustiada la actora era porque estaba atravesando un embarazo de riesgo y por ello la habían cambiado a la parte de la caja para no tener que hacer esfuerzos y demás": fs. 210/211).

En los términos antedichos entiendo que las declaraciones aludidas al ser prestadas por personas que tomaron conocimiento directo de lo que relatan generan convicción y fuerza probatoria (conf. arts. 90 LO y 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) para tener por demostrado el estado de gravidez de G., como así también que la empleadora - contrariamente a lo sostenido al contestar la demanda y al expresar agravios— tenía cabal conocimiento de ello al momento de decidir su cese contractual.

Por lo demás, la prueba informativa producida al Sanatorio Trinidad Ramos Mejía acredita la atención médica que G. recibió en varias oportunidades entre el 15/02/2017 y el 07/08/2017 vinculados a la evolución de su estado de embarazo de riesgo, indicándosele incluso reposo de 21 días a partir del 06/04/2017 (ver informe de fs. 121/126). A su vez la respuesta oficiaria del Hospital Austral (ver fs. 195/196 y sobre de prueba reservada) da cuenta de la asistencia médica que la actora recibió por ese mismo motivo en dicho nosocomio a partir del 15/05/2017 (art. 403, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Sugiero, así, desatender este aspecto de la queja.

4°) Asimismo no será recepcionado el cuestionamiento formulado por la decisión de grado de admitir la indemnización del art. 2° de la ley 25.323.

Véase que del texto de la comunicación que da cuenta el telegrama de fs. 105 (ver respuesta de Correo Argentino de fs. 107) surge que la demandante cumplimentó en legal tiempo y forma el emplazamiento requerido para la procedencia del agravamiento aludido y —además— se vio obligada a iniciar la presente acción a fin de perseguir el cobro de las indemnizaciones derivadas del despido directo injustificado del cual fue objeto.

Añado que no resulta prudencial eximir o reducir a la parte apelante del monto del concepto bajo análisis

en la medida en que no se acreditó un proceder que confiriera sustento a su pretensión.

5°) No tendrá mejor solución la crítica ceñida a la remuneración fijada como base de cálculo de los créditos admitidos.

Es que el salario receptado de $19.056,26 —previa deducción de una diferencia por pago de s.a.c.— resultó ser la mejor remuneración percibida por G. durante la vigencia del contrato de trabajo del caso (conf. art. 245, LCT) y según lo que informó la perito contadora al elaborar su informe (ver fs. 152/6 y aclaraciones de fs. 175 y 197) (arts. 386 y 477, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Además la ahora apelante no se hace cargo ni rebate de un modo eficaz (art. 116, LO) los fundamentos esbozados por el "*a quo*" para incluir en ese cálculo rubros no remunerativos percibidos por la trabajadora, los cuales se comparten (ver considerando VI, segundo párrafo, del fallo), todo lo cual determina el rechazo de este segmento de la queja.

6°) Es momento de dar tratamiento al memorial recursivo de la actora.

En primer término no será recepcionada la crítica por el rechazo al daño moral reclamado.

Más allá del esfuerzo argumental esbozado al expresar agravios, no existen constancias probatorias que demuestren —aun soslayando la admisión de la indemnización especial por embarazo del art. 182 de la LCT— que la demandante haya sido objeto de acto discriminatorio alguno que la habilite a reclamar un resarcimiento como el pretendido.

He de memorar que la ruptura unilateral sin causa del contrato de trabajo origina la obligación de pagar las indemnizaciones previstas en la ley que comprenden —en principio— los perjuicios ocasionados al trabajador a causa del despido. En este supuesto, la ley presume la existencia de los daños material y moral sufridos por el dependiente con motivo de la extinción de su contrato de trabajo y establece "tarifadamente" la reparación correspondiente. Sin embargo, ese principio general admite que el empleador incurra en responsabilidad extracontractual si con motivo o en ocasión de la cesantía comete un acto ilícito no representativo de una mera inejecución de las obligaciones derivadas de la relación laboral. Pero para que proceda el resarcimiento por tal vía es menester que se configuren los presupuesto de hecho a los que la ley le imputa obligación de indemnizar (conf. arts. 1109, 1067 y 1078 Cód. Civil, vigente a la época de los hechos), los que no se verifican en este específico caso.

7°) Asimismo no tendrá andamiento la pretensión de calificar la conducta de la demandada como temeraria y maliciosa en los términos del art. 275 de la LCT (arg. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) al memorar que la citada normativa requiere que se litigue con conciencia de la sinrazón (temeridad) o con planteos notoriamente improcedentes o inconducentes (malicia), extremos que —más allá de lo analizado y resuelto en los considerandos precedentes— no se verifican en el presente caso.

8°) En cambio será receptado el agravio vertido por la desestimación de los salarios por enfermedad reclamados.

En relación con este tópico la Ley de Contrato de Trabajo dispone que "Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquella o a la fecha de alta..." (art. 213 LCT).

Sobre tal base, al considerar el carácter recepticio de las notificaciones que determina que la licencia médica por 21 días otorgada a la actora el 06/04/2017 (ver constancia médica acompañada en la demanda, cuya autenticidad quedó expresamente reconocida a través del informe del Sanatorio Trinidad Ramos Mejía de fs. 121/126) fue concedida estando vigente la relación laboral del caso (ver carta rescisoria impuesta el 04/04/2017, recepcionada por la actora 6 días después, el 10/04/2017, conforme respuesta postal de fs. 191), resulta evidente que durante el plazo de licencia aludido G. se encontraba imposibilitada de llevar a cabo su prestación de servicios para la demandada en forma normal y —por ende— asistida de derecho a percibir los salarios correspondientes en los términos de la norma citada al darse los presupuestos allí previstos.

Por ello propicio la revocatoria de este aspecto del decisorio y diferir a condena en concepto de salarios del art. 213 de la LCT la suma de $13.339,38 ($19.056,26 x 21 días).

9°) Asimismo tendrá recepción la crítica ceñida al rechazo del incremento del art. 80 de la LCT que fue resuelto en grado.

Memoro que la dación de los certificados previstos por la norma en cuestión constituye una obligación contractual a cargo de la demandada derivada de su condición de empleadora.

Ahora bien, los certificados que acompañó Coto CICSA en oportunidad del responde —puntualmen-

te, el correspondiente a los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad que se encuentra agregado a fs. 46/48— poseen constancia de certificación de fecha 14/07/2017 (ver fs. 47) lo que evidencia que contrariamente a lo sostenido por la empleadora, no se encontraban disponibles para que la trabajadora los pudiera retirar en las fechas en las que invocaba estar a su disposición (ver intercambio telegráfico).

Tal como he decidido con anterioridad, a los fines de la procedencia de la indemnización prevista por el mencionado art. 80 no cabe ajustarse estrictamente al plazo fijado en el decreto reglamentario 146/2001, es decir los treinta días una vez extinguido el contrato de trabajo por cualquier causa. Ello es así por cuanto, de conformidad con lo dispuesto por el 2° párrafo del citado art. 80, la obligación del empleador de hacer entrega de las constancias a que alude la norma nace a partir del momento en que se extingue el vínculo laboral habido, por lo que a partir de ese momento, el trabajador queda habilitado para remitir el requerimiento fehaciente.

Sobre tal base, considero que en este específico caso la actora emplazó a la empleadora en legal tiempo y forma en relación con la dación de los certificados de trabajo, con lo que cumplimentó con el requisito formal previsto para la procedencia de esta indemnización (ver telegrama de fs. 105 y respuesta postal de fs. 107).

Sugiero así modificar este tramo del fallo de grado y admitir el incremento del art. 80 de la LCT por la suma de $57.168,78 ($19.056,26 x 3).

10°) En definitiva y conforme lo aquí resuelto, el monto de condena se elevará a la suma total de $427.614,74 que devengará los intereses fijados en primera instancia.

11°) La modificación propuesta en este voto no hace necesario adecuar la imposición de las costas a la demandada al resultar la vencida en lo sustancial y no encontrar mérito para apartarse del principio general (conf. art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Del mismo modo aprecio adecuados los honorarios regulados a los profesionales intervinientes (incluidos los de la perito contadora) al considerar el mérito, importancia y extensión de las tareas profesionales y las pautas arancelarias pertinentes (art. 38 LO).

12°) Las costas de alzada se imponen a la demandada en atención al modo de resolver (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) regulándose los honorarios de la representación letrada de la actora y de la demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de lo que les corresponda percibir por su intervención en la anterior instancia (art. 38, LO).

Voto, en consecuencia, por: 1) Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia y elevar el capital de condena a $427.614,74 que devengará los intereses allí determinados. 2) Imponer las costas de alzada a la demandada (art. 68, primer párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios de los profesionales intervinientes por la actora y demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de lo que les corresponda percibir por su intervención en la anterior instancia (art. 38, LO).

El doctor *Ambesi* dijo:

Por compartir los fundamentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

El Dr. Gregorio Corach no vota (conf. art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Modificar parcialmente la sentencia de primera instancia y elevar el capital de condena a $427.614,74 (pesos cuatrocientos veintisiete mil seiscientos catorce con setenta y cuatro centavos) que devengará los intereses allí determinados. 2) Costas de alzada a la demandada y regular los honorarios de los profesionales intervinientes por la actora y demandada por su actuación en esta alzada en el 30% para cada uno de ellos de lo que les corresponda percibir por su intervención en la anterior instancia. 3) Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. *— Daniel E. Stortini. — Leonardo J. Ambesi.*

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Trabajador que deseaba postularse a un cargo sindical. Tutela sindical. Alcance de la ley 23.551. Disidencia.

1. — En la misiva que el trabajador envió en réplica al despido, no manifestó que el empleador había adoptado la decisión extintiva después de haber tomado conocimiento de su postulación, sino que lo había hecho una vez anoticiado que el dependiente se postularía para el cargo gremial.

2. — No surge de la presentación inicial que las pretensiones vinculadas con el despido hayan procurado encontrar sostén en la tutela que el art. 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales le

otorga a quienes han hecho efectiva su postulación para cargos de representación sindical. El reclamo se basó en que la cesantía del actor constituye un acto discriminatorio pues habría obedecido al conocimiento que el empleador tomó del "deseo" o "intención" del trabajador de postularse como delegado sindical en el contexto de la actividad de esa índole que venía desplegando.

3. — La ley de Asociaciones Sindicales extiende su radio de protección de manera de alcanzar a todo trabajador y no solo a aquellos que se hallen incluidos en el campo de referencia establecido en los arts. 48, 50 y 52 de la ley 23.551.

4. — El tribunal ha querido juzgar un despido fundado en la postulación de una candidatura a un cargo sindical, cosa que no se probó y no llegó a ocurrir, cuando —en realidad— el trabajador expresó que tal despido fue causado, precisamente, para impedir su deseo de postularse.

5. — Lo expuesto por el interesado no alcanza para demostrar el vicio de absurdo, pues lo que habilita la revisión casatoria no es cualquier equívoco o disentimiento; sino que, antes bien, es necesario que se configure un desarreglo en la base del pensamiento, una falla palmaria del raciocinio, es decir, un error extremo (del voto en disidencia de de los Dres. Genoud, Pettigiani y Torres).

SC Buenos Aires, 23/02/2021. - Quijano, Ramón Antonio c. Av. 9 de Julio 1253 SRL s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3709/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Causa L. 120.023

La Plata, febrero 23 de 2021.

Antecedentes

El Tribunal del Trabajo N° 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, con asiento en la ciudad de Lanús, admitió parcialmente la demanda promovida, con costas a la accionada (v. fs. 218/233 vta.).

Se dedujeron, por la parte actora, recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley (v. fs. 241/272 vta.).

Oído el señor Subprocurador General (v. fs. 345/347), dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguientes cuestiones

1ª ¿Es fundado el recurso extraordinario de nulidad? En caso negativo: 2ª ¿Lo es el de inaplicabilidad de ley?

1ª cuestión. — El doctor *Genoud* dijo:

I. En lo que interesa señalar, el tribunal de grado rechazó la demanda promovida por Ramón Antonio Quijano contra Av. 9 de Julio 1253 SRL en cuanto reclamaba, con sustento en la ley 23.592, el cobro de una reparación por daño material y moral, así como la reinstalación del trabajador y los salarios inherentes a dicho planteo (v. fs. 218/233 vta.).

II. Contra esta decisión, la parte actora interpone recurso extraordinario de nulidad en el que denuncia la violación de los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 248 vta./252).

En sustancia, alega que el tribunal de grado omitió abordar una cuestión esencial en su momento planteada, cual es: la consistente en determinar si el despido dispuesto por la demandada en forma previa a que el trabajador efectivice u oficialice su postulación al cargo de delegado gremial constituyó o no un acto discriminatorio hacia su persona, sancionado por la ley 23.592.

Sostiene además que el fallo se encuentra fundado en una ley (23.551) que no es la que resuelve la cuestión preterida en autos.

III. En coincidencia con lo dictaminado por el señor Subprocurador General (v. fs. 345/347), considero que el recurso no puede prosperar.

Los agravios que porta la impugnación se dirigen, en verdad, a controvertir la interpretación efectuada por el tribunal de trabajo de los términos del escrito de demanda y de la conformación de la litis, reproche que en tanto vinculado a la comisión de presuntos errores in iudicando resulta extraño al ámbito del remedio en tratamiento y propio del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (causas L. 102.098, "Llera", sent. de 16/02/2011; L. 116.542, "Duarte", sent. de 15/07/2015; L. 111.418, "González", sent. de 13/05/2015 y L. 118.276, "Borrelli", sent. de 07/03/2018).

Cabe agregar que no se configura violación del art. 171 de la Constitución provincial cuando la sentencia está legalmente fundada, sin que corresponda examinar la incorrección, desacierto o deficiencia en su fun-

damentación, toda vez que ello se encuentra detraído del acotado marco de actuación propio del conducto extraordinario examinado (causas L. 88.117, "Echayre", sent. de 16/03/2011; L. 104.795, "Brega", sent. de 21/12/2011; L. 116.963, "Lloret", sent. de 15/07/2015 y L. 118.979, "Marquez", sent. de 21/09/2016).

IV. Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario de nulidad deducido. Con costas (art. 298, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Soria,* por los mismos fundamentos del doctor *Genoud,* votó la primera cuestión también por la negativa.

El doctor *de Lázzari* dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega doctor *Genoud* y, en lo atingente a la configuración de la hipótesis de violación del art. 171 de la Constitución provincial remito a mi opinión volcada en las causas L. 117.684, "Cladd Industria Textil Argentina SA" (sent. de 08/05/2019) y L. 121.633, "Barbieri" (sent. de 13/10/2020), e.o., en honor a la brevedad.

Los doctores *Kogan*, *Pettigiani, Torres* y *Borinsky,* por los mismos fundamentos del doctor *Genoud,* votaron la primera cuestión también por la negativa.

1ª cuestión. — El doctor *Genoud* dijo:

I. En lo que interesa, el tribunal de grado juzgó comprobado que el actor laboró para la demandada, cumpliendo funciones en la categoría de dependiente de salón, desde el día 29 de septiembre de 2004 hasta el día 4 de octubre de 2012 en que la empleadora le notificó su despido en los siguientes términos: "Comunico la rescisión unilateral de su contrato de trabajo por reestructuración del comercio. Liquidación final y certificados de servicios a disposición a partir del día 07/11/2012" (v. CD, fs. 3 y 89 y vered., fs. 218 vta./221 vta.).

Asimismo, el actor respondió mediante una misiva en la que invocó que el distracto estaba motivado en el conocimiento que había tenido el principal acerca de su postulación para el cargo de delegado gremial, con la consecuente denuncia sobre la existencia de un acto discriminatorio hacia su persona e intimación a la empresa a fin de que dispusiera su reincorporación (v. CD, fs. 4). También que la accionada contestó negando todas estas afirmaciones, fundamentalmente la vinculada a la supuesta postulación del actor; quien finalmente hizo efectivo el apercibimiento contenido en su anterior esta pieza postal y se consideró despedido (v. vered., fs. 220 vta./221 vta.).

Luego, juzgó que si bien con los elementos probatorios (esencialmente documental e informativa) y los reconocimientos emergentes de la causa se corroboraba que la relación había quedado disuelta el día 4 de octubre de 2012 por decisión de la empleadora fundada en la reestructuración del comercio, el accionante en su escrito inicial sostenía que la verdadera motivación de dicho acto había estado constituida por su postulación al cargo de delegado sindical (v. vered., fs. 221 vta. y 222).

En este orden, evaluó que al absolver posiciones el demandante señaló que "...hacia octubre de 2012, Jara era el representante gremial..." y que lo sucedió el señor Machain quien fue nombrado por los empleados y que en octubre del año 2012 "se habló de su candidatura pero nunca se oficializó" (v. vered., fs. 222).

Ponderó además las declaraciones de los testigos ofrecidos por el actor, señalando que uno de ellos, compañero de trabajo de aquél, refirió que en el mes de octubre del año 2012 el delegado gremial era el señor Jara y que se "hablaba" de que el demandante iba a ser candidato pero que no llegó a oficializarse; en cambio, la restante testigo —vecina y cliente del lugar— refirió no conocer ninguna actividad sindical del accionante. Respecto de los testimonios ofrecidos por la demandada, expresó que se abstenía de analizar uno de ellos porque el deponente manifestó ser amigo del gerente de la firma accionada y sobre los otros señaló que resultaron coincidentes en declarar que no conocían de la postulación del señor Quijano al cargo en cuestión ni que desempeñara actividad gremial (v. vered., fs. 222 vta.).

Adunó a ello que a fs. 150 obraba agregado la respuesta al oficio enviado al Sindicato de Trabajadores Pasteleros, Confiteros, Pizzeros, Heladeros y Alfajoreros en el que se informaba que el señor Quijano estuvo afiliado a esa entidad desde el 18 de abril de 2005 hasta el 31 de enero de 2013 (fecha de baja transitoria) y, asimismo, que Rafael Jara Ríos fue delegado del personal de la demandada hasta octubre de 2012 y que luego el señor Gastón Machain continuó con dicho cargo con mandato vigente hasta octubre 2014 (v. fs. 222 vta.).

Expresó entonces que ni de la prueba oral —incluida la absolución de posiciones del actor— ni de la informativa surgía verificada la postulación del reclamante a cargo gremial alguno, sin que hubiera en autos algún otro elemento probatorio que permita demostrar dicho extremo (v. vered., fs. 223).

Ya en la sentencia, tras descartar que en el caso el trabajador se encontrara alcanzado por la tutela conferida por la ley 23.551, concluyó que aunque el actor había invocado un despido discriminatorio en el mar-

co del art. 1 de la ley 23.592 producto de su supuesta postulación a un cargo de delegado gremial, no había logrado acreditar dicha circunstancia (art. 375, Cód. Proc. Civ. y Comercial; v. sent., fs. 226 vta./228).

II. En su recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el actor denuncia la violación de los arts. 14 bis, 16, 18, 33 y 75 incs. 19 y 22 de la Constitución nacional; 2, 7 y 23 inc. 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 2 inc. 1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.2, 3 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 del Convenio Internacional del Trabajo 98; 2 inc. "d" de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (OIT); 10, 11, 13, 15, 25, 36, 39 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 17 y 81 de la Ley de Contrato de Trabajo; 1 y 2 de la ley 23.592; 44 inc. "d" y 47 de la ley 11.653; 34 inc. 4, 163 inc. 6 y 375 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; 47, 48, 49 inc. "b", 50 y 52 de la ley 23.551 y de la doctrina legal que cita (v. fs. 241/272 vta.).

Invoca absurdo y violación al principio de congruencia. Sostiene que en el caso el tribunal determinó erróneamente las cuestiones a dilucidar, por cuanto el debate giraba en torno al distracto de un activista gremial que fue despedido ante la toma de conocimiento por parte de su empleador de que el dependiente se postularía al cargo de representante sindical, es decir, en forma previa a su postulación (oficialización).

Refiere que tanto en la primera misiva cursada por el actor, como en su escrito de demanda, éste siempre refirió a que el motivo oculto de su despido era que el principal tenía conocimiento de que se postularía para el cargo de delegado gremial, todo lo que ocurrió de modo previo al acto eleccionario y a la oficialización y comunicación de su postulación al cargo.

Sostiene que la demandada estaba al tanto de la fecha en que se llevaría a cabo el acto eleccionario porque el sindicato ya la había oficializado, como también respecto a que el accionante se iba a presentar como candidato, por cuanto sus compañeros de trabajo y el propio empleador sabían que el delegado en ejercicio no continuaría y que el señor Quijano se postularía para sucederlo. Agrega que era pública y notoria su actividad sindical al momento del despido.

