

RD LSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Fascículo quincenal

Septiembre 2021 | 18

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 2da. 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

RD LSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

Fascículo quincenal

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Septiembre 2021 | 18

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 Covi
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

Teletrabajo seguro 3 x 2: el nuevo escenario de las relaciones laborales <i>Julio Armando Grisolia</i>	3
Fraude laboral <i>Jorge Alberto Moreira</i>	12

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Reglamentación de la huelga: ¿garantía o restricción de su ejercicio? <i>Cintia Sol García Cané</i>	25
--	----

ACTUALIDADES

Actualidad en Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 7/2021 <i>Emilio E. Romualdi</i>	37
--	----

JURISPRUDENCIA DESTACADA

CONTRATO DE TRABAJO Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Lapso prolongado de silencio por parte del trabajador desde que retuvo tareas hasta que hizo efectivo el apercibimiento.....	43
RELACIÓN LABORAL Persona que cumple tareas de guardavidas y profesor de natación en un centro deportivo. Ausencia de exclusividad. Relación de dependencia. Procedencia de la demanda	47
FALTA DE REGISTRACIÓN LABORAL Responsabilidad de los administradores de la sociedad. Utilización de la empresa para la consecución de fines extrajurídicos. Inoponibilidad de la personalidad jurídica	52

DESPIDO INDIRECTO

Improcedencia. Trabajadora que deja de prestar servicios por la ocurrencia de incendios en su lugar de trabajo. Cumplimiento de la empleadora de sus obligaciones sobre seguridad e higiene 56

CAUSALES DE DESPIDO

Certificados médicos enviados al empleador por WhatsApp. Carga de la prueba. Decisión rupturista no ajustada a derecho 60

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Sistema de estabilidad impropia. Régimen tarifado de indemnizaciones. Validez 62

SEGURIDAD SOCIAL

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PENSIONES HONORÍFICAS

Suspensión del beneficio previsional a un veterano de Malvinas que está siendo juzgado por delitos de lesa humanidad. Condena no firme. Disidencia. *Certiorari* negativo 73

Los delitos de lesa humanidad son incompatibles con la pensión honorífica

Carolina E. Ibarra 77

PRÁCTICA PREVISIONAL

Régimen Previsional para los Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación

Esteban D. Crocilla 81

ACTUALIDADES

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 9/2021. Acuerdos de julio 2021

María Teresa Martín Yáñez 87

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

Bibliografías y Comentarios 9/2021

Estela R. Martí de Minutella 93

DERECHO LABORAL

DOCTRINA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

ACTUALIDADES

JURISPRUDENCIA DESTACADA

Teletrabajo seguro 3 x 2: el nuevo escenario de las relaciones laborales

Julio Armando Grisolia

Sumario: I. Empecemos por el final.— II. Trabajo presencial o teletrabajo seguro: una falsa antinomia.— III. Un cambio de paradigma.— IV. Teletrabajo seguro en lugar de trabajo remoto forzado en pandemia (“nueva normalidad”).— V. Nuestra relación con el teletrabajo.— VI. Un poco de historia. Proyecto de ley de 2007 y PROPET en 2013.— VII. Algunas conclusiones.— VIII. Terminemos por el principio.— IX. Bibliografía.

I. Empecemos por el final

En la pospandemia una parte importante de las relaciones laborales se desarrollarán con tres días de teletrabajo y dos de trabajo presencial por semana.

El nuevo escenario de las relaciones laborales es “teletrabajo seguro 3 x 2”. Se trata de distribución de la jornada laboral, que hace a la modalidad de teletrabajo seguro, y que también ha sido receptado por la ley 27.555 (BO 14/08/2020).

Este esquema ideal u otro similar (2 x 3, 4 x 1) se va a terminar imponiendo.

La excepción será el trabajo presencial todos los días de la semana o el trabajo remoto todos los días de la semana; y será así para los casos puntuales que así lo requieran, ya sea por las características de la propia actividad, por la prestación de la tarea o por las propias necesidades del trabajador.

Debemos internalizar que este es el momento de propender a relaciones laborales más sanas y amigables para el trabajador y para el empleador y lograr un cambio de paradigma que beneficie a la sociedad.

Esta es la idea y propuesta que vamos a empezar a desarrollar.

II. Trabajo presencial o teletrabajo seguro: una falsa antinomia

La afirmación de “teletrabajo seguro 3 x 2”, en el que se desarrollarán la mayoría de las relaciones laborales en la pospandemia —con tres días de teletrabajo y dos por semana de trabajo presencial— aparece como disruptiva y seguramente en muchos generará una respuesta negativa.

Eso es así básicamente porque representa un cambio de paradigma, pero también porque se parte de mitos y errores conceptuales y del desconocimiento de los verdaderos alcances del teletrabajo seguro.

Sin embargo, existen fundamentos para que el que llamamos “teletrabajo seguro 3 x 2” sea una realidad al finalizar la pandemia.

Lo primero que hay que desechar son los conceptos absolutos. No es ni nunca ni siempre, ni todos ni ninguno. Hay que terminar con antinomias que aburren, son viejas e infantiles. No es blanco o negro.

Y partiendo de esta premisa afirmamos que el debate no es trabajo presencial o teletrabajo, no es presencia física o trabajo remoto conectado. Este es un error conceptual muy común y pla-

tear esto es desconocer la esencia de las relaciones laborales en el escenario actual.

El teletrabajo es una modalidad laboral que implica trabajar a distancia en forma remota y con el uso de las TIC, ya sea total o parcialmente.

Y cuando hablamos de parcialmente hacemos referencia a un sistema mixto, que sin dudas, es el ideal. Y esto es lo que llamamos “teletrabajo seguro 3 x 2”.

Este sistema ya está contemplado tangencialmente en la ley 27.555, que incorpora el art. 102 *bis* a la LCT y dispone: “Habrà contrato de teletrabajo cuando la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios, en los términos de los arts. 21 y 22 de esa ley (LCT) sea efectuada total o parcialmente en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de tecnologías de la información y comunicación”.

Algunas actividades deberán seguir siendo realizadas exclusivamente en forma presencial, otras serán mayoritariamente remotas, pero para un número importante el sistema ideal será “teletrabajo seguro 3 x 2”, en el que se combinan ambos y se exaltan los beneficios y fortalezas de la presencialidad y la virtualidad, y se terminan minimizando sus debilidades.

En las relaciones laborales inteligentes, lo que debe quedar claro es que aquello que se puede hacer remoto y no requiere necesariamente presencialidad debe hacerse remoto. Así, debe quedar para lo presencial lo imprescindible, que ya no es poco.

Se trata de buscar y encontrar relaciones laborales sanas, es decir, la mejor forma de prestar las tareas con beneficios para el trabajador y el empleador. Respetando los derechos del trabajador y obteniendo productividad para el empleador. Un sistema ganar-ganar.

III. Un cambio de paradigma

Obviamente que internalizar estos conceptos y propender a un “mundo mejor” no es fácil, esencialmente cuando se intenta cambiar estructuras que requieren modificaciones en

las conductas y lleva a repensar cuestiones que consideramos de antemano inamovibles.

¿Es posible un cambio de paradigma? Debemos ante todo luchar contra nuestros propios fantasmas y preconceptos, contra los mitos y muy especialmente contra esa maquinaria que se pone en funcionamiento inmediatamente cuando se intenta innovar, que es la máquina de impedir. Ella está siempre presente, y es particularmente enarbolada por los mediocres —muchos enquistados en puestos de decisión— y por quienes defienden intereses mezquinos.

Mercader decía que el ser humano “prefiere regularmente la vida vernácula y cede a las apetencias de su egoísmo y comodidad, que lo mueven a repudiar aquellos cambios susceptibles de aprendizajes inmediatos para el manejo de las nuevas herramientas...”

No hay razones para seguir aplicando viejas fórmulas, eficaces bajo otras circunstancias, pero hoy inoperantes. Ese apego incondicional a esos “dudosos principios pétreos” transmitidos codo a codo y de generación en generación nada aporta.

Es incómodo dejar de lado determinadas costumbres que incorporamos como verdaderas líneas de pensamiento o principios infranqueables; son pocos los que están dispuestos a realizar el esfuerzo que implica poner en práctica una nueva conducta; un enfoque renovado y adecuado a la realidad.

Hace años que afirmo que no se debe renunciar al espíritu transformador por el mero hecho de ser desconocido, sin juzgar sus valores; no debemos permanecer sujetos a antiguos esquemas intelectuales bajo la consigna irrestricta de “no innovar”, ya que si bien ese es el camino más fácil también es el de la resignación.

IV. Teletrabajo seguro en lugar de trabajo remoto forzado en pandemia (“nueva normalidad”)

De principio debe quedar claro que el “teletrabajo seguro 3 x 2” al que hacemos referencia y propiciamos no es el trabajo remoto forzado que conocimos en la pandemia, también llamado “nueva normalidad”.

Ese fue y es una versión de mala calidad del teletrabajo, que nada tiene que ver con el teletrabajo seguro que pregonamos: apareció de improviso, obligado por las circunstancias, sin planificación y fue implementado en condiciones de emergencia.

El trabajo remoto forzado de la pandemia no presenta las características tan bien definidas del teletrabajo seguro: reversibilidad, posibilidad de elección, voluntariedad, derecho a la desconexión, etc. (1).

También el “teletrabajo seguro 3 x 2” se debe diferenciar de cualquier otra forma de pseudo-teletrabajos que pudiesen relacionarse a intentos de precarización o flexibilización laboral que terminen perjudicando al trabajador y que se vinculan a prácticas —que ya hemos denostado— de la década de los 90.

Cuando hacemos referencia al “teletrabajo seguro” estamos contemplamos el derecho a la desconexión para resguardar la vida privada; partimos del concepto de voluntariedad, tanto para el trabajador como para el empleador, no de una modalidad impuesta; y tenemos en cuenta la reversibilidad, es decir, la posibilidad de volver a la presencialidad.

Esto sumado a la regulación, fiscalización, capacitación para prevenir enfermedades generadas por el mal uso de la tecnología, protección de la salud psicofísica la provisión de elementos de trabajo y compensación de gastos.

Y cuando hacemos referencia a “3 x 2” estamos haciendo hincapié en teletrabajo seguro con sistema mixto o parcial de teletrabajo y presencialidad, es decir, distribución de la jornada semanal, en el cual coexisten el trabajo virtual y el presencial, es decir, que estamos pensando

(1) Ver DIAZ, Viviana L. - FANTINI, Alberto. "Conviviendo con el trabajo 4.0". Revista IDEIDES N° 27. Setiembre 2018. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com. FANTINI, Alberto. "Trabajo conectado remoto, TCR, la mejor opción". Revista IDEIDES N° 22. Abril 2018. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

en la asistencia del trabajador al lugar de trabajo 2 veces por semana.

Tampoco cuando hablamos de “teletrabajo seguro 3 x 2” hacemos referencia a lo que se ha denominado “híbrido” (2).

El teletrabajo seguro es una modalidad compartida con distribución de la jornada semanal entre trabajo remoto y presencial, lo cual hace a la propia modalidad de teletrabajo. No hay un trabajo remoto en el domicilio y otro trabajo remoto o presencial en la oficina, sino que se trata de la misma modalidad que se concreta en diferentes localizaciones.

Y reiteramos, la propia ley 27.555 hace referencia a que la modalidad de teletrabajo puede ser “efectuada total o *parcialmente* en el domicilio de la persona que trabaja, o en lugares distintos al establecimiento o los establecimientos del empleador...” (art. 102 *bis*, LCT). Por lo tanto, puede ser mixta y prevé la distribución de la jornada semanal entre presencial y virtual (en el domicilio del trabajador o en otro lugar) (3).

V. Nuestra relación con el teletrabajo

La transformación digital, el trabajo remoto y el teletrabajo existen desde hace mucho tiempo, a pesar de que la Ley de Teletrabajo 27.555

(2) Sobre este tema la Dra. Viviana Díaz ha escrito varios artículos. Ver entre ellos, DIAZ, Viviana L. "Teletrabajo seguro. La antinomia de híbrido". Revista IDEIDES N° 59. Abril 2021. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com

(3) Ver el análisis de la ley 27.555 y la reglamentación en DIAZ, Viviana L. "Comentarios sobre la Ley de Teletrabajo en relación de dependencia. Cuando la biología empuja y la experiencia no cuenta". Revista IDEIDES N° 51 Agosto 2020. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com. DIAZ, Viviana L. "A la luz de la reglamentación de la Ley de Teletrabajo en Argentina: Aplicación con MÉTODO GNT". Revista IDEIDES N° 57. Febrero 2021. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

se haya sancionado en agosto de 2020 (4) (BO 14/08/2020).

Por eso es necesario hacer una breve referencia a lo que sucedió en los últimos 20 años sobre la temática en Argentina, pero no solo sobre la evolución del teletrabajo sino concretamente referido a nuestra participación como equipo académico y de estudio, que generaron distintos aportes y experiencias, que otorgan fundamentan lo que opinamos hoy y la propuesta que formulamos.

Nuestra maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero —que tengo el honor de dirigir— desde su origen (hace casi dos décadas) incorporó el teletrabajo en sus programas y comenzó a desarrollar año a año la temática, acompañando en las clases, en las investigaciones del IDEIDES y en los Seminarios, Encuentros de Maestrandos y Congresos (5), los distintos avances que se fueron produciendo.

Pero fue y es la Dra. Viviana Laura Díaz, egresada y docente titular de la Maestría, la que desde la primera cohorte de nuestro posgrado (allá por 2003) comenzó a explicar que era el teletrabajo, sus alcances, los mitos y verdades; ello cuando prácticamente nadie hablaba del tema. Y desde aquel momento a la fecha venimos desarrollando una ardua tarea que apunta al abordaje integral de la temática, y junto a la Dra. Díaz y al Dr. Alberto Fantini (también docente de la Maestría), lanzamos el primer Diplomado internacional en Trabajo Remoto y Transformación Digital y la primera Diplomatura en Diseño Inteligente del Nuevo Entorno Laboral, donde venimos profundizando el estudio de estos temas y compartiendo experiencias con especialistas y académicos de todo el mundo.

VI. Un poco de historia. Proyecto de ley de 2007 y PROPET en 2013

Haciendo un poco de historia, en el año 2003 se creó en el Ministerio de Trabajo, Empleo y Se-

guridad Social a cargo del Dr. Carlos Tomada, la Comisión de Teletrabajo que coordinó la Dra. Viviana Díaz (luego Coordinación de Teletrabajo y posteriormente Dirección de Trabajo Virtual). En aquellos años se suscribió un acuerdo sobre teletrabajo entre Telecom y UPJET (Unión Personal Jerárquica de Empresas de Telecomunicaciones), que se convirtió en operativo, bajo la órbita de su coordinación.

La Comisión de Teletrabajo reunió entre 2003 y 2007 en forma ad hoc a empresarios, sindicalistas, especialistas y juristas; tuve el honor de representar —junto al Dr. Alejandro Perugini— a nuestra Maestría de la UNTREF, a la SADL y a ILERA-ARTRA. Luego de 4 años de reuniones y debates, y con el consenso de todos los actores participantes, elaboró un proyecto de ley destinado a regular el teletrabajo en relación de dependencia, que fue impulsado y presentado por el Ministerio de Trabajo en el año 2007.

Dicho proyecto de ley de 2007 ya definía al teletrabajo *como la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios en los términos de los arts. 21 y 22 de la LCT, en las que el objeto del contrato o relación de trabajo es realizado total o parcialmente en el domicilio del trabajador o en lugares distintos del establecimiento o los establecimientos del empleador, mediante la utilización de todo tipo de tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC)*. Y entendía por teletrabajador en relación de dependencia a *toda persona que efectúa teletrabajo según la definición anterior*.

Ese mismo proyecto de ley de 2007, entre otros aspectos, fue el que sostuvo la intangibilidad de los derechos del teletrabajador con relación a los trabajadores presenciales que ocuparan la misma posición laboral y estableció un piso mínimo, un orden público inderogable que garantizara dicha intangibilidad.

Como se puede observar aquel proyecto, fue presentado hace 14 años, mucho antes sanción de la Ley de teletrabajo 27.555 en 2020.

Durante más de una década la Coordinación de Teletrabajo —integrada por funcionarios públicos, representantes de los actores sociales, expertos del ámbito académico y especialistas informáticos— generó un espacio de intercam-

(4) En 2020 se comenzó a dictar el primer Diplomado en Trabajo Remoto y Transformación Digital www.metodognt.com.

(5) www.congresosartra.com.

bio de consultas y elaboración de propuestas con un enfoque interdisciplinario y permitió establecer las bases para la reglamentación de la actividad.

Y la Dra. Díaz llevó el concepto de teletrabajo seguro desde la Coordinación de Teletrabajo del Ministerio de Trabajo a distintos ámbitos, como la Cumbre de la Sociedad de la Información (año 2005 en Túnez), donde se posicionó el teletrabajo, obteniendo la presidencia del Grupo eLAC de Teletrabajo para América Latina y el Caribe de la CEPAL.

Al respecto, el interés de Argentina de conceptualizar adecuadamente el teletrabajo nace de la necesidad de diferenciarlo de la realidad vivida en los años 90, donde jóvenes fueron prácticamente esclavizados por la tecnología en una verdadera precariedad. Aquel sistema era perverso: el loggeo del trabajador era seguido por el sistema instalado, el software, que delataba si la persona se desconectaba (sin tener en cuenta aspecto tan elementales, por ejemplo, que todos debemos ir al baño).

Por eso, cuando hablamos hoy de “teletrabajo seguro 3 x 2” estamos en las antípodas de esas prácticas, porque justamente nosotros la combatimos. Y así hoy y desde hace años venimos sosteniendo como esencial la desconexión digital a través de pausas activas (6), para no repetir esa lamentable experiencia.

Ya en esos tiempos se hablaba de los potenciales perjuicios que generaría el teletrabajo. Y con distintos eventos y experiencias se fueron derribando esos mitos, como el aislamiento, la precariedad y la falta de seguridad. Recuerdo el Congreso realizado en el Ministerio de Trabajo en 2004, denominado “Mitos y realidades del teletrabajo”, donde se comenzaba a dar respuesta a los cuestionamientos y se sostenía que no era por culpa de la tecnología sino por su mal uso o el abuso.

Y estas afirmaciones se fueron comprobando años, cuando se generaron diferentes programas de teletrabajo seguro, los cuales apuntaron

(6) Así se viene desarrollando desde hace varios años en GNT Mentoría Neurodigital, por ejemplo. www.metodognt.com.ar.

a mejorar la empleabilidad y utilizar el teletrabajo como generador de nuevas formas de empleo, y fueron instrumentos de inclusión socio laboral con ventajas para el trabajador, su entorno familiar, y también para el empleador y la sociedad en general.

En esa evolución, en 2013 —ante la ausencia de una regulación, ya que no se había aprobado el proyecto de teletrabajo en relación de dependencia de 2007— mediante la res. 593/2013 (BO 05/07/2013) el Ministerio de Trabajo creó el Programa de Promoción del Empleo en Teletrabajo (PROPET), que definía el teletrabajo en los mismos términos del proyecto de ley de 2007.

El PROPET fue el primer programa de teletrabajo para el sector privado, que tuvo por objeto promover y facilitar la aplicación del teletrabajo en empresas del sector privado, a través de herramientas que brindaban seguridad jurídica a ambas partes de la relación laboral y que permitían monitorear el desarrollo del teletrabajo dentro del contexto laboral a distancia en el marco del trabajo decente.

El PROPET sirvió para evaluar el impacto del teletrabajo en las relaciones laborales del sector privado, las posibilidades de inserción sociolaboral y de mejora de la empleabilidad de los teletrabajadores, y el aumento de la productividad de las empresas, e impulsó la implementación de plataformas de teletrabajo en el sector privado, recogiendo diferentes experiencias, estableció las buenas prácticas, y sirvió para promover, monitorear y propiciar la generación de condiciones de trabajo decente para los teletrabajadores.

Sin dudas, y como queda evidenciado, el rol del Estado fue muy importante, y lo seguirá siendo en el crecimiento de esta modalidad.

Pero cabe aclarar porque razón hicimos referencia al proyecto de ley de 2007 y al PROPET. Y la respuesta es que justamente la propia definición de teletrabajo del proyecto de ley de 2007 como la de la ley 27.555 hablan de “parcial”, otorgando el marco legal adecuado al sistema de “teletrabajo seguro 3 x 2”.

Y además porque lo que estamos propiciando no es una novedad, sino que ya ha sido proba-

do en la Argentina hace casi una década con el PROPET. En efecto, experiencia recogida de la aplicación del programa llevó a la conclusión que el esquema ideal era el de 3 x 2, es decir, un sistema mixto que combina 3 días de trabajo remoto y 2 días de trabajo presencial en la semana.

Volviendo al tema que nos convoca, lo que estamos propiciando es el “teletrabajo seguro 3 x 2”: son relaciones laborales con distribución de la jornada semanal entre presencial y virtual. Entendemos el esquema ideal tres días de teletrabajo y dos días de trabajo presencial por semana, pero esa distribución puede modificarse según las distintas circunstancias.

No se trata de plantear la antinomia entre trabajo presencial o remoto, sino de afirmar que el teletrabajo seguro prevé la coexistencia de ambos en la misma modalidad, que justamente contempla la distribución de la jornada semanal. El teletrabajo seguro que propiciamos es mixto: virtual y presencial.

VII. Algunas conclusiones

A modo de síntesis y a los efectos de establecer algunas conclusiones debemos partir de afirmar que en el mundo el teletrabajo ha evolucionado y la incorporación de la tecnología al empleo es una sinergia necesaria que la propia cuarta revolución lo ha instaurado desde Davos hasta nuestros días.

No tenemos dudas de que la tecnología bien utilizada y puesta al servicio del trabajador y la empresa es una herramienta excelente. Pero también estamos convencidos de que se debe mejorar la tecnología; esto es imprescindible, no solo para teletrabajar sino para trabajar.

Hay que invertir en infraestructura digital y, por supuesto, en capacitación. Es fundamental capacitar a los trabajadores para teletrabajar en el esquema recomendable de 3 x 2. Esto hace a la reconversión del trabajo: el trabajo remoto requiere de nuevas habilidades que no necesita el presencial.

Es fundamental además de la regulación, la fiscalización, mejorar la conectividad, invertir y humanizar la tecnología, porque debe estar a

nuestro servicio y no nosotros al servicio de ella. Ese debe ser el horizonte.

Es un error conceptual hablar de teletrabajo o trabajo presencial. El trabajo de la pospandemia por defecto no va a ser todo virtual pero tampoco va a ser toda presencial.

Hay que hablar de teletrabajo seguro con días de semana compartidos entre trabajo remoto y presencial. Hay que hablar de realización de la tarea asignada, de productividad, en el cual el horario y hasta el tiempo real de trabajo pierde importancia.

Hay que hablar de un sistema que permita mantener el equilibrio entre el trabajo, la familia y el hogar, en el que se distribuya la jornada semanal respetando los derechos laborales de los trabajadores.

En la pospandemia no se va a volver al trabajo presencial al que estábamos acostumbrados en la prepandemia, pero tampoco el trabajo va a ser parecido a la llamada “nueva normalidad” de la pandemia, porque allí apareció el trabajo remoto forzado que nada tiene que ver con el teletrabajo seguro que pregonamos, que tiene características bien definidas (reversibilidad, posibilidad de elección, voluntariedad, derecho a la desconexión, etc.).

Lejos se está hoy de pensar que el teletrabajo seguro pueda ser un instrumento para precarizar ni explotar al trabajador. La participación activa de los sindicatos tanto en la discusión de la ley como en los diferentes convenios que han sumado al teletrabajo en sus cláusulas, con propuestas claras y proactivas, demuestra como un sindicalismo moderno y actualizado está acompañando los cambios que terminan favoreciendo a los trabajadores de cara al futuro del trabajo.

Se sindicaba como desventajas del teletrabajo el aislamiento —al no haber contacto con compañeros de trabajo y jefes—, la pérdida del sentido de pertenencia, que el trabajo en el hogar desdibuja la jornada laboral, que genera aumento de estrés y distintas afecciones a la salud.

La mayoría de las objeciones al teletrabajo ya han sido debatidas y fueron receptadas en la Ley

de Teletrabajo 27.555 y su reglamentación, que —con algunas cuestiones mejorables— otorgan protección al trabajador y un marco regulatorio adecuado.

Pero definitivamente todas ellas desaparecen con la modalidad “teletrabajo seguro 3 x 2”.

No se puede hablar de aislamiento, ni de pérdida del sentido de pertenencia, ni que se desdibuja la jornada laboral en una relación laboral mixta en la cual se combina en una semana 2 días de trabajo presencial y 3 días de teletrabajo.

Por el contrario, el teletrabajo produce la “federalización” del empleo, ya que los trabajadores pueden desarrollar la tarea desde los lugares más diversos de nuestro país en sus tiempos disponibles, y permite que se vinculen de una manera más cercana con sus familias, que se revalorice los afectos y que gestione mejor el tiempo libre y no pierde valor social el espacio físico del empleo.

Y en cuanto al estrés y a las nuevas afecciones a la salud que podría generar, sin dudas es necesario prevenir los daños que el mal uso de la tecnología puede provocar a los trabajadores; hay que entrenar a en el Trabajo 4.0, en las nuevas competencias laborales y digitales.

Es importante gestionar nuestras emociones y hacerlo con un método (7), con un sistema que además entrene las competencias para mejorar la empleabilidad, aplicado al trabajo conectado remoto, con entrenamientos, capacitación, implementación en teletrabajo seguro e incorporando las neurociencias en el ámbito de las relaciones laborales (8).

(7) Desde GNT Mentoría Neurodigital, codirigida por la Dra. Viviana Díaz, junto con la Maestría, el IDEIDES-UNTREF, ILERA-ARTRA y SADL, venimos trabajando en nuestras actividades académicas con el método GNT (Método de Gestión Neurotic).

(8) Ver DIAZ, Viviana L. "A la luz de la reglamentación de la Ley de Teletrabajo en Argentina: Aplicación con método GNT". Revista IDEIDES N° 57. Febrero 2021. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

Por todo ello, el “teletrabajo seguro 3 x 2” es un sistema *ganar-ganar* en el cual se minimizan las posibles desventajas del teletrabajo y se realzan sus beneficios, tanto para el trabajador (reducción del estrés por la puntualidad y tiempos de viajes, ahorro en gastos de transporte, comida y vestimenta, posibilidad de gestionar su tiempo libre, etc.), como para las grandes empresas y pymes (reducción de costos fijos y variables —menos espacio en las oficinas, alquiler de inmuebles, uso de energía—, disminución de accidentes *in itinere*, etc.) y para la propia sociedad (mejora del medioambiente, reducción de la contaminación y accidentes de tránsito, inclusión de grupos vulnerables, padres con hijos pequeños y personas con discapacidad que pueden trabajar desde su hogar, etc.).

La propuesta de teletrabajo seguro 3 x 2 (semana laboral compartida entre días de trabajo remoto y días de trabajo presencial), con la coexistencia de virtualidad y presencialidad, toma lo mejor de cada modalidad, multiplica las ventajas y reduce las desventajas de ambos.

Es impensado volver a la presencialidad sin más y no utilizar las ventajas del teletrabajo. Se trata de capitalizar los aprendizajes y tomar lo positivo, desechar lo negativo y con esa experiencia, construir un escenario sano de relaciones laborales en el que todos los actores sociales y la sociedad obtengan beneficios.

VIII. Terminemos por el principio

El nuevo escenario de las relaciones laborales es “teletrabajo seguro 3 x 2”.

En las relaciones laborales, la mayoría de las actividades se desarrollarán con tres días de teletrabajo y dos por semana de trabajo presencial (o en algún otro esquema mixto).

Se trata de distribución de la jornada laboral, que hace a la modalidad de teletrabajo seguro, y que también ha sido receptado por la ley 27.555.

La excepción será el trabajo presencial todos los días de la semana o el trabajo remoto todos los días de la semana para los casos puntuales que así lo requieran, ya sea por las características de la propia actividad o por la prestación de

la tarea o por las propias necesidades del trabajador.

Este es el momento de propender a relaciones laborales más sanas y amigables para el trabajador y para el empleador y lograr un cambio de paradigma que beneficie también a la sociedad.

Lo expuesto es solo un acercamiento al tema, una propuesta, una idea.

Hablamos de un esquema ideal de 3 x 2 pero para algunas actividades, por diversos factores y condiciones podrían requerir otra distribución (teletrabajo 4 x 1 o todos los días),

Quedan varios interrogantes.

¿Por ejemplo, como se implementará? Una respuesta inmediata lleva a establecer los pilares: es para las actividades en que se pueda y para los trabajadores que quieran; todos deben tener la posibilidad de acceder a teletrabajar.

La consigna es que si el trabajo puede hacerse remoto con el mismo resultado debe hacerse remoto.

La presencialidad debe circunscribirse a los casos en que la presencia física es necesaria o indispensable.

Partiendo de estos presupuestos hay mucho que construir. Se debe promover, monitorear y propiciar la generación de condiciones de trabajo decente para los teletrabajadores y apuntar a un intercambio de aprendizajes, investigaciones y buenas prácticas de teletrabajo.

Otra pregunta que cabe formular. ¿Puede aplicable al empleo público? ¿Podría aplicarse al Poder Judicial?

Adelantamos nuestra respuesta positiva, pero eso será materia de otro trabajo. Es una propuesta en desarrollo.

IX. Bibliografía

IX.1. Libros

GRISOLIA, Julio A., “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, La Ley - Thomson Reuters, 6 tomos, 2017.

GRISOLIA, Julio A., “Manual de Derecho Laboral”, Abeledo Perrot - Thomson Reuters, 2019.

IX.2. Artículos

DIAZ, Viviana L. “Teletrabajo Seguro. La Antinomia de Híbrido”. Revista IDEIDES N° 59. Abril 2021. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

— “A la luz de la reglamentación de la Ley de Teletrabajo en Argentina: Aplicación con método GNT”. Revista IDEIDES N° 57. Febrero 2021. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

— “Comentarios sobre la Ley de Teletrabajo en relación de dependencia. Cuando la biología empuja y la experiencia no cuenta”. Revista IDEIDES N° 51 Agosto 2020. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

DIAZ, Viviana L. - FANTINI, Alberto. “Conviviendo con el trabajo 4.0”. Revista IDEIDES N° 27. Setiembre 2018. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

FANTINI, Alberto. “Trabajo conectado remoto, TCR, la mejor opción”. Revista IDEIDES N° 22. Abril 2018. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

GRISOLIA, Julio A. “Un cambio de paradigma. La prueba testimonial debe producirse en forma remota (primera parte)”, Revista IDEIDES N° 57, febrero 2021 www.revista-ideides.com.

— “Un cambio de paradigma. La prueba testimonial debe producirse en forma remota (se-

gunda parte)”, Revista IDEIDES N° 58, marzo 2021 www.revista-ideides.com.

— “Las limitaciones del Trabajo Remoto en la Justicia Nacional del Trabajo”, Revista IDEIDES N° 43. Mayo 2020. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

— “Justicia y Derecho del Trabajo”, Revista IDEIDES N° 8. Febrero 2017. Revista del Instituto de Estudios Interdisciplinarios en Derecho Social y Relaciones del Trabajo de la Univer-

sidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) www.revista-ideides.com.

— “Hacia un sistema de relaciones laborales con inclusión social”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social de Abeledo Perrot, Thomson Reuters. RDLSS, 2007-A, 189.

IX.3. Sitios web

www.revista-ideides.com

www.juliogrisolia.com.ar

www.laboral.org.ar

Fraude laboral

Jorge Alberto Moreira (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El principio de buena fe.— III. Conclusiones.— IV. Bibliografía.— V. Anexo I: Copia de la Resolución 563/2020 del MTESS —Secretaría de Trabajo— Boletín Oficial 34.420 del 06 de julio de 2020, p. 98

I. Introducción

La declaración de la pandemia COVID-19 por la OMS dio lugar a la implementación de medidas tendientes a resguardar la salud a nivel mundial. En cada país, los diferentes gobiernos dictaron normas específicas para controlar la situación dentro de sus territorios afectando la economía interna. En nuestro país el Poder Ejecutivo dispuso el Aislamiento Social Obligatorio (ASPO) sujeto a una amplia normativa que afectó toda la actividad de la Argentina, y que por ende repercutió en las relaciones laborales.

En este marco dicto el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 297/2020, el que entre otros considerandos analiza y clasifica diversas actividades exceptuadas del cumplimiento de las medidas de aislamiento y circulación. Esta norma se complementa de alguna forma con el DNU 329/2020 que prohíbe los despidos, reafirmando y ampliando los alcances de la ley 27.541.

En este marco, las cámaras que nuclean a las empresas de seguridad privada y de monitoreo suscribieron un acuerdo (1) con el sindicato que nuclea a los trabajadores de la especialidad bajo la categoría de "Operadores de Monitoreo" (2). Este acuerdo, a mi entender, está viciado de nulidad, por cuanto avanza sobre el principio de buena fe, principio que, al ser de naturaleza amplia y permanente, existente antes, durante y después de la relación laboral, subsume a otros

(*) Diplomado de la Diplomatura en Derecho Individual del Trabajo, Universidad Nacional Tres de Febrero.

(1) Ver Apéndice 1 al Anexo I- p. 21.

(2) Categoría laboral instituida por la CCT 507/1977, que regula la actividad de seguridad privada-Res. ST 732/2007 - Boletín Oficial de la República Argentina del 23/08/2001.

principios que conforman el baremo Laboral, al ocultar ostensiblemente una conducta abiertamente fraudulenta, ya que plantea acciones que son totalmente contrarias al espíritu del derecho laboral, aprovechándose del sobreabundante entramado legislativo.

En el presente estudio presento un análisis de los contenidos del referido acuerdo a la luz de la Ley de Contrato de Trabajo, contrastando los considerandos y articulado de este con la finalidad de poner de manifiesto las cuestiones antijurídicas que contiene, no solo en su parte declarativa, también en la dispositiva, en una grave violación a los principios que rigen el derecho laboral.

II. El principio de buena fe

Entre los principios del derecho del trabajo (3), uno que además caracteriza a todos los actos jurídicos es el principio de buena fe. No solo es para la rama aludida, sino que es lo que se presume en todas las acciones del hombre, es lo natural en las relaciones.

En el sinalagma laboral la relación empleado-empleador muchas son las veces en que este principio es vulnerado, las distintas cuestiones internas y externas que accionan sobre aquellos, muchas ajenas a la propia relación, otras atávicas y no son pocas las veces en que el empleado se ve obligado a aceptar soluciones que van en perjuicio de sus propios intereses condicionado por las circunstancias socioeconómicas predominantes en cada momento.

La ley 20.744, que regula las relaciones laborales, consagra este principio, en el art. 63 que

(3) GRISOLIA, Julio Armando (2017), "Tratado de derecho del trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, p. 237.

lo señala expresamente, dándole preeminencia que todo el ciclo de la relación, la contratación, la ejecución y extinción del vínculo laboral, tal es la importancia que se le asigna a este principio. Adquiere de por sí un carácter omnipresente que evidencia la importancia que tiene en la regulación del contrato de trabajo.

Sin embargo, todavía hoy subsisten relaciones laborales signadas por institutos arcaicos que se asemejan al vasallaje, tales como pago con vales, valores de horas extras fijados arbitrariamente, pagos por fuera del recibo oficial que el trabajador se ve compelido a otorgar por la inmediatez de su necesidad de subsistencia (4). En el sector de la seguridad privada varios son las cuestiones irregulares y contrarias a derecho que tienen lugar hoy en día.

El trabajador de la seguridad es un trabajador mensualizado, con una jornada laboral según el art. 9° de la CCT 507/1977 que dice:

“Art. 9° — La jornada de trabajo ordinaria será de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales con un franco semanal previsto en la Ley de Contrato de Trabajo o lo que específicamente se regule en la materia. En el supuesto que la jornada diaria fuere menor de seis horas se abonará al vigilador un jornal proporcional. Para el supuesto que la jornada fuera superior a seis horas el jornal se pagará completo. En los casos que el vigilador cumpla hasta doce horas diarias con su conformidad sin superar las cuarenta y ocho horas semanales, aun tratándose de sábados y domingos, mediando siempre doce horas de descanso entre jornada y jornada, no corresponderá el pago de horas extras. No corresponderá el pago de horas extras cuando se otorgase el franco compensatorio correspondiente”.

Es lo que coloquialmente se dice “de jornada completa”. Sin embargo, a pesar de lo que se instituye son muchas las empresas que liquidan los haberes del personal con base en las horas efectivamente laboradas, tomando como índice

(4) Vivencia del autor en las zonas del NO y Cuyo en su desempeño al frente de organizaciones agroindustriales en Finca "Nueva California" - Departamento Chumbicha, Catamarca - En Embarcación, zona Finca "El Milagro" - Departamento San Martín, Salta y en el distrito Alto Salvador, departamento San Martín, Mendoza - Periodo 1994-2010.

el salario básico dividido por 200, lo que evidencia que los días francos no le son pagados. Esta práctica se ha extendido a muchas empresas por lo que el trabajador lo acepta tomándolo como lo que efectivamente corresponde.

Cuestiones que alteran el decurso natural de los acontecimientos en el país son frecuentes. En esta oportunidad fue el ASPO instituido a partir de la declaración de la pandemia COVID-19. En este contexto el PE dictó una serie de medidas que repercutieron directamente en la economía y como consecuencia de aquellas la faceta comercial de muchas empresas se vio afectada, no solo desde la total inactividad, sino desde restricciones en el transporte y las prestaciones, salvo algunas que fueron consideradas como servicios esenciales, tales como la seguridad privada y la operación de centros de monitoreo de instalaciones a distancia o *in situ*.

II.1. La buena fe vulnerada bajo la retórica de la argumentación y disposiciones que resultan disvaliosas

a) Punto primero del acuerdo: En este se menciona la situación que dio lugar a la pandemia, llevando su atención a la actividad particular del sector, pero, centrándola en la Seguridad Privada, que es su actividad principal, la que incluye a la seguridad física, amén de la de monitoreo. Esta generalización olvida tener en cuenta que la actividad de vigilancia ha sido tenida en cuenta por el PE desde la declaración del ASPO resultando ser una de las actividades exceptuadas considerándola como actividad esencial (5) por lo que la disminución las prestaciones ha sido relativa. En más de un caso no solo no fue disminuida, sino incrementada dado que varios de los operadores delegaron en el personal de vigilancia las tareas de control de las medidas emanadas de los protocolos establecidos *ac hoc*, tales como hipermercados, barrios privados, etc. Esta cuestión es de difícil control por parte del trabajador de seguridad privada en tanto su débito laboral es saldado con prestaciones que realiza fuera del asiento físico de la empresa, manteniendo su nexo por medio de los supervisores, quienes son los que además de controlar el funcionamiento de cada servicio, el rol de

(5) DNU 297/20, art. 6°, inc. 22, Boletín Oficial de la República Argentina Nro. 34.334 del 20/03/2020, p. 3.

cada trabajador en relación con las características del objetivo (6), constituyen la vía comunicacional entre el empleado y la empresa.

1) En su redacción abusa del concepto de eventualidad, infiere a partir de la vaga enunciación de casos posibles que los supuestos sobre las dificultades económico-comerciales de algunos de los clientes son extensivos a la totalidad de los mismos, para la totalidad de las empresas de seguridad privada y monitoreo de alarmas, dando al mismo carácter absoluto, de resultado cierto y extensivo a todas las empresas del sector: “[S]e advierte entonces de forma inequívoca que existe peligro cierto de no poder afrontar el pago de los salarios de manera íntegra” (7). Esto constituye una premisa falsa que permite luego seguir con el propósito disvalioso del acuerdo, utilizando el siguiente razonamiento: dado A; B. No se trata de una cuestión irrefutable, es fácil comprobar la falacia que constituye la argumentación de generalización ya que cada empresa tiene diferentes clientes, opera en diferentes sectores del comercio, industria y particulares y por ende, las implicancias atribuidas a la pandemia no son iguales para la totalidad del sector. En este abuso de la lógica aristotélica llegamos a que, la conclusión B es el argumento para la conculcación de derechos del trabajador, dando una forma aparentemente seria a la redacción de los puntos mediante los cuales ha de realizarse la quita del salario a favor de la empresa.

b) *Punto segundo del acuerdo (8)*: argumenta circunstancias reseñadas en el punto Primero, para luego en los dos primeros acápites (a y b) disponer la forma en que ha de cancelarse el pago “de las remuneraciones” (9). Si bien determina que el procedimiento es para

(6) Nombre que recibe el lugar físico en el cual las empresas de seguridad privada destacan personal en cumplimiento de los acuerdos comerciales que las vinculan a sus clientes. Establecido por los usos y costumbres desde la aparición de la Seguridad Privada en la Argentina, aceptado por prestadores y prestatarios, Año 1972.

(7) Extracto del acuerdo de referencia —Apéndice 1 al Anexo I—, p. 23.

(8) Apéndice 1 al Anexo I, p. 20.

(9) Entrecorillado para resaltar una inconsistencia posterior.

los meses de abril y mayo de 2020, luego amplia de forma aleatoria e indefinida la vigencia del acuerdo, contrariando lo dispuesto en el art 218 LCT que establece para su validez el concepto de que debe tener plazo fijo.

El acápite a) hace mención de la forma de cancelar el pago de las remuneraciones correspondientes a los periodos de abril y mayo de 2020, instituyendo el pago de una suma no remunerativa.

Esta ha de surgir de lo que “hubiese correspondido a cada trabajador por sus *labores durante dicho periodo*, respetando todos los ítems que componen el salario y liquidando las horas extras y nocturnas *laboradas* en caso de corresponder”. Aquí el sentido del entrecorillado anterior. Se dispone a pagar remuneraciones, con una suma no remunerativa. El art. 4º, LCT, define muy claramente el concepto de trabajo: “Constituye trabajo, a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración”.

Por otro lado, el art. 223 *bis*, LCT, define que debe entenderse por sumas no remunerativas, poniendo como supuesto imprescindible que tales sumas sean entregadas al trabajador en compensación por la suspensión, dejando luego en claro que la suspensión tiene causales que hicieron que el trabajador se viese impedido de realizar la prestación laboral a su cargo.

El acápite analizado determina que debe determinarse el haber que a cada trabajador le corresponde por el tiempo trabajado. Ha de deducirse entonces que el trabajador ha prestado servicios, incluso con la posibilidad de haber trabajado horas extraordinarias e incluso nocturnas, debiéndose realizar para obtener la suma que corresponde una ficción liquidatoria a fin de determinar el neto a que hubiera sido acreedor para proceder luego a abonarla como suma no remunerativa.

Si vamos a lo que es el espíritu del mencionado artículo, según la opinión del Dr. Grisolia (10) quien supone que el empleador se

(10) GRISOLIA, Julio Armando, "Tratado de Derecho del Trabajo", LA LEY, Tomo IV, 2da. edición, p. 3118.

reúne con sus empleados antes de decidir la suspensión legal y explica la situación de la empresa, conviniendo una suma fija que resulta ser un porcentaje del haber normal, con carácter no remunerativo aplicándose así un acuerdo de beneficio mutuo. Es decir, se suspende el contrato de trabajo en beneficio tanto del empleador, quien ve amortiguada la carga financiera ya que además del porcentaje de la disminución de la prestación dineraria que debiera pagar, tampoco está obligado al pago de las cargas sociales sobre el importe abonado, salvo las de las leyes 23.660 y 23.661. Por su parte el trabajador conserva el empleo, percibe una prestación dineraria menor a su haber habitual, pero al no tener la obligación de concurrencia también ahorra en sus erogaciones de movilidad, comidas, etc.

No es precisamente el caso del tema que analizo. Ahora bien, para que esto quede plasmado en la declaración jurada del Formulario 931, han de consignarse los códigos establecidos por AFIP para registrar la situación de revista de los trabajadores, para ello habrá que utilizar los códigos creados para la eventualidad: “9 — Suspendido. Ley 20.744 art. 223 *bis*” o bien código 48 “Suspendido. Res. 397/2020 MTEySS c. Aportes”. Lo que constituye de por sí una declaración falsa ya que se declara una situación de suspensión cuando en realidad el trabajador está prestando servicios normalmente.

Este fraude continúa cuando se consignan los datos en el libro de sueldos, es decir que hay una doble declaración falsa.

La suspensión es una declaración tacita de la continuidad del vínculo laboral, debe tener un plazo determinado y debe ser comunicada al trabajador, por lo que resulta redundante mencionar que durante la suspensión rigen los principios generales que signan las relaciones laborales, estos al decir de Grisolia (2017) (11) actúan de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo. Tienen por finalidad de proteger la dignidad del trabajador. También rigen todas las obligaciones del empleador para con sus trabajadores, por lo que tiene plena vigencia lo normado en art. 75, LCT, el deber de seguridad. Y aquí vamos a otro punto que no

ha tenido en cuenta el acuerdo, la cobertura de la ART. Esta seguirá percibiendo su canon habitual, las sumas percibidas por la aseguradora serán inferiores, pero la cobertura sigue ya que se entiende que si bien no existen causas para accidentes laborales, si siguen vigentes la eventualidad de enfermedades profesionales, etc.

¿Pero qué ocurre si el trabajador consignado como suspendido, pero que continúa prestando su servicio sufre un accidente, ya *in itinere*, ya en el lugar de trabajo? Es de suponer que la prestación no será atendida por la aseguradora, toda vez que la suspensión implica la no prestación de servicios, lo que desecha de por sí la posibilidad de que el dependiente sufra un accidente en el trayecto desde su domicilio al lugar de trabajo y viceversa, como tampoco en su lugar de trabajo, por lo que la atención deberá ser prestada por el empleador, lo que le quita al accidentado la amplitud de cobertura y el fácil acceso a las prestaciones dinerarias en caso de corresponder por algunas de las causales tales como incapacidad sobreviniente parcial o total.

1) El acápite b.- del acuerdo que determina la forma en que han de pagarse los haberes de los períodos de abril y mayo de 2020 de aquellos trabajadores cuyas empresas estuviesen en una situación total o parcial de inactividad y para el personal que se encuentra exceptuado de la obligación de concurrencia, plantea desde su enunciación una contradicción con lo que se estipula en el a.- al que ya me he referido.

Se aprecia el planteo de una dicotomía que distingue dos tipos de trabajadores, lo que constituye una violación a lo normado en el art. 17 de la LCT en cuanto a discriminación. Por un lado, los mencionados en el punto a que son los que han prestado servicios con concurrencia a sus objetivos y por el otro aquellos que por estar exceptuados de concurrencia en virtud de las medidas protectorias emanadas del Poder Ejecutivo no lo han hecho.

Para los primeros, vuelvo a caracterizar el método de cálculo de la prestación dineraria, se debe realizar la ficción liquidatoria ya aludida. Para esta otra categoría, se le ha de abonar el salario íntegro según su remuneración normal y habitual, como suma no remunerativa en los términos del 223 bis, LCT. Aquí, no se establece

(11) GRISOLIA, Julio Armando (2017), "Tratado de derecho del trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, p. 232.

quita alguna sobre los haberes habituales, por lo que la prestación dineraria, al no estar sujeta a descuentos por la tipificación que se hace en el 223 bis. de la LCT será mayor a la que percibía ya que no aporta jubilación ni Obra Social, y tampoco la cuota sindical de corresponder, ya que estás son asumidas por la patronal, según el tenor del acápite c.- Verdadera entelequia con la que se quiere ajustar a derecho la cuestión tratada toda vez que es consecuente con lo dispuesto en la Resolución del MTESS número 184/2020 en sus considerandos y articulado, pero que soslaya el hecho de que estos trabajadores exceptuados de la obligación de concurrencia deben seguir percibiendo sus acreencias de manera habitual y normal, deben *percibir un salario, no una suma no remunerativa*.

Resumiendo, se ve nítidamente que este acuerdo está instrumentado en beneficio de la patronal y el sindicato, ya que las empresas no tienen la obligación de contribuir al sistema jubilatorio y la parte gremial se asegura el cobro de las cuotas sindicales.

La cuestión de que no debe incluirse a los trabajadores exceptuados del deber de concurrencia a sus lugares de trabajo es abordada por el Dr. Birenbaum (12), al analizar las distintas causales de suspensión del contrato de trabajo.

Por otra parte, en este punto se carga sobre la empresa la demostración de que está atravesando por un periodo de crisis, es decir que debe probar que las circunstancias económico/comerciales han influido negativamente en sus finanzas. No determina el acuerdo, sin embargo, al tratar esta cuestión *iuris tantum* ante quien ha de realizarse la verificación de la situación declarada, lo que su intención probatoria cae en lo abstracto.

c) *Punto Tercero del acuerdo*: Se trata de una manifestación de voluntariedad en la que se expresa el interés de las partes en mantener un diálogo fluido y donde también ratifican el compromiso de equilibrar los “derechos e intereses que se ven afectados” de los trabajadores y de las empresas. Este punto no merece el análisis más allá de la referencia a la afectación de in-

tereses de trabajadores y empresas, expresión en la que parece subyacer la idea de protección, que merece ser puesta en duda a partir de la argucia liquidatoria que se introduce en el punto Segundo, ya analizado.

d) *Punto cuarto del acuerdo*: Se hace la validación de las representaciones y personería para luego pasar a darle carácter obligatorio previo a la homologación basándose en el Código Civil y Comercial de la Nación, al tiempo que la entidad gremial suple al trabajador en el ejercicio de su personalísimo derecho.

“Surgen aquí dos cuestiones que advierto acútan *in peius* del trabajador. Por un lado, se lo “exime” de prestar consentimiento. Etimológicamente “eximir” (*eximere*) es: “Librar, desembarazar de cargas, obligaciones, cuidados, culpas, etc.” (13). De acuerdo con ello y en concordancia con lo estipulado el Cód. Civ. y Com. de la Nación (14) se lo exceptúa de ejercer un derecho. Evidentemente este supuesto es a todas luces inválido teniendo en cuenta el carácter protectorio de la LCT y en ningún momento la representación sindical puede obrar en contra de los derechos de sus representados, tema que en su momento habrán de interpretar los jueces. No obstante, es fácil ver el vicio de nulidad a partir del art. 12, LCT, —irrenunciabilidad— el que deja claro que todo acuerdo que reduzca o suprima los derechos previstos es nulo, nulidad que se extiende a toda la vigencia de la relación

“El art. 223 bis, LCT, dispone que sea comunicada la situación de suspensión, por lo que considero contraria a derecho esta disposición en la que uno de los componentes del sinalagma laboral queda excluido.

“Cito al Dr. Birenbaum: (15) “Se trataría en definitiva de una suspensión por causas económicas pero aceptada previamente por el

(13) Diccionario de la Lengua Española, Real academia Española, 2019.

(14) CCCN, Título Preliminar. Capítulo I, Derecho, Artículo 2º, Interpretación.

(15) CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto, "Una mirada práctica de las principales normativas dictadas en la emergencia COVID-19", Seminario Virtual "El Impacto en las Relaciones Laborales en el Marco de la Emergencia COVID 19", CABA, junio 2020.

(12) BIRENBAUM, "Clase de la Diplomatura en Derecho Individual del Trabajo", Bloque Temático 7, Causales de la suspensión del contrato de trabajo, Año 2020.

trabajador. Por supuesto, a diferencia de las suspensiones previstas en los arts. 218/222 que son impuestas unilateralmente por el empleador, estas otras requieren de “la conformidad” (o digamos al menos la tolerancia) de los trabajadores, lo cual implicará el desafío de tener que negociar y consensuar los términos en que pueda llegar a ser aceptada la misma: porcentaje del sueldo neto que se percibirá, horas de trabajo disminuidas (o eximición total de prestarlas), extensión de la medida, etc.”