Señala que ante la concreta denuncia de un despido discriminatorio con base en la ley 23.592 se omitió resolver al respecto por considerar que no se cumplió un recaudo formal exigido por la ley 23.551 —la comunicación de postularse como candidato a delegado gremial— cuestión que nunca fue alegada. Refiere que el *a quo* decidió sobre una cuestión fáctica no planteada y soslayó el verdadero hecho controvertido.

Postula que el despido discriminatorio tuvo como motivo la "intención" del reclamante de postularse al cargo de delegado gremial, es decir, su "pretensión" y no "el hecho concreto" de haberse postulado efectivamente, ni mucho menos de haber "formalizado" su postulación como candidato en los términos de la ley 23.551. Refiere que surge evidente el absurdo y transgresión al principio de congruencia, desde que su parte nunca afirmó haberse postulado al cargo y ello no fue controvertido por la contraria.

Aduce que el *a quo* resolvió la cuestión en el marco de una ley que no era la aplicable al caso (23.551), soslayando expedirse sobre la cuestión esencial de autos, cual es: la vinculada al despido discriminatorio que sufrió el trabajador como consecuencia de su actividad sindical.

Finalmente, alega que la sentencia resulta arbitraria en tanto se prescindió de prueba decisiva para la solución de la contienda, pues, no se analizaron en el fallo los testimonios obrantes a fs. 54, 55 y 67, a través de los cuales —afirma— quedan demostrados los extremos del reclamo interpuesto en la demanda.

III. El recurso no puede prosperar.

III.1. Tiene dicho esta Corte que interpretar el intercambio telegráfico habido entre las partes, así como los escritos constitutivos del proceso y establecer los términos en que quedó planteada la litis, constituyen facultades privativas de los jueces de la instancia ordinaria y que su decisión al respecto sólo puede revisarse en la sede extraordinaria en la medida que se denuncie y compruebe absurdo en su interpretación y violación al principio de congruencia (causas L. 92.343, "Gándara", sent. de 22/12/2008; L. 104.679, "Chaparro", sent. de 10/06/2015; L. 117.778, "Abadie", sent. de 18/05/2016 y L. 119.529, "Williman", sent. de 18/10/2017; e.o.).

III.2. Bajo tales premisas, la crítica afincada en la propia visión que aporta el recurrente acerca de la correcta interpretación que debió efectuar el *a quo* sobre lo que fue materia de controversia es insuficiente, pues se limita a efectuar un nuevo análisis de los hechos y constancias probatorias según su propio criterio valorativo, evidenciando, tan sólo, la intención de disputarle al juzgador la facultad que la ley le confiere para establecer el alcance de los escritos constitutivos de la litis y determinar el mérito y habilidad de la prueba producida por las partes para demostrar sus alegaciones (causas L. 90.064, "D'Agostino", sent. de 05/12/2007; L. 104.273, "Larrazabal y Mon-

tenegro", sent. de 26/06/2013; L. 114.165, "Gómez", sent. de 20/05/2015 y L. 119.131, "Peredo", sent. de 06/12/2017).

En efecto, no logra el recurrente neutralizar el análisis que condujo al tribunal de grado, a partir de la valoración del intercambio telegráfico, los escritos constitutivos del proceso y la prueba producida (testimonial e informativa), a descartar la postura del actor respecto a que su despido ocultara una actitud discriminatoria del empleador, motivada en su supuesta postulación a un cargo gremial.

Ello pues, a partir del propio significado y alcance que asigna a los elementos de juicio evaluados por el juzgador para elucidar el alcance de los hechos litigiosos y descartar la configuración de la plataforma fáctica en que se sustentó la pretensión a la postre rechazada, el interesado plantea una crítica insuficiente para evidenciar que el contenido de la decisión judicial atacada hubiera alterado los términos de la relación procesal fijada en la contienda, ni tampoco que los jueces de grado se hayan desentendido de los temas litigiosos sometidos a su conocimiento (causas L. 93.926, "Segovia", sent. de 28/05/2010; L. 114.641, "Domínguez", sent. de 23/12/2014 y L. 107.358, "López", sent. de 15/07/2015; e.o.).

Por el contrario, los argumentos que expone el interesado no sólo exhiben una innovación en la postura asumida en la instancia anterior, sino que trasuntan su mera disconformidad con el razonamiento empleado en el fallo de grado.

En este orden, tampoco cabe admitir que las declaraciones de los testigos que comparecieron al solo efecto de la medida cautelar planteada, tengan aptitud para enervar las conclusiones alcanzadas en el pronunciamiento impugnado sobre la base de la evaluación integral de la prueba adquirida durante toda la sustanciación del trámite.

En definitiva, lo expuesto por el interesado no alcanza para demostrar el vicio de absurdo, pues lo que habilita la revisión casatoria no es cualquier equívoco o disentimiento; sino que, antes bien, es necesario que se configure un desarreglo en la base del pensamiento, una falla palmaria del raciocinio, es decir, un error extremo (causas L. 101.584, "Bassetti", sent. de 09/12/2010; L. 89.665, "Rodríguez Pimienta", sent. de 13/07/2011; L. 109.927, "Banegas", sent. de 11/03/2015 y L. 117.774, "Lavandera", sent. de 06/09/2017; e.o.), extremos que —como se dijo— no demuestra el recurrente.

Las argumentaciones traídas en la impugnación transitan por carriles diferentes al razonamiento seguido en el fallo, sin concretar una réplica eficaz para descalificar las conclusiones plasmadas en el decisorio atacado. Resulta de aplicación la doctrina de esta Corte que tacha de insuficiente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley si las apreciaciones que en él se vierten no van más allá de los disentimientos personales o de la exteriorización de un criterio meramente discrepante con el del juzgador, sin rebatir adecuadamente las esenciales motivaciones del fallo (causas L. 107.520, "Russo", sent. de 21/06/2012; L. 114.397, "Perrota", sent. de 14/10/2015; L. 117.869, "Videla de Maldonado", sent. de 24/02/2016 y L. 118.137, "Kuhn", sent. de 12/07/2017).

Con todo lo dicho, no cabe sino concluir que el medio de impugnación se encuentra insuficientemente fundado, en tanto no satisface la inexcusable carga de denunciar —ni, obviamente, demostrar— la configuración del ya mencionado vicio lógico, sin que esta Corte pueda suplir de oficio, por inferencias o interpretación, aquellas omisiones del recurrente en la tarea de abastecer adecuadamente su recurso (causas L. 100.286, "Pusterla", sent. de 26/05/2010; L. 100.712, "Deciano", sent. de 10/03/2011; L. 104.376, "María", sent. de 17/07/2011; L. 119.299, "Moroño", sent. de 28/02/2018 y L. 120.052, "V., C.", sent. de 19/09/2018; e.o.).

Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para desestimar el recurso bajo examen.

IV. Por todo lo expuesto, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido debe ser rechazado, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Soria* dijo:

I. El recurso debe prosperar.

I.1.a. En lo que resulta de interés, cabe relatar que en el pronunciamiento en crisis, luego de precisar que el día 3 de octubre del 2012 la demandada remitió al actor una carta documento comunicándole que rescindía el contrato de trabajo con motivo de la "restructuración del comercio" (v. vered., fs. 220 vta., 221 vta./222), el tribunal de grado afirmó que el trabajador en su respuesta del día 19 de ese mismo mes invocó que el despido se había generado "al tomar conocimiento la empleadora de la postulación del reclamante al cargo de delegado gremial, denunciando, en consecuencia, la existencia de un acto discriminatorio" (vered., fs. 221), también señaló que ello fue invocado en el escrito de demanda cuando se reiteró que fue "su postulación al cargo de delegado gremial" lo que constituyó la verdadera motivación de la cesantía (v. vered., fs. 222). Desde ese enfoque del asunto, el sentenciante ponderó las pruebas obrantes en la

causa y entendió que la citada postulación no resultó acreditada (v. vered., fs. 222/223).

Con ello, apreciando que a la luz de lo regulado en su art. 50 el accionante no se encontraba tutelado por la ley 23.551 (v. fs. 226/228 vta.), rechazó todas aquellas peticiones ligadas al despido discriminatorio invocado, que en fin, ponderó no probado (v. fs. 226/228 vta.).

I.1.b. Asiste razón al impugnante cuando denuncia que el *a quo* incurrió en una absurda valoración de los escritos constitutivos y de ciertas pruebas, violando el principio de congruencia y las normas que lo receptan (arts. 44 inc. "d" y 47 de la ley 11.653; 34 inc. 4 y 163 inc. 6 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y resolviendo la cuestión con un errado encuadre legal.

Una liminar mirada de las actuaciones muestra que en la misiva que el trabajador envió en réplica al despido, no manifestó que el empleador había adoptado la decisión extintiva después de haber tomado conocimiento de su postulación, sino que lo había hecho una vez anoticiado que el dependiente se postularía para el cargo ya mencionado (v. fs. 4).

Esa conducta del reclamante se condice con la que posteriormente adoptó al dar inicio a estas actuaciones. Reiteradas manifestaciones plasmadas en el escrito de demanda avalan la postura que trae el recurrente: Bajo un marco normativo sustancialmente representado por la ley 23.592, puede verse que allí se denunció que "...La discriminación del Sr. Quijano ha sido por participar en la actividad sindical y pretender postularse [...] para el cargo de representación sindical..." (fs. 19 vta.); o bien, que "...la actitud de la defensa de sus derechos laborales [...] junto a la toma de conocimiento que tuvo el empleador de su deseo de postularse para el cargo de delegado gremial, fue la causa que lo llevó al despido..." (fs. 20 *in fine* y vta.); que la rescisión se comunicó "...con la única finalidad de cortar e impedir que el actor se postule para el cargo electivo, y lograr la tutela prevista en los arts. 47, 50 y cnds de L.A.S..." (fs. 21); que se le negó al trabajador "...el derecho a ejercer libremente su actividad sindical; al despedirlo luego de tomado conocimiento que el actor se postularía para el cargo..." (fs. 22 vta.); que no invocándose causa alguna, la decisión del empleador tuvo "...el agravante de despedir a una persona que participaba en actividades sindicales y de la cual se sabía que se postularía para el cargo de representación sindical..." (fs. 23 vta. y 24); por último, a poco de recordar que la comunicación del despido fue remitida el día 3 de octubre del 2012 (y recepcionada al día siguiente; v. vered., fs. 221 vta.), resulta determinante lo referido en la pieza procesal en estudio cuando —nuevamente al describir los hechos que habrían acontecido con anterioridad al juicio— se mencionó que en la sede sindical se le había informado al señor Quijano que debía formalizar su postulación con 48 horas de anticipación al acto eleccionario que se llevaría a cabo el día 12 de octubre del 2012, aunque de ello ya tenían conocimiento tantos los compañeros del actor como su empleador (v. fs. 20 vta. y 23 vta.).

Entonces, tal como lo afirma el interesado, no surge de su presentación inicial que las pretensiones vinculadas con el despido hayan procurado encontrar sostén en la tutela que el art. 50 de la Ley de Asociaciones Sindicales le otorga a quienes han hecho efectiva su postulación para cargos de representación sindical. El reclamo se basó en una hipótesis distinta: aquella que indica que la cesantía del actor constituye un acto discriminatorio pues habría obedecido al conocimiento que el empleador tomó del "deseo" o "intención" del trabajador de postularse como delegado sindical en el contexto de la actividad de esa índole que —asegura— venía desplegando, petición que hubo de sustentarse —en esencia— en la ley 23.592.

Surge evidente el yerro en el que incurrió el tribunal de grado.

Tiene dicho esta Corte que la conformidad entre la sentencia y los escritos de constitución del proceso en cuanto a las personas, el objeto y la causa es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites de los poderes del juez, y que, cuando se supera ese ámbito de actuación, se produce el quebrantamiento del principio de congruencia (causas L. 110.363, "Moreira", sent. de 31/07/2013; L. 116.857, "P., R. A.", sent. de 27/08/2014 y L. 114.577, "Díaz", sent. de 24/06/2015).

I.2. A partir de la decisión que amerita la cuestión, no queda margen para analizar otro tipo de objeciones.

II. En virtud de lo expuesto, cabe acoger el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido y revocar lo juzgado en la sentencia de grado en cuanto en ella se rechazaron los reclamos vinculados con el despido calificado como discriminatorio por el demandante.

Los autos deben volver al tribunal de origen a fin de que —integrado con jueces hábiles y previa renovación de los actos procesales que considere necesarios— dicte un nuevo pronunciamiento de conformidad con lo que aquí se decide y teniendo en cuenta las alegaciones de las partes.

Costas de esta instancia en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve el recurso (arts. 68 seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Con el alcance indicado, voto por la afirmativa.

El doctor *de Lázzari* dijo:

I. He de adherir a la propuesta del distinguido colega doctor *Soria,* por el progreso del recurso extraordinario interpuesto. A las razones que respaldan su pronunciamiento agrego estas otras, que entiendo corroborantes.

I.1.a. Los arts. 14 bis, 16 y 75 (incs. 19 y 23) de la Constitución nacional, consagran los principios de igualdad y prohibición de toda forma de discriminación (principios de ius cogens para el derecho internacional), lo que se ratifican con otros mandatos que —con forma de declaración— emergen del Preámbulo de la carta magna y de su parte dogmática. Inmediatamente, lo hacen las leyes 23.551 y 23.592 (especialmente en su art. 1), en un mismo renglón que los arts. 17, 81, 172 y 187 de la ley 20.744.

Luego, ya entre las normas que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional, y norman en el mismo sentido, tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. II); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 26); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 2 y 3), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1.1 y 24). Por fin, lo propio ocurre con una asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (fundamentalmente a partir de los casos "Sisnero", sent. de 20/05/2014; "Pellicori", sent. de 15/11/2011 y "Álvarez", sent. de 07/12/2010), que ha tenido su réplica en nuestro Tribunal en precedentes tales como las causas L. 97.804, "Villalba", sentencia de 22/12/2010; L. 104.378, "Sffaeir", sentencia de 08/08/2012; L. 113.329, "Auzoategui", sentencia de 20/08/2014 y L. 117.804, "Humaño", sentencia de 26/03/2015; entre otras.

Por otra parte (y yendo aún más allá de lo que el recurrente plantea) es de aclarar que la ley de Asociaciones Sindicales extiende su radio de protección de manera de alcanzar a todo trabajador y no solo a aquellos que se hallen incluidos en el campo de referencia establecido en los arts. 48, 50 y 52 de la ley 23.551. En otras palabras, el "activista" que, no siendo estatutariamente autoridad, busca el llamamiento a elecciones en su gremio, o quien forma parte de una lista que resulta a la postre perdidosa, o quien pretende organizar un grupo sobre la base de intereses laborales comunes, también goza de tutela legal ante cualquier forma de impedimento u obstaculización en el ejercicio regular de la libertad sindical (v. causa L. 113.329, "Auzoategui", sent. de 20/08/2014). Aún el despido del cónyuge de quien lleva a cabo reivindicaciones de cualquier tipo, ha sido entendido como discriminativo (como en "Pellicori").

Por fin, me parece absolutamente necesario, para lograr un pronunciamiento razonablemente fundado, tener en cuenta que al tratarse de derechos y libertades humanos fundamentales, en palabras de la Corte Suprema, en la causa "Pellicori", recién citada, "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 estos y de la concreta realidad que los rodea, siempre, por cierto, dentro del respeto de los postulados del debido proceso" (Fallos: 334:1387; cons. 5°).

De todo ese plexo de reglas y pronunciamientos puede derivarse que se halla proscripta en nuestro ordenamiento jurídico toda forma de discriminación (sea fundada en el sexo, nacionalidad, religión, raza, ideología, opinión política, actividad gremial, caracteres físicos, etc.) y que, quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados (art. 1 de la ley 23.592), sin importar que tal acción discriminatoria provenga de un particular o de un órgano del estado (doctrina del Drittwirkung). También ha quedado asentado que no existe óbice alguno para la aplicación de tales disposiciones a las relaciones laborales, como tampoco hay motivos para no extenderla a la relación de empleo público y a toda clase de supuestos de desigualdad y discriminación. En definitiva, se trata de un amplio panorama donde los criterios que exponemos reciben puntual aplicación en función de los derechos preferentes que están en juego.

I.1.b. Sin perjuicio de la anterior, debe apuntarse que no merece menos atención la consideración de otras cuestiones que influyen en la decisión desde la esfera de lo procesal, pero que remontan su razón de ser a la naturaleza misma de los actos de discriminación, al enmascaramiento con que son llevados a cabo y la dificultad de producir a su respecto una prueba directa. Tanto en "Pellicori", como luego en "Sisnero" (Fallos: 337:611, cons. 5°), la Corte federal ha declarado que "...la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que

su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato está en la mente de su autor…". Para ello es que el citado Tribunal elaboró un estándar probatorio aplicable a estas situaciones, según el cual "…para la parte que invoca el acto discriminatorio, es suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, al que se reprocha la comisión del acto impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación".

Esta Suprema Corte se pronunció al respecto (aún con anterioridad a los precedentes antes citados), a través del voto de la doctora Kogan en la causa L. 97.804, "Villalba" (sent. de 22/12/2010; al que presté mi adhesión). Se dijo allí, ante la controversia generada por una denuncia de un despido discriminatorio, que la definición de la incumbencia de la carga probatoria ha de ser tamizada con resguardos imprescindibles y en ese marco adquiere fundamental importancia una visión desde el dinamismo que, en definitiva, importa adjudicar a quien se encuentra en mejor situación la necesidad de aportar, en beneficio de su interés, los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva.

En otra oportunidad, quien fuera nuestro distinguido colega, el doctor Hitters, tuvo oportunidad de seguir la doctrina de "Pellicori" al anotar que el corpus iuris elaborado por los comités de derechos humanos se proyecta decididamente sobre la ley nacional 23.592 en cuanto al régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto tildado de discriminatorio, en dos direcciones: (i) al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto; (ii) al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que ésta pesa sobre el demandado al que se le imputa la responsabilidad por el mencionado acto. Todo ello —según la Corte Suprema— parte de un dato realista: las serias dificultades probatorias por las que regularmente atraviesan dichas víctimas para acreditar, mediante plena prueba, el móvil discriminatorio, máxime cuando la temática involucra los principios de igualdad y no discriminación, elementos arquitectónicos del orden jurídico constitucional argentino e internacional que han alcanzado la preeminente categoría de ius cogens. (v. su voto minoritario en la causa L. 117.127, "L., J. M.", sent. de 16/07/2014. Igualmente, causas L. 104.378; L. 113.329 y L. 117.804, cits.).

I.1.c. Por fin, para completar este marco argumental (desde lo normativo, la jurisprudencia y lo fáctico) quiero adentrarme —porque considero que, con las adaptaciones del caso, resultan de suma utilidad para la resolución del juicio— en los conceptos de "categoría sospechosa" y "escrutinio estricto". Ambos provienen del derecho estadounidense, pero no solo han tomado carta de ciudadanía entre nosotros sino que se han desarrollado y fortalecido a la luz de los numerosos tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos que, vía art. 75 de la Constitución nacional, integran y tienen operatividad inmediata en nuestro ordenamiento jurídico.

El término "categoría sospechosa" designa a un conjunto tal que incluye (necesaria pero no suficientemente) a cualquier actitud, comportamiento o conducta —o a la norma que los autorice— que afecte, altere o menoscabe el ejercicio de los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de ellas, en función de alguno de los motivos enunciados en el segundo párrafo del art. 1 de la ley 23.592: raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (sin que esto deba considerarse una enumeración cerrada). Que cierto precepto o algún comportamiento sean considerados 'sospechosos' (de infringir derechos fundamentales) implica que el análisis de su validez constitucional debe someterse a un escrutinio estricto. Ello quiere decir que, ante preceptos que pudieran desvirtuar la naturaleza de libertades esenciales (o reducir su número, o dificultar su ejercicio), se exige una actividad adicional de parte de los encargados de verificar su operatividad (fundamentalmente, los jueces) consistente en someter a tales preceptos a un más duro test de consistencia material de su contenido con las disposiciones angulares de la Constitución y de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. En otras palabras: el estándar de validez se agrava, y las reglas que provocan recelo o suspicacia deben ser más escrupulosamente sopesadas si se pretende usarlas para resolver un caso.