“Por otra parte, imprimir carácter imperativo al acuerdo, otorgando vigencia y obligatoriedad inmediata con base en el Cód. Civ. y Com. de la Nación resulta ser otra cuestión atentatoria al derecho laboral. Los artículos en los que se pretende sustentar hacen mención de contratos en los que prevalece la voluntad de las partes, omitiendo de esta forma la base de orden público establecida por la LCT, en la que la voluntad de las partes queda limitada, precisamente para evitar abusos como el presente. El art 7° de la LCT establece: “Las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas”.

“Además, la cuestión de la ficción de la suma no remunerativa afecta directamente a terceros, situación que parece querer obviarse al hacer mención al art. 1021 y su siguiente 1022 ya que los terceros son afectados en su carácter de solidarios con la empresa prestadora de las obligaciones previsionales, las que al afectarse la prestación dineraria según los términos del acuerdo deja al trabajador sin su contribución al sistema jubilatorio por lo que los intereses de aquellos podrían verse afectados ante el reclamo del trabajador que, habiendo trabajado ve que su aporte queda en la nada, y lo que es peor, a favor de su empleador. Situación disvaliosa y contraria a derecho, la que a la luz del principio de la primacía de la realidad es el trabajador quien va en auxilio de su empleador. Sobre el punto, cito al Dr. Grisolia: “[A]sí como el trabajador no participó de los beneficios de la empresa, tampoco debe compartir sus quebrantos” (16).

(16) GRISOLIA, Julio Armando (2017), "Tratado de derecho del trabajo y de la Seguridad Social", Tomo V, p. 3817.

III. Conclusiones

La pandemia ha dado lugar a un escenario de zozobra que abarca a todos los sectores, la situación de incertidumbre es abrumadora para muchos, pero sobre todo para quienes deben afrontar a diario la situación de trabajar arriesgándose a contraer la enfermedad. Las diferentes y múltiples normas que se han ido dictando intentan preservar los daños colaterales a relacionados con las medidas de aislamiento. Si bien son muchas y generales no deben ser interpretadas en perjuicio de un sector sino, debe tenerse en cuenta que el ceñirse a los principios que rigen el derecho debe ser la norma general, nunca en perjuicio de quienes protege.

1. El análisis hermenéutico del acuerdo objeto del presente no deja dudas de que ha sido concebido bajo la doctrina del orden público económico (17) al pretender subordinar los principios que rigen al derecho del trabajo a cuestiones que tienen su origen en cuestiones económicas, dejando de lado su carácter tuitivo. Avanza por sobre la voluntad de las partes con argumentaciones falaces expuestas abiertamente forzando la realidad aprovechando la incertidumbre que la situación de pandemia genera para obrar en perjuicio del trabajador con la finalidad espuria de generar mayores ingresos patronales en contubernio con la representación gremial que se asegura el ingreso de las cuotas sindicales, cuestión que en una real suspensión en los términos del art. 223 bis de la LCT no le corresponde a tenor de esa norma.

2. El control regulatorio del estado ha fallado lo que constituye una violación al deber de contralor, que permite la aplicación de un acuerdo contrario a derecho y que denota *a priori* una grave negligencia, que vuelve abstracto el considerando 16 (18) de la resolución que lo homologa, negligencia que importa un grave perjuicio a los haberes del trabajador al tiempo que constituye una injuria grave a la dignidad de este, quien debe aceptar de por sí una situación de revista que no se corresponde con la realidad.

(17) GRISOLIA, Julio Armando (2017), "Tratado de derecho del trabajo y de la Seguridad Social", Tomo I, ps. 17; 18 y 62.

(18) Anexo I, Resaltado, p. 16.

3. Resulta claro que el acuerdo redunda únicamente en beneficio de la patronal, quien ha de quedarse con una importante parte del haber de cada uno de sus empleados, además de evitar el pago de las cargas sociales, violando derechos inmediatos y mediatos del trabajador en tanto y en cuanto afectará también el cálculo del SAC como también a sus aportes al sistema de jubilaciones cuestión por la que llegado el momento deberá extender el tiempo de trabajo a los fines de alcanzar los mínimos requeridos para el goce del beneficio.

4. Que la profusión de normas dictadas a los fines de paliar la situación de emergencia es aprovechada con fines disvaliosos por algunos sectores, que actúan en connivencia con quienes deben ser custodios de las garantías legales del trabajador, violándose doblemente el principio de buena fe.

5. Bajo la generalización de algunas particularidades, como el señalar que la actividad se ha visto mermada, se quiere fundamentar un argumento falaz, a fin de forzar las cualidades necesarias para incluirse en los requisitos del nuevo orden público laboral ad hoc, con la finalidad de medrar en contra del trabajador.

6. Se vulnera seriamente la confianza del trabajador en sus representantes, se genera una conducta que precariza el sistema previsional, obliga al trabajador a trabajar más tiempo que el que le corresponde a fin de alcanzar los meses de aportes necesarios para la obtención del beneficio jubilatorio.

7. El carácter de la "relación de dependencia" no hace alusión a que el trabajador se coloca en un nivel de inferioridad con respecto al empleador no se trata de una situación de sumisión, la dependencia alude a la dirección que aquel debe ejercer en ejercicio legítimo de su deber de conducción. El acuerdo analizado es a todas luces un avance sobre los derechos del trabajador, es un documento viciado de nulidad, tal como lo considerara el Dr. Birenbaum en la respuesta una pregunta relacionada con el tema, cuestión de la que habrán de ocuparse los jueces que en su momento conozcan el tema, pero por otra parte debe avergonzar a quienes lo suscribieron.

Gran parte del personal de la seguridad privada sufre desde sus orígenes el abuso por parte de las empresas que se benefician con sus servicios. La CCT 507/2007 tiene artículos cuya enunciación es ambigua lo que permite una interpretación que llegado el caso siempre ha de tomarse en perjuicio del trabajador. Ocurre que la actividad nace en un periodo de crisis en el país, lo que dio lugar a que un gran número de personas fueran expulsadas de sus lugares de trabajo por el cierre de estos. Estos hallaron en las empresas del sector una manera de asegurarse un empleo para el cual no se necesitaba mucha capacitación. Tampoco la edad era motivo de exclusión. En su momento fue una solución a un grave problema social. Pero la situación permitió que se trabajara en un marco de derecho laboral "ad hoc" donde era habitual que se produjeran abusos, que las horas extras no se pagasen como tales, sino fuera de registro, muchos de los trabajadores no estaban registrados incluso y se liquidaran arbitrariamente los haberes mediante fórmulas que siempre favorecieron al sector patronal. Hay quienes denuestan al derecho de trabajo basándose en que se coloca al empleador en una situación de indefensión, por otro lado, quienes propugnan que, en cuestión laboral, se puede hacer todo, con la salvedad de que hay que pagarlo. Esto solo coloca en relieve la necesidad del carácter tuitivo del derecho laboral. En esta cuestión donde el trabajador es considerado un recurso se lo desnaturaliza, se le quita la dignidad que como persona le es inherente, quien gestiona recursos gestiona cosas que forman parte de un proceso. Quiero agregar aquí una de las consideraciones del Papa Benedicto XVI (19), "el primer capital que se ha de salvaguardar y valorar es el hombre, la persona en su integridad: 'Pues el hombre es el autor, el centro y el fin de toda la vida económico-social'. Y rescatar la aseveración de 'persona en su integridad', se aleja mucho de la consideración que algunas teorías de *management* le asignan al trabajador, el que, como persona es el centro y fin de la actividad económica, Trabajador y empleador son dos extremos del mismo segmento el uno no puede existir sin el otro. Por ello las actitudes que dieron lugar al documento analizado dejan de lado todo el barmo laboral, al pretender burlar los principios

(19) Benedictus XVI, "Encíclica Caritas in Veritate".

en que se sustenta. Estas cuestiones no hacen más que reafirmar la necesidad de la tutela que tiene por finalidad el derecho del trabajo. Los principios y toda la filosofía que le dan sustento”.

IV. Bibliografía

BENEDICTO XVI - Carta Encíclica “Caritas in Veritate”, Librería Editrice Vaticana, 2009, ps. 13/14.

CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto, “Trabajo decente: Un paradigma de búsqueda a la Luz de la Precarización Laboral”, Revista IDEIDES, UNTREF, Buenos Aires, marzo 2017.

CCT 507/1977, Res ST 732/2007- Publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina de fecha 23 de agosto de 2007.

DNU 297/2020, Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio, Boletín Oficial de la República Argentina, número 34.334, 20 de marzo de 2020. DNU 329/2020, Prohibición Despidos, Boletín Oficial de la República Argentina - 31 de marzo de 2020.

GRISOLIA, Julio Armando (2017), “Tratado de Derecho Laboral y de la Seguridad Social”, Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2da. edición.

Ley 20.744, Régimen de Contrato de Trabajo, Boletín Oficial de la República Argentina 23.003 del 27 de septiembre de 1974.

Ley 27.541, “Ley de solidaridad social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública”, Boletín Oficial de la República Argentina del 23 de diciembre de 2019.

Ley 24.700, Modificación de la Ley 20.744, Boletín Oficial de la República Argentina del 14 de octubre de 1996.

Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 184, Boletín Oficial de la República Argentina número 34.328 del 13 de marzo de 2020, p. 14.

SARDEGNA, Miguel Ángel (1999), “Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas - comentada, anotada - concordada”, Editorial Universidad, Buenos Aires 1999.

V. Anexo I: Copia de la Resolución 563/2020 del MTESS —Secretaría de Trabajo— Boletín Oficial 34.420 del 06 de julio de 2020, p. 98

Legislación y Avisos Oficiales

Primera sección

Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social - Secretaría de Trabajo

Resolución 563/2020

RESOL-2020-563-APN-ST#MT

Ciudad de Buenos Aires, 15/05/2020

Visto el EX-2020-28863479-APN-MT del Registro del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, las Leyes Nros. 20.744 (t.o.1976) y sus modificaciones, 24.013, 14.250 (t.o.2004) y sus modificaciones, 27.541, Los Decretos N° 260 del 12 de marzo de 2020, 297 del 17 de marzo de 2020, 329 del 31 de marzo de 2020, la Decisión Administrativa N° 429 del 20 de marzo de 2020, y la Resolución N° 279 del 30 de marzo de 2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y,

Considerando:

Que la Unión del Personal De Seguridad de la República Argentina, la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI) y la Cámara de Empresas de Monitoreo de Alarmas de la República Argentina (C.E.M.A.R.A.), celebran un acuerdo directo, el cual obra en el IF-2020-28864489-APN-MT de autos, ratificado por las partes en el EX-2020-31828603-APN-DGDMT#MPYT, en el EX-2020-31304810-APN-DGDMT#MPYT y en el EX-2020-31444185-APN-DGDMT#MPYT, que tramitan conjuntamente con los presentes actuados.

Que en el referido acuerdo las partes convienen suspensiones en los términos previstos art. 223 bis de la ley 20.744 (t.o. 1976), conforme a las condiciones allí pactadas.

Que en primer término corresponde aclarar que si bien no surgen antecedentes de negociaciones previas con la Cámara de Empresas de Monitoreo de Alarmas de la República Argen-

tina (CEMARA), su participación en el presente acuerdo es admitida estrictamente a los fines de lo sustanciado en autos y al solo efecto de las suspensiones adoptadas en el texto convencional celebrado en esta oportunidad, con motivo de la situación de emergencia sanitaria existente.

Que en relación con lo establecido en la cláusula segunda inciso b), en torno al personal que se encuentre amparado por la dispensa de prestación de servicios en los términos de la Resolución Ministerial N° 207/20 y sus modificaciones; que las partes deberán ajustarse a lo allí previsto.

Que, a su vez, respecto a lo establecido en la cláusula segunda inciso f) se deja aclarado que eventualmente, en el caso de adoptar nuevas suspensiones, las partes deberán formalizar un nuevo acuerdo.

Que asimismo se hace saber que la homologación que por la presente se dicta, es en los términos de la Ley N°14.250 (t.o. 2004) y no en los términos del Artículo 15 de la Ley N° 20.744 (t.o.1976).

Que por DECNU-2020-297-APN-PTE se dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, que rige desde el 20 de marzo de 2020.

Que, en virtud de la medida dispuesta, se ha establecido que las personas deberán permanecer en sus residencias habituales o en la residencia en que se encuentren al momento de inicio de aquella medida, debiendo abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y no pudiendo desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello, con el fin de evitar los extremos mencionados en la norma bajo análisis.

Que cabe recordar que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, como Autoridad de Aplicación de la Ley N° 24.013 tiene la responsabilidad de implementar acciones destinadas a atender las problemáticas atinentes a la suspensión de las trabajadoras y trabajadores por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas.

Que la Ley N° 27.541, reglamentada por el Decreto N° 99 de fecha 27 de diciembre de 2019, ha

declarado en su artículo 1°, la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social.

Que por las razones antes señaladas, resulta necesario la adopción de nuevas medidas, que resulten oportunas, transparentes y consensuadas para contener el empleo, que mediante la combinación y consiguiente adaptación de las diferentes herramientas normativas disponibles, brinden soluciones tempestivas, consistentes y efectivas, que abarquen el mayor número posible de situaciones en función del tipo y grado de impacto que la propia crisis sanitaria y las medidas públicas adoptadas por el Gobierno Nacional para conjurarla, producen en los distintos sectores de la actividad económica y en la sociedad, en su conjunto.

Que, en este mismo orden de ideas, frente a la gravedad de la emergencia sanitaria declarada y encontrándose configurado un caso excepcional de fuerza mayor, con la consiguiente afectación sustancial en el nivel de actividad de las empresas por las medidas públicas dispuestas para enfrentar la situación epidemiológica, se requiere del esfuerzo conjunto de todas las partes involucradas, empleadores, trabajadores, entidades sindicales y el propio Estado Nacional, para afrontar el contexto vigente, privilegiando el interés común y priorizando la prevención del estado de salud de los propios trabajadores y de la comunidad en su conjunto, pero procurando la preservación de las fuentes de trabajo, la continuidad de la empresa y su proceso productivo, respetando y haciendo respetar todos los recaudos sanitarios que a tales efectos se ordenen.

Que asimismo que si bien el Decreto N° 329 de fecha 31 de marzo de 2020 en su artículo 3° prohibió las suspensiones por causas de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, se ha dejado exceptuado el trámite de las que se efectúen en el marco de lo previsto por el art. 223 bis, LCT.

Que el ámbito de aplicación del presente acuerdo se corresponde con la actividad principal de la parte empleadora signataria y la representatividad de la entidad sindical firmante, emergente de su personería gremial.

Que asimismo se acreditan los recaudos formales exigidos por la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Que, de la lectura de las cláusulas pactadas, no surge contradicción con la normativa laboral vigente.

Que los sectores intervinientes acreditan la representación que invisten con la documentación adjunta.

Que, en razón de lo expuesto, procede la homologación del acuerdo, el que será considerado como acuerdo marco de carácter colectivo.

Que a los efectos de tornar aplicable los términos del acuerdo marco que por este acto se homologa en las empresas de la actividad, resultará indispensable que cada una de ellas adhiera al mismo mediante una nota que así lo refiera y en donde conste el listado de personal afectado dirigida a esta Cartera de Estado especificando los datos que permitan individualizar el plexo convencional y su resolución homologatoria.

Que la Unidad de Tratamiento de Situaciones de Crisis de la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo de este Ministerio, tomó la intervención que le compete.

Que, por lo expuesto, corresponde dictar el pertinente acto administrativo de homologación, de conformidad con los antecedentes mencionados.

Que las facultades del suscripto para resolver en las presentes actuaciones surgen de las atribuciones otorgadas por el DCTO-2019-75-APN-PTE.

Por ello,

El Secretario de Trabajo

Resuelve:

Artículo 1°.- Declárese homologado el acuerdo celebrado entre la Unión del Personal de Seguridad de la República Argentina, La Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación (CAESI) y la Cámara de Empresas de Monitoreo de Alarmas de la República Argentina (C.E.M.A.R.A.), conforme a los términos del Artículo 223 bis de la Ley N° 20.744 (t.o.

1976); que luce en el IF-2020-28864489-APN-MT del EX-2020-28863479-APN-MT, conjuntamente con las actas complementarias obrantes en el RE-2020-31828177-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31828603-APN-DGDMT#MPYT, en el RE-2020-31304547-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31304810-APN-DGDMT#MPYT y en el RE-2020-31443063-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31444185-APN-DGDMT#MPYT; que tramitan conjuntamente con el EX-2020-28863479-APN-MT.

Artículo 2°.- Gírese a la Dirección de Gestión Documental dependiente de la Dirección General de Informática, Innovación Tecnológica y Gestión Documental. Cumplido, pase a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo a los fines del registro del acuerdo obrante en el IF-2020-28864489-APN-MT, conjuntamente con las actas complementarias obrantes en el RE-2020-31828177-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31828603-APN-DGDMT#MPYT, en el RE-2020-31304547-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31304810-APN-DGDMT#MPYT y en el RE-2020-31443063-APN-DGDMT#MPYT del EX-2020-31444185-APN-DGDMT#MPYT; que tramitan conjuntamente con el EX-2020-28863479-APN-MT.

ARTÍCULO 3°.- Notifíquese a las partes signatarias. Posteriormente, procédase a la guarda del presente legajo.

Artículo 4°.- Establécese que el acuerdo homologado por el Artículo 1° de la presente Resolución, será considerado como acuerdo marco de carácter colectivo, y que a los efectos de tornar aplicable sus términos a las empresas de la actividad, resultará indispensable que cada una de ellas adhiera al mismo mediante una nota que así lo refiera y en donde conste el listado de personal afectado dirigida a esta Cartera de Estado especificando los datos que permitan individualizar el plexo convencional y su resolución homologatoria.

Artículo 5°.- Hágase saber que en el supuesto que este Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social no efectúe la publicación de carácter gratuito del acuerdo y actas complementarias homologados y de esta Resolución, resultará aplicable lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 5° de la Ley N° 14.250 (t.o. 2004).

Artículo 6º.- Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. Marcelo Claudio Bellotti

NOTA: El/los Anexo/s que integra/n este(a) Resolución se publican en la edición web del BORA -www.boletinoficial.gob.ar-

e. 06/07/2020 N° 21877/20 v. 06/07/2020

Fecha de publicación 06/07/2020

Apéndice 1 al anexo I: texto del acuerdo homologado por la resolución 563/2020, que se incluye como anexo I de la publicación del anexo anterior

Acuerdo de crisis por fuerza mayor - situación excepcional pandemia covid-19 entre UPSRA - CAESI y CEMARA acuerdo de crisis por fuerza mayor

En Buenos Aires, a los 21 días del mes de Abril del año 2020, entre la Cámara Argentina de Empresas de Seguridad e Investigación, en adelante - CAESI, única signataria de los Convenios Colectivos de Trabajo a Nivel Nacional, dentro del Marco del Convenio Colectivo de Trabajo Nro 507/07 y la Unión Personal de Seguridad de la República Argentina en adelante - UPSRA. Representadas en este Acto, CAESI por su Presidente el Sr. Ramón Oreste Verón, DNI:14.649.340, su Secretario el Señor Carlos Panaro, DNI:4.640.589, los Vocales Titulares, Dr. Agustín Ferreyra DNI:11.027.095.y el Dr. Claudio Rodríguez, DNI:16.895.786 con el Patrocinio Letrado del Dr. Marcelo A. Durañona, DNI 7.670.795, Tomo 43 Folio 929 CPACF, constituyendo domicilio en Montevideo 666 3er Piso; la Cámara de Monitoreo de Alarmas de la República Argentina, en adelante CEMARA con el mismo Patrocinio Letrado que CAESI y constituyendo domicilio en el lugar antes indicado, representada en este acto por su Presidente, Ing. Alberto Zavalla, DNI:13.685.428 y la Unión Personal de Seguridad República Argentina, representada por su Secretario General Ángel Alberto García, DNI 4.629.415, con el patrocinio letrado del Dr. Ezequiel Lapena, T° 111 F° 780 CPACF, constituyendo domicilio en la calle Moreno 1783 Piso 3 Dpto. 27 de la CABA, conviene dentro del marco del Convenio Colectivo de Trabajo N° 507/07 que regula las relaciones

laborales del personal de las empresas de Seguridad Privada de todo el país, a excepción de la Provincia de Córdoba y las Ciudades de Rosario, Tucumán y Bahía Blanca, en la situación de la Crisis Mundial y Nacional, en virtud de la Pandemia, COVID 19, que afecta seriamente a todos los Sectores de la Economía Nacional, acuerdan:

Primero: Que CAESI y CEMARA manifiestan que la Pandemia COVID 19, fue declarada por la OMS, lo que dio lugar a una serie de Decretos y Resoluciones para hacer frente a la misma, lo que ha impactado significativamente, desde el punto de vista comercial en forma negativa en el desarrollo de todas las actividades en IF-2020-28864489-APN-MT Página 1 de 4 general y en particular en la de Seguridad Privada. Esta situación excepcional, extraordinaria y de fuerza mayor, hizo que la Actividad que desarrollan nuestras empresas de Seguridad Privada atravesen una situación crítica de emergencia, por la disminución o pérdidas de servicios. Ante esto, la actividad que desarrollan las empresas del Sector tuvo una grave y profunda baja y paralización, colocando a las empresas de Seguridad Privada, en estas circunstancias. en una situación de extrema gravedad. Por su parte, muchos de los clientes a los cuales las Empresas de Seguridad Privada, le prestan el servicio de seguridad se ven imposibilitados de desarrollar su actividad en forma normal y habitual, situación que llevó a una reducción drástica de vigiladores, en principio hasta el levantamiento de la cuarentena y lo que es más grave aún, que lo descripto está generando una ruptura en la cadena de pagos, lo que dificulta seriamente o imposibilita el pago de los salarios en tiempo y forma. Resulta evidente, al ser la nuestra una actividad tercerizada, el enorme impacto económico negativo que la situación actual provoca y se advierte entonces de forma inequívoca que existe peligro cierto de no poder afrontar el pago de los salarios de manera íntegra, que la actividad se torne inviable y, con ello, se produzca la pérdida masiva y eventualmente total de las fuentes de trabajo.

Segundo: Ante las circunstancias reseñadas por CAESI y CEMARA en aras de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores y las fuentes de trabajo, las partes acuerdan:

a.- A fin de cancelar el pago de las remuneraciones correspondientes al periodo 04/2020 y 05/2020 se otorgará una asignación no remunerativa equivalente al salario neto de bolsillo que le hubiera correspondido a cada trabajador convenionado por sus labores durante dicho período, respetando todos los ítems que componen el salario y liquidando las horas extras y nocturnas laboradas en caso de corresponder. De igual modo, existirá posibilidad de prorrogar la misma en caso de continuar la pandemia y las medidas excepcionales, o de su cese, en su caso, a partir del momento en que estas sean superadas.

b.- A fin de cancelar el pago de las remuneraciones correspondientes al periodo 04/2020 y 05/2020 para el personal que se encuentre afectado por causa de inactividad total o parcial de la empresa y personal que se encuentre gozando de las excepciones de concurrir a trabajar, una prestación dineraria no remunerativa equivalente al 100% de su remuneración normal y habitual, debiendo la empresa demostrar la afectación de la prestación en forma total y/o parcial de la actividad.

c.- No obstante, cada empresa tomará a su cargo el ingreso de los aportes y contribuciones correspondientes a la Obra Social y Fondo de Ayuda Solidaria, y el IF-2020-28864489-APN-MT Página 2 de 4 aporte sindical de corresponder, respecto del monto establecido para la asignación no remunerativa de cada trabajador establecida precedentemente en "a" y "b".

d.- A expreso pedido de UPSRA, las PARTES, acuerdan que las empresas de Seguridad Privada alcanzadas por el presente se abstendrán de despedir, suspender, reducir salarios y/o adoptar cualquier medida en perjuicio de los trabajadores encuadrados en el CCT 507/07 con fundamento en la situación detallada anteriormente.

Tal compromiso se extiende por el lapso del período comprendido entre Abril y Mayo de 2020.-

e.- Ambas partes acuerdan para el caso de incumplimiento por parte de alguna de las Empresas de Seguridad Privada alcanzadas por el presente, de las obligaciones asumidas en la

cláusula d.-, quedará desafectada de los alcances del presente acuerdo perdiendo validez para la misma.

f.- Se conviene la posibilidad de prorrogar en caso de continuar la pandemia y las medidas excepcionales, o de su cese, en su caso, a partir del momento en que estas sean superadas, lo establecido en los incisos precedentes.

Tercera: Ambas partes manifiestan que se mantendrán en permanente contacto, con reuniones y/o conferencias telefónicas periódicas, con el objeto de analizar el transcurso de esta crisis, sus implicancias y métodos que permitan la mejor prestación dineraria posible para los trabajadores, por lo que ratifican su compromiso de realizar todos aquellos esfuerzos a fin de equilibrar los derechos e intereses que se ven afectados de los trabajadores y de las empresas.

Cuarto: Las partes, entendiendo que a través del presente acuerdo han alcanzado una justa composición de sus derechos e intereses, solicitan su homologación a la Dirección Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo en los términos del art. 15 de la LCT, teniendo en cuenta que la representación de los trabajadores está ejercida por su gremio UPSRA, que cuenta con Personería Gremial y la parte empresarial por CAESI, ambos signatarios del CCT 507/07 que regula la actividad, siendo esta de mano de obra intensiva y habida cuenta la coyuntura de la pandemia COVID-19, es que ambas partes solicitan que se exima la ratificación personal por parte de los trabajadores a los fines homologatorios, con el objeto de no poner en riesgo su propia salud y la de la población en general. Sin perjuicio de ello, se conviene expresamente que lo aquí pactado es de cumplimiento inmediato y obligatorio para las partes por efecto de lo dispuesto en los arts. 959, 1.021, 1.061, 2.651, cctes. y sptes. del Código Civil y Comercial.