Como anticipé, todo esto (que en los párrafos anteriores he referido casi siempre a normas generales) también puede ser aplicado —*mutatis mutandi*— a las actividades o conductas de particulares (y aun del propio Estado, aunque no sea este el caso) que puedan considerarse amenazantes para la integridad de las libertades expresamente establecidas en la Constitución (es decir, a las que resultan ser sospechosas de ilegalidad o inconstitucionalidad). Tales actividades deberán ser sometidas a un riguroso análisis (un escrutinio estricto) hasta que se demuestre la existencia de fuertes razones en sentido contrario que justifiquen el hecho de haberlas llevado a cabo.

Dentro de tales esquemas de juzgamiento debe analizarse si, en el caso de autos, hubo un despido discriminatorio, no tanto en función del amparo sindical propiamente dicho como atendiendo al simple mandato de no discriminación proscripto por el art. 1 de la ley 23.592, tal como se denuncia por el recurrente.

II. De la prudente ponderación de la prueba aportada, tamizada en la particular criba descripta antes (en especial en el capítulo I.1.c.), se arriba —tal como lo hace el doctor Soria— a la conclusión de que el tribunal de grado ha errado en su enfoque de la cuestión planteada, al valorar declaraciones y demás elementos como si estuvieran dirigidos a acreditar un tópico diferente de aquel que ha sido propuesto por el actor como objeto del juicio. Ha habido, entonces, no solo una violación del principio de congruencia sino que se verifica un absurdo en la interpretación de los escritos constitutivos del proceso, tal como lo denuncia el quejoso a fs. 257 vta.

Para decirlo en otras palabras: el tribunal ha querido juzgar un despido fundado en la postulación de una candidatura a un cargo sindical (v. fs. 222 primer párrafo del voto del doctor Osso a la tercera cuestión, a lo que adhirieron los otros magistrados), cosa que no se probó y no llegó a ocurrir, cuando —en realidad— el trabajador expresó que tal despido fue causado, precisamente, para impedir su deseo de postularse (v. fs. 20 vta., escrito de demanda). Se trata, como se echa de ver, de cosas diferentes que merecen —obviamente— tratamiento diferente y que exigen valorar de diverso modo las pruebas aportadas. En el caso, las declaraciones de los testigos (resumidas por el juez preopinante en el veredicto) dan cuenta de que de la postulación de Quijano "se hablaba", y ello resulta suficiente para sospechar (en el sentido que di a este término más arriba) que el despido de éste lo fue a los fines de evitar una actividad gremial donde el trabajador tendría un cargo específico dentro de la estructura gremial y no sería ya un simple activista. Tal conclusión es corroborada con las declaraciones testimoniales —ahora transcriptas— que lucen a fs. 54 y 55, las que —aunque tengo en cuenta que fueron prestadas sin la posibilidad de contralor por la otra parte— debieron ser consideradas, antes de afirmar que no surge de autos ningún otro elemento probatorio idóneo que permita el convencimiento o la demostración (v. fs. 223).

III. En tales términos, reitero mi adhesión a la propuesta del doctor Soria, de revocar la sentencia y devolver los autos a la instancia de origen para que —integrado el tribunal con jueces hábiles— y renovados los actos indispensables, se dicte nuevo pronunciamiento de conformidad con las pretensiones de las partes.

Costas en el orden causas, en atención al modo en que se resuelve el recurso (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto, pues, por la afirmativa.

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

Los doctores *Pettigiani* y *Torres,* por los mismos fundamentos del doctor *Genoud,* votaron la segunda cuestión también por la negativa.

El doctor *Borinsky,* por los mismos fundamentos del doctor *de Lázzari,* votó la segunda cuestión también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se rechaza el recurso extraordinario de nulidad interpuesto, con costas (art. 298, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Asimismo, por mayoría, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído y se revoca la sentencia impugnada con el alcance establecido en el punto II del voto emitido en segundo término a la segunda cuestión. En consecuencia, se remiten los autos al tribunal de grado para que, integrado con nuevos, renueve los actos procesales que estime necesarios y, atendiendo la postura de las partes, dicte el pronunciamiento que corresponda. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a la forma en que se resuelve la impugnación (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). *— Ricardo Borinsky. — Sergio G. Torres. — Daniel F. Soria. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Luis E. Genoud. — Eduardo N. de Lázzari.*

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

Asignaciones Familiares

Actualidades

Acerca del aumento en las jubilaciones: la movilidad de las prestaciones

Patricio J. Torti Cerquetti

Sumario: I. Introducción. Antecedentes y evolución del sistema previsional.— II. Movilidad de las prestaciones previsionales.— III. Ley 27.541 de Emergencia.— IV. La ley 27.609.— V. Conclusión.

I. Introducción. Antecedentes y evolución del sistema previsional

En nuestro país, el subsistema de previsión social nacional es el origen de lo que hoy en día es el Sistema Integral de Seguridad Social, siendo las primeras normas de protección social aquellas destinadas a regular la cobertura de las contingencias "vejez, invalidez y muerte" cuando son alcanzadas las personas que conforman la sociedad.

El inicio remoto de estas normas refería a las personas que trabajaban en relación de dependencia; en un primer momento exclusivamente en el ámbito público **(1)**, y luego, en el privado **(2)**. Con el correr del tiempo, la protección, inspirada en el principio de universalidad **(3)**, se va extendiendo a la totalidad de los habitantes del país.

Es decir, parte en su comienzo con la protección de un grupo pero pretende y aspirar a terminar protegiendo a la mayor cantidad posible de la población, por solidaridad, para así paliar problemas sociales y económicos, y por interés común, ya que, cuando hay protección se puede alcanzar la paz social.

Continuando con el relato histórico, en 1968 se creó la Dirección Nacional de Recaudación Previsional (DNRP), sancionándose las leyes 18.037 **(4)**

(1) El primer antecedente argentino en materia de seguridad social fue en 1904 con la ley 4349 que crea un Régimen Previsional para los Trabajadores dependientes de la Administración Pública Nacional, pasando a ser la primera ley Jubilatoria del país que incluía a todas las personas trabajadoras en el Estado Nacional, después se agregaron organismos como bancos y organizaciones descentralizados y paralelamente un régimen para el Poder Judicial para miembros de la CS.

(2) Desde 1904 hasta 1944 cada actividad genera su propia protección y son creados organismos descentralizados llamados "Cajas de Jubilaciones de Previsión Social". Así cada actividad se manejaba en forma autónoma. Las condiciones para jubilarse variaban según los aportes, también las prestaciones de cada caja.

(3) En virtud de este principio, la cobertura de servicios de la seguridad social se extiende a todos los individuos y grupos que integran un todo social sin ninguna excepción. Está basado en el principio de igualdad, en virtud del cual todas las personas tienen derecho de la misma manera a la cobertura de las contingencias a las que pueden estar expuestas durante su vida. Determina el ámbito subjetivo de la seguridad social.

(4) Para empleados en relación de dependencia, menos para policía y personal militar que seguían con sus regímenes propios, y administración pública provincial y municipal.

y 18.038 **(5)**. Ambas constituyeron una reforma profunda al sistema previsional que apuntaban a ordenar las cajas jubilatorias existentes englobándolas y a generar fondos suficientes para su financiamiento y estuvieron vigentes hasta la sanción de la ley 24.241 **(6)**.

Vale recalcar que con la inclusión de los trabajadores autónomos, y aquellos beneficiaros por los sistemas asistenciales, la ley 24.241 parecería dar cumpliendo el ideal protectorio de la vejez, la invalidez y la muerte, de toda la población, constituyéndose así en un verdadero derecho de la previsión social.

La protección de las contingencias mencionadas precedentemente quedó regulada entonces, por la ley 24.241. Bajo este nuevo régimen quedaron alcanzados tanto los trabajadores en relación de dependencia, normados anteriormente por la ley 18.037, como aquellos de carácter autónomo comprendidos en el texto de la ley 18.038.

Este sistema se construyó sobre un esquema mixto conformado por un Régimen Previsional Público gestionado por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) y un Régimen de capitalización a cargo de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP).

El Régimen de Reparto mantenía los lineamientos de las leyes 18.037 y 18.038 en cuanto a la financiación de los beneficios y al requisito de servicio con aportes para acceder a las prestaciones.

En este régimen público, se establece un principio de solidaridad entre generaciones, en virtud del cual, en un momento dado, los beneficios que perciben los que se encuentran en pasividad se financian con los aportes que realizan los que se encuentran en actividad.

Respecto de estos beneficios, se debía asegurar un haber jubilatorio mínimo **(7)** y mantener la posibilidad de que el trabajador opte por un régimen tradicional de beneficio definido y proporcional al haber de actividad.

El rol del Estado había quedado reducido al de garante subsidiario del régimen previsional, aunque con un fuerte compromiso de financiamiento.

Por su parte, el Régimen de Capitalización financiaba las prestaciones con los aportes que los afiliados efectuaban en sus cuentas de capitalización individual. Así, la determinación del futuro haber del beneficiario estaba sujeto al conjunto de sus aportes efectivos y al resultado financiero de la inversión que con ellos hiciera la Administradora de Fondos de Jubilación y Pensión (AFJP) **(8)**.

Además, se permitía a la persona realizar aportes de carácter voluntario que al momento de acceder al beneficio previsional supuestamente debían mejorar el monto de este.

La individualización del aporte produjo un quiebre del principio de solidaridad **(9)** intergeneracional y una clara y grave disminución en los ingresos a través de los cuales se sostenía el sistema previsional. Sumado a ello, el incremento de las tasas de desempleo a valores históricos y el aumento del trabajo informal produjeron una significativa merma en el porcentaje de los aportes y contribuciones a la seguridad social que profundizó el déficit del sistema previsional público.

---

(5) Para empleados autónomos, menos los profesionales.

(6) Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. BO 18/10/1993.

(7) Incluso para los afiliados al régimen de capitalización.

(8) En su gran mayoría, instituciones de carácter privado.

(9) Principio rector de la seguridad social a través del cual el vínculo que representa una comunidad de intereses o propósitos se materializa en prestaciones para la sociedad. Es la unión del esfuerzo conjunto orientado a alcanzar el bien de toda la comunidad, de forma tal que toda la sociedad es responsable respecto de las contingencias que puede sufrir cualquiera de sus componentes. Para ampliar el tema ver: TORTI CERQUETTI, Patricio J., "El Principio de Solidaridad en Seguridad Social", Revista Jurídica de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación, 5, noviembre de 2019.

Se volvió entonces, necesario pensar en la vuelta a un Sistema de Reparto en exclusiva cabeza del Estado, basado, principalmente, en la imperiosa sustentabilidad del sistema, la solidaridad intergeneracional y la ampliación de la universalidad de cobertura. El dictado de la ley 26.222 **(10)** fue el puntapié inicial para ello.

En esta línea, las disposiciones contenidas en la ley 26.222 otorgaron a los afiliados del SIJP la posibilidad de cambiar el régimen por el cual habían optado, situación que no estaba contemplada en el primigenio texto normativo de la ley 24.241.

Hacia fines de 2008, la crisis financiera internacional empeoró aún más el proceso de descapitalización que venían registrando las carteras de las AFJP. Esta situación expuso aún más la vulnerabilidad estructural de un esquema donde los ingresos por jubilaciones y pensiones dependían del desempeño de una cartera volátil de instrumentos financieros.

Frente a ello, a fines de 2008, el Estado Nacional intervino mediante la sanción de la ley 26.425 **(11)**, con el fin de resguardar el futuro de los jubilados.

Esta ley produjo la unificación del SIJP en un único régimen Previsional Público (SIPA), financiado a través de un sistema solidario de reparto.

La concepción integral de este nuevo paradigma implica, entre otras cuestiones, asegurar a través de medidas concretas la existencia de un sistema previsional sustentable que pueda dar respuesta a todos los miembros de la comunidad afectados por una contingencia social. Para ello, es necesario contar con otras fuentes de financiamiento más allá de los recursos provenientes de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

En efecto, la postura individualista que caracterizaba al antiguo esquema fue reemplazada por un sistema nutrido sobre los principios de solidaridad inter e intrageneracional, la sustentabilidad del sistema, la universalidad, la inclusión, la redistribución, entre otros.

Las prestaciones previsionales que otorga el SIPA no se financian únicamente con los aportes que efectúan las clases laboralmente activas sino que confluyen además, recursos provenientes de otros sectores.

Cabe aclarar que al momento de la creación del SIPA el Estado garantizó a los afiliados del régimen de capitalización la percepción de iguales o mejores prestaciones y beneficios que los que gozaban a la fecha de la entrada en vigencia de la ley **(12)**.

Ahora bien, más allá de los logros alcanzados en materia de cobertura entre los pasivos, constituye el más importante reto atender a su sustentabilidad, es decir, a la sostenibilidad económica y financiera del sistema, y, al mismo tiempo, a la mejora de las prestaciones que otorga a los beneficiarios.

En nuestro país, si bien el sistema previsional originariamente fue concebido sobre bases contributivas, acorde con los conceptos acerca de la seguridad social imperantes en la época, en la actualidad se ha ido transformando paulatinamente en un régimen más inclusivo y por ello, requiere una mayor y más eficiente redistribución de los recursos, con sentido social.

II. Movilidad de las prestaciones previsionales

La Constitución Nacional habla de "jubilaciones y pensiones móviles" y, en el mismo sentido, la jurisprudencia ha referido y justificado en cuantiosas oportunidades la movilidad de las prestaciones.

Por tanto, el problema no radica en el reconocimiento de la movilidad, sino que las discusiones —eternas— han de girar en torno a cómo deben actualizarse las prestaciones, cuál es el mecanismo, qué índice aplicar.

Ello resulta de fundamental trascendencia puesto que, al estipularse una fórmula para cal-

(10) Modifícase la ley 24.241, estableciendo la libre opción del Régimen Jubilatorio. BO 07/03/2007.

(11) Sistema Integrado Previsional Argentino. Régimen Previsional Público. Unificación. BO 09/12/2008.

(12) Conforme el art. 2º de la ley 26.425.

cular la movilidad, por lógica se está excluyendo otra. Cabe entonces, analizar cuál ha de ser la mejor fórmula a la luz de la necesidad que poseen los titulares de los beneficios, pero sin perder de vista lo analizado y expuesto más arriba en torno al financiamiento y la sustentabilidad del sistema previsional.

Demás está decir que la determinación de los parámetros en materia de movilidad a lo largo de la historia fue, sin dudas, uno de los cimientos sobre los cuales ha ido construyéndose la litigiosidad en materia previsional, que hasta el día de hoy tiene abarrotados de expedientes a los juzgados de la seguridad social.

A partir lo resuelto en la causa "Badaro II" **(13)** la Corte Suprema de Justicia de la Nación instó al Poder Legislativo a que tomara cartas en el asunto al decir: "[C]ontribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren la movilidad; 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 (CS, Fallos: 328:566, 'Itzcovich'), por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática".

Sobre el tema, el doctor Walter Carnota decía: "Quedaba, entonces, el tratamiento legislativo de la movilidad, que es el núcleo axial de las demandas que versan sobre previsión social. Esta legislación, demás está decirlo, es en un sentido técnico-jurídico una verdadera ley constitucional, dado que disciplina un aspecto —la movilidad de las jubilaciones y pensiones— puntualmente ordenado por el art. 14 *bis*, tercer párrafo, del plexo de base" **(14)**.

La ley 26.417 **(15)** de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Previsional Público surge entonces, como la respuesta a este requerimiento de la Suprema Corte.

En el cuerpo normativo en cuestión se establece un índice combinado para determinar la movilidad. Este índice, también llamado mecanismo legal de actualización de las prestaciones, se legisló con el fin de dar seguridad jurídica a los beneficiarios que sufrían disminución en su poder adquisitivo respecto a sus prestaciones previsionales; sin perjuicio de ello, no despejó del todo la incertidumbre respecto a la sustentabilidad del sistema ante la creciente litigiosidad del fuero de la seguridad social.

Se trata en definitiva de un mecanismo de ajuste periódico de las jubilaciones y pensiones (compuesto de dos incrementos al año: en el mes de marzo, producto de la variación del índice entre los meses de julio y diciembre, y en el mes de setiembre respecto a los meses de enero a junio anteriores).

A partir de la sanción de la ley 27.426 **(16)** de Reforma Previsional, la nueva fórmula estipula que la movilidad se basará en un setenta por ciento 70% por el índice de precios al consumidor determinado por el INDeC y el 30% restante por el coeficiente que surja de la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables —RIPTE—.

Asimismo, se produce un cambio en el mecanismo de cálculo por cuanto pasa a ser trimestral: un aumento en marzo que refleja la variación del índice combinado entre junio y setiembre del año anterior, un aumento en junio respecto a las variaciones de setiembre a diciembre, otro aumento en setiembre respecto a diciembre a marzo y el de diciembre respecto marzo a junio.

La discusión queda planteada entonces, en relación con los efectos que tenga en los haberes de los diversos beneficiarios la aplicación de una u otra fórmula.

III. Ley 27.541 de Emergencia

En este marco cabe apuntar que el art. 55 de la ley 27.541 legisla: "A los fines de atender en

(13) 26/11/2007, CS, Fallos: 330:4866.

(14) CARNOTA, Walter F., "Movilidad de las prestaciones previsionales", Sup. Act., LA LEY, 02/09/2008.

(15) BO 16/10/2008.

(16) BO 28/12/2017.

forma prioritaria y en el corto plazo a los sectores de más bajos ingresos, suspéndase por el plazo de ciento ochenta [180] días, la aplicación del art. 32 de la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias. Durante el plazo previsto en el párrafo anterior, el Poder Ejecutivo nacional deberá fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondiente al régimen general de la ley 24.241, atendiendo prioritariamente a los beneficiarios de más bajos ingresos. El Poder Ejecutivo nacional convocará una comisión integrada por representantes del Ministerio de Economía, del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y miembros de las comisiones del Congreso de la Nación competentes en la materia que, durante el plazo previsto en el primer párrafo, proponga un proyecto de Ley de Movilidad de los Haberes Previsionales que garantice una adecuada participación de los ingresos de los beneficiarios del sistema en la riqueza de la Nación, de acuerdo con los principios de solidaridad y redistribución".

El dispositivo legal en su art. 1º declara la "emergencia pública" en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Corresponde reseñar que la legislación de emergencia en cuestión atraviesa distintas realidades de la vida social y cotidiana de las personas que habitan nuestro país. Responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza.

La Ley de Emergencia constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos **(17)**.

En suma, ante situaciones de emergencia, los institutos de emergencia —en el caso particular la ley 27.541— permiten a la Administración establecer ciertas restricción o limitaciones temporales sobre los derechos de las personas.

Siguiendo entonces, esta fundamentación, la Ley de Emergencia "suspende" la movilidad de las prestaciones operante —la establecida por la ley 24.241 y modificada luego por la 27.426— por 180 días, reemplazándola de manera discrecional por otra que habrá de arrojar resultados inferiores, pues si no fuera así, no habría razón para su cambio.

Ello con la intención de "fortalecer el carácter redistributivo y solidario de los haberes previsionales considerando los distintos regímenes que lo integran como un sistema único, con la finalidad de mejorar el poder adquisitivo de aquellos que perciben los menores ingresos" **(18)**.

Mediante el dictado de estos decretos **(19)** se establecieron aumentos para todos los jubilados, que representaron mejoras significativas en los haberes previsionales mínimos, pero la movilidad dispuesta por estos generó un perjuicio innegable para aquellos que percibían haberes medios y altos.

En consecuencia, se produce un achatamiento de la pirámide de haberes, al otorgar aumentos inferiores a la escala más alta de prestaciones. Asimismo, otorgar sumas fijas iguales para todos los jubilados y pensionados, implica que cuanto mayor sea el haber, menor sea el porcentaje de aumento, lo cual se contrapone con los principios de mayor esfuerzo contributivo, sustitutividad, proporcionalidad, integralidad, progresividad y no regresividad. Criterio sostenido recientemente por la jurisprudencia que determinó la inconstitucionalidad de tales decretos **(20)**.

IV. La ley 27.609

Finalmente, por dec. 1/2021 fue promulgada la ley 27.609 **(21)**, que reforma la 24.241 (modificada por la 26.425 que como se dijo da origen al SIPA), estableciendo un nuevo índice de movilidad jubilatoria.

(17) Dictamen del Procurador General en la causa publicada en CS, Fallos: 269:416.

(18) Conf. art. 2º de la ley 27.541.

(19) Decs. 163/2020, 495/2020 y 542/2020 y 899/2020.

(20) CFed. Paraná, "Cabrera, Roque A. c. ANSeS s/ reajustes varios", 20/11/2020.

(21) BO 04/01/2021.

De acuerdo con el art. 32 de la 24.241, las prestaciones previsionales (prestación básica universal, prestación compensatoria, retiro por invalidez, pensión por fallecimiento, prestación adicional por permanencia y prestación por edad avanzada) son móviles y se calcularán según la fórmula que se aprobó en la nueva legislación.

Para ello, se tomará como parámetros, la combinación de los índices de evolución de los salarios (índice RIPTE) y de la recaudación ANSeS por partes iguales (50% en cada caso), similar a la establecida en la ley 26.417 vigente desde 2008 hasta su derogación en 2017.

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 los fines de practicar la actualización trimestral de las remuneraciones, se aplicará un índice combinado que comprenderá el índice Nivel General de las Remuneraciones (INGR) 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.

V. Conclusión

Un acabado estudio acerca de los derechos sociales, en cuanto a su ejercicio y tutela, requiere hacer una necesaria referencia a las nociones de progresividad y no regresividad.

El Protocolo de San Salvador —protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos— define la noción de progresividad como "el criterio de avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural". La nota al art. 11 define a las medidas regresivas como "todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido".

Podemos hablar entonces, de una doble responsabilidad de los Estados: por un lado, están obligados a avanzar en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo de satisfacerlos cada vez con mayor intensidad —principio de progresividad—; por el otro les está prohibido todo retroceso en esta área, lo que implica que una vez que un derecho social ha sido reconocido, pueda en el futuro —salvo casos excepcionales— ser desconocido —principio de no regresividad—.

El principio de progresividad impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivo —o sea ir para atrás en materia de derechos—, requieren la consideración más cuidadosa y deben justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos provistos y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos.

En suma, estas medidas serían regresivas, salvo que el Estado cumpla con la carga de probar las circunstancias que justifican la excepcionalidad de la restricción para poder ser consideradas aceptables.

En esta oportunidad, la Emergencia Nacional declarada por ley podría sustentar este tipo de medidas regresivas en materia de movilidad, ello sin perjuicio del precedente "Cabrera" donde se declaró la inconstitucionalidad de los sucesivos decretos que fueron determinando la movilidad a lo largo del pasado 2020.

La movilidad aplicada al haber jubilatorio debe mantener a este en un valor susceptible de asegurar, en forma acorde y suficiente, las necesidades de alimentación, vivienda digna, vestuario, transporte, etc.

Parece prematuro determinar en lo inmediato si la nueva fórmula de movilidad establecida por la ley 27.609 arrojará resultados acordes con los principios de mayor esfuerzo contributivo, sustitutividad, proporcionalidad, integralidad, progresividad y no regresividad, aun cuando las críticas ya se hacen oír y las variables tenidas en consideración para determinar la movilidad (recaudación de ANSeS, índices de evolución de los salarios) se encuentren signadas por una alta volatilidad en estos momentos que toca atravesar en términos sociales y económicos.

Nuevos proyectos legislativos sobre asignación por maternidad

Gerardo M. Corti

Sumario: I. Introducción.— II. Finalidad del presente trabajo.— III. Proyectos legislativos en la materia.— IV. Comentarios finales.

I. Introducción

La ley 24.714 **(1)** instituyó, junto a sus normas modificatorias y complementarias, un Régimen de Asignaciones Familiares —con alcance nacional y obligatorio— a favor de los trabajadores que prestan servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada y pública nacional; para los beneficiarios de la Ley de Riesgos de Trabajo y del Seguro de Desempleo; para aquellas personas inscriptas y con aportes realizados en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS) **(2)** establecido por la ley 24.977 **(3)**, sus complementarias y modificatorias; para los beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino **(4)**, beneficiarios del régimen de pensiones no contributivas por invalidez, y para la Pensión Universal para el Adulto Mayor **(5)**; como así también para los beneficiarios de la Asignación por Embarazo para Protección Social **(6)** y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **(7)**.

El personal del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares [ley 26.844 **(8)**] se encuentra incluido en el "subsistema no contributivo" (inc. c. del art. 1º de la ley 24.714), siendo beneficiario de la AUH y la AUE y excluido de los incs. a) y b) del citado artículo con excepción del derecho a la percepción de la Asignación por Maternidad.

Resta señalar que el actual sistema confiere las siguientes prestaciones: *a) asignación por hijo; b) asignación por hijo con discapacidad; c) asignación prenatal; d) asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal; e) asignación por maternidad; f) asignación por nacimiento; g) asignación por adopción; h) asignación por matrimonio; i) asignación universal por hijo para protección social; j) asignación por embarazo para protección social* (conforme se desprende del art. 6º de la ley 24.714).

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

(2) Cobertura extendida por el dec. 593 de fecha 15 de abril de 2016, publicado en el Boletín Oficial del día 19 de abril de 2016 (BO 33.360).

(3) Publicada en el Boletín Oficial del día 06/07/1998 (BO 28.931).

(4) En adelante, SIPA.

(5) En adelante, PUAM.

(6) Según dec. 446 del 18 de abril de 2011, publicado en el Boletín Oficial con fecha 19 de abril de 2011 (BO 32.133). En adelante, AUE.

(7) Conforme dec. 1602 de fecha 30 de octubre de 2009 de vigencia a partir del 1º de noviembre de 2009. En adelante, AUH.

(8) Publicada en el Boletín Oficial del día 12 de abril de 2013 (BO 32.617).

II. Finalidad del presente trabajo

Sentado ello, nos encontramos en condiciones de retomar el estudio de las novedades registradas por ante el Congreso de la Nación de la República Argentina **(9)** en materia de asignaciones familiares y que por sus particularidades, motivaciones y pretensiones merecen ser incorporadas como material de investigación en la presente sección **(10)**.

III. Proyectos legislativos en la materia

III.1. Pago efectivo de las asignaciones familiares a favor de las madres

El presente proyecto de ley registra su presentación con fecha 06/07/2020 por ante el Honorable Senado de la Nación Argentina con la intención de incorporar un nuevo artículo a la ley 24.714 que prescriba la prioritaria liquidación y pago de las Asignaciones Familiares *a favor de las madres del niño, niña, adolescente o persona mayor de edad con discapacidad generadora del derecho.*

A su respecto debemos puntualizar que el proyecto tramita en la actualidad por ante la Honorable Cámara de Diputados de la República Argentina bajo la actuación interna 1423-S-2020 **(11)** y que ha sido presentado por la Sra. Senadora Nacional Beatriz Graciela Mirkin perteneciente al Bloque "Frente de Todos - Alianza Frente para la Victoria".

Se trata de una reproducción del expediente de la Honorable Cámara de Diputados de la República Argentina 0949-S-2019 **(12)** que otrora fuera presentado por la nombrada junto al Senador Nacional José Jorge Alperovich (Bloque "Peronismo de la Provincia de Tucumán - Alianza Frente para la Victoria").

En sus fundamentos su autora sostiene que el objeto principal de la medida es incorporar al actual régimen legal el derecho de las madres a percibir las asignaciones familiares previstas en la norma vigente, independientemente del integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, con la salvedad de que la responsabilidad parental y cuidado personal del hijo sean ejercidos por una persona distinta.

Al respecto, cabe recordar que el actual art. 20 de la ley 24.714 establece que cuando ambos progenitores estén comprendidos en el régimen de las Asignaciones Familiares las prestaciones: *a) por hijo; b) por hijo con discapacidad; c) por prenatal; d) por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal; e) por maternidad; f) por nacimiento; g) por adopción; h) por matrimonio; i) por asignación universal por hijo para protección social; j) por asignación por embarazo para protección social; y k) por cónyuge (enumeradas en los arts. 6º y 15)* serán percibidas por uno solo de estos.

Mediante el presente proyecto se pretende que las prestaciones reconocidas en la norma sean siempre percibidas por la madre mientras mantenga la responsabilidad parental y cuidado personal de sus hijos "... como política pública

(9) Conforme datos suministrados por la Dirección de Información Parlamentaria de la Honorable Cámara de Diputados de la República Argentina y por la Dirección General de Publicaciones del Honorable Senado de la Nación Argentina. Los datos aquí expuestos responden a consultas efectuadas con fecha 01/07/2021.

(10) Recordemos una vez más que la presente tarea, en atención a su considerable extensión, nos requirió el empleo de varias publicaciones en ánimo de lograr un adecuado desarrollo de la problemática. Véase las presentaciones "Actualidad del Régimen de Asignaciones Familiares" y "Nuevos Proyectos Legislativos y sus variables" entre otras.

(11) El proyecto textualmente reza: "El Senado y Cámara de Diputados..."Art. 1º.— Incorpórese como art. 20 bis de la ley 24.714 y sus modificatorias, el siguiente texto: "Art. 20 bis.— El efectivo pago de las asignaciones familiares previstas en los arts. 6º y 15, incs. b), c) y d), se realizará a la madre, independientemente del integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos en que la responsabilidad parental y cuidado personal del hijo o hija sean ejercidos por una persona distinta de la madre". "Artículo 2º.— Comuníquese al Poder Ejecutivo...".

(12) El proyecto textualmente reza: "El Senado y Cámara de Diputados..."Art. 1º.— Incorpórese como art. 20 bis de la ley 24.714 y sus modificatorias, el siguiente texto: "Art. 20 bis.— El efectivo pago de las asignaciones familiares previstas en los arts. 6º y 15, incs. b), c) y d), se realizará a la madre, independientemente del integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos en que la responsabilidad parental y cuidado personal del hijo o hija sean ejercidos por una persona distinta de la madre". "Art. 2º.— Comuníquese al Poder Ejecutivo...".

concreta para subsanar inequidades que se presentan por cuestiones de género y socioeconómicas...".

Su autora señala: "El Instituto Nacional de las Mujeres a principios del corriente año dio a conocer los indicadores de género que surgieron de los datos que aportara la última Encuesta Permanente de Hogares que realizara el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) **(13)**. Esos indicadores dan cuenta de la vigencia de las inequidades que pretendemos atemperar con esta iniciativa. Por ejemplo, en relación con la autonomía económica de las mujeres los guarismos dan cuenta de que el 16,5% de las mujeres que tienen trabajo remunerado están subocupadas por insuficiencia de horarios (vs. 9,5% en el caso de los hombres), porque dedican más de 6 horas por día a las tareas domésticas y de cuidado del grupo familiar no remuneradas (vs. 3 hs)...".

Por su parte advierte que la falta de autonomía económica se agrava aún más si se tiene en cuenta que el cuarenta y un por ciento (41,6%) de estas mujeres son jefas de hogar y, además, el veintiséis con siete por ciento (26,7%) lo son en hogares monoparentales.

Incluso cuando las madres deben afrontar en soledad las tareas de cuidado de sus hijos, en ocasiones los progenitores ausentes continúan percibiendo las asignaciones familiares pese a no asumir su responsabilidad parental.

Sentado ello vale memorar que mediante dec. 614 de fecha 30 de marzo de 2013 **(14)** se establecieron nuevos rangos, topes y montos de las Asignaciones Familiares que resultan contempladas en la ley 24.714 **(15)**, en la inteligencia de que "... el Estado Nacional debe impulsar políticas públicas que acompañen el crecimiento económico y de esa manera favorecer a todos los sectores de la sociedad, ampliando y mejorando la cobertura social..." **(16)**.

Ahora bien, uno de los aspectos en los que ha venido a innovar el presente decreto es respecto al reconocimiento normativo de la mujer como "... receptora de los recursos otorgados por la Seguridad Social para dar cobertura a los niños, adolescentes y personas con discapacidad...". Ello en virtud de ser "... uno de los pilares fundamentales en el que se apoya la familia y la sociedad, teniendo un rol fundamental en el cuidado de los hijos...".

Así las cosas, el art. 7º del citado decreto estableció que el efectivo pago de las asignaciones familiares correspondientes a los sujetos comprendidos en el art. 1º, incs. a) y b) de la ley 24.714, *se realizará a la mujer* independientemente del integrante del grupo familiar que genere el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos de guarda, curatela, tutela y tenencia que se realizará al guardador, curador, tutor o tenedor respectivamente que correspondiere.

Posteriormente, el dec. 840 de fecha 4 de noviembre de 2020 **(17)** sustituye dicho precepto estableciendo que el "... efectivo pago de las asignaciones correspondientes a los sujetos comprendidos en el art. 1º de la ley 24.714, *se realizará a la madre o al padre o, cuando medie acuerdo de ambos,* a un tercero o, a la hija o al hijo adolescente desde los dieciséis [16] años de edad; independientemente del o de la integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación, salvo en los casos de guarda, curatela, tutela y cuidado personal que se realizará al guardador o a la guardadora, cu-

(13) Ver sitio web https://www.argentina.gob.ar/indicadores-nacionales-de-genero.

(14) Publicada en el Boletín Oficial del 31 de mayo de 2013 (BO 32.651).

(15) Cabe memorar que el Poder Ejecutivo Nacional se encuentra facultado por el art. 19 de la ley 24.714 para determinar las cuantías, rangos y topes de las asignaciones familiares. Dicha facultad fue concedida mediante el dec. 368 de fecha 31 de marzo de 2004 con la finalidad de implementar procedimientos que permitan otorgarle movilidad a los montos, coeficientes zonales, topes y rangos remunerativos de las asignaciones familiares, adecuándolos al desarrollo de la actividad económica, los índices de costo de vida o de variación salarial y a la situación económico social de las distintas zonas. Asimismo, recordemos que el texto original del articulado 19 de la ley 24.714 limitaba tal facultad al fijado de los "coeficientes zonales o montos diferenciales".

(16) Conforme considerando segundo del dec. 614/2013.

(17) Publicado en el Boletín Oficial del 04 de noviembre de 2020 (BO 34.513).

rador o curadora, tutor o tutora o cuidador o cuidadora que respectivamente correspondiere...".

Al respecto es dable resaltar que las disposiciones de la res. 14/2002 de la Secretaría de Seguridad Social **(18)** preveían: "[E]n los casos a los que se refiere el art. 20 **(19)** de la ley 24.714: a) Cuando uno o ambos progenitores tengan derecho a percibir las asignaciones familiares a través del Sistema de Fondo Compensador, *las asignaciones familiares podrán ser solicitadas por aquel a quien su percepción, en función de su monto, le resulte más beneficioso*..." **(20)**.

Es decir, mientras confería a favor de los solicitantes el ejercicio de opción a favor de aquel a quien mayor beneficio le conceda el sistema, la resolución 393 del 18 de noviembre de 2009 de Administración Nacional de la Seguridad Social **(21)** (reglamentaria del decreto de creación de la AUH) expresamente estableció —en ese entonces— una disposición similar a la ahora delineada en cuanto sentó: "[C]uando la tenencia del niño, adolescente o persona discapacitada sea compartida por ambos padres, *la madre tendrá prelación sobre el padre en la titularidad de la prestación*..." (conforme art. 10 de la norma citada) **(22)**.

En ese mismo orden, vale recordar que este último texto normativo fue complementado —en lo relativo a cuestiones operativas internas en la órbita de la ANSeS— con la Circular ANSeS GAFyD 68/09 de fecha 10 de diciembre de 2009 que —entre otras disposiciones— ha venido a prever: "[L]a madre tiene prelación sobre el padre en la titularidad del cobro de la Asignación Universal..." **(23)**.

La res. SSS 11 de fecha 30/07/2019 **(24)** expuso la necesidad del dictado de una nueva normativa reglamentaria que actualice y unifique en un solo cuerpo las pautas establecidas oportunamente por la resolución 14 de fecha 30/07/2002 y sus modificatorias y complementarias.

Así, bajo los parámetros regulatorios de la ley 24.714 que sostiene la vigencia de un único régimen nacional y obligatorio de asignaciones familiares y en atención a que desde el dictado de la precitada resolución han surgido importantes normas reglamentarias, complementarias y aclaratorias que merecen ser, asimismo, comprendidas en dicho marco para una mejor y más acabada comprensión del subsistema tanto por parte de los beneficiarios y como por parte de los organismos del Estado encargados de su aplicación.

En tal orden se resolvió dejar sin efecto la res. SSS 14/2002, sus modificatorias y complementarias y toda otra norma que se oponga a lo dispuesto en la presente norma.

Asimismo, se instruyó a ANSeS a que —a través de las áreas pertinentes— readecue sus procedimientos internos de acuerdo con estos nuevos lineamientos y dicte las normas complementarias que resulten necesarias a los efectos de la implementación operativa de lo dispuesto por la presente resolución, la liquidación y pago de las asignaciones familiares, y su control y supervisión. En función de ello y a diferencia de su predecesora, la vigente resolución no cuenta con un capítulo dedicado a "Documentación Respaldatoria" como sí lo preveía el cap. V de la res. SSS 14/2002 dejada sin efecto.

Finalmente, se aprobaron sus normas complementarias, aclaratorias y de aplicación del Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la ley 24.714 y sus modificatorias.

(18) En adelante, SSS.

(19) El art. 20 prevé: "[C]uando ambos progenitores estén comprendidos en el presente régimen, las prestaciones enumeradas en los arts. 6º y 15 serán percibidas por uno solo de ellos...".

(20) Inciso sustituido por art. 3º de la res. SSS 60/2004 de la Secretaría de Seguridad Social (BO 01/12/2004).

(21) En adelante, ANSeS.

(22) Ello, en función de la facultad conferida a la ANSeS por el dec. 1602/1009 de "... dictar las normas complementarias pertinentes para la implementación operativa, la supervisión, el control y el pago de las prestaciones..." (art. 10).

(23) Conforme punto e) de la citada circular.

(24) Publicada en el Boletín Oficial del día 1º de agosto de 2019 (BO 34.166).

En lo que aquí respecta, dichas normas establecen que **(25)**:

1. Corresponde el pago de las Asignaciones a quien acredite tener a su cargo *a un niño, niña, adolescente o persona mayor de edad con discapacidad, en función de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y de conformidad con la documentación que la ANSeS disponga a estos fines.*

2. Corresponde el pago de las Asignaciones a niños, niñas y adolescentes que se encuentren institucionalizados, en función de la información que la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) o el organismo que en el futuro lo reemplace, remita a la ANSeS.

3. Cuando un niño, niña, adolescente o persona mayor de edad con discapacidad, se encuentre a cargo de más de una persona con derecho a percibir Asignaciones a través de la ANSES en el marco de la ley 24.714, estas serán liquidadas a quien en función de su monto le corresponda la asignación de mayor cuantía, salvo disposición expresa en contrario.

4. Cuando la persona o las personas que tengan a cargo un niño, niña, adolescente o persona mayor de edad con discapacidad, gocen del derecho a percibir las Asignaciones a través de la ANSeS en el marco de la ley 24.714 y, a su vez, a través de otro régimen provincial o municipal, deberán optar a través de qué régimen las percibirán.

5. En caso de fallecimiento del titular de una Asignación, los pagos pendientes de liquidación o cobro deberán efectuarse al representante legal del niño, niña, adolescente o persona mayor de edad con discapacidad, al cónyuge supérstite o a los hijos o hijas mayores de edad, de cada grupo familiar del titular, según corresponda.

En el marco del Plan Operativo Anual de ANSeS se creó un nuevo Sistema de liquidación, control, validación y puesta al pago de Asignaciones para todos los titulares comprendidos en la ley 24.714. El Sistema para la Cobertura Universal de Niñez y Adolescencia (CUNA), se presenta como un procedimiento parametrizado destinado al control de derecho y liquidación de las Asignaciones Familiares y Universales con los datos disponibles en las Bases de ANSES, verificando reglas de cálculo automático en procura de brindar un mejor ambiente de aprobación y calidad de servicio.

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 7º del dec. 614/2013, los requirentes deberán cumplimentar el Formulario PS 2.73 para dar trámite a la "Solicitud de Asignaciones por Aplicación del dec. 614/2013".

Mediante esta novedad el solicitante que tiene a cargo a un menor, o a un mayor con discapacidad, podrá percibir las Asignaciones Familiares o Universales a través del medio de pago que designe.