IF-2020-28864489-APN-MT Página 3 de 4

Acompañan el contenido del presente Acuerdo, las Cámaras Provinciales del Interior del País Asociadas a CAESI. A saber: por Buenos Aires: CAESBA - Cámara de Empresas de Seguridad de la Prov. Bs. As y CARESEB - Cámara Regional de Empresas de Seguridad del Sudeste Bonaerense.

rense; por Chaco: CESIP Cámara de Empresas de Seguridad e Investigaciones Privadas del Chaco; por Chubut: CAES Cámara Austral de Empresas de Seguridad; por Corrientes: CAS-FISECOR Cámara de Empresas de Seguridad Física y Electrónica de la provincia de corrientes; por Jujuy: CESIJU Cámara de Empresas de Seguridad Vigilancia e Investigación Jujuy; por Mendoza: CESIM Cámara Empresaria de Seguridad e Investigaciones de Mendoza; por San Luis: CAPRESI Cámara Provincial Empresas de Seguridad e Investigación de San Luis; por Salta: CaSEI - Cámara Salteña de Empresas de Seguridad e Investigación; por San Juan: CAES Cámara Empresas de Seguridad Provincia de San Juan;

por Santa Fe: CASASEP Cámara Santafesina de Seguridad Privada; por Santa Cruz: CAESVIP Cámara Empresas de Seguridad y Vigilancia e Investigaciones Privada; y por Tucumán CATE-SI Cámara Tucumán Empresa de Seguridad e Investigación.

En prueba de conformidad y aceptación con lo pactado, se firman tres ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto. Ramón O. Verón Presidente CAESI Carlos A. Panaro Secretario CAESI Dr. Ángel Alberto García Secretario General UPSRA Dr. Lapena, Ezequiel T° 111 F° 780 CPACF Agustín Ferreyra CAESI Alberto Zabala Presidente CEMARA Claudio Rodríguez.

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Reglamentación de la huelga: ¿garantía o restricción de su ejercicio?

Cintia Sol García Cané (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Origen del derecho de huelga y recepción en nuestro país.— III. Conceptualización de la huelga.— IV. Reglamentación de la huelga y su eficacia.— V. Titularidad del derecho.— VI. Exigencia de un procedimiento previo.— VII. Sometimiento a un tipo legal.— VIII. Finalidad.— IX. Relación entre huelga y daño.— X. Reglamentación de la huelga en los servicios esenciales.— XI. Crítica a la dogmática jurídica.— XII. Un posible abordaje interdisciplinario.— XIII. Hacia una factible solución integral.— XIV. Medios de prevención y autocomposición de conflictos.— XV. Conclusión.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizará la forma en la que el derecho de huelga ha sido incorporado en nuestro ordenamiento jurídico, así como también se evaluarán las limitaciones a las que ha estado sujeto y la influencia de la dogmática jurídica a lo largo de todo este proceso.

Es imprescindible analizar pormenorizadamente las reglamentaciones existentes respecto del derecho de huelga y aquellas otras formas con las que también se restringe su ejercicio, aunque de manera más sutil.

Habiendo desarrollado las nociones básicas, el objetivo es establecer si la excesiva reglamentación de la huelga contribuye a garantizar su ejercicio como derecho constitucional o si, por el contrario, dificulta su eficacia en la práctica a

través de las sucesivas restricciones a las que se encuentra sometida.

Con el objeto de superar la perspectiva tradicional y anhelando encontrar soluciones innovadoras, se realiza un abordaje interdisciplinario de los conflictos y de la huelga a través del estudio de otras ciencias, como la sociología o la política.

A fin de lograr un análisis integral, se ha incorporado al presente trabajo doctrina de la más calificada en las diferentes disciplinas, intentando establecer un diálogo con los diversos autores, en el afán de evidenciar una mayor o menor adhesión respecto de sus ideas, finalizando con una conclusión mediante la cual se pretende proporcionar un aporte a la cuestión planteada.

II. Origen del derecho de huelga y recepción en nuestro país

La posición que el ordenamiento jurídico ha asumido históricamente respecto de la huel-

(*) Diplomada en la Diplomatura de Derecho Colectivo del Trabajo. Universidad Nacional de Tres de Febrero.

ga ha ido evolucionando a través de los años. A fines del siglo XVIII, el fenómeno huelguístico —que cobró importancia con la organización industrial del trabajo— era considerado un delito en toda Europa. Recién promediando el siglo XIX, la etapa de represión dio paso a un período de tolerancia, en el que los Estados fueron suprimiendo en sus códigos penales las figuras delictivas referidas a la huelga, limitando sus efectos al marco de la responsabilidad civil. A principios del siglo XX, comienza un proceso de reconocimiento constitucional a lo largo de todo el mundo, cuyo puntapié inicial se daría con la Constitución Mexicana de 1917, reconocida por gran parte de la doctrina como la primera en establecer la protección a los derechos sociales y el necesario respeto hacia los derechos colectivos. En el mismo sentido, la Constitución de Weimar (Alemania), aunque un par de años después constituye una novedad para los países europeos estableciendo los principios del derecho social y receptando los denominados “derechos de segunda generación”.

La recepción del derecho de huelga en nuestro país fue tardía, ya que recién con la reforma de la Constitución Nacional del año 1957 (que derogó la de 1949 y reestableció la vigencia de la de 1853-1860) fue incorporado el art. 14 *bis*, a partir del cual se reconoce explícitamente como un derecho de los trabajadores. De todas maneras, el derecho de huelga ya había sido consagrado —aunque de manera implícita— en la Constitución de 1949. En ese mismo orden de ideas, corresponde referenciar a su ideólogo, el Dr. Arturo Sampay, quien aun asumiendo que la huelga constituía un derecho fundamental para los trabajadores, consideraba innecesario y hasta excesivo mencionarla explícitamente en una Constitución que de por sí consagraba especialmente los derechos sociales y del trabajador (1).

Al abordar el derecho de huelga, nos encontramos frente a un derecho operativo que, como tal, no exige la sanción de una ley de fondo para tornarse efectivo, razón por la cual, la reglamentación vigente en la materia se reduce a la regulación de los servicios esenciales y al esta-

blecimiento de procedimientos de solución de conflictos.

Asimismo, se hace referencia al derecho de huelga en el art. 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (con jerarquía constitucional desde la reforma constitucional del año 1994) y de manera implícita, lo encontramos incorporado en los Convenios N° 87, 98 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Debemos advertir que la evolución histórica de la huelga en Argentina no fue lineal: nuestro objeto de estudio ha sufrido las consecuencias de los vaivenes políticos e institucionales de nuestro país, que han derivado en mayores o menores limitaciones respecto de la garantía constitucional.

La primera observación que podemos realizar es que la regulación normativa del derecho de huelga resulta a todas luces insuficiente. Algún improvisado podría llegar a creer que, por tratarse de un derecho fundamental, no exige mayor atención por parte de los legisladores, quienes por ese motivo considerarían superflua su regulación. Sin embargo, entendemos que el silencio de uno de los poderes del Estado (en este caso, el legislativo) supone una concesión hacia los otros poderes —que se concreta a través de las decisiones de los magistrados o desde de la discrecionalidad del ejecutivo— y consiente el dictado de medidas que naturalmente respaldan los intereses de la clase más fuerte o dominante, contribuyendo a mantener el statu quo y evidenciando las relaciones de poder que se ocultan detrás del ordenamiento existente. Como contrapartida, sobrevienen determinadas situaciones que por su manifiesto contenido social exceden el conflicto laboral y en las que el Estado debiera involucrarse más fervorosamente. Paradójicamente, aquí el Estado se mantiene inerte, evidenciando así su incapacidad de gestionar los conflictos de manera eficiente y de garantizar, como fin último, la justicia y la paz social.

III. Conceptualización de la huelga

Al intentar aproximarnos a un concepto de huelga, descubrimos que no resulta una tarea sencilla. A pesar de configurar un derecho de

(1) TRONCOSO, Manuel - GONZÁLEZ, Marita, "Educación obrera para el trabajo decente: módulo 2, Derecho del Trabajo", Coord. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2014.

raigambre constitucional, la huelga no se encuentra definida en la legislación argentina, mientras que la jurisprudencia —cuando ha intentado hacerlo— ha abordado su estudio como si se tratase de una especie de “accesorio” de lo principal, realizando una apreciación derivada del análisis del contrato de trabajo y su extinción, pero no como su principal objeto de investigación. Incluso, las resoluciones de los fallos han estado siempre condicionadas por el contexto sociopolítico en el que tuvieron lugar, inclinándose en su mayoría, por una concepción restrictiva del derecho de huelga.

En la doctrina se han esbozado numerosas conceptualizaciones, entre las cuales destaca la de Francesco Carnelutti quien, en una postura extrema, ha comparado la huelga con la guerra, enrolándose entre aquellos que conciben esta medida como un comportamiento patológico conducente a alterar la paz social. En este orden de ideas, la huelga entendida como “enfermedad social”, encomienda la solución al Estado, a fin de que reprima o anule el conflicto, sin otorgar respuesta a la causa subyacente (2).

En contraposición, se desarrolla la Teoría Sistémica, que entiende el conflicto como una expresión propia de la naturaleza humana, con sustento en la injusticia estructural. En ese marco postula que, primero, debe asumirse que el conflicto es inherente a nuestra sociedad, para luego, proceder al estudio de cada uno de sus componentes (entre los cuales se encuentra la huelga como elemento material), a fin de lograr construir un espacio en el que prevalezca la justicia social (3).

Según Fernández Madrid, puede calificarse como huelga todas las medidas que impliquen la suspensión colectiva y provisoria del trabajo o su cumplimiento regular, dispuestas por la organización sindical con o sin personería gremial, o por grupos de trabajadores, para secundar la reclamación planteada ante los empleadores, o

ante el Estado, con el objeto de obtener su reconocimiento (4).

Conforme lo sostiene Julio Grisolia:

“La huelga es un derecho que la Constitución concede a los gremios, y consiste en la abstención colectiva y concertada de la prestación laboral, con carácter temporal y con abandono del lugar de tareas, como forma de presión sobre la voluntad del empleador, con el propósito de conseguir un beneficio mediante la sanción de una nueva disposición o la reforma de una vigente, o bien el cumplimiento de una norma en vigor” (5).

Más allá de las diversas conceptualizaciones y del grado de amplitud con que nos posicionemos frente al derecho de huelga, percibimos que la incorporación de la huelga como derecho fundamental ha ido eventualmente acompañada de una definición cuyo objetivo ha sido acotar su alcance y excluir otras medidas de acción directa que no se ajusten a los parámetros de la definición, como podría ser la huelga de brazos caídos, la huelga relámpago o el paro, por citar algunos ejemplos.

Creemos que esta tendencia a limitar el derecho de huelga través de su conceptualización es peligrosa. Ello, no solo por el carácter restrictivo con el que valora su ejercicio, sino porque al circunscribir la huelga a un comportamiento determinado, se prescinde del contexto social y de la necesaria adecuación de las medidas de acción al nuevo paradigma productivo. La relación de fuerzas entre las dos clases que originan el conflicto social es consecuencia del sistema capitalista, razón por la cual será pasible de las constantes transformaciones que en él se produzcan a nivel económico, social y/o político.

IV. Reglamentación de la huelga y su eficacia

Como anticipáramos al iniciar nuestra investigación, el fenómeno de la huelga y su recepción

(2) CARNELUTTI, Francesco, "Diagnosis de la huelga" en *La Huelga*, Tomo I, UNL, Santa Fe, 1951, p. 5.

(3) RODRÍGUEZ DE DIB, Martha Cristina (2005), "Elementos Sistémicos del Conflicto Colectivo Laboral", Revista científica del Equipo Federal del Trabajo, Facultad de Ciencias Sociales, UNLZ, Año I, Número 9, Buenos Aires, pp. 35-58.

(4) FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "Tratado práctico de derecho del trabajo", Buenos Aires, La Ley, 2007, 3ra. edición actualizada y ampliada, p. 548.

(5) GRISOLIA, Julio Armando, "Manual de derecho laboral: edición 2019: revisada y actualizada", Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1a ed., 2019. Archivo Digital: online ISBN 978-950-20-2932-0.

jurídica fue atravesando por diferentes etapas a lo largo de la historia. Así, lo que comenzó siendo objeto de prohibición —con su consecuente represión— evolucionó con el paso de los años hacia una etapa de tolerancia, hasta finalmente consagrarse como derecho fundamental, con el advenimiento del constitucionalismo social.

Sin embargo, la incorporación de la huelga en nuestro ordenamiento positivo no ha sido fácil, principalmente, porque se erige como un instrumento de presión destinado a modificar un determinado estado de cosas. En este sentido, configura una excepción al principio general que reprueba la vía de hecho dañosa para obtener un comportamiento de un tercero, de ahí que la reglamentación de este derecho ha estado orientada a crear pautas que permitan disminuir las consecuencias que pudiera generar el despliegue de las medidas de acción directa (6).

A partir de la investigación realizada, evidenciamos en nuestro ordenamiento jurídico cierta propensión hacia la flexibilización del derecho individual del trabajo, mientras observamos cómo se propicia una mayor regulación respecto del derecho colectivo. Asumimos que la reglamentación es esencial a la hora de efectivizar los derechos consagrados constitucionalmente, pero debemos cuidar que, en ese afán regulatorio, no se termine debilitando el instituto bajo análisis, sea por medio de las leyes, los decretos o las decisiones de los jueces.

En este contexto, acabamos asociando la idea de regulación con la de “limitación” del ejercicio de la huelga, como consecuencia ineludible de una concepción que percibe a la huelga como hecho patológico y no como mecanismo de autotutela.

A continuación, desarrollaremos una serie de aspectos en los que se vislumbra alguna limitación al derecho de huelga, sin perjuicio de aquellos otros que eventualmente incorpore la doctrina.

V. Titularidad del derecho

El hecho de que nuestra Constitución garantice el derecho a huelga a los “gremios”, ha lle-

(6) RECALDE, Mariano, "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", Edunpaz, José C. Paz, 2017, 1ª. ed., p. 508.

vado a que la doctrina mayoritaria pretendiera atribuir su ejercicio al sindicato que ostente personería gremial. En este sentido, fueron de gran influencia las sucesivas leyes de asociaciones sindicales dictadas desde 1958 (hasta llegar a la actual 23.551), que otorgaron el derecho de “huelga” a los sindicatos, así como también les reconocieron la exclusividad respecto del procedimiento de conciliación obligatoria y para la firma de convenios colectivos, ambos íntimamente ligados al ejercicio de la huelga (7).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió respecto de este tema en el caso “Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo” entendiéndose que, en virtud de un análisis integral sobre el art. 14 bis de la CN, la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a las asociaciones profesionales inscriptas en un registro especial, con personería gremial o simplemente inscriptas (8). Para la Corte, analizar la cuestión de la titularidad fue fundamental al momento de evaluar la legalidad de la huelga y denegar el reclamo de los trabajadores.

Asumiendo un criterio no restrictivo en materia de titularidad, cabe señalar que restringir el derecho de huelga podría significar la exclusión de aquellos que, ejerciendo su libertad sindical individual, han optado por no afiliarse a la organización sindical, pero pertenecen al gremio o la pluralidad de trabajadores (9).

Aun cuando la actuación de los sindicatos se materialice conforme los principios de libertad y democracia sindical, en la práctica, la huelga es llevada a cabo por los propios trabajadores. En vista de ello, resolver que la inexistencia de una organización sindical o la falta de adhesión a las existentes devenga en razón suficiente para negar el ejercicio de las medidas de acción di-

(7) GRISOLIA, Julio Armando, "Manual de derecho laboral...", ob. cit.

(8) CSJ, 93/2013 (49-0) /CS1 - "Recurso de hecho. CSJN, 07/06/2016, Orellano, Francisco Daniel c. Correo Oficial de la República Argentina SA s/ juicio sumarísimo".

(9) RAFFAGHELLI, Luis, "La huelga. Hecho y Derecho". El caso "ORELLANO" de la CSJN. Un pronunciamiento a-histórico. Recuperado de: https://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&t=d&id=8636.

recta de los trabajadores, podría llegar a desnaturalizarla como mecanismo de autotutela.

VI. Exigencia de un procedimiento previo

Otra forma de limitar el derecho de huelga tiene lugar a través del sometimiento a un procedimiento previo y obligatorio, sin el cual las medidas de acción directa serán reprochadas como ilícitas, con sus consecuentes sanciones y efectos no deseados.

La OIT se ha manifestado en diversas ocasiones, advirtiendo que las condiciones requeridas por la legislación para que la huelga se considere un acto lícito deben ser razonables y, en todo caso, no de tal naturaleza que constituyan una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales (10).

También ha expresado: “[L]os procedimientos legales para declarar una huelga no deberían ser complicados al punto de que en la práctica resulte imposible una huelga legal” (11).

Observamos esta clase de limitación, por ejemplo, en la redacción de la ley 14.786 que estatuye, ante un conflicto colectivo, la obligación de cualquiera de las partes de comunicar su intención de recurrir a una medida de acción directa a la autoridad administrativa, a fin de iniciar el procedimiento de conciliación obligatoria.

En este sentido, el Comité de Libertad Sindical ha insistido sobre el hecho de que, aun cuando la huelga pueda ser limitada transitoriamente por ley, tal limitación debería ir acompañada de procedimientos adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas. Como así también, ha sugerido que una legislación que ordena un procedimiento de conciliación y arbitraje (voluntario) como condición previa a la declaración de una huelga, no puede considerarse como atentatoria a la libertad sindical, siempre

(10) OIT, La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, 2018, Recuperado de: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---/www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---)

(11) OIT, "La libertad sindical...", ob. cit.

y cuando el recurso al arbitraje no tenga carácter obligatorio y no impida en la práctica el ejercicio de la huelga (12).

VII. Sometimiento a un tipo legal

Parte de la doctrina, coincide en la necesidad de elaborar una definición minuciosa, con el objeto de delimitar así la protección jurídica que se otorga a la huelga, circunscribiendo la salvaguarda a aquellos comportamientos que queden comprendidos dentro del tipo legal (13).

Las definiciones son importantes porque permiten determinar las cualidades esenciales de un tema en particular (la huelga, en nuestro caso) posibilitando su comprensión de manera unívoca. Pero intentar definir el fenómeno huelguístico, solamente a los efectos de reducir la huelga a un tipo legal y, posteriormente, excluir aquellas otras manifestaciones que no encuadren en la definición, resulta un comportamiento restrictivo que lejos de garantizar su ejercicio, intenta encuadrar nuestro fenómeno en un tipo penal, o por lo menos, sustraerle la protección pretendida.

VIII. Finalidad

Grisolia reflexiona:

“La huelga se caracteriza por el fin esencialmente profesional que la determina. Entre los fines profesionales que debe perseguir se encuentran los que tienden a lograr una mejora en las condiciones de trabajo, la aceptación por el empleador de las reclamaciones profesionales, el reconocimiento de un nuevo derecho, o que se evite el desconocimiento de uno existente” (14).

Por su parte, Mariano Recalde considera:

“La huelga es un medio de lucha de los trabajadores para concretar un régimen de mayor justicia social. Por consiguiente, los fines de la huelga se amplían considerablemente, no que-

(12) *Ibidem*.

(13) RECALDE, Mariano, "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", ob. cit.

(14) GRISOLIA, Julio Armando, "Manual de derecho laboral...", ob. cit.

dando reducidos solo a aspectos netamente gremiales, abarcando otros que, si bien pueden o no atañer a la actividad de que se trate de manera inmediata, repercuten o pueden repercutir indirectamente en las relaciones laborales o en el seno de una sociedad" (15).

Históricamente, en nuestro país, hubo una tendencia a considerar como lícitas solo a aquellas huelgas que se desarrollaran en el marco de una relación laboral. En la actualidad, el criterio de licitud de la huelga se despliega sobre una amplia gama de modalidades que han sido desarrolladas por los trabajadores en respuesta a los profundos cambios socioeconómicos acontecidos.

Entendemos que no podemos hacer restricciones donde la norma no las hace, y en este sentido, la Constitución Nacional no alude a la finalidad de la huelga, como tampoco lo hacen el resto de las reglamentaciones existentes en la materia. Por lo tanto, encontramos aquí un resquicio para apoyar la tesis amplia.

IX. Relación entre huelga y daño

Nuestra doctrina más restrictiva rescata la teoría italiana del daño injusto y la conmutatividad de los sacrificios, en virtud de la cual, para que la huelga sea considerada legítima, debería existir cierta relación entre el daño causado al empleador y la pérdida de remuneraciones por parte de los trabajadores, quedando así, ambos infortunios compensados.

Siguiendo la misma línea, toda medida de acción directa que provoque daños con posterioridad, se encontrará por encima de la garantía constitucional, provocando un daño "injusto" por contrariar los principios básicos de toda relación contractual, como la buena fe o el abuso del derecho (16).

(15) RECALDE, Mariano, "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", ob. cit.

(16) ÁLVAREZ, Eduardo, "Conflicto colectivo y derecho de huelga", en ÁLVAREZ - BERMÚDEZ - FERNÁNDEZ MADRID - LÓPEZ, G. - LÓPEZ, J. - RIAL - RODRÍGUEZ MANCINI - SCOTTI - SIMÓN - VALDOVINOS - VON POTOBOSKY, "Derecho Colectivo del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1998.

Naturalmente, estas teorías han sido objeto de numerosas críticas por otro sector de la doctrina, que entiende que el único objetivo de las posiciones más restrictivas es debilitar el ejercicio de la huelga, sin reparar en que la acción que se impugna se encuentra legitimada por el ordenamiento jurídico vigente.

La huelga se realiza para causar un daño, aun cuando esto no agote su teleología. Así, el daño se encuentra amparado constitucionalmente y no constituirá ilícito ni causará responsabilidad alguna, siempre que posea una finalidad reivindicativa de los derechos o intereses de los trabajadores (17).

Adherimos a esta última postura, en el entendimiento de que incurrir a la medición del daño a fin de conceder o no el carácter de licitud a la huelga, resulta excesivo. El daño es inherente al ejercicio de la huelga porque constituye el elemento de presión del que se valen los trabajadores en el intento de reivindicación de sus derechos.

X. Reglamentación de la huelga en los servicios esenciales

La ley 25.877, en su art. 24, establece que cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. De esta manera, queda instituido uno de los mecanismos de restricción de la huelga más efectivos, a nuestro criterio.

En este sentido, el texto de la ley 25.877 prevé la obligación de "garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción", de forma idéntica a la ley 25.250 y utilizando un concepto de tanta vaguedad como el que establecía el dec. 2184/1990. Pese a la imprecisión señalada, es indudable que los servicios deben ser mínimos y la imposición de guardias solo se justifica cuando se produzca en la menor medida posible (18).

(17) LÓPEZ, Justo, "La huelga como acto jurídico", en Revista de Legislación del Trabajo, 1972, T. XX.

(18) RECALDE, Mariano, "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", ob. cit.

La huelga en los servicios esenciales plantea un antagonismo entre dos intereses jurídicos que deben ser tutelados por igual: el derecho constitucional de huelga, por un lado, y el derecho de los usuarios a no ver interrumpidas aquellas actividades que se consideran indispensables para la vida en sociedad, por otro.

La ley no define qué es un “servicio esencial” pero se basa en los lineamientos de la OIT para señalar que se trata de aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, seguridad o salud de las personas, incluyendo también dentro de esta categoría, aquellas huelgas que por su extensión y duración pudieran poner en peligro la existencia de la población.

La ley enumera taxativamente cuáles son los servicios que considera esenciales: los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo. No obstante, permite que una actividad no incluida en la enumeración anterior sea calificada como servicio esencial por una comisión independiente, previa apertura del procedimiento de conciliación: a) cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a la enumeración, podemos señalar que la ley 25.877 incorpora “la producción y distribución de gas” como servicio esencial, apartándose aquí del criterio establecido por la OIT (también lo hace cuando excluye la categoría “servicios telefónicos”, que sí había sido considerada por la OIT como actividad esencial).

El dec. 272/2006 viene a reglamentar los conflictos colectivos de trabajo que dan lugar a la interrupción total o parcial de servicios esenciales y crea la Comisión de Garantías, que quedará conformada finalmente a través del dec. 362/2010. En este punto, se observa un importante avance, al quitarle la facultad otorgada al Ministerio de Trabajo para determinar qué servicios se consideran esenciales y sobre qué otras actividades, resultaría extensible dicha ca-

lificación, colocando esta potestad en cabeza de una comisión independiente.

En el art. 7° del dec. 272/2006, se desarrolla el procedimiento a seguir en carácter previo al dictado de una medida de acción directa. Así, se establece un doble preaviso antes de efectivizar la huelga: primero, se debe transitar el procedimiento de conciliación obligatoria, establecido en la ley 14.786, y concluida esa instancia, corresponde preavisar a la otra parte y a la autoridad de aplicación de modo fehaciente, con cinco días de anticipación. Evidenciamos aquí, una nueva restricción al derecho de huelga, puesto que el doble preaviso limita su ejercicio y le resta carácter sorpresivo a la medida, cercenando así los efectos deseados por los trabajadores.

A continuación, se establece en el art. 8° la forma en que se determinarán los servicios mínimos que deberán mantenerse durante el conflicto, así como también las modalidades de ejecución y las personas que estarán a cargo de estos. Ante el incumplimiento de alguno de los preceptos establecidos (o para el caso de que los servicios acordados resultaran insuficientes), se faculta a la autoridad de aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, a fijar los servicios mínimos que resulten imprescindibles (así como la forma de desempeñarlos y la cantidad de trabajadores alcanzados) a fin de resguardar los derechos de los usuarios afectados. En este punto, con base en la posición que ha fijado en repetidas ocasiones la OIT, resulta cuestionable la delegación efectuada al Ministerio de Trabajo como organismo habilitado para decidir este tipo de cuestiones.