Si al momento de ingresar esta novedad en el sistema CUNA ya se encuentra registrado un requerimiento anterior a favor del otro progenitor y el solicitante actual declara ser la persona que tiene efectivamente a su cargo a los menores o mayores con discapacidad, ANSeS requerirá la siguiente documentación: *a) Sentencia Judicial o Testimonio del que surja que el Solicitante detenta el Cuidado Personal (Tenencia) de los menores; b) Acuerdo de Partes realizado ante un Mediador matriculado por el Ministerio de Justicia de la Nación, ante Escribano Público o ante la Justicia competente; c) Formulario PS. 2.46 "Conformidad de Tenencia" firmado por ambos padres en presencia del empleado o funcionario de ANSeS a fin de certificar la firma del otro progenitor, caso contrario la misma deberá estar certificada por escribano público, autoridad judicial competente o entidad bancaria; d) Acuerdo Privado con firma certificada por escribano público, autoridad judicial competente o entidad bancaria; e) Informe emitido por el Ministerio de Desarrollo Social; y f) En caso de reconocidos por ambos padres y que no conviven con el solicitante: Información Sumaria Judicial de la que surja que detenta el cuidado personal (tenencia) de los menores.*

Bajo la presente concepción, sus autores señalan que lo prescripto resulta "... medida de equidad que hemos venido impulsando desde hace años desde el Sindicato de Amas de Casa

(25) Conforme se desprende del capítulo I "Normas Generales" de las Normas Complementarias, Aclaratorias y de Aplicación del Régimen General de Asignaciones Familiares.

de la República Argentina (SACRA), por ello, al momento de la firma del dec. 614/2013 manifestamos: "Es una medida histórica porque cambia la lógica de la actuación del Estado en protección a la familia. La lógica antigua estaba basada en una visión patriarcal, donde el único aporte considerado es el del varón, pero ahora la tarea de la mujer se valoriza...".

Por último, se sostiene que todas las investigaciones internacionales y nacionales muestran que los recursos económicos administrados por las mujeres no se desvían del cuidado de las necesidades de la familia y resulta más eficiente la administración de los ingresos familiares cuando está a cargo de las mujeres.

En orden a lo señalado, la iniciativa propone incorporar mediante una ley específica la previsión de que el efectivo pago de las Asignaciones Familiares o Universales previstas en los arts. 6º y 15 (incs. b, c y d) de la ley 24.714, se realice a la madre, independientemente del integrante del grupo familiar que genera el derecho al cobro de la prestación.

En los casos en que la responsabilidad parental y cuidado personal del hijo sean ejercidos por una persona distinta de la madre, serán estos los titulares del beneficio.

Actualmente, el proyecto se encuentra en estudio por ante la Comisión de "Trabajo y Previsión Social" con fecha de ingreso el 17/07/2020 (con Fecha de Moción de Preferencia del día 5 de noviembre de 2020).

*III.2. Asignación por maternidad. Reconocimiento de la antigüedad para el c*álculo *jubilatorio*

Con la firma de la Sra. Senadora Nacional Inés Imelda Blas (por la provincia de Catamarca) perteneciente al Bloque Frente de Todos, tramita un proyecto por el cual se insta modificar los parámetros del art. 11 de la ley 24.714 **(26)** sobre Régimen de Asignaciones Familiares [expediente interno 1973-S-2020 **(27)** de fecha 27 de agosto de 2020].

Su texto es análogo al que tramita mediante actuación 0437-D-2020 **(28)** y fuera iniciado por ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina (de fecha 9 de marzo de 2020) por los Sres. Diputados Nacionales Darío Martínez, Carlos Alberto Vivero (por la provincia de Neuquén), Soria Martin, Susana Graciela Landriscini (por la provincia de Río Negro), Jorge Antonio Romero, Nancy Sand (por la provincia de Corrientes), Omar Chafi Félix (por la provincia de Mendoza), Fernanda Vallejos (por la provincia de Buenos Aires), María Carolina Moisés (por la provincia de Jujuy) del Bloque Frente de Todos.

Asimismo, presenta similitudes con aquel iniciado por las Sras. Senadoras Nacionales Silvia Sapag (por la provincia de Neuquén) y Norma Haydee Durango (por la provincia de La Pampa)

(26) Art. 11.— La asignación por maternidad consistirá en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abonará durante el periodo de licencia legal correspondiente. Para el goce de esta asignación se requerirá una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses.

(27) Textualmente el proyecto establece: "... El Senado y Cámara de Diputados..."Art. 1º. Modifíquese el art. 7º de la ley 24.241, el que quedara redactado de la siguiente manera: "Art. 7º. No se consideran remuneración las asignaciones familiares, las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, por vacaciones no gozadas y por incapacidad permanente provocada por accidente del trabajo o enfermedad profesional, las prestaciones económicas por desempleo, ni las asignaciones pagadas en concepto de becas. Tampoco se considera remuneración las sumas que se abonen en concepto de gratificaciones vinculadas con el cese de la relación laboral en el importe que exceda del promedio anual de las percibidas anteriormente en forma habitual y regular. Queda excluida de lo determinado en el párrafo anterior la asignación por maternidad prevista en el art. 11 de la ley 24.714 la cual será considerada como remunerativa a los efectos del cálculo de la jubilación y computable para el cálculo de la antigüedad exigida por el inc. C del art. 19 de la presente ley". "Art. 2º. Comuníquese al Poder Ejecutivo...".

(28) Textualmente el proyecto establece: "... El Senado y Cámara de Diputados... Reconocimiento de la antigüedad para el cálculo jubilatorio de las asignaciones por maternidad. "Art. 1º. Considérese las asignaciones por maternidad establecidas por leyes 24.714, art. 11, y 24.716 como remunerativas a los efectos del cálculo de la jubilación. "Art. 2º. Considérese las asignaciones por maternidad establecidas por leyes 24.714, art. 11, y 24.716 computables para el cálculo de la antigüedad exigida por el inc. c del art. 19 de la ley 24.241. "Art. 3º: Comuníquese al Poder Ejecutivo...".

pertenecientes al Bloque Frente de Todos [expediente interno 281-S-2020 **(29)** de fecha 09 de marzo de 2020].

De los fundamentos de la iniciativa en estudio surge: "Nuestra Constitución Nacional establece en su art. 16 que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad" y en su art. 14 bis instaura la obligación del estado de otorgar los beneficios de la seguridad social con carácter integral e irrenunciable...".

Por su parte, se recuerda que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **(30)**, aprobada por res. 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el día 17/07/1980, dispone: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre los hombres y mujeres, en particular: a) el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) el derecho a las mismas oportunidades del empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo, c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento periódico, d) el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igual trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) el derecho a la protección a la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función reproducción" (conforme punto 1º del art. 11).

A continuación, el citado tratado internacional establece: "Con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: a) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo o con prestaciones sociales considerables sin pérdida del suministro de los servicios sociales de apoyo necesario para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella" (según punto 2º del art. 11).

En materia de protección a la maternidad, se recuerda que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dictó el Convenio sobre la Protección de la Maternidad de 1919 (Nº 3), el Convenio sobre la Protección de la Maternidad (revisado) de 1952 (Nº 103) y Convenio sobre la Protección de la Maternidad de 2000 (Nº 183).

El Convenio sobre la Protección de la Maternidad del año 2000 reconoce a toda mujer que esté ausente del trabajo por licencia de maternidad el derecho a "una prestación en metálico que le garantice su mantenimiento y el de su hijo en condiciones de salud apropiadas y con un nivel de vida adecuado".

Según se desprende de sus fundamentos, su autora entiende: "No obstante la normativa vigente sobre la materia la desigualdad de género en al ámbito laboral de nuestro país sigue colocando a las mujeres en una grave posición de desventaja con respecto a los hombres...".

(29) Textualmente el proyecto establece: "... El Senado y Cámara de Diputados..." Art. 1º. Considérese las asignaciones por maternidad establecidas por leyes 24.714, art. 11, y 24.716 como remunerativas a los efectos del cálculo de la jubilación. "Art. 2º. Considérese las asignaciones por maternidad establecidas por leyes 24.714, art. 11, y 24.716 computables para el cálculo de la antigüedad exigida por el inc. c del art. 19 de la ley 24.241. "Art. 3º. Comuníquese al Poder Ejecutivo...".

(30) Aprobada por ley 23.179 (Sancionada el 8 de mayo de 1985 y Promulgada el 27 de mayo de 1985).

Finalmente se concluye que una de las expresiones de la desigualdad laboral entre hombres y mujeres se refleja en que el período de la licencia por maternidad no es computable para el acceso a beneficios jubilatorios.

En ese orden se precisa: "... Resulta inadmisible que mediante la Ley de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones quede excluida del concepto de remuneración para los fines del sistema las Asignaciones por maternidad pues claramente ante ello la mujer queda expuesta ante una situación de desigualdad y desventaja que se ve reflejada a la hora de acogerse al beneficio de la jubilación con la obligación de compensar con tiempo adicional de servicio por haber gozado de la licencia por maternidad. El acceso a la jubilación es un derecho consagrado en nuestra Constitución Nacional y bajo ningún aspecto la asignación por maternidad creada mediante ley 24.714 y abonada por la Administración Nacional de la Seguridad Social puede seguir constituyéndose en un impedimento para las mujeres en el acceso a tal derecho...".

Sentado ello, la iniciativa persigue —en primer lugar— profundizar el proceso tutelar delineado en las últimas décadas, confiriendo carácter contributivo a las asignaciones familiares por Maternidad establecidas por las leyes 24.714 (art. 11) a los efectos del cálculo de una prestación previsional.

Actualmente, el proyecto se encuentra en estudio por ante la Comisión de "Trabajo y Previsión Social" de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina **(31)**.

IV. Comentarios finales

Cuestiones de extensión **(32)** asignadas al presente trabajo imponen la necesidad de dejar para una próxima presentación el tratamiento de nuevos proyectos legislativos que permitan agotar las novedades verificadas en el seno del Congreso de la Nación Argentina.

---

(31) Todos los datos suministrados en esta sección responden a relevamientos efectuados con fecha 1º de junio de 2021.

(32) Ponderando que la presente (y ambiciosa) tarea requerirá una considerable extensión, nos permitiremos emplear venideras publicaciones para su adecuado desarrollo.

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 9/2021

Rafael E. Toledo Ríos

Sumario: I. Jubilación.— II. Procedimiento administrativo y judicial.— III. Asignaciones familiares.— IV. Riesgos del trabajo.

I. Jubilación

I.1. Caja de Previsión Social para Abogados y Procuradores de la Provincia de Buenos Aires. Cancelación de matrícula. Acción originaria de inconstitucionalidad. Inexistencia de cuestión abstracta. Medida cautelar. Oposición de la demandada. Argumentos inatendibles. Aclaratoria. Costas. Principio objetivo de la derrota

SCBA, 11/05/2021, "Gil Quinterno, Adrián A. c. Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad arts. 44 y 45, ley 6716" (I. 76.630)

I.1.a. Resultado

La Suprema Corte rechazó ambos pedidos de la Caja demandada, referentes a que se declare extinguida la controversia por haberse tornado abstracta la cuestión, y a que se deje sin efecto la cautelar decretada en autos disponiendo que la entidad previsional se abstenga de aplicar al actor lo dispuesto en arts. 44 y 45 de la ley 6716.

I.1.b. Antecedentes

— El actor promueve acción declarativa de inconstitucionalidad conforme art. 683, Cód. Proc. Civ. y Com. Prov. Bs. As., respecto de los arts. 44 y 45 de la ley 6716, y solicita el dictado de medida cautelar a fin de que la Caja de Abogados se abstenga de aplicar dichas disposiciones en su caso;

— La Suprema Corte hace lugar a la cautelar, ordenando que la Caja demandada se abstenga de aplicar al actor las disposiciones de los arts. 44 y 45 de la ley 6716, en cuanto imponen la cancelación de matrículas profesionales fuera del ámbito provincial como requisito para percibir el beneficio jubilatorio;

— La parte demandada se presenta solicitando que se declare abstracta la cuestión en litigio, considerando que la acción resulta innecesaria porque el actor podría optar por cancelar las matrículas en que se halle inscripto o invocar en sede administrativa el caso "Pasik", y también denuncia que la cautelar decretada es de cumplimiento imposible toda vez que al no haber beneficio jubilatorio concedido deviene prematura.

I.1.c. Referencias

Legislativa: Ley 6716, arts. 44 y 45; Cód. Proc. Civ. y Com. Prov. Bs. As., arts. 34, 163, 202, 203, 204, 683, 684, 685, 687, 688; Const. Prov. Bs. As., arts. 161, 171.

Jurisprudencia: "Prando de Quitegui", B. 53.370; "Durrieu", I. 73.782; "Gobernador de la

Provincia", B. 67.594; "Pujol", I. 75.772; "Federación de Educadores Bonaerenses Domingo Faustino Sarmiento (FEB)"; "Torres", I. 70.273; "Carpinetti", I. 1613; "Gaspes", I. 1985; "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre", I. 72.760.

I.1.d. Fundamentos

"[E]l presente pronunciamiento debe ceñirse, por un lado, al análisis del planteo realizado por la Caja de Previsión Social para Abogados concerniente a la solicitud de que la controversia sea declarada abstracta y, por el otro, al levantamiento de la tutela precautoria dispuesta atento la imposibilidad de su cumplimiento actual".

"Esta Suprema Corte ha sostenido en reiteradas oportunidades que los jueces están en condiciones de pronunciarse sobre el contenido de la relación procesal solo mientras se mantenga un interés real... Es decir, que exista un conflicto a dirimir, causa o controversia; extremo inherente al ejercicio válido de la función judicial ... y que, aunque la causa de una pretensión haya podido presentarse inicialmente como concreta, es factible que con posterioridad se torne abstracta (doct. causa I. 3.632, "Federación de Educadores Bonaerenses Domingo Faustino Sarmiento (FEB)", sent. de 29/02/2012 y sus citas)".

"En el caso de la acción originaria regulada en los arts. 683 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. se ha precisado que si bien tiene como finalidad el dictado de una sentencia declarativa, tal declaración viene engarzada en un contexto fáctico determinado por el caso; con lo cual, tras la proclamación de inconstitucionalidad del precepto reputado lesivo de las normas superiores se ordena la inaplicabilidad de este a la situación de hecho en que se encuentra el actor. Ello, claro está, con independencia de la acumulación de otras condenas asociadas a las acciones que se hubieran deducido en forma condicionada a aquella declaración".

"[E]xiste caso en la materia bajo análisis si la petición excede el carácter simplemente consultivo y no comporta una indagación meramente especulativa, sino que corresponde a una controversia que busca restablecer los efectos de las normas reputadas inconstitucionales (cfr. arts. 161, inc. 1º y 171, Const. prov., 34, inc. 4º, 163, inc. 6º, primera parte, 684, 685, 687 y 688, Cód. Proc. Civ. y Com.; doct. causa I. 70.273, "Torres", resol. de 28/05/2010".

"[S]in perjuicio de las manifestaciones vertidas por la accionada en su primera intervención, surge con claridad que el agravio que motivó la presente demanda no ha perdido virtualidad en tanto no se ha modificado la normativa vigente aplicable al caso ni la situación fáctica en que se enmarca la pretensión. Para más, la solución arribada no se conmueve en sus fundamentos por la mera invocación del presunto antecedente citado por la Caja del "caso Pasik", en tanto omite individualizar correctamente el precedente mencionado —y su órgano emisor—, lo que imposibilita el análisis de su contenido y la repercusión que este habría de tener en la esfera de intereses de quien acciona. Siendo así, corresponde denegar el pedido formulado por la parte demandada con fecha 11 de diciembre de 2020 de declarar extinguida la controversia por haberse tornada abstracta la cuestión traída a conocimiento del Tribunal".

"[C]abe expedirse acerca de la imposibilidad de cumplimiento de la medida cautelar ordenada por este Tribunal el día 25 de noviembre de 2020 denunciada".

"[S]in perjuicio de las alegaciones en otro sentido formuladas por la demandada, no solo no se han alterado las circunstancias que determinaron el dictado del remedio precautorio otorgado, sino que tampoco se advierte que en autos se configure un supuesto de 'imposibilidad de cumplimiento actual' denunciado".

"[L]a medida decretada por este Tribunal el día 25 de noviembre de 2020 importa una orden para que la entidad previsional demandada se abstenga de aplicar al señor Adrián Arturo Gil Quinterno lo dispuesto en los arts. 44 y 45 de la ley 6716 (t.o. dec. 4771/1995), en cuanto imponen la cancelación de las matrículas profesionales fuera del ámbito provincial como requisito para percibir el beneficio de jubilación ordinaria. Esto, hasta tanto recaiga pronunciamiento definitivo en el presente proceso. Así, teniendo en consideración los alcances indicados en la mencionada providencia, no se evidencia que en el caso concurran circunstancias particula-

res que impidan su acatamiento, claro está, en la instancia procedimental oportuna" (de la resolución suscripta por los Ministros Kogan, Pettigiani, Torres, Genoud).

"[N]o existiendo motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota antes referido, pues la facultad concedida en la segunda parte del art. 68 del código de rito debe ejercerse restrictivamente sobre la base de circunstancias cuya existencia —en cada caso— tornen manifiestamente injusta la aplicación de la mentada pauta general (doctr. causas Ac. 36.519, sent. de 10/03/1987; C. 95.517, sent. de 04/11/2009) y toda vez que ello no acontece en la especie, corresponde hacer lugar al remedio incoado por el actor y dejar establecido que las costas devengadas por la incidencia resuelta con fecha 19 de marzo de 2021 se imponen a la Caja de Previsión Social para Abogados y Procuradores de la Provincia de Buenos Aires, en su condición de parte perdidosa" (de la resolución suscripta por los Ministros Soria, Torres, Pettigiani, Kogan).

II. Procedimiento administrativo y judicial

II.1. Competencia. Amparo. IPS como agente de retención del impuesto las ganancias. Prevención por conexidad. Ley 13.928, art. 3º. Identidad de sujetos y objeto. Doctrina legal SCBA

SCBA, 31/03/2021, "Carriquiriborde, Diego A. c. Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires (IPS) s/ amparo" (C. 124.551)

II.1.a. Resultado

El Tribunal dirimió el conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de Ejecución Penal Nº 1 de La Plata, y el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 25 de dicho departamento judicial, declarando la competencia de este último para conocer en la causa.

II.1.b. Antecedentes

— El actor inicia acción de amparo contra el IPS, a fin de que este organismo ante el cual se encuentra jubilado deje de retenerle impuesto a las ganancias sobre todos los conceptos integrantes de su haber previsional, solicitando que se efectúe el descuento solo sobre el "básico" de conformidad con el "Sistema Augusta";

— Siendo sorteado el Juzgado Civil y Comercial Nº 25 decidió inhibirse, sosteniendo que de acuerdo con la ley 13.928 (art. 3º) debe intervenir el juez que hubiese prevenido por el mismo hecho, en su caso el Juzgado de Ejecución Penal Nº 1 donde tramitaron los autos "Servín, Mónica c. IPS s/ amparo" en que se solicitó la exclusión del impuesto a las ganancias respecto de los conceptos que excedan el "sueldo básico"; a

— El Tribunal de Ejecución Penal rehusó la competencia atribuida, por considerar que no existe identidad subjetiva ni objetiva entre ambos casos;

— La causa fue finalmente elevada a la SCBA a fin de dirimir el conflicto competencial.

II.1.c. Fuentes

Legislativa: Ley 13.928, art. 3º; res. SCBA 1358/2006.

Jurisprudencia: "R., A. F.", C. 123.396; "Villordo", B. 73.301; "Garate", B. 73.292; "Ávalos", B. 73.384; "Romano", B. 73.386; "Centro de Estudios Legales y Sociales", B. 73.869; "Donato", C. 1224.360.

II.1.d. Fundamentos

"Esta Corte, por vía de superintendencia, ha establecido por medio de la res. 1358/2006 —texto según res. 1794/2006— que es la Receptoría General de Expedientes de cada departamento judicial la encargada de dar ingreso y asignar, por sorteo, entre todos los organismos de primera o única instancia de todos los fueros, las acciones de amparo que se deduzcan a partir de la entrada en vigencia de esta normativa (art. 1º de dicha resolución; causas ... C. 123.396, "R., A. F. ", resol. de 28/08/2019, e.o.)".

"También se señaló que, en la aplicación de la regla de prevención por conexidad sentada en el art. 3º *in fine* de la ley de Amparo, era necesario tener en cuenta que, para su viabilidad, debían necesariamente concurrir las circunstancias allí especificadas; esto es, que las acciones versen sobre un mismo hecho, acto u omisión, lo que no acontece cuando varía el colectivo de amparados sobre los cuales se requiere la tutela jurisdiccional urgente (doctr. causas ... y B 73.869,

"Centro de Estudios Legales y Sociales", resol. de 30/09/2015)".

"En el caso particular de autos, resulta evidente que difiere el legitimado activo respecto al expediente citado "Servín, Mónica c. IPS s/ amparo" (v. M. E. V., causa: 24273 de la Excma. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, trámites "Sentencia", de fecha 11/07/2019 y "Resolución registrable", de 27/08/2019). De allí que, al tratarse de distintos sujetos amparados, no se configura el supuesto de prevención por conexidad estipulado en el art. 3º *in fine* de la ley 13.928 (doctr. causas B. 73.301 y B. 73.292, cits. y C. 124.360, "Donato", resol. de 23/12/2020)".

"[N]o mediando en el caso motivo alguno para exceptuar el sorteo reglamentado por la mentada res. 1358/2006 de esta Corte, corresponde declarar que resulta hábil para intervenir en estos obrados, el Juzgado en lo Civil y Comercial Nº 25 del Departamento Judicial de La Plata, desinsaculado en los términos de dicha normativa" (de la resolución suscripta conjuntamente por los Dres. Torres, Genoud, Kogan, Pettigiani).

III. Asignaciones familiares

III.1. Asignación por cónyuge e hijo. Dec. 992/1992. Leyes 10.430 y 11.758. Ley nacional 18.017. Facultades concurrentes de la nación y las provincias. Seguridad Social. Facultades discrecionales de la Provincia. Salario de rendimiento y salario social. Redistribución de la renta nacional. Tratados internacionales del art. 75, inc. 22, CN, DUDH y PIDESC. Art. 39.3, Const. Provincial. Dec. PEP 1516/2004. Principio de progresividad —no regresividad—. Actualización monetaria. Improcedencia. Leyes 23.928 y 25.561. Doctrina legal SCBA. Intereses. Costas por su orden

SCBA, 27/05/2021, "Ovelar, Silvia N. y otros c. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación). Demanda contencioso-administrativa" (B. 65.033)

III.1.a. Resultado

La Suprema Corte hizo lugar parcialmente a la demanda de los actores, disponiendo el pago de las diferencias entre lo que efectivamente percibieron en concepto de asignación familiar por hijo y por cónyuge, y el importe establecido por resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social 992/1992, entre el 01/08/1992 y la vigencia del dec. 1516/2004.

III.1.b. Antecedentes

— Los actores, agentes en actividad en la Dirección General de Cultura y Educación (DGCyE), solicitan el pago de diferencias entre los importes abonados en concepto de asignación por cónyuge e hijo y los que establece la res. 992/1992 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación (cfr. leyes 18.017 y 24.714) desde el 1º de agosto de 1992;

— La Provincia de Buenos Aires a través de la DGCyE dicta resoluciones denegatorias en 21/06/1995 y 24/10/2000, con fundamento en que la ley 10.430 y su modificatoria ley 11.758 no remiten a la legislación nacional para la determinación de los importes de las asignaciones familiares;

— Los actores inician demanda.

III.1.c. Referencias

Legislativa: ley 10.430, arts. 26, 28; ley 11.758; ley nac. 18.017; ley nac. 24.714; res. MTySSN 992/1992; dec. PEN 1516/2004; dec. PEP 3447/1990; dec. PEP 2980/2004; Const. nacional, arts. 14 bis, 67, inc. 11, 75, incs. 19, 22, 23, 108, 121; Const. Provincia Bs. As., arts. 11, 39, inc. 3º; Cód. Civ. arts. 622, 623; Cód. Civ. Com., arts. 7º, 768, inc. c), 770; ley 23.928; DUDH, art. 23, inc. 3º; PIDESC, art. 10.

Jurisprudencia: "León", I. 1.197; "Donnarumma", B. 57.216; "Barzaghi", CS 05/04/2016; "Agostinelli", B. 64.756; "García", B. 63.799; "Trofe", L. 118.587; "Clemente", L. 119.422; "Herlein", B. 57.439; "Telefónica de Argentina SA c. Municipalidad de Luján", CS, LA LEY 1997-E, p. 113.

Doctrina: VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo"; DEVEALI, Mario L., "Tratado de Derecho del Trabajo"; RUPRECHT, Alfredo J., "Asignaciones Familiares".

III.1.d. Fundamentos

"destaco que tanto por la finalidad de su institución como por la forma en que ha sido le-

gislada la cuestión, los beneficios a abonar a los trabajadores dependientes en virtud de las cargas de familia —asignaciones familiares— no tienen el carácter de remuneración. Es decir, no se abonan en contraprestación del trabajo realizado, sino que constituyen un concepto comprendido dentro del derecho de la Seguridad Social destinado a proteger a la familia y a proveer al desarrollo humano, compensando el desequilibrio económico de las familias más numerosas (VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, 'Tratado de Derecho del Trabajo', t. 4, p. 793; DEVEALI, Mario L., 'Tratado de Derecho del Trabajo', t. II, p. 558; RUPRECHT, Alfredo J., 'Asignaciones Familiares')".

"Como tal integra, indudablemente, el grupo de instituciones cuya regulación, en principio, debe ser asumida por el Congreso nacional por delegación hecha por las Provincias, de conformidad con lo normado en el art. 75, inc. 12 de la Constitución nacional (art. 67, inc. 11 en la numeración de la Constitución de 1853). Y digo en principio, pues tengo presente que la cuestión que se ventila en el caso refiere a la compensación que por cargas de familia debe abonarse a los empleados públicos provinciales".

"En el recordado caso 'León' (causa I. 1.197, sent. de 28/02/1989, "Acuerdos y Sentencias", 1989-I-373), el entonces, juez de esta Suprema Corte, doctor Mercader, citando la doctrina de la Corte de Justicia nacional, afirmaba: "A la luz de los arts. 14 bis, 67, incs. 11 y 16, 104, 105 y 106 de la Constitución nacional (14 bis, 75, inc. 12 y 18, 121, 122 y 126 en el texto constitucional de 1994) corresponde afirmar que la necesidad de alcanzar los beneficios de la seguridad social importa el reconocimiento de facultades concurrentes de la Nación y de las provincias, sin admitirse que el art. 67, inc. 11 de la Ley Suprema, correlacionado con el texto de su art. 108, signifique una delegación exclusiva y excluyente en favor del gobierno central para dictar el código de la seguridad social, teniendo en cuenta que la armonización de las cláusulas constitucionales exige, por la igual imperatividad de sus preceptos, tener presente lo estatuido por el nuevo art. 14". El vocablo "Estado" que se utiliza en dicha norma, comprende tanto al Estado nacional como al de las provincias, según se desprende de su texto cuanto dice: "En especial la ley establecerá: el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administrados por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (Fallos 304:1186, pub. LA LEY, 1982-D, p. 506). Se trata entonces, de facultades concurrentes".

"El último párrafo incorporado al viejo art. 107 (art. 125 en la Constitución de 1994), despeja toda duda al respecto: '... Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura". Está claro, pues, que la determinación de los beneficios de la seguridad social es una facultad concurrente".

"En vigencia de la ley 18.017, sancionada en el año 1964, el Congreso nacional estableció que las provincias debían adecuar su legislación a lo establecido por el Gobierno nacional. La legislación provincial en la materia, así como su ejecución por el Poder Ejecutivo provincial, desde el año 1972 determinó el pago de las asignaciones familiares en beneficio de sus agentes de conformidad a los conceptos, modalidades y montos que el Gobierno nacional dispuso dentro de su ámbito".

"[L]a ley 10.430 —que rigió el período en que, en opinión de los actores, se produce el apartamiento de las normas que regulaban la actuación de la Administración— dispuso, en su art. 26, que los agentes comprendidos en su régimen gozarían de los subsidios por cargas de familia o por cualquier otro concepto y sus derecho habientes por gastos de sepelio, de conformidad con los que la legislación nacional en materia laboral establezca con carácter general, como mínimo, sin perjuicio de los vigentes o que se determinen en jurisdicción provincial".

"El sentido y alcance de esta norma no deja lugar a dudas. Durante su vigencia el monto de las asignaciones familiares no podía ser inferior a lo establecido en la legislación nacional" (resaltado nuestro).

"[L]a no adecuación de los montos de las asignaciones familiares acaecida en la Provincia de Buenos Aires a partir de 1992 significó una vulneración del derecho establecido en el citado art. 26 de la ley 10.430".

"La equiparación del monto de las asignaciones familiares con lo establecido en el ámbito nacional constituyó un derecho consagrado en las normas que regían la relación de empleo hasta la sanción de la ley 11.758".

"[E]l hecho de que la facultad de establecer el monto de las asignaciones familiares a abonar a los agentes provinciales sea una facultad discrecional del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires a partir de la sanción de la ley 11.758, en tanto se suprimió el tope mínimo establecido en el art. 26 de la ley 10.430 (en su redacción originaria), no enerva la posibilidad de que este Tribunal proceda a efectuar la revisión de la actividad desplegada en este sentido, ante la naturaleza de los agravios denunciados por los demandantes".

"Ha dicho esta Corte que la sola circunstancia de que en un caso determinado la autoridad haya procedido en ejecución de facultades discrecionales no implica que las decisiones que dicte en ese ámbito sean irrevisables, ya que, la actuación de tal tipo de prerrogativas es susceptible de examen o revisión judicial cuando infringe las normas que reglan sus límites o incurren, como se alega en el caso, en irrazonabilidad o arbitrariedad (conf. doctor. causa B. 57.216, 'Donnarumma', resol. de 17/06/1997). Precisó, también, que la razonabilidad es principio o requisito que debe presidir todos los actos de los poderes públicos y esta consiste en la exigencia de fundamentación suficiente de la decisión que se adopte para justificar su dictado, especialmente cuando por ello, se extingue una situación creada. Principio que, según se ha puntualizado, cobra especial vigor en materia de facultades discrecionales (conf. causa B. 56.727, "Blasetti", sent. de 03/11/1998)".

"En el caso que se plantea en autos forzosamente habrá de concluirse que los montos abonados por la Provincia de Buenos Aires a sus agentes en concepto de asignaciones familiares por hijo y por cónyuge, por su exigüidad, no cumplen con el objetivo previsto por el constituyente de 1957 al disponer en el art. 14 bis de la Constitución nacional la protección integral de la familia y el pago de una compensación económica familiar" (destacado nuestro).

"No existe discusión en la doctrina de los autores respecto a que las asignaciones familiares —compensación económica familiar en la terminología de la ley fundamental— constituyen un beneficio de la seguridad social destinado a adecuar las remuneraciones del trabajador en la parte que se presume destinada al sostenimiento de su familia. Apunta Deveali que de acuerdo con la evolución contemporánea de las concepciones jurídico sociales la remuneración no solo constituye la retribución por los servicios prestados, sino que pesa sobre el patrono el deber de satisfacer las necesidades del trabajador mientras este se mantiene virtualmente a su disposición, por lo que han de distinguirse en el salario dos conceptos: uno de ellos, denominado *salario de rendimiento*, que corresponde a la productividad del trabajador en consideración a la calidad y cantidad de trabajo; y otro elemento, el *salario social*, que no tiene como contrapartida la productividad individual, sino que resulta determinado por la situación en la que se encuentra el trabajador, de modo de que su fuente de ingreso le permita hacer frente con dignidad a sus necesidades vitales y las de su familia, cuando la ha formado" (destacado nuestro).

"[L]as prestaciones familiares constituyen un medio radical para reducir la diferencia de nivel de vida que existe entre las familias en que hay niños de corta edad y aquellas en que no los hay, integrando así uno de los medios en que el Estado contribuye a la protección de la familia, proveyendo a la ayuda de aquellas numerosas, como necesidad social, a la par que desarrolla una política relativa al equilibrio demográfico, la promoción de la igualdad entre los menores, siendo por ende, una forma de *redistribución de la renta nacional* efectuada en interés de los hijos en nombre de un principio de solidaridad social (conf. cit. ps. 559 y ss.; conc. RUPRECHT, ob. cit., caps. 1 y 2)" (destacado nuestro).

"La cuestión se enanca en los objetivos planteados por el constituyente nacional en los arts. 14 bis, 75, incs. 19 y 23 —garantizados al habitante de la Provincia de Buenos Aires por el art. 11 de la Constitución provincial— y debe cons-

tituir la forma adecuada en que el Estado provea al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos y a la consagración de los derechos que los tratados internacionales incorporados al plexo constitucional por el art. 75, inc. 22 han establecido. Entre ellos, merece destacarse el art. 23, inc. 3º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en cuanto dispone que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualquier otro medio de protección social. Ello, sin olvidar el compromiso asumido por el Estado al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10). Por su parte el art. 39, inc. 3º de la Constitución provincial establece: 'En materia laboral y de seguridad regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador'".

"Respecto del período que va desde el 1º de agosto de 1992 (fecha del dictado de la res. MTySSN 992/1992) al 31 enero de 1996 (día previo a la entrada en vigor de la ley 11.758), puesto que la letra del art. 26 de la ley 10.430 —en su versión original— no deja dudas: durante su vigencia el monto de las asignaciones familiares no podía ser inferior a lo establecido en la legislación nacional".

"Respecto del período 1º de febrero de 1996 al 14 de septiembre de 2004 (fecha del dictado del dec. PEP 1516/2004 que reguló las prestaciones que constituyen el actual régimen de asignaciones familiares para el personal en actividad dependiente de la Administración Pública provincial, fijando sus nuevos montos y derogando la regulación anterior), cabe formular una serie de precisiones... durante el período en cuestión, no cabe sino reconocer el derecho de los accionantes a percibir las asignaciones familiares conforme los montos que fueran fijados por la autoridad nacional a partir del 1º de agosto de 1992 (conforme el piso mínimo que les garantizaba el art. 26 de la ley 10.430 —en su redacción original—), en tanto, no obstante la ilegítima omisión del Poder Ejecutivo en disponer tal ajuste, fue adquirido con tal alcance, permaneciendo vigente hasta la reforma del régimen de asignaciones familiares para el personal en actividad dependiente de la Administración Pública provincial dispuesta mediante el aludido dec. 1516/2004".

"[P]ropiciar la ultraactividad de los importes fijados mediante dec. 3447/1990 a partir del 1º de febrero de 1996 (lo que importaría admitir la disminución de los montos de las asignaciones a que tuvieron derecho los accionantes durante más de tres años y medio), traería aparejada una clara vulneración a los principios protectorios de la familia y de la seguridad social, de progresividad —no regresividad—, así como al derecho de propiedad (arts. 11, 31, 36.1 y 39.3, Const. prov.; 14 bis, 17, 75 incs. 22 y 23, Const. nac.)".

"[L]a pretensión concerniente a que el monto de condena sea sometido a mecanismos de actualización monetaria, no puede tener favorable acogida pues, pese a las modificaciones sufridas en los regímenes financiero y cambiario, ha sido ratificado expresamente el principio nominalista consagrado en el año 1991, una de cuyas manifestaciones fue la prohibición de cualquier mecanismo de actualización monetaria. Este Tribunal se ha expedido en sentido adverso a lo pretendido (causas ... y B. 63.799, "García", sent. de 15/08/2018; e.o.)".

"Aun cuando es de público y notorio que se ha producido una acentuada depreciación de nuestra moneda, entiende este Tribunal que el acogimiento de una pretensión como la expuesta por el accionante, además, de ser contraria a las normas referenciadas en el párrafo anterior [ley 23.928, modificada por ley 25.561] —que justamente fueron dictadas con la finalidad de evitar el envilecimiento del signo monetario— no haría más que contribuir a ese proceso".

"[D]eberán adicionarse intereses, los que serán calculados de acuerdo con la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme a las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (conf. arts. 622 y 623, Cód. Civ.; 7º, 768, inc. c y 770, Cód. Civ. y Com.; 7º y 10, ley 23.928; doctr. causas ... y L. 119.422

'Clemente', sents. de 31/10/2016 y posteriores, dejando a salvo la opinión que adoptara en tales precedentes)".

"Costas por su orden (arts. 78, inc. 3º, ley 12.008, texto según ley 13.101 y 17, CCA,0 ley 2961)" (del voto del Dr. Pettigiani).

IV. Riesgos del trabajo

IV.1. Ley 24.557, art. 14, apart. 2º, inc. "a". Accidente in itinere. *Ley 26.773, art. 3º. Improcedente impugnación de la demandada. Ley 11.653, art. 55. Fallos de Corte nacional. Caso "TROFE" (minoría). Improcedencia de indemnización por ley 26.773 en accidentes* in itinere. *Doctrina legal SCBA. Caso "Pereyra". Costas por su orden (mayoría)*

SCBA, 07/09/2020, "Fernández Guemil, José M. c. Prevención ART SA. Accidente *in itinere* (L. 121.838)

IV.1.a. Resultado

El Alto Tribunal provincial por mayoría hizo lugar al RIL de la parte demandada, disponiendo que el Tribunal de origen practique nueva liquidación teniendo en cuenta que en accidente *in itinere* no procede la indemnización adicional de pago único reglada en el art. 3º de la ley 26.773.

IV.1.b. Antecedentes

— el actor sufrió un accidente *in itinere* el 07/07/2014 que le causó una incapacidad laborativa estimada en 8,6% de la total obrera;

— habiendo promovido demanda, obtuvo sentencia favorable que condenó a la demandada a abonar la prestación dineraria prevista en el art. 14, apart. 2º, inc. a) de la ley 24.557, más la indemnización adicional del art. 3º de la ley 26.773;

— la demandada interpone RIL.

IV.1.c. Fuentes

Legislativa: Ley 24.557, art. 14, apart. 2º, inc. a); ley 26.773, art. 3º; ley 11.653, arts. 47, 55; Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 68, 278, 289.

Jurisprudencia: "Espósito", CS, 07/06/2016; "Abraham", L. 108.164; "López", L. 116.345; "Rossi", L. 98.624; "Chipollini", L. 121.287; "Martínez", L. 119.484; "Sosa", L. 121.119; "Trofe", L. 118.587; "Cabrera", C. 119.176; "Fleita", L. 120.170; "Pereyra", L. 120.205; "Pincini", L. 118.858; "Milla", L. 119.635; "Valentín", L. 118.361.

IV.1.d. Fundamentos

"[L]a impugnación vinculada con la condena al pago de la indemnización adicional contemplada en el art. 3º de la mencionada ley 26.773 deviene inatendible, en tanto la doctrina legal invocada a fs. 239 vta. y 240 (referida al vicio de absurdo y el principio de congruencia) no resultan idóneas a los fines de lograr la apertura del control casatorio por el excepcional conducto que prevé el art. 55 primer párrafo de la ley 11.653 ... y L. 121.287, 'Chipollini', resol. de 11/04/2018)".

"[C]abe reiterar que no constituyen la "doctrina legal" a que se refieren los arts. 279 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 55 de la ley 11.653 la que deriva de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, así como la de otros tribunales de justicia (causas ... y L. 119.484, 'Martínez', sent. de 28/06/2017), por lo que la impugnación no es atendible en la medida que discurre sobre su transgresión".

"Tampoco puede ser atendido el agravio mediante el que se cuestiona la aplicación de intereses (v. rec., fs. 238 y vta.), toda vez que en el tópico se omite citar como vulnerada doctrina legal alguna de esta Suprema Corte, presupuesto indispensable para la revisión de lo resuelto por la presente vía de impugnación (causas ... y L. 121.119, 'Sosa', resol. de 11/04/2018)".

"Finalmente el agravio dirigido a controvertir el planteo en torno a la tasa de interés que hubo de aplicar el tribunal de grado al capital de condena debe ser rechazado. Ello así, toda vez que esta Suprema Corte ha sentado criterio, por mayoría que conformé, en las causas L. 118.587, 'Trofe' y C. 119.176, 'Cabrera' (sents. de 15/06/2016), estableciendo que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vi-

gente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo será diario con igual tasa (arts. 622 y 623, Cód. Civ.; 7º y 768, inc. c, Cód. Civ. y Com.; 7º y 10, ley 23.928 y modif.). En consecuencia, la parcela de la decisión cuestionada encuentra debido sustento en doctrina legal de esta Corte" (del voto minoritario del Dr. Genoud).

"[E]l pronunciamiento a dictarse no puede ignorar la doctrina legal actual de esta Corte, aun cuando a la época del dictado de la sentencia recurrida e incluso de la interposición del recurso todavía no se encontraba vigente (causas ... y L. 104.124, 'Peláez', sent. de 05/03/2014)".

"[H]a declarado este Tribunal (causas L. 89.455, 'Pirro', sent. de 12/04/2006; L. 85.534, 'O., C. G.', sent. de 13/02/2008 y L. 107.602, 'Iturregui', sent. de 30/10/2013) y reiteradamente lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 298:33; 301:693; 304:1649 y 1761; 308:1087; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555 y 891; e.o.), que no corresponde dejar de atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario".