Respecto de las obligaciones del empleador, se establece que este garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de cuarenta y ocho [48] horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. De igual modo, deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la acti-

vidad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas.

El art. 14 del referido decreto determina el régimen sancionatorio aplicable ante el incumplimiento de la normativa vigente, resultando de aplicación las sanciones establecidas por las leyes 14.786, 23.551 y 25.512, como así también las de los estatutos y convenciones existentes.

Otra observación que cabe realizar es que, aun cuando la OIT ha reiterado la necesidad de otorgar garantías compensatorias a los trabajadores cuando se restringe el ejercicio del derecho de huelga, la reglamentación ha omitido referirse expresamente a estas.

XI. Crítica a la dogmática jurídica

Intentar estudiar el derecho de huelga desde una concepción estrictamente normativa, implica ignorar los supuestos teóricos sobre los que se construyen las diversas posiciones. En este orden de ideas, los operadores jurídicos perciben al derecho como una realidad separada de las demás dimensiones existentes (económica, política, cultural, etc.), sin reparar en que solo a partir de estas últimas, puede determinarse el verdadero alcance y sentido de las normas.

La dogmática jurídica se identifica con una perspectiva teórica que supone una aplicación de conceptos y principios lógico-formales al ámbito de lo jurídico. En efecto, las conclusiones del razonamiento jurídico alcanzado se vuelven necesarias y únicas, garantizando a través de la aplicación de tales principios la expectativa de seguridad jurídica (19).

A propósito de lo expuesto, creemos que la tendencia a abordar el derecho de huelga desde una perspectiva normativa puede generarnos una percepción inexacta, o al menos acotada, de nuestro objeto de análisis. Ello es así, porque detrás de todo conflicto laboral, se mantiene latente un conflicto social, propio del modelo capitalista en el que vivimos.

(19) ÁLVAREZ, Luciana, "Algunos problemas que caracterizan las prácticas contemporáneas de producción de conocimiento jurídico", 2017, Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-554X2017000300268.

El abordaje desde una perspectiva normativista es loable cuando, eventualmente, contribuye a la solución de problemas concretos, pero de por sí, no es suficiente para alcanzar rigor científico y convertirse en un postulado de aplicación universal.

Por su parte, el Doctor Remo Entelman refiere a la dimensión del conflicto en el marco del saber jurídico, describiendo sus elementos y modos de ser, y desarrollando métodos idóneos, tanto para el tratamiento de los conflictos, como para el perfeccionamiento de los propios métodos. De esta manera, su pensamiento no se agota en la problemática de la resolución, sino también se ocupa de la gestión y operatividad del conflicto (20).

Así las cosas, la resolución de los conflictos puede clasificarse en dos grupos:

- resolución por parte de un tercero: proceso judicial y arbitraje;
- resolución autónoma: negociación de las partes y mediación;

Entelman, reconoce en el "sistema jurídico" un sistema violento para la resolución de conflictos, en cuanto otorga el monopolio del uso de la fuerza al Estado con el objeto de mantener el orden social. No obstante, las demás disciplinas sociales estarían facultadas para desarrollar otras técnicas y metodologías pacíficas que permitan administrar y resolver los conflictos (21).

En este aspecto, advertimos que el conflicto no puede reducirse al estudio de la dogmática jurídica, atento que posee un componente social intrínseco, cuyo análisis resulta determinante a fin de alcanzar una solución integral. Lamentablemente, los conflictos cobran notoriedad recién cuando se visibilizan sus consecuencias, solapándose así sus verdaderas

(20) ENTELMAN, Remo (2002), "Teoría de los Conflictos - Hacia un nuevo paradigma", en ROJAS DE GONZÁLEZ, Silvina (2011), "Teoría de Conflictos y Mediación. Entender los conflictos para poder solucionarlos", Editorial Científica Universitaria de la Universidad Nacional de Catamarca, Catamarca, 1 ed., p. 15.

(21) *Ibidem*, p.17.

causas y propendiendo a la naturalización de las relaciones de poder.

XII. Un posible abordaje interdisciplinario

La huelga encuentra sustento en el derecho de resistencia a la opresión, que constituye uno de los derechos humanos fundamentales del régimen de derechos de la persona humana y cuyo marco de actuación, por ende, es la sociedad. En consecuencia, su análisis no puede reducirse al estudio del derecho del trabajo o del contenido de las sentencias judiciales. En este orden de cosas, la huelga debe ser objeto de estudio de la teoría política o de la filosofía política (22).

Según una publicación realizada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (23), las protestas sociales —entre ellas, la huelga— se enfrentan constantemente al problema de la intervención del Estado que, lejos de adoptar políticas que permitan revertir el crecimiento sostenido del desempleo y la pobreza, contribuyó con su accionar a profundizar la exclusión social, limitándose únicamente a desarticular los conflictos de manera temporaria por medio de la asistencia social.

Durante los últimos años, existió una tendencia a criminalizar el conflicto a través del inicio de numerosos procedimientos judiciales a quienes osaran alterar el orden existente por medio de alguna medida de acción directa. De esta manera, el poder del Estado, lejos de constituir una garantía para la paz social, termina convirtiéndose en un instrumento de control social. Empero, el ámbito de la justicia no es el único que posee fuerte inclinación hacia la criminalización de la huelga: antes aún, lo hace el legislador cuando no define figuras de relevancia como la que nos ocupa o cuando deja vacíos legislativos en temas que exigen mayor atención por parte del Estado. También, el poder ejecutivo, en ocasiones, criminaliza los conflictos al permitir la intervención de las fuerzas de segu-

ridad, sin antes evaluar si se trata de un hecho ilícito o no (24).

El sociólogo Lewis Coser, ya en el siglo pasado, cuestionaba la posición de numerosos autores que —lejos de considerarlo como inherente a todas las relaciones sociales— veían en el conflicto un fenómeno destructor y pretendían reducirlo a su mínima expresión, respondiendo lógicamente a los intereses de una clase dominante.

En este sentido, el autor expresaba:

Quienes adoptan las decisiones se preocupan por conservar y, de ser posible, fortalecer las estructuras de organización, a través de las cuales, y en las cuales, ejercen poder o influencia. Cualquiera que sea el conflicto que ocurra en el interior de estas estructuras, a ellos les parecerá antifuncional (25).

Los sistemas sociales toleran el conflicto en diferentes grados. Por consiguiente, cuentan con mecanismos que permiten canalizar la hostilidad y el descontento, manteniendo intactas las relaciones antagónicas de base. También, lo hacen a través de instituciones que funcionan como “válvulas de seguridad” sustituyendo los objetivos hacia los cuales desplazan los sentimientos hostiles. En consecuencia, el conflicto se desplaza de la relación poco satisfactoria original a otra en que la meta que el actor se propone ya no es la de alcanzar un resultado determinado, sino la de aliviar la tensión (26).

Finalmente, el autor concluye:

“La consideración de la diferencia entre los diversos tipos de conflicto, así como los tipos de estructuras sociales, nos lleva a concluir que el conflicto tiende a ser poco funcional para una estructura social en la que no hay tolerancia e institucionalización del conflicto o en la que las hay, pero de manera insuficiente. La intensidad de un conflicto que amenace con la desintegración, que ataque la base consensual de un siste-

(22) SPAVENTA, Javier, "Análisis alternativo sobre la huelga y otras formas de protesta", Buenos Aires, 2016. Recuperado de: <http://relats.org/documentos/DERECHO.Spaventa.pdf>.

(23) Centro de Estudios Legales y Sociales, El Estado frente a la protesta social 1996-2002, Siglo veintiuno Editores Argentina SA, Capital Federal, 2003.

(24) *Ibidem*.

(25) COSER, Lewis (1961), "Las funciones del conflicto social", Fondo de Cultura Económica, México, p. 29.

(26) *Ibidem*, p. 178.

ma social, está en relación directa con la rigidez de la estructura. Lo que amenaza el equilibrio de dicha estructura no es el conflicto como tal, sino la rigidez misma que permite la acumulación y canalización de los sentimientos de hostilidad hacia una línea principal de ruptura tan pronto como el conflicto se produce” (27).

Creemos que el conflicto constituye un elemento estructural que define las relaciones entre capital y trabajo. Por este motivo, ha sido objeto de estudio de numerosas corrientes de pensamiento que atribuyeron mejor o peor prensa a la huelga, según el contexto histórico en el que tuvieron lugar, pero siempre partiendo de la premisa de que nos encontrábamos frente un indiscutible hecho social.

XIII. Hacia una factible solución integral

El sector empresarial se valió del suceso de la revolución tecnológica y la modernización de la economía para implementar una serie de transformaciones en las relaciones de producción que precarizaron la fuerza de trabajo y disminuyeron el margen de acción de los trabajadores, con efectos de notoria significación sociológica. A modo de ejemplo, podemos mencionar la creciente individualización del vínculo entre trabajadores y empleadores y la flexibilización laboral instaurada como modelo empresarial. De este modo, las empresas lograron establecer nuevos esquemas disciplinarios y de control de la fuerza de trabajo, y a su vez, consiguieron limitar las acciones de los sindicatos, al quitarles base de poder y representatividad (28).

En este sentido, creemos que el rol de los sindicatos es fundamental y debemos confiar en su capacidad de reinventarse con el objeto de poder hacer frente a las profundas transformaciones que se producen a nivel mundial. Los sindicatos deben recuperar la solidez que supieron tener en otras épocas como defensores de los intereses de los trabajadores y para ello,

(27) *Ibidem*, p. 180.

(28) MONTES CATÓ, Juan, "Reflexiones teóricas en torno al estudio del conflicto laboral. Los procesos de construcción social de la resistencia", Trabajo y Sociedad Indagaciones sobre el trabajo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas N° 9, vol. IX, Santiago del Estero, 2007.

necesitan ser objeto de una profunda transformación.

En palabras del Dr. Chartzman Birenbaum, los sindicatos confrontan situaciones nuevas y complejas que dificultan estrategias de largo plazo. Ejemplo de ello, constituyen la disminución de la participación activa de los trabajadores en la organización, la dificultad para obtener nuevas conquistas y la ineficacia de las formas de lucha tradicionales (29).

Ante esta realidad, la negociación colectiva adquiere una nueva dimensión, en la que ya no se presenta como un acto que ocurre en un momento determinado y cuyo único fin es el convenio, sino que se constituye como un proceso continuo, donde el centro de atención estará puesto, precisamente, en el desarrollo de las negociaciones como pauta para hacer frente a las nuevas situaciones (30).

En este aspecto, compartimos la postura explicitada y anhelamos profundamente que los sindicatos logren reconvertir su imagen y puedan volver a erigirse como representantes y defensores de los intereses de los trabajadores, ya sea mediante el diálogo y el consenso —como premisas fundamentales para el desarrollo de las negociaciones— o a través de la confrontación, cuando las instancias referidas se hubieren agotado.

El Dr. Loguarro, en una postura con la que coincidimos plenamente, propicia una mirada política que, a diferencia de la posición jurídica tradicional, contemple al conflicto como inherente, natural y propio de toda sociedad, con el objeto de estimular acciones concretas que posibiliten la construcción de acuerdos y consensos colectivos para su resolución y superación (31).

(29) CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto (2014), "Crisis del modelo sindical argentino". Recuperado de: <http://congresosartra.com/MARDELPLATA-2014/po-nencias/BIRENBAUM- Crisis%20del%20modelo%20sindical.pdf>.

(30) *Ibidem*.

(31) LOGUARRO, Claudio Fabián (2017), "Sobre poliedros, juncos y conflictos colectivos". Recuperado de: <http://revista-ideides.com/sobre-poliedros-juncos-y-conflictos-colectivos/>

En otras palabras, se propone como respuesta factible a la conflictividad, la negociación permanente a través de un modelo que logre conciliar la libertad sindical, por un lado, con sindicatos fuertes y eficaces, por otro, ante la presencia de un Estado que establezca las normas jurídicas necesarias para posibilitar el margen de acción necesario.

Por otra parte, con base en las experiencias observadas en nuestro país, confiamos en la capacidad de autorregulación del ejercicio del derecho de huelga, con sustento en las numerosas prácticas desarrolladas a lo largo del tiempo, respecto de las cuales se asumió con entera responsabilidad el ejercicio de la huelga como derecho constitucional, sin llegar a poner en peligro verdadero a la población.

XIV. Medios de prevención y autocomposición de conflictos

Hasta aquí, nos encontramos en condiciones de afirmar que la huelga no es el conflicto propiamente dicho, sino que constituye una manifestación de la tensión existente entre dos clases antagónicas, donde solo podrá aspirarse a la obtención de treguas temporarias, atento al carácter permanente y estructural de la conflictividad en el modelo capitalista.

En este contexto, la huelga presenta una nota característica y esta es que, a pesar de las constantes restricciones impuestas históricamente por el derecho (cuyo único objeto ha sido neutralizarla con motivo de la amenaza que ella implica al orden de cosas existente), la huelga jamás ha perdido vigencia. Así, mientras la voluntad de los obreros permanezca, y cuando la situación lo amerite, el fenómeno huelguístico seguirá venciendo las limitaciones impuestas.

Por otra parte, la Constitución Nacional garantiza a los gremios el derecho a "recurrir a la conciliación y al arbitraje". En este sentido, cabe aclarar que en su mayoría los conflictos se resuelven a través de la negociación colectiva. Solo cuando la negociación no fuera posible, tendrán lugar los métodos de solución heterónomos referidos en nuestra Constitución.

La conciliación es una instancia de solución de los conflictos colectivos de trabajo regulada

a través de un procedimiento legalmente establecido, mediante el cual el Estado, contribuye a que las partes puedan arribar a un acuerdo, por decisión propia. El arbitraje, en cambio, es un procedimiento mediante el cual las partes, de común acuerdo, designan a una persona ajena a ellas para que resuelva el diferendo, estableciendo previamente los puntos precisos de conflicto y un plazo determinado (32).

De cualquier modo, se procura la adopción de métodos de solución pacífica que permitan evitar el ejercicio de las medidas de acción directa. Estos métodos de solución de conflictos pueden surgir de las leyes (como la ley 14.786, de conciliación obligatoria), de decretos (el caso del dec. 272/2006, sobre la huelga en los servicios esenciales) o de los convenios colectivos, cuando en ellos se postulan medios de autocomposición.

En este punto consideramos que, a partir del diálogo y el consenso, con una mejor predisposición hacia el otro y mayor empatía, se podrá arribar a soluciones más sanas y equitativas para la sociedad.

XV. Conclusión

A lo largo del presente trabajo se analizó la forma en que el derecho de huelga es receptado por nuestro ordenamiento jurídico, las diferentes conceptualizaciones con las que se intentó delimitar su campo de acción y las restricciones a las que se ha encontrado constantemente sometido.

A su vez, se analizó la influencia ejercida por la dogmática jurídica y la excesiva tendencia a la reglamentación del ejercicio de la huelga, con sus insoslayables efectos.

Posteriormente, se realizó un abordaje interdisciplinario del fenómeno huelguístico a fin de verificar las posibles respuestas que pueden obtenerse desde otras áreas de estudio, desarrollando una mirada de la huelga como conflicto social y no desde el ámbito meramente laboral.

En virtud de lo desarrollado, podemos inferir que la recepción de la huelga en nuestro or-

(32) RECALDE, Mariano (2017), "Manual de Derecho Colectivo del Trabajo", Edunpaz, José C. Paz, 1a ed., pp. 581-582.

denamiento jurídico —tal como ocurrió en el resto del mundo— ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, atravesando en primer lugar, por una etapa de represión, arribando luego a otra etapa de tolerancia y obteniendo finalmente, una instancia de reconocimiento constitucional.

Sin perjuicio de ello, la huelga se ha visto históricamente sometida a constantes restricciones por parte del derecho, evidenciándose ello como un intento de neutralizar la amenaza que esta implica respecto del orden de cosas existente y no como un mecanismo tendiente a garantizar su ejercicio de manera eficaz. Así, la doctrina ha procurado delimitar sus alcances a través de la elaboración de diversas conceptualizaciones, la jurisprudencia lo ha hecho a través de sus decisiones y el resto, ha sido obra de las leyes y decretos dictados en la materia.

Empero, la huelga jamás perdió vigencia. Y en este aspecto nos queremos detener: porque la huelga no es el conflicto en sí mismo, sino la manifestación de la tensión existente entre dos extremos, en los que subyace una relación de poder.

El conflicto es estructural e inherente al capitalismo. Por este mismo motivo, entendemos que constituye un hecho social, y como tal, requiere de un abordaje interdisciplinario que posibilite el cuestionamiento del orden social y de los grupos que detentan el poder, con el fin de propender hacia una sociedad más igualitaria.

Se pondera la importancia de los sindicatos, como representantes de los intereses de los trabajadores, en el desarrollo de las negociaciones y/o acciones de confrontación. En este sentido, se plantea su necesaria adecuación a las nuevas y adversas situaciones que se presentan, a efectos de recuperar la fortaleza y base de representatividad que supieron tener.

También se propicia el rol proactivo que debe asumir el Estado a fin de garantizar un marco adecuado de negociaciones permanentes para los sindicatos.

Por último, se sugieren alternativas de solución pacífica de conflictos, como mecanismos de prevención y autocomposición, que permitan construir consensos de una manera más sana para toda la sociedad.

Ahora bien, consideramos que los operadores jurídicos debemos asumir el rol protagónico que nos demanda la realidad socioeconómica que nos toca vivir, con el objeto de prevenir y/o combatir cualquier obstáculo tendiente a profundizar la distancia existente entre el derecho constitucional de huelga y su eficacia en la práctica. En principio, insistimos en que ese compromiso debe verse reflejado en las decisiones del Estado asumiendo un rol proactivo, pero también, debe plasmarse en la convicción de los juristas a la hora de manifestar una opinión, ofrecer una conferencia, ejercer la docencia o escribir una obra literaria.

Será imprescindible en esta cruzada, una firme convicción por parte de los que hacemos el derecho, en la preminencia de un interés social —situado por encima de cualquier perspectiva o motivación personal— con la profunda certeza de que la doctrina tradicional debe ser superada.

En otras palabras, el derecho debe ofrecer respuestas innovadoras y adecuadas al contexto socioeconómico en el que las mismas son requeridas. Para ello, es responsabilidad de todos sus actores contribuir en la búsqueda de soluciones que complementen la respuesta normativa con una concepción social de la huelga, proyectando mejores alternativas de autocomposición y prevención de conflictos, siempre con el fin último de alcanzar la justicia social.

Actualidad en Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires 7/2021

Emilio E. Romualdi

Sumario: I. Recurso de inaplicabilidad de ley. Indemnización art. 132 bis. Monto indeterminado. Indemnización. Requisitos formales de la intimación.— II. Indemnización art. 132 bis. Requisitos sustanciales de procedencia. Recurso de inaplicabilidad de ley. Excepción del art. 55, ley 11653. Precedentes válidos. Tasa de interés. Constitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561.— III. Recurso de inconstitucionalidad. Procedencia.

I. Recurso de inaplicabilidad de ley. Indemnización art. 132 bis. Monto indeterminado. Indemnización. Requisitos formales de la intimación

I.1. SCBA, 08/06/2021, causa L. 122.910, “Rojo, Ariel Martin c. Electroingeniería SA. Diferencias salariales”

En primer lugar, se dijo que la impugnación referida a la sanción conminatoria establecida en el art. 132 bis de la ley 20.744 (texto según art. 43, ley 25.345) es —salvo puntuales excepciones— de monto indeterminado (art. 55, ley 11.653; causas L. 95.990, “Rodríguez”, sent. de 2/07/2010; L. 103.396, “Barragán”, sent. de 27/09/2013; L. 117.450, “Echegaray”, sent. de 8/04/2015 y L. 119.148, “Ferreira”, sent. de 20/12/2017).

Luego se sostuvo que cabía revocar el fallo en la que el juzgador declaró que la intimación formulada por el trabajador en los términos del art. 1º del dec. 146/2001 no abastecía los recaudos impuestos por la norma al no realizarse antes de la desvinculación contractual y no incluir con precisión el monto y destino de los aportes presuntamente retenidos.

Se sostuvo que la norma citada establece que para la procedencia de la sanción conminatoria objeto de reclamo, el trabajador “...deberá previamente intimar al empleador para que, dentro del término de treinta días corridos contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente que aquel deberá cursarle a este último, ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder, a los respectivos organismos recaudadores...”.

En ese marco se sostuvo que el órgano jurisdiccional de grado desestimó la pretensión en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo por conducto de exigir al actor el cumplimiento de requisitos -referidos a la materialización económica y al momento del reclamo- que no reconocen sustento en la correcta exégesis del texto de la norma.

Luego se dijo que para la procedencia de la indemnización prevista por el art. 132 bis de la LCT debe concurrir la retención por parte del empleador de algunos de los aportes o contribuciones a los que la norma hace referencia; la omisión de ingresar en tiempo propio, total o parcialmente los mencionados aportes ante el organismo, entidad o institución a que estuvieran destinados; y la subsistencia de esa

omisión al momento de extinguirse el contrato de trabajo (causas L. 108.019, “Morell”, sent. de 16/05/2012; L. 112.404, “Pastorini”, sent. de 11/12/2013 y L. 117.623, “Alarcón”, sent. de 2/09/2015).

En ese marco, se verificó en el caso la concurrencia de los requisitos necesarios para la procedencia de la sanción conminatoria del citado art. 132 bis (causa L. 121.919, “Cabrera”, sent. de 12/02/2020) dado que del cotejo de los recibos de sueldo acompañados por el actor a fs. 5/48 y el informe emitido por la AFIP, el juzgador tuvo por acreditado que en vigencia del vínculo el empleador realizó descuentos con destino a los organismos de la seguridad social sin ingresarlos en su totalidad (v. fs. 136/137).

Por otro lado, tuvo por reconocido el telegrama por el que el Rojo intimó a su empleadora (1 de noviembre de 2016) para que en el plazo de treinta días (art. 1º, dec. 146/2001) deposite los importes retenidos en concepto de aportes de la seguridad social y sindical.

II. Indemnización art. 132 bis. Requisitos sustanciales de procedencia. Recurso de inaplicabilidad de ley. Excepción del art. 55, ley 11653. Precedentes válidos. Tasa de interés. Constitucionalidad de las leyes 23.928 y 25.561

II.1. SCBA LP, 13/07/2021, Rl 124.045 I, “Olivera, Pablo Javier c. Cafés La Virginia SA y otros. Despido y cobro”

En esta causa se sostuvo que el art. 132 bis prevé la aplicación de la sanción conminatoria mensual a favor del trabajador en caso de haberse efectivizado retenciones sobre su remuneración en concepto de aportes con destino a los organismos o instituciones que allí se indican, no depositadas por el empleador al momento de la extinción del vínculo, ni al término del plazo de la respectiva intimación (causas L. 103.560, “Harismendi”, sent. de 17/08/2011; L. 107.254, “Alveira Garcilazo”, sent. de 5/06/2013, citada en el recurso, v. fs. 769 vta./772 vta.; L. 110.591, “Arguello”, sent. de 25/06/2014 y L. 117.623, “Alarcón”, sent. de 2/09/2015; e.o.).

Asimismo, se señaló que es facultad privativa de los tribunales del trabajo determinar —con arreglo a la prueba producida— si se verifican los requisitos a los que la norma indicada su-

bordina la aplicación de la sanción conminatoria mensual allí prevista. Las conclusiones que al respecto se formulen en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley no son revisables en casación, salvo que se invoque y acredite el supuesto excepcional de absurdo (causas L. 108.019, “Morell” y L. 108.019, “De Luca”, sents. de 16/05/2012; L. 119.786, “Gómez Jiménez”, sent. de 27/06/2018; e.o.).

En este caso se dijo que resultó probado —en conclusión, que arribaba firme a sede casatoria— que al actor se le realizaron las retenciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindical y que esos descuentos surgen acreditados mediante los recibos de sueldo agregados por la parte actora donde se los individualizan como “jubilación; ley 19.032; OSECAC y Sind. Empleados de Comercio”.

En el fallo de los hechos, el tribunal consideró probado “que Spell SA hizo el depósito de las sumas retenidas al trabajador y sobre esta base, el órgano judicial de grado se limitó a rechazar el reclamo deducido por el actor al amparo del mencionado art. 132 bis, alegando que en el supuesto de autos “...se encuentra acreditado que se efectuó el depósito de las sumas retenidas a Olivera. Si se considerase que el trabajo es sin registro tampoco puede prosperar, ya que, en la doctrina de la SCBA, para que proceda la indemnización debe existir fondos retenidos y no aportados [...] situación ajena a los trabajos sin el debido registro del contrato...”

Se afirmó que contrariamente a la conclusión del tribunal de origen, a partir del cotejo de los recibos de sueldo acompañados y del informe emitido por la AFIP —certificado del art. 12, inc. g de la ley 24.241—, se dijo que solo era posible constatar que la patronal realizó el depósito de las retenciones efectuadas con destino al sistema jubilatorio (11%). Sin embargo, no se desprende de ello que el *a quo* ingresara a analizar el cumplimiento de la carga de depositar las deducciones realizadas con destino a la obra social y aportes sindicales efectivamente retenidos.

Luego se dijo que la Corte provincial que lo transcribió por el interesado para fundar su recurso corresponde al precedente de este Tribunal Ac. 59.366, “Centeno” (sent. de 10/06/1996) para justificar la “obligatoriedad” o “carácter

vinculante” que atribuye a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde a la opinión personal de uno de los Ministros integrantes, no constituyendo entonces “doctrina legal” que permita subsumir el caso en la hipótesis de excepción contemplada en el citado art. 55, párr. 1° *in fine* de la ley 11.653.