"En las causas L. 119.002, 'Carabajal' (sent. de 25/04/2018); L. 120.170, 'Fleita' (sent. de 29/08/2018) y L. 120.205, 'Pereyra' (sent. de 11/03/2020) este Tribunal ha establecido —en un criterio semejante al que contiene la impugnación— que en el caso de un accidente *in itinere* no corresponde la indemnización adicional de pago único prevista en el art. 3º de la ley 26.773 pues no se verifican los presupuestos a los que esta norma condiciona su aplicación. Resulta claro entonces, que lo resuelto por el tribunal de grado en el punto es contrario a la doctrina legal vigente y debe ser modificado".

"En otro orden, luce inadmisible el agravio que gira en torno a la aplicación de intereses desde el evento dañoso, toda vez que carece de toda denuncia orientada a evidenciar la violación de doctrina legal de este Tribunal, no verificándose ningún supuesto excepcional que conduzca a ingresar en su análisis".

"Tampoco el subsidiario cuestionamiento vinculado con la tasa de interés aplicada por el *a quo* ha de tener favorable recepción, pues —como lo señala el colega ponente— lo resuelto al respecto en la sentencia de grado encuentra debido sustento en la doctrina de este Tribunal (causas L. 118.587, 'Trofe', sent. de 15/06/2016 y L. 118.858, 'Pincini', sent. de 26/10/2016)".

"Costas por su orden, atento el progreso parcial del medio de impugnación (arts. 68, párr. 2º y 289, Cód. Proc. Civ. y Com.)" (del voto mayoritario del Dr. Soria).

Actualidad en Jurisprudencia Provincial 9/2021

Reajustes e Inconstitucionalidad de los decs. 163/2020, 495/2020 y 542/2020 en la Cámara Federal Bahía Blanca y de Paraná

Rosanna E. Bermúdez

Sumario: I. Introducción.— II. La resolución de la Cámara Federal de Bahía Blanca.— III. La resolución de la Cámara Federal de Paraná.

I. Introducción

En este artículo reseñaremos dos recientes fallos emitidos por la Cámara Federal de Bahía Blanca y de Paraná, que brindan tratamiento a la solicitud de inconstitucionalidad de los Decretos de Necesidad y Urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo.

Recordemos que la ley 27.541, vigente desde el 23/12/2020, denominada Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública, declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y delegó en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en dicha ley.

En consecuencia el Poder Legislativo resolvió suspender la aplicación de la movilidad legal, delegando por un tiempo determinado en el Poder Ejecutivo la facultad para fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales, lo que se convirtió en una gran fuente de litigiosidad, solicitando los beneficiarios la inconstitucionalidad de los Decretos con base en considerar que los incrementos allí establecidos resultaban notablemente inferiores a los que hubiera correspondido de aplicar las pautas de movilidad de la ley 27.426.

II. La resolución de la Cámara Federal de Bahía Blanca

En los autos caratulados "Martínez, Eduardo R. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(1)**, originario del Juzgado Federal N° 2 de Bahía Blanca, en virtud de las apelaciones interpuestas por las partes intervino la sala II de la Cámara Federal de la misma ciudad.

II.1. La sentencia de primera instancia

Con fecha 13/10/2020 hizo lugar a la demanda y en consecuencia dispuso la redeterminación del haber inicial según las pautas establecidas en el fallo de la CS, "Elliff, Alberto J. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(2)**.

Difirió el tratamiento del pedido de reajuste de la Prestación Básica Universal (PBU) y el análisis de la constitucionalidad de los arts. 26 de la ley 24.241 y 9º, inc. 3º de la ley 24.463 a la etapa de liquidación.

No hizo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, aplicó el prece-

(1) Expediente 12922/2016, fallo de fecha 08/06/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(2) Fallos: 332:1914.

dente "Spitale" **(3)** para la determinación de la Tasa de Interés aplicable, impuso las costas por su orden, de conformidad con lo normado por el art. 21 de la ley 24.463 y difirió la regulación de honorarios.

II.2. Los agravios de las partes

La Administración Nacional de la Seguridad Social se agravió por cuanto la sentencia ordenaba actualizar las remuneraciones para el recálculo del haber inicial de la actora conforme el Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción (ISBIC), sin la limitación temporal establecida por la res. ANSeS 140/1995.

También se quejó de que se hubiera ordenado diferir el tratamiento de la actualización de la Prestación Básica Universal (PBU) y la inconstitucionalidad de los topes para la etapa de liquidación.

Por su parte la actora se agravió de que la *a quo* omitiera pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la ley 27.541.

II.3. Las consideraciones de la Cámara

Destacó en primer lugar, que el actor había obtenido su beneficio previsional al amparo de la ley 24.241, integrado por la Prestación Básica Universal (PBU), la Prestación Compensatoria (PC) y la Prestación Adicional por Permanencia (PAP).

Respecto del agravio relativo al reajuste del haber inicial de los aportes ingresados por servicios prestados en relación de dependencia, consideró pertinente seguir los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Elliff", en el cual se estableció: "[L]a actualización de las remuneraciones computables a efectos de determinar las prestaciones compensatoria y adicional por permanencia se practicara hasta la fecha de adquisición del beneficio, sin la limitación temporal contenida en la res. ANSeS 140/1995...".

El Máximo Tribunal, en el mencionado precedente, concluyó: "[L]a actualización de las remuneraciones a fin de calcular el valor de las prestaciones no se halla comprendida en la genérica derogación de normas que establecían o autorizaban cláusulas indexatorias contenida en el art. 10 de la citada Ley de Convertibilidad...", toda vez que "... el empleo de un indicador salarial en materia previsional no tiene como finalidad compensar el deterioro inflacionario sino mantener una razonable proporción entre los ingresos activos y pasivos, que se vería afectada si en el cálculo del haber jubilatorio no se reflejaran las variaciones que se produjeron en las remuneraciones...".

En consecuencia, la Alzada Federal resolvió que las remuneraciones computables se deberían ajustar hasta el mensual de febrero de 2009 inclusive por el Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción (ISBIC) y con posterioridad por el art. 2º de la ley 26.417 hasta la fecha de adquisición del derecho.

Acerca del agravio planteado respecto a la actualización de la PBU, sostuvo que el haber de la componente en cuestión estaba regulada en el texto original de la ley 24.241 por el art. 20, que disponía: "El haber mensual de la Prestación Básica Universal se determinará de acuerdo con las siguientes normas: a) Para los beneficiarios que acrediten treinta [30] años de servicios en las condiciones del inc. c) del artículo anterior, el haber será equivalente a dos veces y media (2,5) el aporte medio previsional obligatorio, al que se refiere el artículo siguiente; b) Para los beneficiarios que acrediten más de treinta [30] y hasta cuarenta y cinco [45] años como máximo de servicios en las condiciones preindicadas, el haber se incrementará en un uno por ciento (1%) por año adicional sobre la suma a que alude el inc. a)".

Que la unidad AMPO fue sustituida por el MOPRE en agosto de 1997. El valor del AMPO/MOPRE se mantuvo fijo en pesos ochenta ($80) desde el 01/04/1997 hasta el 28/02/2009.

Recordó que la Corte en el precedente "Badaro" **(4)** reconoció el deterioro de las prestaciones jubilatorias durante los años 2002 a 2006, otorgando para el período en cuestión un aumento del 88,57%.

(3) Fallos: 327:3721.

(4) Fallos: 329:3089 y 330:4866.

Por otra parte, en la causa "Quiroga" **(5)**, al requerirse la actualización de la componente PBU, el Máximo Tribunal señaló que debía considerarse de manera concreta que incidencia tenía la ausencia del incremento de uno de los componentes de la jubilación sobre el total del haber inicial y en caso de producirse una merma, para que el reclamo deviniera procedente, debía constatarse al tiempo de la liquidación siempre que el nivel de quita resultara confiscatorio.

Que la ley 26.417 modificó el art. 20 de la ley 24.241 y fijó a partir de marzo de 2009 el monto de la PBU en una suma fija, disponiendo textualmente: "El monto del haber mensual de la Prestación Básica Universal se establece en la suma de pesos trescientos veintiséis ($ 326)".

El valor de aquella surgió de aplicarle a la PBU del art. 20 del texto original de la ley 24.241 (PBU= 2,5 x MOPRE = 2,5 x 80 = $200) los aumentos dispuestos entre junio 2006 y marzo 2009 (PBU= 200 x 1,11 x 1,13 x 1,125 x 1,075 x 1, 075 x 1,1169 = 364,26).

Por ello, y teniendo presente el origen de la suma fija, es que esa Cámara consideró plenamente aplicable para la redeterminación de las PBU otorgadas con posterioridad a la sanción de la ley 26.417 la doctrina dispuesta por el Cimero Tribunal en autos "Quiroga", debiendo recurrirse para su reajuste a la fórmula de cálculo prevista en el texto original de la ley 24.241.

Consecuentemente, los beneficiarios que acreditaren más de treinta y hasta cuarenta y cinco años como máximo de servicios, tendrían derecho al incremento del componente en la medida establecida en el art. 20, inc. b) del texto original de la norma, por lo que resolvió no hacer lugar al agravio planteado.

En punto a la resolución de la *a quo* de posponer el tratamiento del pedido de inconstitucionalidad de los arts. 26 de la ley 24.241 y 9º, inc. 3º de la ley 24.463 para el momento de practicarse liquidación, el Tribunal entendió que debía confirmarse lo resuelto hasta tanto no se practicara la liquidación, ya que, no existía evidencia alguna en esa etapa procesal que permitiera sostener el perjuicio que la aplicación de los artículos antes señalados podría significar.

En ese sentido, declaró su inconstitucionalidad solo en la medida en que su aplicación importe una disminución en el haber inicial recalculado conforme lo ordenado, que por su magnitud resulte confiscatoria, en los términos del precedente *Actis Caporale* **(6)**.

Al ingresar en el tratamiento del agravio relativo a la omisión en que incurrió la sentenciante al no expedirse respecto a la constitucionalidad de la ley 27.541 que declaró la emergencia pública en materia previsional y suspendió la aplicación de la movilidad dispuesta por el art. 32 de la ley 24.241, y los decretos dictados en consecuencia, para una mejor comprensión de la cuestión, realizó una ajustada enunciación de la normativa en crisis y de la que fuera emitida como resultado de aquella.

Al respecto, sostuvo que la ley 27.541 —denominada Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública—, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2019, había declarado la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y, además, delegado en el Poder Ejecutivo Nacional, las facultades comprendidas en dicha ley, en los términos del art. 76 de la CN, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el art. 2°.

Por su parte, el art. 55 de la citada ley suspendió "... por el plazo de ciento ochenta [180] días, la aplicación del art. 32 de la ley 24.241, sus complementarias y modificatorias...", disponiendo que durante ese plazo "... el Poder Ejecutivo Nacional deberá fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondiente al régimen general de la ley 24.241, atendiendo prioritariamente a los beneficiarios de más bajos ingresos...", hasta tanto una comisión creada a tal efecto proponga un proyecto de Ley de Movilidad de los Haberes Previsionales.

Luego, mediante el dec. 542/2020 y debido a la emergencia sanitaria generada por la pandemia del COVID19, se prorrogó, hasta el 31 de

(5) Fallos: 337:1277.

(6) Fallos: 323:4216.

diciembre de 2020, la suspensión legalmente dispuesta.

Como consecuencia de la ley antes reseñada, se dictaron los decs. 163/2020, que dispuso para marzo 2020, un aumento del 2,3% más un monto fijo de pesos mil quinientos ($1500), el 495/2020, que reconoció, para junio 2020, un aumento de 6,12% para todas las jubilaciones, el 692/2020 que otorgó, para septiembre 2020 un aumento del 6,12%, y el 899/2020, que confirió en diciembre 2020 un 5% de incremento.

Finalmente, el 5 de enero del 2021, la ley 27.609 modificó el art. 32 de la ley 24.241, finalizando así el período de suspensión dispuesto por la ley 27.541.

Recordó la Cámara Federal de Bahía Blanca que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico y que la movilidad jubilatoria es un derecho consagrado en el art. 14 bis de la CN, respecto del cual debe garantizarse su efectivo cumplimiento. Que este derecho, como todas las normas constitucionales, debe ser ejercido conforme a las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidas con igual jerarquía por la misma Ley Fundamental **(7)**.

Señaló que no existía un derecho adquirido a mantener en el tiempo una determinada fórmula de movilidad jubilatoria, toda vez que esta puede mutar de conformidad con la evolución de diversas variables coyunturales (CS, "Casella, Carolina c. ANSeS s/ reajustes por movilidad", sent. del 24/04/2003, "Brochetta, Rafael A. c. ANSeS s/ reajustes por movilidad", sent. del 08/11/2005 y "Arrúes, Abraham D. c. ANSeS s/ acción declarativa", sent. del 30/05/2006, entre otros), siempre que, ese cambio de fórmula no implique confiscatoriedad en los haberes o regresividad en los derechos.

Teniendo en cuenta lo anteriormente reseñado, y dentro del marco de los agravios invocados, consideró que el dispositivo legal analizado no resultaba cuestionable.

Que como consecuencia de la emergencia pública declarada, el Poder Legislativo había resuelto suspender la aplicación de la movilidad legal, delegando por un tiempo determinado en el Poder Ejecutivo la facultad para fijar trimestralmente el incremento de los haberes previsionales.

Ahora bien, reconocida la validez de la suspensión dispuesta, entendió la Cámara Federal que devenía imperativo, una vez finalizada la emergencia declarada, analizar la existencia de diferencia entre la movilidad suspendida y la otorgada mediante los decretos reseñados, debiendo en caso de que así fuere, restituirse las sumas no otorgadas.

Surgiendo, entonces, que la movilidad reconocida por los decretos dictados, que varió entre un 24,28% y un 35,31% —según el monto del haber—, había resultado inferior económicamente al incremento que les hubiere correspondido a todos los beneficiarios durante el año 2020, de haberse aplicado el suspendido art. 32 de la ley 24.241, cuya movilidad arrojaba un incremento equivalente a un 42,13%.

En consecuencia, con fundamento en todo lo expuesto, resolvió que la Administración debía integrar el haber previsional de diciembre 2020 con el porcentaje de incremento que la parte actora hubiera dejado de percibir en virtud de la suspensión legalmente dispuesta.

En el marco *supra* descripto y para el caso que el reajuste dispuesto arrojase una prestación inferior a la determinada por el Organismo, corresponde estarse a esta última, según lo decidido por el Alto Tribunal en autos "Padilla, María Teresa Méndez de" **(8)** del 29/04/2008.

Resolvió el Tribunal que el haber inicial así redeterminado deberá tener en cuenta el límite que impide todo reconocimiento de un monto mensual del beneficio que supere el haber de actividad [conforme CS *in re* "Villanustre, Raúl F." **(9)** del 17/12/1991 y "Mantegazza, Ángel A. c.

(7) Fallos: 308: 2246.

(8) CS, Expediente P.2675.XXXVIII, fallo de fecha 29/04/2008.

(9) CS, Expediente V. 30. XXII, fallo de fecha 17/12/1991 (www.cij.gov.ar/sentencias).

ANSeS" **(10)**, del 14/11/2006], de donde resolvió diferir su tratamiento.

Finalmente impuso las costas de esa instancia por su orden, conforme lo normado por el art. 21 de la ley 24.463.

III. La resolución de la Cámara Federal de Paraná

En los autos caratulados "Dalasoie, Carlos J. c. ANSeS s/ reajustes varios" **(11)**, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay, en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora, tomó intervención la Cámara Federal de Paraná.

III.1. La sentencia de primera instancia

La magistrada de grado, en lo que aquí interesa, había hecho lugar a la demanda y dispuesto el reajuste de la Prestación Compensatoria (PC) y la Prestación Adicional por Permanencia (PAP) conforme lo resuelto por la CS en la causa "Makler" **(12)**, dejando a resguardo el derecho de plantear le recálculo de la PBU.

Estableció que la movilidad se encontraba alcanzada por las pautas sentadas en la ley 26.417 y dispuso que resultaba inaplicable el índice previsto en el DNU 163/2020 —sin decretar su inconstitucionalidad—, atento la escasez del aumento allí previsto, por lo que resolvió que debía utilizarse el índice establecido en el precedente "Elliff".

Declaró la inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 24.463, impuso las costas en el orden causado, difirió la regulación de honorarios y dispuso que resultaba aplicable la Tasa Pasiva de interés, de acuerdo con lo sentado por la Corte en la causa "Spitale".

III.2. Los agravios

Consistieron en que el actor refirió que había solicitado la declaración de inconstitucionalidad del dec. 163/2020, en virtud de la significativa afectación del derecho a la movilidad de su haber previsional.

Cuestionó que la sentencia no hubiera sido clara al resolver el planteo de movilidad y el pedido de inconstitucionalidad de los Decretos del Poder Ejecutivo Nacional, al haberse dictado dos más a la fecha de la sentencia, decs. 495/2020 y 542/2020.

Y que la magistrada *a quo* había desestimado el planteo de movilidad, pero había ordenado aplicar el fallo "Elliff" para su determinación, lo que resultaba incorrecto.

III.3. Las consideraciones de la Cámara

En primer lugar, señaló que el actor resultaba titular de un beneficio jubilatorio otorgado conforme el régimen instituido por la ley 24.241.

Sostuvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido en repetidas oportunidades que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes, sino únicamente aquellos que a su juicio resulten conducentes para la resolución de la contienda **(13)**.

Manifestó el Tribunal que el actor había solicitado la declaración de la inconstitucionalidad del dec. 163/2020 y que la magistrada interviniente lo había considerado insuficiente "... a fin de garantizar la estabilidad real en los beneficios previsionales frente al contexto económico del país...".

Que se había dispuesto en la sentencia, la aplicación del índice establecido en el fallo "Elliff" hasta que concluyera la tarea de la Comisión asignada por la ley 27.541 que proponga un índice de movilidad.

Señaló que, en el presente caso, debía tenerse en cuenta que el Tribunal no puede modificar el fallo del inferior en perjuicio del apelante.

Así, consideró la Alzada Federal que asistía razón al actor en cuanto había expresado que la sentencia no era clara al fijar las pautas de mo-

(10) Fallos: 329:5195.

(11) Expediente 13399/2019, fallo de fecha 30/06/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(12) Expediente M. 427. XXXVI, fallo de fecha 25/05/2003 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(13) Fallos: 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121.

vilidad, en tanto había dispuesto que no debía considerarse lo previsto en el dec. 163/2020, sino el índice establecido en la causa "Elliff" de la CS, resultando errónea la decisión de la juez de grado que había dispuesto la consideración del precedente "Elliff" para la movilidad, sino que, en su caso, correspondía aplicar los índices de la ley 27.426.

Atento el agravio específico, señaló que la juez de grado declaró la inaplicabilidad del mencionado dec. 163/2020 sin tacharlo como contrario a la Carta Magna, lo que resultaba técnicamente incorrecto.

Sin perjuicio de ello, declaró su inconstitucionalidad, de acuerdo con el criterio sustentado por esa misma Cámara, por mayoría, en la causa "Sabardan, Miguel Ángel c. ANSeS s/ reajustes varios" **(14)**.

En dicha oportunidad también se resolvió la inconstitucionalidad de las pautas de movilidad fijadas en los decs. 163/2020 y 495/2020, en la medida en que los incrementos allí establecidos resultaran inferiores a los que hubiese correspondido al aplicar las pautas de movilidad de la ley 27.426.

Asimismo, atento a los restantes agravios del actor, señaló que en las mismas actuaciones "Sabardan" se había declarado también la inconstitucionalidad del dec. 542/2020, que prorrogó por ciento ochenta (180) días la suspensión del régimen de movilidad previsto en la ley 27.426, puesto que el mismo no lucía compatible con el objetivo delineado por el legislador en la primera parte del art. 55 de la ley 27.541 referido a la atención "en forma prioritaria y en el corto plazo de los sectores de más bajos ingresos".

En consecuencia, consideró que el mandato conferido por el Congreso de la Nación al Poder Ejecutivo estaba acotado a la fijación de la movilidad jubilatoria durante el plazo de ciento ochenta [180] días de suspensión legalmente dispuesto, y que en modo alguno lo autorizaba a prorrogar por idéntico plazo dicha suspensión, por lo que dispuso que vencidos los ciento ochenta [180] días de suspensión legal del art. 32 de la ley 27.426, este retomaba su vigencia a los fines del cálculo de la movilidad jubilatoria de la actora, hasta la entrada en vigencia de la ley 27.609.