Para más, y ello demostraba nuevamente la inhabilidad del entramado diseñado en el recurso en examen, se advierte una equívoca lectura por parte del interesado de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación individualizados como S.722.XXIV “Simonet” (sent. de 4/10/1994) y C.161.XXV “Chaine” (sent. de 13/10/1994), toda vez que en esos pronunciamientos en modo alguno el Alto Tribunal se pronunció por la inaplicabilidad en los “juicios laborales” de tasas de interés como la dispuesta en la ley 14.399. Luego se recordó que los fallos de la Corte nacional (como los de otros tribunales) no constituyen la doctrina legal que hace viable el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 278, CPCC; 55, ley 11.653; causas L. 92.935, “P, A.”, sent. de 25/03/2009; L. 105.414, “Valencia”, sent. de 30/05/2012; L. 121.429, “Maravilla”, sent. de 19/09/2019; e.o.).

Tampoco son aptos los argumentos destinados a evidenciar la configuración de una “cuestión federal”, como otro de los caminos para sortear las restricciones procesales que imperan en el caso.

En relación con el planteo con arreglo al cual se cuestiona la constitucionalidad de la ley 14.399 por contener —en opinión del impugnante— una tasa de interés “fuertemente negativa”, carece de la necesaria denuncia de violación de doctrina legal, en el sentido y con los alcances en que ha sido definida por esta Suprema Corte (causas L. 92.472, “Gnemmi”, sent. de 30-XI-2011; L. 116.975, “Kilimik”, sent. de 27-VIII-2014; L. 118.398, “Amor”, sent. de 24/05/2016; e.o.).

Aun cuando tal señalamiento sella la suerte adversa del medio de impugnación, cabe agregar que si bien la SCBA —entre otros— en el precedente L. 108.164, “Abraham” (sent. de 13/11/2013) juzgó que la mentada ley se encontraba en pugna con la Constitución nacional,

ello fue en la inteligencia de que legisla sobre una materia de derecho común cuya regulación es competencia del Congreso de la Nación (arts. 31, 75, inc. 12, 126 y concs.). Dicho fundamento, palmariamente distinto al esgrimido por el quejoso, condujo a esta Corte a una definición igualmente disímil a la pretendida por aquel: la aplicación de la tasa de interés que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, tasa pasiva que con posterioridad precisó debía ser la “más alta” (causa L. 118.587, “Trofe”, sent. de 15/06/2016).

Finalmente, se afirmó no quedaba margen para ingresar en el análisis de la denunciada inconstitucionalidad de los arts. 7° y 10 de la ley 23.928; 4° y 5° de la ley 25.561, puesto que tal planteo fue esbozado como una de las tantas motivaciones destinadas a justificar el daño que derivaría de la aplicación de la tasa de interés empleada por el tribunal de la instancia ordinaria, en una tesis que —a mayor abundamiento— es contraria a lo expresado por la Corte en cuanto reiteradamente ha declarado la validez constitucional de aquellas normas que prohíben expresamente toda forma de actualización monetaria, indexación de precios o repotenciación de deudas (causas L. 105.189, “Portillo”, sent. de 7/09/2011; L. 107.840, “Cimadoro”, sent. de 18/04/2012; L. 117.358, “Isa”, sent. de 26/03/2015; e.o.) sin que se aporten argumentos aptos para desvirtuar la aplicación de la doctrina citada.

III. Recurso de inconstitucionalidad. Procedencia

III.1. Recursos extraordinarios en ejecución de sentencia. Excepcionalidad de procedencia

III.1.a. SCBA, 08/06/2021, LP Rl 125730 I., “Girimonti, Alejandro Rafael c. Asociación Judicial Bonaerense. Despido. Recurso de queja”

En esta causa se sostuvo que, si bien por regla las decisiones recaídas en el trámite de ejecución de sentencia no son susceptibles de recursos extraordinarios debido a no constituir sentencia definitiva en los términos de los arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial, en el *sub examine*, en que se encontraba en debate el alcance o valor de la cosa juzgada, tal principio debe ceder (causas Ac. 99.170, “Banco de

La Pampa”, resol. del 11/06/2008; Ac. 98.506, “Arzuaga”, resol. del 11/03/2009; C. 106.650, “Maiale”, resol. del 31/08/2011; C. 119.715, “Milanese”, resol. del 29/04/2015 y L. 118.779, “Chiaramon-te”, resol. de 7/10/2015).

III.2. Indemnización por antigüedad. Modo de cálculo. Inconstitucionalidad

III.2.a. Tribunal del Trabajo de Chacabuco 1, 15/06/2021, “Orlando, Evangelina Valeria c. Orsini, Santiago y otro/a . Despido”

En lo relevante del fallo se establece marco de un despido indirecto la inconstitucionalidad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo que se considera una deuda de valor. Ello así, dado que, al tomar como base de la indemnización, a la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año laborado, en un contexto inflacionario como el que atraviesa el país, vulnera el derecho del trabajador a obtener una retribución justa. Se sostuvo que cuando hay suscita una crisis económica no puede considerarse justo que por aplicación lisa y llana del texto del art. 245 de la LCT el empleador —incumplidor y moroso— extinga mediante pago su obligación abonando al trabajador una indemnización calculada sobre la base de la remuneración histórica vigente al momento del despido.

Ello dado que el interés aplicable conforme doctrina de la SCBA en ningún caso alcanza a cubrir la pérdida del poder de compra del salario, producida entre el momento del despido y el efectivo pago lo que configura una disminución inadmisibles, con merma de los derechos constitucionales del trabajador en cuanto a su propiedad, a una reparación plena y al salario justo y suficiente.

En ese contexto, afectado el principio de irrenunciabilidad se declaró la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT en cuanto establece que a los efectos del cálculo de la tarifa indemnizatoria debe tomarse como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año. Así, al establecerse como dineraria una obligación de valor la dilación en su cancelación y la depreciación monetaria produce un efecto que vulnera el derecho de este a una retribución justa, conforme lo establecido en el art. 14 *bis* de la Carta Magna.

III.3. Acuerdo homologado en Comisión Médica. Alcance de este. Cosa Juzgada administrativa

III.3.a. Tribunal de Trabajo N° 1, 21/05/2021 “Pergamino Gómez, Walter c. La Segunda ART. Materia a categorizar”

En esta causa se sostuvo que la cosa juzgada administrativa del art. 15 de la LCT opera solo y exclusivamente con relación a las lesiones establecidas en el acuerdo conciliatorio en sede administrativa el que debe asimilarse a los efectos de una sentencia judicial firme que adquirió el valor de cosa juzgada en la medida que se verifiquen los presupuestos que su existencia de la cosa juzgada administrativa. Ello así dado que el fundamento de la cosa juzgada responde a elementales principios de orden, seguridad y certeza jurídica, y que ello guarda estrecho vínculo con garantías constitucionales (arts. 17 y 18), que la cosa juzgada, goza de la protección del derecho de propiedad, pero (atención con esto) su inmutabilidad, no es tal cuando ostenta carácter “irrito”. En ese contexto general se dijo conforme las constancias de autos, no surgía configurado el presupuesto de triple identidad, y que la incapacidad que se solicitaba derivada de la lesión del dedo meñique no había sido incluida en el acuerdo suscripto en la Comisión Médica motivo por el cual se rechazó la excepción y cosa juzgada interpuesta por la demandada.

III.4. Acción de revisión de trámite ante comisiones médicas. Vencimiento del plazo. Silencio administrativo

III.4.a. Tribunal del Trabajo N° 5 del Departamento Judicial de Quilmes, 28/06/2021, Kruckenberger, Omar Mateo c. OMINT ART SA. Accidente de trabajo - acción especial

En esta causa se sostuvo que si bien la excepción de falta de acción no resulta una de previo y especial pronunciamiento conforme la norma adjetiva que rige el procedimiento laboral en la provincia de Buenos Aires —art. 31, ley 11.653—, siendo que la demandada la ha fundado, en que el actor ha accedido en forma incorrecta a la justicia, lo que pudiera llevar, tal como lo solicita la parte accionada, a una inaptitud jurisdiccional de este tribunal para entender en estos autos, derivando en una incompetencia material, se trató de acuerdo con esta —arts. 11 y 12 ley 11.653—.

En esta causa estaba incontrovertido que el actor inició el trámite previo y excluyente ante la C.M.J. Quilmes, que ordena con carácter obligatorio el art 1º de la ley 27.348 —art 1º, ley 14.997—. La discrepancia se centraba en que, mientras el actor señalaba que interpuso la acción laboral ordinaria de estos obrados habilitado por el transcurso de los 60 días hábiles administrativos que le impone la ley 27.348, para que la Comisión Médica se expida, sin que lo haya hecho, la demandada, en cambio, sostuvo que citado el actor a audiencia médica, cuya fecha no especificaba, este no compareció obligando a la administración a fijar nueva fecha.

El tribunal recordó que el único acto normativo, que suspende el transcurso del plazo perentorio fijado por el art 3º de la ley 27.348, es un accionar negligente o culposo del trabajador de no someterse al proceso administrativo como puede ser, la falta de concurrencia a una audiencia médica —art. 29, res 298/2017, SRT—.

Del expediente administrativo surgía de que este había sido iniciado por Kruckenberger en fecha 07/10/2020 y que hasta la fecha 1/05/2021, la C. M. J, no había citado a audiencia médica, siendo el primer acto posterior de la C. M. J., recién en fecha 22/05/2021 en la cual cita a audiencia médica para la fecha 07/06/2021, lo cual también corroboraba los dichos de quien accionaba. Por otra parte, los autos se iniciaron en fecha 7/05/2021, conforme surgía de esta la constancia digital de la causa.

Luego excedido el plazo del art. 3º de la ley 27.348, que la C. M. J. debe expedirse en el perentorio plazo de 60 días hábiles administrativos, el cual fuera adjetivado por la Dra. Kogan, en su voto in re “Marchetti”, fallo L. 121.939 sent. 13/05/2020, como fatal. Luego, aquello que es perentorio resulta imposible de aplazamiento y si tal concepto además es calificado de fatal se lo está definiendo como de un plazo que resulta inevitable, improrrogable —de este tribunal, “Colmano, Sebastián”, expte. N° 16.495, Sent. inter. del 9/06/2021, entre otros—. A su vez el art. 29 de la res 298/2017 SRT, dispone que el acto definitivo de la C. M. J deberá ser expedido dentro de los 60 días hábiles contados desde la primera presentación debidamente cumplimentada. La Comisión Médica, en los tramites de “Divergencia en la determinación de la incapacidad”,

se expide a través del acto de alcance particular emitido por el titular del Servicio de Homologación —capítulo II título I Res 298/2017; art. 2º, inc. 3º, ap. a, res 899E/2017 SRT—, cuestión, que conforme surge del expediente digital remitido por la SRT, al momento de interposición de la acción, no había ocurrido.

Luego se afirmó que la única estipulación que exige el art. 2º, inc. J, ley 15.057, respecto de la acción laboral ordinaria, es que esta cumpla con los requisitos del art. 31 del mismo cuerpo legal, —idénticos a los previstos en el art 26, ley 11.653— cuestión con la que cumple acabadamente la acción interpuesta por el actor. Además, para habilitarle la vía judicial, quien acciona, debe invocar el silencio de la administración o acompañar el instrumento que acredite el agotamiento de la vía administrativa siendo la primera circunstancia la invocada en la demanda. Se dijo en relación con él que la ley adjetiva local, que conforme la SCBA implica la adecuación normativa requerida por el art. 4º de la ley 27.348, —“Marchetti”, fallo L. 121.939 sent. 13/05/2020—, no lo define, ni determina el alcance del “mal llamado silencio de la administración” sin embargo no resulta aplicable al caso de autos la doctrina de la SCJBA en torno a él, puesto que esta lo define en relación con el silencio de la administración reglado específicamente por la ley 12.008 (Mod. por la ley 13.101), no aplicable a cuestiones regidas por los convenios colectivos del trabajo o la normativa de carácter laboral, como los es la LCRT —art 4º, ley 12.008—, por cuanto atento la remisión que hace el art. 2º, inc. J a la ley 27.348, al título I de la LCRT, debe estarse a la configuración establecida en esta, cual es la disposición del art 3º, que le impone a la administración el plazo perentorio e improrrogable de 60 DHA —salvo por causa fundada en la investigación del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, con anterioridad a su acaecimiento; (situación no ocurrida en el expediente administrativo de autos)—, para que se expida, ya que en definitiva aquellos presupuestos de admisibilidad requeridos por la norma adjetiva provincial, no pueden ser diferentes a aquellos que reglamenta la LCRT y la res. 298/2017 SRT, para dar por concluida con la obligatoriedad de la vía reglada en el art 1º de la misma norma, cual el acto administrativo de alcance particular que clausura el proceso —agotamiento de la vía— o cum-

plimiento del plazo de 60 días hábiles administrativos. Lo que lleva a que, en el procedimiento reglado por el Título primero de la LCRT, la res. 298/2017, SRT y el art. 2º, inc. J de la ley 15.057, para que se considere configurado el llamado silencio de la administración, aquello que debe acreditar el trabajador, no es más que, el cumplimiento de dicho plazo y la falta de una resolución por parte de la administración antes de su acaecimiento, —“Colmano, Sebastian”, expte. N° 16.495, Sent. inter. del 09/06/2021, de este tribunal, entre otros—.

En otras palabras, el cumplimiento del plazo establecido por el art. 3º de la ley 27.348, sin que la administración se halla expedido, opera para el trabajador como un acto liberatorio de permanecer en la instancia administrativa, puesto que, ante caída de la obligatoriedad de esta, da igual que el trabajador continúe el trámite, que lo abandone a su antojo o que más allá del impulso que continúe la administración, el actor hubiera optado por la interposición de la acción laboral ordinaria como se trata en la cuestión traída al acuerdo.

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Lapso prolongado de silencio por parte del trabajador desde que retuvo tareas hasta que hizo efectivo el apercibimiento.

Si bien durante el intercambio telegráfico el trabajador señaló que retendría tareas hasta tanto se diera cumplimiento a las intimaciones formuladas a su empleador, y luego en su apelación manifestó que en verdad nunca habría dejado de prestar labores, lo cierto es que no existen pruebas que permitan acreditar que el trabajador haya concurrido a laborar luego de su primera intimación, por lo que resulta claro que el trascurso del lapso considerable de más cuatro meses en el cual el dependiente dejó de prestar tareas y guardó silencio hasta el momento que decidió hacer efectivo el apercibimiento llevan a inferir que medió tácitamente un acto disolutorio del contrato.

CNTrab., sala IV, 30/03/2021. - Petersen, Luciano Germán c. Fravega SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5329/2021]

Causa N° 51.491/2015

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 30 de 2021.

El doctor *Guisado* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia —fs. 283/281-I— se alzan ambas partes a tenor de los memoriales de agravios que obran en soporte digital, que recibieron sendas réplicas. La accionada apela por elevados los estipendios del perito contador y de la representación letrada de la parte actora, mientras que todos los profesionales cuestionan por derecho propio sus honorarios, al reputarlos insuficientes.

II. Razones de orden metodológico imponen analizar, en primer término, los cuestionamientos de la parte actora a la conclusión anterior relativa a la existencia de una extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo. Explica que en la demanda mencionó el porqué de haber esperado 129 días entre la intimación y el despido indirecto, a la par que sostiene que durante este tiempo continuó prestando tareas.

Formula disquisiciones acerca de los principios del derecho del trabajo y la operatividad de la presunción contenida en el art. 55 LCT.

En primer lugar, cabe señalar que el 30/10/2013 el accionante remitió una intimación a Frávega SA a fin de que procediera el registro del vínculo de acuerdo con la fecha de ingreso, categoría y remuneración que allí relata y destacó que retendría tareas “hasta tanto den ustedes cumplimiento a todas las intimaciones formuladas por mi parte, todo esto bajo apercibimiento de considerarme despedido injustamente” (v. CD 396447665 que obra en anexo de fs. 4).

El 04/11/2013 la accionada rechazó la intimación cursada por Petersen y destacó que “...Ud. No tiene relación de dependencia con esta empresa desde el 26/03/2008, fecha en que fue desvinculado de la misma no teniendo nada más que reclamar. Por ello nos extraña, desconocemos, negamos e impugnamos su indebida intimación a registrar relación laboral alguna en los parámetros imposible de la ley 24.013... dado que ud. no trabaja mas para nosotros desde el 26/03/2008 mal puede invocar el art. 1201 en relación a inexistente posibilidad de retención de tareas hasta cualquier tiempo atento inexistencia de obligaciones de nuestra parte rechazando pueda considerarse despedido injustamente en relación a esta empresa y que pueda apercibirnos en los términos de las multas previstas en la ley 24.013 y/ art. 47 de la ley 25.345...” (CD 410554230 del 04/11/2013 ver fs. 14).

El 19/03/2014, esto es, más de cuatro meses después de su primera intimación, el accionante indicó que “atento su constante conducta contraria a derecho, por la cual continúa negándose a inscribir la relación laboral que nos une bajo las normas vigentes...niego su CD 410554230 en todos sus términos y me considero despedido por su exclusiva culpa” (CD 327815078 que obra en anexo de fs. 4).

Dicha misiva fue respondida por Frávega SA el 25/03/2014 en los siguientes términos: “...rechazamos su TCL por improcedente, falso, malicioso y extemporáneo. Su pretendido despido indirecto resulta inoficioso atento que usted fue desvinculado de esta empresa el 26/03/2008 y desde esa fecha usted no volvió a trabajar bajo su dependencia laboral ni prestó ningún servicio para la misma, resultando por ello inaplicable la ley 24.013...” (CD 447095792 que obra a fs. 16).

Sentado lo expuesto, cabe recordar que el artículo 241 LCT establece en su tercer párrafo que “se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación”. Así, lo que la norma regula es el supuesto de extinción tácita de la relación, para ello, debe valorarse la voluntad de las partes, como el acto bilateral que extingue el contrato (art. 946 Cód. Civil de Vélez Sarsfield).

En el contexto analizado, es dable señalar que durante el intercambio telegráfico el trabajador señaló que retendría tareas “hasta tanto ustedes den cumplimiento a todas las intimaciones formuladas por mi parte”, mientras que en su apelación manifiesta que en verdad nunca habría dejado de prestar labores, pero lo cierto es que no existen pruebas que permitan acreditar que el trabajador haya concurrido a laborar luego de su primera intimación (30/10/2013).

Es claro entonces que el trascurso del lapso considerable de más cuatro meses en el cual el accionante dejó de prestar tareas y guardó silencio hasta el momento que decidió hacer efectivo el apercibimiento (19/03/2014) me lleva a inferir que medió tácitamente un acto disolutorio del contrato (art. 918 del Cód. Civil).

Y el momento del distracto ha de situarse en el instante en que comenzó a manifestarse la expresión de la voluntad, que normalmente coincide con la fecha en la que el trabajador, debiendo hacerlo, dejó de ponerse a disposición del empleador (ver mi obra junto a Enrique Herrera, “Extinción de la relación de trabajo”, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 211).

Pero aun desde una perspectiva favorable a la postura del accionante, en cuanto afirma que habría continuado prestado labores entre noviembre de 2013 y marzo de 2014 (extremo que, reitero, no se encuentra acreditado), lo cierto es que la evaluación de la contemporaneidad entre los hechos reprochados y la denuncia del ofendido, exigencia que resulta de la definición legal de la injuria (art. 242 LCT) tiene como punto de partida el momento en que el contratante cumplidor tuvo cabal noticia del incumplimiento que se propone invocar como impeditivo de la continuación de la relación (CNAT, Sala VIII, 25/08/1999, SD 28.160, “Giambrone, Oscar c. Banco Francés SA s/ despido”).

Es en este sentido que comparto lo expuesto por el Sr. Juez “*a quo*” en cuanto hizo especial hincapié en la circunstancia de que la accionada había desestimado la pretensión del actor de ser registrado oportunamente, pese a lo cual el este último ningun-

na determinación tomó en este sentido sino hasta el momento en el que hizo efectivo el apercibimiento dispuesto cuatro meses antes, lo que torna extemporánea la decisión rupturista.

Por lo demás, no enerva la conclusión precedente la invocación del principio “*in dubio pro operario*” sobre la base del nuevo texto del artículo 9° LCT conforme la redacción de la ley 26.428, por cuanto dicho texto (que restablece el primitivo de dicha norma, que había sido modificado por la ley 21.297), dispone una extensión del citado principio a la prueba de los hechos, pero los extremos reseñados no constituyen un supuesto de “duda” en la valoración de la prueba como el que regula la norma, por lo que no se torna operativa la regla mencionada.

Por los motivos expuestos, cabe desestimar la queja del recurrente. El resultado que aquí dejo propuesto torna inoficioso expedirse acerca del agravio medianamente el cual cuestiona que se haya desestimado la sanción prevista en el art. 2 de la ley 25.323 y el art. 15 de la ley 24.013, así como también los rubros correspondientes a la liquidación final.

III. También se agravia el accionante porque en grado no se analizó el reclamo por horas extras ni las diferencias salariales por categoría denunciados al inicio.

Sin embargo, advierto que la apelante no cuestiona sobre bases serias la conclusión del sentenciante de grado en torno de las inconsistencias de los testimonios de quienes declararon a propuesta del actor que enervaban las versiones por ellos expuestas en relación con los pormenores de la relación, esto es, la categoría y la jornada, sin perjuicio de que resultaban idóneas para acreditar el efectivo desempeño de Petersen en el establecimiento explotado por la accionada con posterioridad a su formal desvinculación, acaecida en 2008.

Nótese, en este sentido, que la parte actora se limitó a afirmar genéricamente en su memorial de agravios que todos los testigos habían sido contestes en avalar la tesis del inicio, pero nada dice en torno de la valoración efectuada en el fallo anterior, por lo que su memorial impide revocar la sentencia apelada con los alcances pretendidos.

A ello cabe añadir que, tal como lo señaló el Sr. Juez “*a quo*”, todos los testigos que declararon a propuesta del accionante indicaron tener pleito con los demandados y si bien esta Sala tiene dicho que la circunstancia de que algunos testigos tengan juicio pendiente contra la misma demandada al tiempo de su declaración, no los inhabilita como tales, y no se advierte razón alguna para descalificar sus testimonios cuando éstos se observan coherentes, concordantes y sufi-

cientemente fundados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron conocimiento de los hechos sobre los cuales se expiden (CNAT, Sala II, 10/10/2006, SD 94.530, “Jarzab, Susana c. Villa Real Cooperativa de Crédito Ltda. y otros s/ despido”), en el *sub lite* se da una circunstancia particular, y es que las demandas impetradas por los testigos mencionados persiguen idénticos reclamos a los aquí analizados. En este tipo de casos, en que los pleitos parten de presupuestos idénticos, la valoración de los testimonios de acuerdo con el principio de la sana crítica lleva a considerar la posibilidad de que los testigos carezcan de la necesaria independencia de criterio para declarar con objetividad; por ello la apreciación ha de efectuarse teniendo en cuenta esa circunstancia y de manera sumamente estricta.

Es desde esta perspectiva que cabe desestimar los cuestionamientos del accionante.

IV. Seguidamente me abocaré al análisis de los planteos de ambas partes en torno de la indemnización del art. 8 de la ley 24.013.

La parte actora cuestiona que para determinar la base de cálculo de este concepto no se haya considerado la remuneración devengada, pero en función de los extremos que expuse en el considerando anterior, no existen diferencias salariales a su favor para efectuar el cómputo pertinente, por lo que considero que la base salarial fijada en grado resulta ajustada a derecho y, por ende, cabe confirmarla.

Por su parte, la accionada formula un extenso cuestionamiento en relación con la supuesta insuficiencia probatoria para acreditar el desempeño del accionante con posterioridad al 2008 pero, sin perjuicio de las inconsistencias de los testimonios en cuanto a las particularidades de la relación que existió entre el accionante y Frávega SA, lo cierto es que todos ellos son contestes en señalar el efectivo desempeño de Petersen en el predio de logística de la accionada ubicado en el partido de Monte Grande con posterioridad al despido operado en 2008, dado que ellos también se desempeñaban en ese establecimiento y presenciaron la labor de Petersen.

Debe tenerse en cuenta que los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo y por eso quienes participan de ella son los que pueden aportar datos al respecto y en muchas ocasiones la prueba testimonial constituye el único elemento de convicción del cual depende el magistrado para esclarecer la cuestión en debate —arts. 386 y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— (CNAT, Sala III, 10/11/2005, SD 87.286, “Segovia, Jorge A. c. Automotores San Telmo SA y otro s/ despido”).

Contrariamente a lo expuesto por la accionada, ninguno de los testigos que declararon a propuesta de la parte actora describieron el desempeño de Petersen para otro empleador que no fuera el aquí demandado, lo que torna estériles las elucubraciones que formula con base en el testimonio de su dependiente. Y más allá de que se comparta o no la conclusión de grado, no existen puntuales cuestionamientos en torno de lo expuesto por el Sr. Juez “*a quo*” en cuanto sostuvo que si bien pudo haber intervenido un tercero (un tal Dapata, quien brindaba servicios logísticos a la aquí demandada según lo expuesto por el único testigo que declaró a propuesta de la accionada) “lo cierto es que Petersen estaba en el ‘lugar indicado’, cumpliendo funciones laborales que, en definitiva, beneficiaban a la empresa” y que “esta presencia irregular seguramente estuvo favorecida por la anterior relación laboral que ya referí y una confianza que relajó el control que debió haber ejercido la patronal ante la presencia de un trabajador informal en su propio establecimiento, prestando servicios de los cuales, como ya dije, obtuvo un objetivo beneficio” (v. fs. 285).