Por lo expuesto, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y declarar la inconstitucionalidad de los decs. 163/2020 y 495/2020 en la medida en que los incrementos allí establecidos resultaren inferiores a los que hubiese correspondido de aplicar las pautas de movilidad de la ley 27.426.

Asimismo, declaró la inconstitucionalidad del dec. 542/2020 y dispuso que, vencidos los ciento ochenta [180] días de suspensión legal del art. 32 de la ley 24.241 (texto reformado por la ley 27.426), este retomará su vigencia a los fines del cálculo de la movilidad jubilatoria del actor hasta la entrada en vigencia de la ley 27.609.

E impuso las costas de esa instancia en el orden causado, de conformidad con lo establecido por el art. 21 de la ley 24.463.

(14) Expediente 8058/2019, fallo de fecha 30/04/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Actualidad Internacional en Seguridad Social 9/2021

Estela R. Martí de Minutella

Sumario: I. Bibliografía.— II. Salud.— III. Teletrabajo.— IV. Previsión social.— V. Riesgos del trabajo.

I. Bibliografía

I.1. "Manual de Derecho Europeo sobre Asilo, Fronteras e Inmigración", Ed. Of. de Publicaciones de la UE, julio 2020, p. 398, disponible online

La tercera edición actualizada de referencia incorpora los cambios del acervo de la UE en el ámbito del asilo, fronteras e inmigración, y el perfeccionamiento que fue grabando la jurisprudencia de ese espacio desde 2014.

La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, desarrollan en este documento, temas de particular importancia en la incidencia de las políticas sociales inclusivas y de apertura forzada por las condiciones socioeconómicas de amplios colectivos que se desplazan, sin una base mínima de capacidades laborales acordes con el pretenso destino de llegada.

El amplio temario, alecciona sobre asuntos fácticos, como las modalidades de acceso al territorio: visados; disposiciones para evitar la entrada no autorizada; prohibiciones de entrada y alertas; controles fronterizos; fronteras internas; tráfico fronterizo menor; zonas de tránsito; acceso al asilo; devolución de migrantes en alta mar; puntos clave. Otros capítulos, relativos a la conformación institucional de la UE en la materia; sistemas informáticos de gran magnitud e interoperatividad; retornos forzosos y modalidades de expulsión; detención y restricción de la libre circulación; garantías procesales y apoyo jurídico en asuntos de asilo y retornos; vida privada familiar y derecho a contraer matrimonio; personas con necesidades específicas; por citar alguno de los contenidos más relevantes, dan cuenta de un estado de evolución, que en un futuro deberá necesariamente ser puesto a debate en la situación que también se rastrea en nuestra región, en invariable expansión.

I.2. "Reforma de las pensiones públicas y planes privados de pensiones", de José L. MONEREO PÉREZ - Antonio OJEDA AVILÉS - Miguel GUTIÉRREZ BENGOECHEA, Ed. Laborrum, Murcia, 2021, 124 ps.

La Colección Temas Puntuales Nº 4, que documenta el aludido trabajo de investigación, a partir de la crisis sanitaria; económico-financiera; política; de empleo y de vida, que ha tocado a los planes y fondos de pensiones, aborda el plan del Banco Mundial y de la OCDE como central en la provisión de pensiones al mercado y el proceso habido en España, dualista, que impacta al sistema público de pensiones y a los fomentados sistemas privados.

Como el grueso de los estudios analíticos habituales en estos tiempos, en el comentado interesa la perspectiva de las reformas, frente a los constantes cambios socioeconómicos, y las alternativas de las políticas públicas.

II. Salud

II.1. Chile: Ley SANNA y seguro de acompañamiento de niños y niñas

En Chile, el acuerdo de licencias extraordinarias pagas por enfermedad de los hijos, se ha instrumentado a través de la ley 21.063, en orden a la cual desde este año 2021, rige la plena cobertura de las patologías contempladas en el conocido como Seguro SANNA, de signo obligatorio para los padres y madres trabajadores,

o persona que por resolución tengan a su cargo niños o niñas afectados por una condición grave de salud, que los habilita a ausentarse justificadamente de su trabajo durante un tiempo determinado, con el objeto de prestarles atención, acompañamiento o cuidado personal, con la percepción de un subsidio que reemplaza total o parcialmente su remuneración o renta mensual, sean públicos, privados, independientes adscriptos a un régimen previsional o bien temporales cesantes de un contrato a plazo fijo o por obra o servicio determinado con sujeción a ciertos requisitos.

El seguro se financia con una cotización —a cargo del empleador— calculada sobre una fórmula que relaciona la remuneración imponible con el tope imponible para las pensiones, y se paga por las Mutualidades de Empleadores de la ley 16.744 y el Instituto de Seguridad Laboral, según sea la entidad a la cual esté adherido el empleador, o a la que esté afiliado el trabajador independiente, o por el organismo al que estuvo afiliado el último empleador del trabajador temporal.

La cotización del 0,93% de las remuneraciones —total para accidentes del trabajo y enfermedades profesionales— se descompone desde enero de 2020 en el 0,90% (como cotización básica) y en el 0,03% (con destino a ley SANNA) = 0,93% cotización total.

Las patologías aseguradas por esta modalidad de licencia médica paga, han sido ampliadas gradualmente y por tramos, que iniciados en febrero de 2018, fueron el cáncer y los tratamientos destinados al alivio del dolor y los cuidados paliativos para el cáncer avanzado; desde julio de 2018 los supuestos de trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos; en enero de 2020 la fase o estado terminal de la vida; y ya 2021, los accidentes graves con riesgo de muerte o de secuela grave y permanente.

En cuanto a causantes del Seguro SANNA, según edad y contingencia protegida, son:

1ro., los menores entre 1 y 18 años de edad, en los supuestos de cáncer, trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos y fase o estado terminal de la vida.

2do., los menores entre 1 y 15 años de edad, por accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente, a partir del día décimo primero de ocurrido el accidente, pues antes opera el art. 199 bis del Código del Trabajo, con cargo a feriados, días administrativos u otras formas allí señaladas.

El trabajador dependiente, debe verificar una relación laboral vigente al inicio de la licencia médica, y 8 cotizaciones previsionales en los últimos 24 meses y 3 continuas inmediatamente anteriores.

Los independientes, requieren 12 cotizaciones previsionales en los últimos 24 meses, 5 cotizaciones anteriores al inicio de la licencia médica y, obviamente, tener los pagos al día.

Al trabajador temporal cesante, se le exigen 12 meses de afiliación previsional anteriores al inicio de la licencia médica; 8 cotizaciones previsionales en los últimos 24 meses, y últimas 3 dentro los 8 meses anteriores, anteriores a la licencia médica; todo ello, con causa en un contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado.

La normativa prevé el caso del traspaso del permiso entre beneficiarios; del uso del permiso conjunta o separadamente en el supuesto de que los padres sean ambos trabajadores con derecho al seguro.

La licencia médica se concede por períodos de hasta quince días, salvo en que se use media jornada y en aquellos casos en que el médico tratante prescriba que la atención, el acompañamiento o el cuidado personal del hijo o hija pueda efectuarse bajo esta modalidad. Las de media jornada por cáncer, trasplante de órgano sólido y fase o estado terminal de la vida podrán tener una duración de hasta treinta días cada una de ellas. Cabe acotar que la extensión de las licencias, en la época de actual pandemia, es materia de progresivas y diferentes regulaciones, debido a la presente crisis sanitaria.

Esta modalidad de asegurativa, se concibe como una singularidad del derecho chileno, que apunta a coberturas de contingencias

familiares, sin sobrecarga de costos laborales. Progresividad de derechos sociales, pero con sustentabilidad financiera, que no pareciera será afectada por nuevos cambios que se otean.

III. Teletrabajo

III.1. Lineamientos para una futura regulación. Propuesta de la Federación Sindical Mundial

Un artículo de fondo publicado en el Nº 1 del "Global Worker", del mes de mayo pasado suscripto por Armelle Seby, con la trascendencia que implica su aparición en la Revista semestral de la Federación Sindical Mundial, "*IndustriALL Global Union"* —fundada en Copenhague en junio de 2012— que representa a más de 50 millones de personas que trabajan en más de 140 países, abordó las "Directrices para Negociar el Teletrabajo", orienta a los sindicatos en vistas a garantizar las ventajas de esta modalidad laboral y a sortear potenciales eventualidades.

Al respecto remarca su consolidación en la época COVID-19, que en la Unión Europea pasó del 5,4% del mercado laboral a un 40% en la pandemia, con análogos resultados al trabajo en la oficina. Asimismo, aporta una reciente encuesta del Foro Económico Mundial (FEM), en la cual destaca que más del 80% de los empleadores piensa hacer un mayor uso, digitalizando sus procesos laborales, aun cuando sea el trabajo a distancia un 38% de la fuerza activa en los países de ingresos altos, y solo de un 13% en los de bajos.

Ventajas para el personal: autonomía y flexibilidad; ahorro de tiempo de traslado; actividades y calidad vida personal; satisfacción laboral. Empero, el texto alienta un teletrabajo voluntario y la posibilidad de que los trabajadores/as puedan modificar lo acordado.

Esencialmente, el documento luego de puntualizar avances e imprevistas contingencias promueve el diálogo social, en vistas a no perjudicar los derechos sindicales y laborales, con una previa definición de criterios fundamentales, puesto que las leyes laborales nacionales y las normas de seguridad e higiene, se diseñaron para un lugar bajo el control directo del empleador, a diferencia del trabajo a distancia, que se cumple en un espacio ajeno al mismo y sin su vigilancia inmediata.

Las negociaciones, deberán contemplar que el teletrabajo prolongado y ad hoc, advierten de la mala ergonomía; crisis de aislamiento; lugares de trabajo no libres de violencia y acoso; confusión en la demarcación de vida profesional y privada; límites horarios; derecho desconexión; horas extraordinarias; uso abusivo de herramientas de vigilancia digital como las webcam o software entrometido amenaza el derecho de los trabajadores/as a la privacidad; administración patronal sustentada en la confianza mutua y la autonomía, y no en el control intrusivo; problemas de igualdad, pues no todos tienen posibilidad de acceder al teletrabajo; uso de bases o centros de *coworking*, para empleados con dificultades en sus domicilios; identificación de tareas con posibilidades remotas; igualdad de trato para toda la fuerza de trabajo, dado que la distancia traer el riesgo de ser menos visibles; oportunidades de capacitación y desarrollo profesional; igualdad de género, no considerar que es una solución a la división desigual de compatibilizarlo con el trabajo doméstico; promoción de la corresponsabilidad, dejando más tiempo para conciliar la vida familiar y profesional; que no sea excusa para dejar de implementar políticas de igualdad, o el desarrollo de servicios públicos de guardería infantil de buena calidad.

Como se advierte de la síntesis que antecede, es un desafío que en palabras IndustriALL Global Union, alineará al diálogo social y a la negociación colectiva, pues la distancia no debería conllevar una transferencia de costos, a expensas de la fuerza de trabajo, con la cual se deberían compartir los ahorros —ej. inmobiliario— y ganancias relacionados con esta forma de flexibilización de la organización cada vez más común, descartando la subcontratación y el traslado digital del trabajo al exterior.

En otro orden, el teletrabajo también ha venido a afectar a la organización y al sindicalismo, nacido este para aplicarse en un lugar, con un enfoque colectivo vinculando, a la fuerza de trabajo y sus representantes. Ahora aparece riesgo de incrementar la individualización y el aislamiento de trabajadores/as en sus casas.

Razón por la cual los sindicatos deben garantizar una presencia física mínima obligatoria de los trabajadores/as en el lugar de trabajo para mantener los lazos sociales con los compañeros y representantes sindicales. Los empleadores deben procurar que los sindicatos tengan acceso seguro a los sistemas de comunicación de la empresa para mantener contacto regular con los trabajadores/as.

Los sindicatos deben actuar rápidamente y trabajar para regular el teletrabajo a través del diálogo social y la negociación colectiva, en particular porque los empleadores se han dado cuenta de los beneficios potenciales del teletrabajo al ahorrar costos inmobiliarios y al ver que aumenta la productividad de los trabajadores/as cuando trabajan más horas. El teletrabajo también podría convertirse en una excusa para aumentar la subcontratación y el traslado digital del trabajo al exterior.

Problemática que representa para la Seguridad Social de este colectivo de trabajadores/ras una oportunidad, de un complejo liado, que en la colaboración tripartita de empleados, empleadores y Estado, será seguramente seguido la referida plataforma de hipótesis.

IV. Previsión social

IV.1. Uruguay: Cuestiones en debate de la reforma en estudio

La Asociación de Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP) del Uruguay, que agrupa a las empresas que administran los aportes jubilatorios de los trabajadores correspondientes al tramo de ahorro individual (capitalización individual), resaltando el papel el Sistema de Seguridad Social de moderadamente buenas respuestas, comparadas con el resto de los países de América del Sur, se orienta hacia una reforma que no implique una mutación traumática, que se prepare para un futuro determinado por las cambios demográficos, y que apueste a la cimentación de la jubilación, sobre la base de la participación individual. Sin perjuicio de lo cual, reconoce que existe una expectativa de cambio sobre un sistema jubilatorio, que empieza a mostrar sus falencias, en especial respecto de la franja etaria del adulto mayor, la cual se proyecta como la de mayor crecimiento sostenido en los próximos años.

Un primer factor condicionante, es la actual realidad que contrasta con una "edad de retiro" pautada en 1950, dado que la expectativa de vida aumenta y lo sigue haciendo. El retiro temprano, conlleva que el sistema jubilatorio uruguayo entre en déficit más temprano que tarde.

El segundo factor, es el "trabajo informal" un cambio en el mercado de trabajo, que señala la necesidad de establecer un beneficio en la seguridad social, para que las personas lo perciban y entren al sistema.

El tercer factor, es la "responsabilidad individual"; la percepción de que la pensión depende de la actividad y se no identifica con el rol protagónico en la construcción de la propia prestación jubilatoria.

En línea con estas observaciones, distinguen como aspectos principales para encarar la reforma, está como potencial, el promover la inclusión del adulto mayor en el mercado laboral e ir hacia una jubilación flexible. Madurar la vejez como una virtud para el sistema que no fuerce el retiro de los adultos mayores, sino que admita un trabajo flexible de cuatro horas para quienes lo deseen, que condescienda —voluntariamente— con algo más suave, entre el pasaje de la actividad absoluta y la inactividad laboral total.

La naturaleza del Sistema Previsional Uruguayo es la de un régimen mixto: integrado por el Banco de Previsión Social (BPS) al que todos los trabajadores aportan parte de su salario, en tanto Organismo encargado de prestar las pensiones de vejez, invalidez, asignaciones familiares, etc. Por su parte, las AFAP, se conforman con las cuentas a nombre de cada afiliado, compuesta con sus aportes y el producido o ganancias que generan las inversiones que realiza la Administradora.

La propuesta es transparentar los ingresos del PBS y el destino de estos, legislando la estrictez de efectivo costeo aplicado a cada tipo de cobertura, de manera "ser entendible". Adecuar la edad de retiro y compatibilizar la percepción de

una jubilación con la continuidad del trabajo en la formalidad, y desarrollar un gobierno corporativo eficaz, desagregando actividades y competencias en defecto de la actual acumulación de roles. Siempre, con un análisis sistemático acerca de cómo va el Sistema de Seguridad Social, que incluya a la academia.

Por otra parte, la experiencia indica la conveniencia de hay que hacer cambios en las AFAP, porque se ha llegado a un mercado súper concentrado, aunque ampliando el menú de los instrumentos de inversión.

El informe de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (CESS), aborda como propuesta esencial el llamado "pilar cero", que aspira a dar una cobertura a las personas que no logran alcanzar los requisitos para acceder a una jubilación, lo que implicará rediseñar los esquemas contributivo y no contributivo; mitigar la informalidad laboral, con incentivos creíbles; elevar la edad jubilatoria ordinaria de 60 a 65 años; el tratamiento del trabajo independiente; cambios en las AFAP; y transformar la Caja Militar.

Los críticos y expertos, coinciden en que el lineamiento general, del documento del CESS es una herramienta que "agrega mucha transparencia e información en las heterogeneidades que hay dentro del sistema general y dentro de los subsistemas", el cual culminado en el mes de marzo, se halla en pleno debate de expertos en las sedes de los partidos, esperándose que para el próximo agosto se concluya con las observaciones que instrumenten un documento final, para consideración del texto consensuado que se elevará al Parlamento.

V. Riesgos del trabajo

V.1. España: Nexo de causalidad entre el trabajo y accidente sufrido durante de pausa de descanso fuera del centro del trabajo . Diferencias entre con ocasión del trabajo y ocasionalidad pura

El Tribunal Supremo - Sala de lo Social - Sentencia 415/2021 de fecha 20 de abril de 2021 —conoció en el "recurso de casación para la unificación de doctrina" interpuesto por Mutualia, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social Nº 2— contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en orden de la cual, habían resultado condenada junto con la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Foral de Asistencia Social - IFAS.

En el caso, la demanda de base reclamaba la cobertura de la ley de Riesgos y Accidentes Laborales, debido a un esguince de muñeca sufrido por una empleada, derivado de una caída sufrida en una cafetería durante la pausa de descanso de 15 minutos, fuera de su lugar de trabajo.

La acción incoada por Incapacidad Temporal (IT), concluyó en dos semanas con el pronunciamiento del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), rechazando la IT, por estimar que su génesis era la de un accidente no laboral. A ello, siguió la consecuencia interposición de demanda judicial, cuyo proceso recursivo concluyó con la sentencia en comentario.

Entre otras puntuales consideraciones el Máximo Tribunal, ponderó la situación como AT producido "con ocasión" del trabajo.

Al respecto, acertó en la definición del art. 115.1 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), al considerar Accidente de Trabajo "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo".

En ese sentido, señaló: "[L]a doctrina científica destaca la exigencia general de relación de causalidad entre el trabajo y la lesión; bien de manera estricta ['por consecuencia'] o bien en forma más amplia o relajada ['con ocasión'], de manera que en este último caso ya no se exige que el trabajo sea la causa determinante del accidente, sino que es suficiente la existencia de una causalidad indirecta, quedando excluida del carácter laboral —tan solo— la ocasionalidad pura. A lo que entendemos, la diferencia queda más resaltada si se considera que en el primer supuesto ['por consecuencia'] estamos en presencia de una verdadera 'causa' [aquello por lo que —*propter quod*— se produce el accidente], mientras que en el segundo caso ['con

ocasión'], propiamente se describe una condición [aquello sin lo que —*sine qua non*— se produce el accidente], más que una causa en sentido estricto".

Consecuentemente, concluyó que el nexo de causalidad entre el trabajo y el accidente sufrido nunca se había roto, porque la pausa de descanso era necesaria y la utilización de esos 15 minutos por la trabajadora se habían producido con criterios de total normalidad, a pesar de que en el momento del accidente se encontrase fuera del centro de trabajo (en concreto, en una cafetería).

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

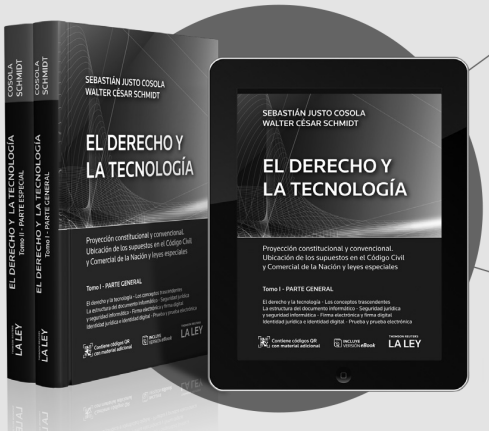
THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

EL DERECHO Y LA TECNOLOGÍA

Sebastián Justo Cosola • Walter César Schmidt

2021



Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

2 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

La obra tiene como finalidad la profundización del tema de las tecnologías en el Derecho, que puede resultar de difícil abordaje para quienes no se encuentran acostumbrados a navegar en el terreno de las ciencias exactas.

La obra se divide en dos partes: la Parte General se ocupa de la vinculación entre el Derecho y la Informática, las nociones de los elementos esenciales, el tema de la firma (electrónica y digital), la diferenciación entre seguridad jurídica e informática, el documento informático, la prueba informática como especie y las conclusiones de las distintas jornadas científicas. En la Parte Especial, luego de un capítulo acerca del *blockchain*, en el que se analizan su evolución, funcionamiento y las aplicaciones de la cadena de bloques, se examina una de las cuestiones que necesitan pronta regulación: las monedas virtuales y digitales.

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