Es sabido que la ley adjetiva requiere un análisis razonado del fallo y también la demostración de los motivos que se tienen para considerarlo erróneo, de manera que en ausencia de objeciones especialmente dirigidas a las consideraciones determinantes de la decisión adversa al apelante, no puede haber agravio que atender en la alzada pues no existe cabal expresión de estos (cfr. Falcón, Enrique, “Código Procesal”, T. II p. 266). Cabe recordar que la invocación genérica y esquemática de agravios resulta insuficiente para fundar el recurso, ya que no basta la aserción de determinada solución jurídica en tanto ella no esté razonada con referencia a las circunstancias del expediente y a los términos del fallo que lo resuelve (CSJN, Fallos: 312:587).

Por ende, en los términos en que fueron invocados, cabe desestimar los agravios.

V. La parte actora se agravia porque en grado se desestimó la indemnización del art. 45 de la ley 25.345 pero, según se desprende de los telegramas acompañados, el actor nunca dirigió a su empleadora el requerimiento fehaciente exigido por dicho precepto, requisito que no puede considerarse suplido por las actuaciones administrativas previas (SECLO) ni tampoco por las judiciales (CNAT, Sala VII, 12/11/2003, exp. 18.827/02, sent. 37.152, “Diana, Melina c. Telecom SA s/ despido”; esta Sala, 08/02/2011, SD 95.119, “Bernaola, Néstor J. c. Gaima SRL y otros s/ despido”; 31/05/2011, SD 95.471, “Ledesma Miladys, Luisa M. c. Hoch de Tebbit Lillie s/ despido”).

En ese orden de ideas se ha sostenido que el principio de buena fe, que debe ser respetado por las partes del contrato de trabajo incluso al momento de su extinción (art. 63 LCT) impone al trabajador el deber de requerir a su empleador —antes de iniciar una acción judicial— el cumplimiento de las obligaciones que estén a su cargo (la entrega de los certificados en cuestión, entre ellas), de modo de facilitar a éste la satisfacción de aquellas pretensiones fuera del ámbito de un proceso judicial ya iniciado con el mismo objeto. En ese contexto ha de entenderse que la demanda judicial (como su antecedente procesal, el trámite de mediación obligatoria) contiene el planteo de un estado de cosas pretérito y no constituye en sí misma una instancia más de las relaciones bilaterales contenidas en el contrato de trabajo o derivadas de él (esta Sala, 11/10/2006, SD 91.767, “Hernández, Víctor O. c. Compañía Láctea del Sur SA s/ despido”; *id.*, 05/03/2010, SD 94.559, “Osman, Roxana G. c. RK Moldeados SA s/ despido”; *id.*, 30/09/2010, SD 94.915, “Saracho, Juan C. c. Propizio SRL y otro s/ despido”; *id.*, 22/12/2010, SD 95.048, “Martín, Carlos G. c. Imprecont 78 SRL y otro s/ despido”; *id.*, 23/03/2011, SD 95.224, “Álvarez, Gloria E. c. Sauber Sur SA s/ despido”; *id.*, 31/03/2011, SD 95.273, “Schoenfeld, Alberto A. c. Bridgestone Firestone Argentina SAIC y otro s/ despido”; *id.*, 21/06/2012, SD 96.380, “Palacio, Isabel D. c. Milkaut SA s/ despido”; CNAT, Sala III, 22/03/2004, SD 85.688, “Espasandín, Silvia c. San Sebastián SA s/ despido”).

Por ende, cabe desestimar la queja.

VI. En cuanto al planteo de la accionada relativo a la tasa de interés fijada en el fallo que antecede, cabe recordar que, a partir del caso “Banco Sudameris c. Belcam SA y otra” (pronunciamiento del 17/05/1994, JA, 1994-II-690 y Fallos: 317:507), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Cód. Civil como consecuencia del régimen establecido por ley 23.928, queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos sin lesionar garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión.

Con arreglo a esa doctrina, esta Sala resolvió en reiteradas oportunidades que, a partir del 1° de enero de 2002 y de acuerdo con el criterio adoptado por la Cámara en pleno (Acta 2357 del 07/05/2002), debía aplicarse el interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos, (cfr., entre otras: SD 87.883 del 21/05/2002, “Fernández, Osvaldo c. Maco Transportadora de Caudales SA s/ despido”). Dicha resolución ponderó que “la supresión de la convertibilidad monetaria, y la consiguiente evolu-

ción de los precios internos, unidas a la subsistencia de la prohibición legal de los mecanismos de indexación, generan una brusca modificación de las condiciones de hecho en cuya virtud la Justicia Nacional del Trabajo ha venido fijando las tasas de interés aplicables en los procesos sometidos a su conocimiento... la última de las cuales era de un 12% anual...que ya no puede sostenerse sin grave daño para los derechos que la Justicia Nacional del Trabajo declara y garantiza...que la tasa activa del Banco de la Nación Argentina es la más apropiada para su aplicación a los créditos judiciales, que equivale, al menos aproximadamente, al vencimiento de la obligación, el monto que el deudor moroso hubiese retenido, a la vez que pone en cabeza del deudor la responsabilidad por el resarcimiento del costo, sea éste real o equivalente en términos de postergación de consumos o privaciones en que el acreedor hubiese debido incurrir para hacer frente a la falta de pago oportuno de su crédito”.

Ahora bien, en época más reciente, el Tribunal, por mayoría, resolvió que los intereses deberían liquidarse a la tasa nominal anual que cobra el Banco de la Nación Argentina para préstamos de destino libre de 49 a 60 meses (CNAT, acta N° 2601 del 21/05/2014). La aplicación de la nueva tasa no implicó más que un sinceramiento con las diferentes variables de la economía, frente a una tasa evidentemente desactualizada (CNAT, Sala VIII, 18/07/2014, SD 40.386, “Vallejo, José A. c. Ariesdeleo SRL s/ indemnización por fallecimiento”). Y, finalmente, esta Cámara —también por mayoría— aconsejó aplicar la tasa activa cartera general (tasa efectiva anual vencida) del Banco de la Nación Argentina a partir del 1° de diciembre de 2017 (Acta N° 2658 del 09/11/2017).

No está de más recordar que la Corte Suprema ha convalidado una tasa diferencial (15% sobre créditos actualizados) para los créditos laborales, señalando que, en atención a la índole de las acreencias, esa tasa no resultaba injusta o manifiestamente irrazonable (CSJN, “Suárez de Suárez, Albina c. Graziani SACIlyC”, Fallos: 303:684; *id.*, “Barneche, María C. Zuloaga de c. Verde Onix SCA”, Fallos: 300:67; *id.*, “Camaño, José J. c. Banco de Avellaneda SA”, Fallos: 300:520).

En consecuencia, corresponde confirmar el pronunciamiento en lo referente a la tasa de interés.

VII. La accionada cuestiona la imposición de costas y, a mi juicio, le asiste razón.

En efecto, si bien el art. 71 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone que, en los casos de vencimiento parcial y mutuo, su distribución debe estimarse en proporción a los respectivos vencimientos, ello no implica la exacta correspondencia aritmética, sino una razonable comparación conceptual (CNAT, Sala VI,

20/05/1995, “Espósito, Alberto c. IPLASA Productos Plásticos SA s/ despido”; íd., Sala II, 25/03/1997, SD 80.678/97, “Ramírez, Víctor c. ELMA SA s/ despido”). En igual sentido, se ha dicho que en la distribución de las costas no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y a los rubros que resultaron procedentes (CNAT, Sala I, 31/03/2004, “Urrutia, Débora c. Mater Dei Asoc. Civil s/ despido”). En el caso, la demanda no prosperó por una serie de considerables sumas, dado que únicamente fue admitida la indemnización del art. 8 de la ley 24.013, pero el actor pudo, en función de las particulares circunstancias del caso, considerarse asistido a reclamar como lo hizo.

Es desde esta perspectiva que considero que corresponde imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

Respecto de los honorarios regulados a los profesionales intervinientes en autos, en atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9 y conc. de la ley 21.839 y art. 3° del decreto 16.638/1957, estimo que los estipendios fijados son insuficientes, por lo que propicio elevarlos a las sumas de \$100.000, \$90.000 y \$38.000 los honorarios de la representación letrada de la demandada, de la actora y del perito contador.

En la Alzada cabe fijar los estipendios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que le corresponda percibir a cada uno por su actuación en la instancia anterior.

En definitiva, de compartirse mi voto, corresponderá: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, con excepción de las costas y los honorarios, que se impondrán de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII. 2) Imponer las costas de la Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que le corresponda percibir a cada uno por su actuación en la instancia anterior.

El doctor *Diez Selva* dijo:

Por análogos fundamentos adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, con excepción de las costas y los honorarios, que se impondrán de conformidad con lo dispuesto en el considerando VII. 2) Imponer las costas de la Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que le corresponda percibir a cada uno por su actuación en la instancia

anterior. Cópiese, regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase. — *Manuel P. Díez Selva*. — *Héctor C. Guisado*.

RELACIÓN LABORAL

Persona que cumple tareas de guardavidas y profesor de natación en un centro deportivo. Ausencia de exclusividad. Relación de dependencia. Procedencia de la demanda.

1. — Surge entonces que el actor era un dependiente que cumplía tareas como profesor de natación en la empresa demandada y que sus tareas eran dirigidas por el personal del establecimiento deportivo siendo organizada su labor de acuerdo con su propio beneficio a fin de cumplir su actividad empresarial y abonando el salario correspondiente al demandante.
2. — El accionante integró los medios personales de los que se valió la demandada para cumplir su actividad (cfr. art. 5°, LCT), no se trató más que de un trabajador definido por el art. 25 de la LCT contratado por un empleador de los definidos por el art. 26 de la LCT y la relación que existió fue una de las contempladas por el art. 22 de dicha norma legal. En definitiva, se encuentra acreditado que la demandada disponía del trabajo de aquel para el desenvolvimiento de la empresa, todo lo cual coloca al actor fuera del marco de un supuesto trabajo autónomo y la coloca al amparo del régimen de un contrato de trabajo.
3. — Los dichos de los testigos no solo son congruentes y coherentes entre sí, sino también con aquello que fuera manifestado por la parte actora en el escrito inicial, en tanto —al momento de describir las circunstancias diarias de la relación laboral habida— expresó haber prestado servicios como profesor de natación bajo las órdenes de la demandada, sometiéndose a las directivas de trabajo que le eran impartidas.
4. — No soslayo lo argumentado por la demandada con relación a que el actor no tenía exclusividad para la prestación de los servicios, mas, lo cierto es que —más allá de que no ha quedado acreditado en la causa que el actor hubiera prestado servicios para otra empresa además de para aquella demandada en estos actuados— lo concreto es que la falta de exclusividad no es un factor determinante y excluyente que impida tener por configurado un contrato de trabajo subordinado, máxime cuando en casos como el

de autos ha quedado por demás demostrada la injerencia de la demandada en las labores diarias del accionante.

5. — Lo único cuestionado por la accionada en su memorial ha sido el carácter de los servicios prestados por el actor. Dicho en otros términos, analizar si las codemandadas actuaron en forma indistinta como empleadoras o si la primera resultó únicamente responsable en los términos del art. 30, LCT, implicaría una violación al principio de congruencia al fallar *extra petita*, en tanto ello importaría analizar algo distinto a aquello que fuera peticionado por la parte demandada.

CNTrab., sala V, 26/05/2021. - Salgado, Emanuel Antonio c. Gimnasios Argentinos SA y otro s/ despedido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/56929/2021]

Expte. n° CNT 043831/2014/CA001

Buenos Aires, mayo 26 de 2021.

Considerando:

La doctora *Ferdman* dijo:

I- La sentencia definitiva dictada a fs. 190/194 que hizo lugar a la demanda, fue apelada por la parte demandada a fs. 199/205, escrito que mereció réplica de la contraria a fs. 208/

II- La recurrente cuestiona el decisorio de grado por considerarlo arbitrario. En este sentido, sostiene la inexistencia de una relación laboral y afirma –entre otras cuestiones– que la presunción del artículo 23 LCT sería inaplicable al caso de marras. Asimismo, se agravia por la base de cálculo utilizada para practicar la liquidación, por la fecha de ingreso considerada y por los rubros salariales e indemnizatorios acogidos. Para finalizar, apela la condena solidaria, la recepción de los incrementos previstos en los artículos 8 y 15 LNE, la indemnización del artículo 2 de la ley 25.323, la condena a entregar los certificados de trabajo, la indemnización del artículo 80 LCT, la forma de imposición de las costas, la regulación de los honorarios y la imposición de astreintes.

III.- De acuerdo al relato inicial efectuado por la parte actora de los hechos objetos de reclamo, observo que de acuerdo al encuadre jurídico-normativo aplicado en origen y a los términos plasmados en el memorial recursivo, corresponde realizar –en primer término– una prieta síntesis de las constancias de la causa.

En este sentido, observo que –al momento de iniciar la acción– el Sr. Salgado sostuvo lo siguiente: “Mi conferente ingresó a laborar a las órdenes de los demandados con fecha 1 de marzo de 2007, cumpliendo tareas de guardavidas y profesor de natación en el centro deportivo conocido como “SUTERH-Megatlon Almagro” que los mismos explotan en la calle Humahuaca 3850 (...) Tal como adelanté ut supra y como se expuso en los telegramas remitidos a Gimnasios Argentinos S.A la presente acción se dirige también en su contra en los términos de los artículos 14, 23, 29, 30, 31 y concordantes de la LCT toda vez que toda el actor realizaba labores habituales y permanentes que formaban parte de la actividad normal y específica de esa empresa” (ver fs. 4 y 39vta).

Así, no puede soslayarse que han sido invocados los presupuestos de responsabilidad emergentes de los artículos 26, 29 y 30 LCT como si tales normas pudieran resultar conjunta o simultáneamente aplicables cuando en rigor de verdad, cada uno de los preceptos legales supone hipótesis fácticas muy disímiles una de otra.

Sin perjuicio de destacar que las figuras contempladas en los arts. 29 30 y 31 de la LCT comprenden diversas hipótesis que se asientan en presupuestos fácticos distintos.

Sabido es que la responsabilidad solidaria no se presume siendo la misma de origen legal (cfr. Art. 701 CC vigente al momento en que sucedieron los hechos y a la fecha de interposición de la demanda) de lo que se sigue que deberán indicarse los hechos que determinan la imputación de responsabilidad así como las normas jurídicas que sustentan la pretensión.

Nótese al respecto que a fs. 4 la parte actora realizó manifestaciones como si ambas demandadas hubieran sido empleadoras del Sr. Salgado, mientras que a fs. 9vta pretende la responsabilidad solidaria de Gimnasios Argentinos S.A en los términos previstos por los artículos 29, 30 y 31 LCT.

Bajo esta plataforma fáctica, la magistrada que me precede, decidió acoger en su totalidad el reclamo impetrado en virtud de que tuvo por ciertos todos los hechos expuestos en el escrito inaugural debido a la situación procesal en que quedó incurso la demandada SUTERH conforme a los términos previstos por el artículo 71 LO (ver fs. 191) y –en consecuencia– consideró a SUTERH empleadora del actor y a Gimnasios Argentinos S.A solidaria en los términos del artículo 30 LCT.

En este orden, Gimnasios Argentinos S.A apela la condena contra su parte por considerar que la relación que la unía con el Sr. Salgado fue bajo los tér-

minos de un contrato de locación de servicios y que la plataforma fáctica planteada no encuadra en los términos del artículo 23 LCT. Así, la apelante basa su tesis recursiva en que el actor no se desempeñó en relación de dependencia, que no recibió órdenes de trabajo y que tampoco fue controlado por personal de la empresa al momento de realizar sus funciones.

Ahora bien, realizada esta prieta síntesis, diré que –de conformidad con los términos plasmados en la causa y anteriormente descriptos– me abocaré a analizar si – como fuera sostenido en la instancia anterior– el trabajador prestó tareas desde el 01/03/2007 y, en tal caso, cuál fue el carácter de los servicios prestados por éste.

Digo esto, aclaro, pues sin perjuicio de si la suscripta coincide o no con el marco jurídico utilizado en origen, lo cierto es que éste arriba firme a esta instancia pues lo único cuestionado por la accionada en su memorial ha sido el carácter de los servicios prestados por el Sr. Salgado.

Dicho en otros términos, analizar si Gimnasios Argentinos S.A y SUTERH actuaron en forma indistinta como empleadoras o si la primera resultó únicamente responsable en los términos del artículo 30 LCT implicaría una violación al principio de congruencia al fallar “extra petita” en tanto ello importaría analizar algo distinto a aquello que fuera peticionado por la parte demandada.

Al respecto, luego de evaluar a la luz de las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 C.P.C.C.N.) los elementos obrantes en autos, me anticipo a señalar que no le asiste razón a la recurrente.

En efecto, de la prueba testimonial producida por el demandante, se desprende que el mismo se desempeñó para la demandada, realizando las tareas descriptas en el inicio como guardavidas y profesor de natación, sometiéndose a las directivas de trabajo que le eran impartidas por el personal de SUTERH.

Todos los testigos propuestos por la parte actora dieron acabada cuenta del rol e injerencia que tenía la demandada en las labores diarias realizadas por el trabajador y del lapso temporal durante el cual se desarrolló la relación laboral habida.

En este orden, el Sr. Bogado declaró: “Que conoce al actor porque era compañero de trabajo de la testigo en Megatlon sito en Humahuaca y Salguero de CABA. Que la testigo ingresó en el año 2009 y que el actor ya estaba hacía un montón de tiempo (...) Que el actor era profesor de natación y también cumplía algunas horas de guardavida (...) Que los horarios los determinaba la coordinadora de natación, de apelli-

do Notini (...) que esta coordinadora dependía de Megatlon. Que a la pregunta de que manera se pagaba la remuneración al actor, responde que para todos los profes era lo mismo emitías tu factura de monotributo la llevabas a la administración-gerencia del primer piso donde está el gimnasio y te pagaba ahí una administrativa la gerente o una coordinadora y en eventuales casos abajo en la caja alguna recepcionista (...) Que a la pregunta de cómo era el control de ingreso y egreso responde que la testigo firmaba planillas al ingreso, que estaban en la recepción de la pileta o en la parte administrativa del primer piso. Que el actor recibía instrucciones de trabajo de la coordinadora de natación Notini, que las clases eran diagramadas por la coordinadora de natación” (ver fs. 129/vta) lo cual es congruente con lo manifestado por el testigo Zurzolo quien dijo “que el actor empezó a trabajar en marzo del 2007 lo sabe porque el testigo empezó a trabajar en abril del 2013 (...) los horarios de ingreso y egreso se controlaban con una planilla que firmaban el ingreso y egreso después les entregaron una credencial que pasaban un molinete y queda registrado y egreso, y en los últimos años fichaban por un lector de huellas digitales dice que la planilla de ingreso estaba ubicada en la recepción el tenía la planilla de ingresos (...) las planillas de ingreso se reportaban a la coordinadora de natación la sra. Roxana Notini el club megatlon impuso las distintas formas de control de ingreso y egreso (...) dice que el actor recibía las instrucciones de trabajo de la coordinadora Roxana Notini, las horas de las clases eran diagramados por la coordinadora de natación y ella era la que les decía el horario y el tipo de actividad a realizar en las clases dictadas...” (ver fs. 130/131).

Asimismo, observo que los dichos de los testigos reseñados no solo son congruentes y coherentes entre sí, sino también con aquello que fuera manifestado por la parte actora en el líbelo inicial, en tanto –al momento de describir las circunstancias diarias de la relación laboral habida– expresó haber prestado servicios como profesor de natación bajo las órdenes de la demandada desde el mes de marzo del año 2007, circunstancia relatada en forma concordante por los deponentes analizados precedentemente.

En definitiva, dichas declaraciones analizadas conforme las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 C.P.C.C.N.) corroboran las características de las funciones desarrolladas por el trabajador y tomaron conocimiento personal sobre los hechos sobre los cuales declararon, resultan coincidentes y corroboran las condiciones laborales descriptas en el escrito inicial desde el inicio de la relación laboral, por lo que en tales aspectos les otorgaré plena eficacia probatoria y convictiva sobre el tema en controversia (cfr. arts. 90 L.O. y 456 del C.P.C.C.N.).

No soslayo lo argumentado por la demandada con relación a que el actor no tenía exclusividad para la prestación de los servicios, mas lo cierto es que -más allá de que no ha quedado acreditado en la causa que el actor hubiera prestado servicios para otra empresa además de para aquella demandada en estos autos- lo concreto es que la falta de exclusividad no es un factor determinante y excluyente que impida tener por configurado un contrato de trabajo subordinado, máxime cuando en casos como el de autos ha quedado por demás demostrada la injerencia de la demandada en las labores diarias del Sr. Salgado.

Tampoco obsta a lo expuesto que el actor hubiera mantenido silencio respecto a las irregularidades del vínculo laboral habido en tanto, por imperativo legal, el hecho de que hubiese transcurrido un lapso prolongado no obsta a la procedencia del reclamo ya que conforme lo establecido en el art. 58 de la LCT el silencio del trabajador no puede constituir presunción en su contra ni alterar derechos expresamente otorgados por la ley.

En definitiva, los dichos de los declarantes no aparecen contradictorios respecto de ningún otro elemento de juicio que lleven a dudar de la veracidad de sus afirmaciones, máxime si -como dije- sus relatos no solo fueron coherentes entre sí sino además con aquello manifestado por el actor en el líbello inicial.

Surge entonces que el Sr. Salgado era un dependiente que cumplía tareas como profesor de natación en la empresa demandada desde el año 2007 y que sus tareas eran dirigidas por el personal del establecimiento deportivo siendo organizada su labor de acuerdo a su propio beneficio a fin de cumplir su actividad empresarial y abonando el salario correspondiente al demandante.

En este contexto, memoro que el art. 23 de la LCT establece a favor de quien efectúa el servicio, la presunción de existencia de un contrato de trabajo, "(...) salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario". La norma establece que esta presunción operará aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato "y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio" y -como vengo diciendo- tal presunción no fue desvirtuada en ningún aspecto por la demandada.

En este orden de ideas, y aun cuando se desestimaran los testimonios de quienes depusieron a propuesta del actor -testigos que respaldan la tesis del trabajador en torno a la prestación de servicios desde el año 2007- lo cierto es que ello tampoco mejoraría la situación de la demandada a poco que se advierta que en la causa resulta operativa la presunción prevista por

el art. 23 de la LCT, por lo que se encontraba a cargo de la accionada desvirtuar la consecuencia legal allí prevista, esto es acreditando que el "hecho de la prestación de servicios" hubiere estado motivada en otras "circunstancias, relaciones o causas" distintas a un contrato de trabajo resultando, lo cual -reitero- no fue acreditado por dicha parte toda vez que no produjo ninguna prueba que acreditara su versión.

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

En definitiva, considero que se encuentra acreditado que la demandada disponía del trabajo de Salgado para el desenvolvimiento de la empresa, todo lo cual a mi juicio, coloca al actor fuera del marco de un supuesto trabajo autónomo y la coloca al amparo del régimen de un contrato de trabajo.

Por todos los fundamentos expuestos, las notas distintivas y tipificantes del contrato de trabajo se hallan en la vinculación de autos (cfr arts 4, 20, 21, 23, 25 y 26 de la LCT), por lo que la sentencia de grado debe ser confirmada en este tramo, circunstancia que torna abstracto el tratamiento del cuarto y séptimo agravio vertido por la apelante en tanto -con relación a éste último- carecería de sentido expedirme con relación a la entrega de los certificados de trabajo y multa del artículo 80 LCT cuando la queja vertida en tal sentido versa únicamente en la supuesta inexistencia de relación laboral.

No ignoro el tercer agravio formulado con relación a la base de cálculo utilizada y a la procedencia de la fecha de ingreso pretendida y a los rubros salariales e indemnizatorios acogidos, pero lo cierto es que determinada la existencia de un contrato de trabajo, los empleadores tenían la obligación de registrar la relación laboral y de llevar los libros laborales (cfr., arts. 7 ley 24.013 y 52 de la LCT), por lo que resulta operativa en la especie la presunción establecida por el art. 55 de la LCT, según la cual se deben tener por ciertas las afirmaciones del trabajador que deben constar en tales asientos, salvo prueba en contrario que no se produjo en autos.

IV.- A continuación, la recurrente cuestiona la procedencia de las indemnizaciones previstas en los artículos 8 y 15 LNE en tanto afirma que el actor incumplió con el requisito previsto en el artículo 11 de la ley 24.013 que impone al trabajador intimar al empleador a que normalice su situación mientras se encuentre

vigente el vínculo laboral. Por dicho motivo, pide sea modificado lo resuelto en origen y se rechace la pretensión con basamento en la Ley de Empleo.

Sin embargo, atento a las constancias probatorias de la causa, observo que la queja formulada por la demandada debe ser desestimada.

En efecto, tal como fuera argumentado en origen, el vínculo laboral habido no solo se desarrolló de manera clandestina en tanto la demandada pretendió evadir la ley laboral al catalogar al trabajador como autónomo [escenario que habilita la procedencia de las multas LNE] sino que además éste intimó a la quejosa a que regularizara el vínculo con anterioridad a colocarse en situación de despido indirecto. Nótese que -ante la reiterada negativa de la demandada a modificar su irregular conducta- el Sr. Salgado procedió a extinguir la relación el día 08/05/2013 [aspecto que por otra parte arriba firme a esta instancia], siendo que con anterioridad había intimado a la quejosa conforme pautas del art. 3 inc. 1 del decreto 2725/91 el día 26/04/2013 de acuerdo a los términos plasmados en la CD 355569333 (ver fs. 106 e informe del correo a fs. 119), por lo que el agravio presentado por la accionada carece de sustento fáctico alguno y sentencia atacada ha de ser confirmada en este aspecto.

V.- A continuación, la demandada cuestiona la procedencia de la indemnización prevista en el artículo 2 de la ley 25.323. En este sentido, afirma que el trabajador no habría intimado al pago de las indemnizaciones debidas y que -además- dicho incremento no sería procedentes en aquellos supuestos de despido indirecto.

Sin embargo, la queja planteada tampoco podrá prosperar en mi voto.

Digo esto, pues disposición legal establece que: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º de la Ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen y consecuentemente lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50% (...)".

Sentado ello, y con relación a la falta de intimación, lo cierto es que el Sr. Salgado cursó sin éxito la intimación fehaciente requerida por la norma de acuerdo a los términos plasmados en la misiva enviada el día 08 de mayo del año 2013 (ver fs. 110) y la demandada con su accionar lo obligó a litigar, por lo que este aspecto del agravio debe ser desestimado.

Por otra parte, con relación al argumento utilizado con respecto a la procedencia del incremento en casos de despido indirecto, el argumento no será atendido en tanto -tal como lo ha establecido la jurisprudencia mayoritaria de la Cámara- el artículo 2 de la ley 25.323 no es aplicable exclusivamente a los despidos directos puesto que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, de los contrario bastaría que el empleador invocara algún motivo para tornar ineficaz la normativa legal.

Por todos los fundamentos expuestos, propicio confirmar el decisorio de grado en este aspecto.

VI.- Por último, con relación a la queja vertida en torno a la aplicación de astreintes en caso de incumplimiento en la entrega de los certificados de trabajo, la misma no tendrá favorable acogida en mi voto.

En efecto, lo cierto es que en el caso aún no se generó el incumplimiento por parte de la demandada que daría concreto origen al cómputo de las astreintes, de modo que no existe perjuicio actual para el apelante. No es ocioso recordar que lo decidido en materia de tales sanciones conminatorias es provisional, no causa estado y puede ser dejado sin efecto o reajustado (aumentado - disminuido) en su momento, si median razonables motivos a juicio de quien las ordenara (conf. arts. 804 CCyC y 37 C.P.C.C.N.).

Dicho en otros términos, la queja vertida por la demandada resulta extemporánea por prematura por cuanto no existe agravio actual dado que las astreintes son una pena por el incumplimiento de una manda judicial por efecto de un factor subjetivo de atribución, por ende no existe -aún- perjuicio concreto actual del cual agravarse.

Por todos los fundamentos expuestos, entiendo que la sentencia de grado debe ser confirmada.

VII.- En cuanto a las apelaciones de honorarios formuladas, teniendo en cuenta la calidad y extensión de las tareas desempeñadas, así como lo dispuesto por las normas arancelarias vigentes (arts. 38 de la ley 18.345 y Ley arancelaria vigente) encuentro que los honorarios regulados a los profesionales intervinientes se adecuan a las pautas arancelarias mencionadas, por lo que deben ser confirmados.

VIII.- Las costas de alzada propongo imponerlas a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN); y regular por los trabajos de alzada, a la representación y patrocinio del actor y a su similar de la parte demandada, el 30% de lo que en definitiva le corresponda percibir a cada uno por su actuación en la anterior instancia (Ley Arancelaria vigente).

La doctora *Carambia* dijo:

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

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el tribunal *Resuelve*: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fue motivo de recursos y agravios. 2) Costas y honorarios de alzada como se lo sugiere en el punto VIII del primer voto. 3) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras juezas por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la doctora María Dora González no vota (art. 125 L.O.) — *Beatriz E. Ferdman*. — *Graciela L. Carambia*.

FALTA DE REGISTRACIÓN LABORAL

Responsabilidad de los administradores de la sociedad. Utilización de la empresa para la consecución de fines extrajurídicos. Inoponibilidad de la personalidad jurídica.

1. — Quedó acreditado el obrar fraudulento de los administradores de la sociedad, al emplear al actor, fuera de todo registro —con la consiguiente evasión de aportes y contribuciones derivado de la relación habida, violando así normas de orden público y la buena fe que impone el ordenamiento laboral— de modo que cabe sin más confirmar su responsabilidad personal y solidaria.
2. — El armónico juego de los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, es muy claro en cuanto contempla la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y directores que a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación con la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente.
3. — No se explicó en la demanda por qué causa deberían responder los accionados, no resultando suficiente la afirmación de que el motivo del reclamo conjunto y solidario surge de que los tres constituyen un solo grupo económico que cumple las funciones para acabar con la tarea de entrega de la mercadería en destino, utilizando para ello los servicios de un peón, como en el caso del actor.

CNTrab., sala VII, 03/05/2021. - Romero, Marcelo Sergio c. Calicchio, Lorena Gabriela y otros s/ despedido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/35269/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Causa N° 40.282/2010

2ª Instancia. - Buenos Aires, mayo 3 de 2021.

La doctora *Carambia* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que en parte importante hizo lugar al reclamo impetrado con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo y del Cód. Civil, vigente al momento de los hechos en debate, llega apelada por las demandadas a tenor de los agravios que expresan a fs. 985/987; a fs. 993/1004 y fs. 1005/1009 vta. También hay recursos de la parte actora (fs. 988/992) y del Sr. perito psicólogo (fs. 1011).

A efectos de lograr un mejor entendimiento de las cuestiones traídas a análisis ante esta alzada, y tras realizar un breve sumario acerca del reclamo articulado, trataré las cuestiones planteadas por las partes en el orden que luego se plasmará.

II. El actor inició demanda contra Calicchio Lorena; Calicchio Raul Alberto; Calicchio Karina; Comind SRL y, a modo personal contra los socios gerentes de dicha sociedad Daniel Alejandro Bruni, Jorge Alejandro Macias y Ricardo Eduardo Del Gaudio. Afirmó que dicha empresa, donde se desempeñó en relación de dependencia, en los términos que allí indicara, se dedica a la industria del plástico (fabricación de broches de plástico para colgar ropa y perchas), y que respondía a todos sus socios, inclusive a los Sres. Lorena Calicchio y Raúl Calicchio. Agregó que dentro de la misma jornada de trabajo se desempeñada para la Sociedad de Hecho denominada “Comader” integrada por los Sres. Raúl Calicchio y Karina Calicchio, quienes se especializan en la fabricación de broches y perchas de colgar ropa bajo el nombre comercial de “Los Lapachos”. Agregó haber cumplido tareas como “chofer”, también cargando y descargando mercadería a fin de distribuirlos a los distintos puntos que le eran indicados por sus empleadores quienes le entregaban el itinerario, utilizando como medio de transporte una Fiat Ducato dominio ..., cuya titularidad registral era de la demandada Lorena Gabriela Calicchio.

Luego de un minucioso análisis de los elementos fácticos y jurídicos de la causa, la “*a quo*” decidió en sentido parcialmente favorable a las pretensiones del actor, aunque condenando únicamente a Comind SRL; Daniel Alejandro Bruni, Jorge Alejandro Macias y Ricardo Eduardo Del Gaudio.

III. En primer término me referiré a las apelaciones de Bruni, Macías Del Gaudio, y las trataré en forma conjunta habida cuenta de que realizan cuestionamientos similares de las partes de la sentencia que dicen causarle agravios.

Manifiestan disconformidad con la conclusión a la que ha arribado la “*a quo*” al considerarlos responsables solidarios con la sociedad Comind SRL.

En lo que hace a la responsabilidad las personas físicas, debe tenerse presente que el informe de Dirección Provincial de Personas Jurídicas (fs. 854) da cuenta de que la sociedad Comind SRL se encuentra adecuadamente inscripta (con los datos que allí se consignan) y que los gerentes designados resultan ser Jorge Eduardo Macías; Daniel Alejandro Bruni y Ricardo Eduardo Del Gaudio, informe éste que no ha sido objeto de impugnación (art. 403 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Los testigos que han declarado en autos B. (fs. 766/768); C. (fs. 771/772); O. (fs. 909), H. (fs. 910) cuyos dichos han sido detalladamente estudiados en el fallo, han sido precisos y concordantes al declarar acerca de la relación laboral que el actor mantuvo con la sociedad demandada, Comind, de modo que constituyen prueba testifical idónea delos extremos por aquel invocados (arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la Ley 18.345) y corroboran la presunción de veracidad generada por la rebeldía en que incurriera uno de sus gerentes (Del Gaudio, y la propia empresa Comind fs. 287 y 315, art. 71 de la Ley 18.345).

Luego, no cabe más que confirmar su responsabilidad solidaria con la codemandada Comind. Sostengo esto por cuanto cabe tener presente que el armónico juego de los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, es muy claro en cuanto contempla la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y directores que, a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación a la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente.

El tercer párrafo del art. 54 de dicho cuerpo normativo, hace mención expresa a la inoponibilidad de la persona jurídica y se refiere concretamente a las actuaciones de la sociedad que encubran la consecución de fines extrasocietarios, constituyan un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, y determina que, en el caso se imputará directamente a los socios o a las controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

En el presente caso quedó acreditado el obrar fraudulento de las demandadas antes señalado, al emplear al actor, fuera de todo registro (con la consiguiente evasión de aportes y contribuciones derivado de la relación habida, violando así normas de orden público y la buena fe que impone el ordenamiento laboral) de modo que cabe sin más confirmar el fallo en este punto substancial.

Las argumentaciones hasta aquí vertidas brindan adecuado sustento al pronunciamiento razón por la que se omite el análisis de otras cuestiones que resultan irrelevantes para la solución del litigio, pues no harían variar la conclusión arribada y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino sólo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio (Fallos: 272:225, 274:113, 280:320, 144:611, entre otros).

IV. Las demandadas también dicen agravarse en tanto fueron condenadas por la incapacidad que padece el actor, producto de las tareas y accidente sufrido.

A mi modo de ver la Sra. Juez sentenciante ha analizado adecuadamente todos los elementos fácticos y jurídicos de la causa y no veo en sus planteos datos o argumentos que resulten eficaces para revertir sus conclusiones, en tanto constituyen meras manifestaciones de disconformidad con lo resuelto.

El Sr. perito médico, luego de examinar al actor, sus estudios y antecedentes obrantes en la causa, concluyó que este padece, como consecuencia de esfuerzos, lesión por anterolistesis grado I de L5 sobre S1, con reducción del espacio discal intervertebral, lo que se asocia a la presencia de protusión discal posteromedial que borra el espacio graso epidural anterior con ligero contacto con la cara ventral del saco tecal pero sin compromiso neuroforaminal con manifestaciones clínicas, radiográficas que lo incapacitan en un 20% T. o. (fs. 919/917).

Si bien las conclusiones periciales no son vinculantes para el Juez que entiende en la causa, cabe recordar que por importar las mismas la necesidad de una apreciación científica específica de la ciencia médica, que es campo de actuación de los expertos y ajena a los conocimientos del iudicante, y, para apartarse de su dictamen es indispensable acercarse al pleito elementos de juicio suficientes que permitan concluir de una manera fehaciente, respecto del error o inadecuado uso que el o los galenos hubiesen hecho de sus conocimientos científicos, lo que no se advierte en las impugnaciones de la parte demandada (cfr. arts. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En cuanto a la vinculación con las tareas resulta importante tener presente el informe del Sr. perito ingeniero quien indicó que debió presentarse personalmente ante la empresa Comind ante los reiterados y frustrados intentos de coordinar con los responsables la visita a las instalaciones, a donde le impidieron ingresar por lo que debió realizar su informe basándose en documentación del expediente y en su experiencia profesional (fs. 791/794).

Y bien, obra en autos el informe de Ayuda Médica donde consta el pedido de asistencia para el Sr. Romero cuando sufriera el accidente objeto de autos (22/11/2008) la atención recibida, y luego del diagnóstico de traumatismos vertebrales, su derivación correspondiente a su obra social (Galeno). Asimismo, la “*a quo*”, describe detalladamente toda la documental e informativa adunada al expediente (v. fs. 980 vta./981) de la que surge, sin lugar a dudas, que Romero padece en su salud un daño emergente de las tareas desempeñadas y del accidente padecido trabajando para sus empleadoras. Ello se suma a las declaraciones también minuciosamente transcriptas en el fallo que describen los esfuerzos que debía realizar.

Luego, probado como fue que dicha actividad se tornó riesgosa, que el evento dañoso se produjo mientras desarrollaba dicha actividad, entiendo que han quedado configurados los presupuestos para la responsabilidad en los términos del art. 1113 del Cód. Civil. A la vez, tratándose de un supuesto de responsabilidad objetiva, para liberarse de ella el dueño o guardián debe probar el rompimiento del nexo causal, es decir que el daño no se ha producido por el riesgo o vicio indicado sino por el hecho de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Voto entonces por la confirmatoria del fallo en este punto, sin más.

V. Tampoco les asiste razón cuando cuestionan por excesivo el monto de condena determinado en grado.

Es mi entender que, por la vía del derecho común, el Juez se encuentra facultado para determinar el monto de condena de acuerdo con las pautas de la sana crítica y la prudencia, pero no está obligado en modo alguno a utilizar fórmulas o cálculos matemáticos.

Sobre la base de tal criterio, se deben valorar el tipo de tareas que realizaba el trabajador, su riesgo, el grado de incapacidad que le quedó como consecuencia de la enfermedad profesional y/o accidente (20% t.o.); valores salariales para su actividad, tiempo de vida útil laboral que le resta, cargas de familia, etc. y a mi modo de ver las sumas adjudicadas en autos

\$600.000.- por daño material, más \$40.000.- por daño moral) resultan ajustadas a derecho por lo que propongo sean confirmadas.

VI. Las tasas de interés cuya aplicación se dispuso en la sentencia sobre el monto de condena, se ajusta a lo dispuesto en las Actas CNAT 2601 del 21/05/2014; 2630 del 27/04/2016 y 2658 del 08/11/2017, punto 3) y que resultan aplicables por este Tribunal, de tal suerte que corresponde desestimar estos agravios.

VII. La parte actora manifiesta disconformidad con lo resuelto en grado en tanto rechazó su reclamo basado en el daño psicológico, mas no le veo razón en su planteo.

He de compartir lo señalado por la “*a quo*” en cuanto considera que desde el punto de vista psicológico, la suerte será diferente. Tal como allí lo indica no se probó que el siniestro de autos acentuara rasgos de personalidad de base, ni se han analizado episodios de duelo, respecto al medio, impacto laboral o que requiera de algún tipo de tratamiento medicamentoso. Todo ello teniendo en cuenta que para diagnosticar una enfermedad psíquica debe existir un daño perdurable que incapacite al sujeto para desempeñar sus tareas habituales, para acceder a un trabajo, para ganar dinero o para relacionarse, lo que no ha ocurrido en el presente caso. Y, si su pretendida dolencia se vincula directamente con su incapacidad física, ello debió haber sido así explicado en la demanda, lo que no se advierte cumplido (cfr. art. 65 de la Ley 18.345).

VIII. Aunque en relación a otro ítem del reclamo ocurre lo mismo con la demanda dirigida contra Calicchio Lorena, Calicchio Raúl Alberto y Calicchio Karina, por cuanto, amén de que hayan sido señalados por algunos de los testigos que han declarado en autos, lo cierto es que en modo alguno se ha demostrado la participación de ninguno de ellos en la sociedad Comind.

A más de ello, no se explicó en la demanda por qué causa deberían responder los accionados, no resultando suficiente la afirmación de que el motivo del reclamo conjunto y solidario surge de que los tres constituyen un solo grupo económico que cumple las funciones para acabar con la tarea de entrega de la mercadería en destino, utilizando para ello los servicios de un peón, como en el caso del actor.

En efecto, cabe tener presente que la demanda laboral debe contener una pretensión fundada en el derecho del trabajo o que deriva de una vinculación laboral o incluso que es consecuencia de un hecho acontecido o generado en el marco del contrato de trabajo, aún cuando se funde en normas de derecho común.

Jurisprudencialmente se ha hecho hincapié en que el reclamante tiene la carga de invocar claramente los hechos en los que funda su pretensión haciendo una exposición circunstanciada de los hechos configurativos de la relación jurídica en que se basa la petición judicial. Es decir, deben describirse los hechos (y las omisiones o hechos omisivos) que, previstos por las normas con efectos jurídicos, hagan operar la regulación jurídica del caso, pues no basta invocar simplemente un marco jurídico de una situación sin explicar los hechos cuyo encuadre legal se pretende. La claridad en esta exposición tiene importancia fundamental pues pone en juego las garantías de congruencia y de defensa en juicio, ya que el demandado corre con la carga de negar o desconocer los hechos.

Asimismo, el derecho debe exponerse aunque sea en forma sucinta. La pretensión es una articulación combinada de hechos jurídicos que, de enmarcarse en los tipos o previsiones legales permitirán la entrada en operación de normas jurídicas (ver “Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo”, de Amadeo Allocati, Miguel Angel Pirolo, T. II, Editorial Astrea, p. 5 y ss.).

En rigor de verdad, la agravada requiere que se tenga por responsables a los codemandados citados, sin haber cumplido lo precedentemente indicado como requisito por lo que cabe sin más descartar este agravio.

IX. No encuentro razones para apartarme de lo resuelto en primera instancia en materia de costas, las que han sido declaradas a cargo de las demandadas vencidas, en aplicación del principio objetivo de la derrota contenido en el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

X. En relación a los honorarios de los profesionales que trabajaron en autos, entiendo necesario indagar en cada caso en qué época o momento se cumplió la tarea que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esa circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable.

Ello debido a que 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 setiembre de 2018 (manteniendo los Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “Morcillo, Hugo H. c. Provincia de Buenos Aires s/ incost. decr.-ley 9020” de fecha 8 de noviembre de 2017, 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), han decidido en ese sentido.

En dichos casos se determinó que, frente a una nueva norma arancelaria, como la que en el caso nos ocupa —Ley 27.423 (BO del 22/12/2017), promulgada por Decreto 1077/2017, que contiene, en su Art. 7, una observación del Art. 64—, la remuneración por la labor en los juicios debe determinarse tomando en cuenta las etapas del proceso cumplidas. Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas realizadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

En el caso en análisis, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, se iniciaron estando en vigencia la Ley 21.839, el Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13° de la ley 24.432, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

Sobre dicha base, advierto que los emolumentos regulados a los profesionales intervinientes, lucen adecuados al mérito y extensión de la labor desarrollada por cada uno de ellos, por lo que propongo su confirmación.

XI. De compartirse mi voto, sugiero que las costas de alzada se declaren en el orden causado, teniendo en cuenta el resultado obtenido por cada uno de los apelantes (art. 68, 2° pte. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y se regulen honorarios a los letrados intervinientes en el 30% de los determinados para la primera instancia (arts. 16 y 30 de la Ley 27.423).

La doctora *Ferdman* dijo:

Por compartir sus 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 el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, inclusive en lo relativo a costas y honorarios. 2) Declarar las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular honorarios a los letrados intervinientes en el 30% (treinta por ciento) de los determinados para la primera instancia. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Graciela Carambia. — Beatriz E. Ferdman.*

DESPIDO INDIRECTO

Improcedencia. Trabajadora que deja de prestar servicios por la ocurrencia de incendios en su lugar de trabajo. Cumplimiento de la empleadora de sus obligaciones sobre seguridad e higiene.

Es injustificado el despido indirecto dispuesto por la trabajadora tras dejar de concurrir a su trabajo luego de que ocurrieran una serie de incendios en el edificio donde prestaba tareas, toda vez que las versiones dadas por los declarantes en relación al tiempo, modo y plataforma fáctica no resultan coincidentes entre sí, ni con lo descripto en el libelo inicial y aun en la convicción de la existencia de los mentados incendios, lo cierto es que se produjeron en los descansos de la escalera o en los contenedores de basura; lugares que no son de propiedad exclusiva de la accionada, por lo que esta no podía más que brindar cursos de capacitación en cumplimiento de sus obligaciones sobre seguridad e higiene

CNTrab., sala VII, 22/02/2021. - Alvis Tejerina, Alison Vanesa c. Tandem Technology SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/8531/2021]

Causa N° 8082/2019

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 22 de 2021.

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

I. El pronunciamiento de grado que viabilizó el reclamo en forma parcial, viene apelado por la demandada y por la actora, a tenor de los memoriales glosados a fs. 300/306 y a fs. 301/311 en modo digital, respectivamente.

La accionada cuestiona la procedencia de la multa con sustento en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo. Finalmente, apela la distribución de las costas y los honorarios de la representación letrada de la accionante por considerarlos elevados.

A su turno, la actora centra su crítica por el rechazo de la demanda al decidir la sentenciante de grado que las injurias denunciadas no estarían acreditadas, como así tampoco la jornada y la categoría indicadas en el libelo inicial y el rechazo de la multa prevista en el art. 132 bis de la LCT. Por último, reprocha los emolumentos regulados a la representación letrada de la demandada, por estimarlos altos.

La representación letrada de la accionada, recurre en modo digital, los estipendios regulados a su favor,

por reducidos, haciendo lo propio la de igual carácter de la contraria.

II. Abordaré los recursos, conforme un orden metodológico, y me abocaré al agravio deducido por la pretensora en referencia a las injurias denunciadas. Adelanto que no tendrá recepción.

Hago esta afirmación, porque la apelante no efectúa una crítica concreta y razonada del segmento del fallo de origen que intenta cuestionar, pues solo se limita a expresar el significado de la palabra “injuria” conforme la definición de la Real Academia Española, del Dr. Grisolia y lo prescrito en el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo, sin hacerse cargo de lo decidido por la sentenciante de grado al determinar que “la actora no acreditó las injurias que invocó para rescindir la relación”; por lo que corresponde desechar sin más el agravio en este aspecto y confirmar la sentencia de grado. (art. 116 de la LO).

No obstante lo expuesto, si analizara el agravio con un criterio amplio en materia de admisibilidad recursiva, lo cierto es que la suerte de la queja no puede variar en este aspecto.

En este sentido, se transcribe aquí lo esencial de cada una de las testimoniales rendidas en la causa, ofrecidas a instancia de la accionante.

El Sr. P. (fs. 181/182) de profesión empleado administrativo y bombero manifestó que conoce a la accionante desde que comenzó a laborar —el testi— para la aquí demandada en enero de 2018; que la actora se encargaba de las cobranzas para la empresa Direct TV; que dejó de trabajar porque tenía miedo por los repetidos incendios que había en el edificio; que el dicente lo sabe por conversar con la pretensora; que durante el tiempo que laboró la Sra. A. T. hubieron dos incendios y un principio de incendio; que el primer fue el 20 de julio de 2018 y el segundo el 30 del mismo mes y año en tanto el principio de incendio lo fue el 29 de julio de 2018; que las causas de estos incendios fueron desconocidas; que los incendios se produjeron en la escalera de salida de emergencia en el sector de planta baja; que el primero hizo accionar la alarma contra incendio y en ese momento en el primer piso se encontraba el personal masculino de la flota de Cable Visión, que se les estaba dando un curso de capacitación; que al oír la alarma comenzaron la evacuación. Que, en el segundo incendio, no hubo alarma, pues el pulsado de incendio no funcionó. Que en el principio de incendio no hubo notificación alguna; que los empleados que se encontraban en el primer piso realizaban la evacuación por la salida de emergencia, que en ese momento tuvieron que pasar por sobre el incendio ya que el mismo se estaba generando en un descanso de la escalera; que en

ese descanso se encontraban dos tachos destinados al depósito de basura y al momento del incendio la basura se desparrama y los empleados pasaron por encima del incendio; que los empleados del séptimo algunos realizaron la evacuación por escalera y otros por ascensor; que el testigo en el primer incendio se encuentra con la accionante recién en la calle cuando la evacuación ya se había realizado; que estaba en un estado de crisis nerviosa y cubierta de polvo químico seco; que tenía dificultades para respirar y después se desplazaron juntos con la ambulancia que era del seguro de la empresa; que la salida de emergencia del primer piso estaba en condiciones y liberada, la de planta baja estaba obstruida por la basura, la salida de emergencia del séptimo piso estaba liberada y en condiciones y había una salida por el octavo piso —en la terraza— que conectaba con el otro edificio; que estaba cerrada con llaves; que esto lo sabe porque cuando trató de realizar la evacuación los compañeros del dicente constataron que estaba cerrada y después se abrió; que sabe de este incendio porque evacuó a las personas junto con el personal masculino, y una vez fuera siguió con la extinción y evacuación; que este proceso ígneo se encontraba al lado de las puertas de los ascensores y pudo visualizar como la gente bajaba en el ascensor.

Continúa su declaración expresando que, en el segundo incendio, el dicente no tuvo contacto con la actora porque estaba actuando en el incendio mismo y hablando con los bomberos de la Policía Federal. Que luego de este incendio, al día siguiente tomaron la decisión de no prestar tareas hasta no tener una respuesta clara, que a raíz de eso se hizo una reunión general en el séptimo piso, en el cual se vivió mucha tensión ya que estaba la Sra. V. que era personal de Recursos Humanos; que la evacuación de este incendio la realizaron los empleados y el team leader —Sr. M.—, quien supuestamente era el encargado de evacuación y que dio la orden de bajar por el ascensor, a lo cual el compañero T. le dice que no; que la salida de emergencia del octavo piso estaba cerrada con llave y procedieron a realizar la evacuación por planta baja; que el dicente dice que se desempeña como bombero voluntario en Tristán Suarez.

La Sra. B. (fs. 183 y vta.) manifestó que conoce a la actora desde principios de 2018 porque trabajaban en Tandem Technology SA; que la accionante trabajó hasta el 30 de julio de 2018 por unos incendios que hubieron; que el primer incendio fue el 21 de julio de 2018, que eran muchas dotaciones en el séptimo piso, que había muchas empresas para la que trabajaba la demandada; que la dicente estaba con una llamada cuando empezó a llamar la alarma de incendios, les hicieron agarrar las cosas, todos tranquilos y los hicieron bajar por grupos por el ascensor; que la dicente se quedó hasta lo último a ayudar al team leader a

agarrar las cosas de los chicos; que el incendio fue en la escalera de la salida de emergencia que está en la planta baja; que había tachos de basura y se prendieron fuego; que ese día tuvieron que asistir a la mayoría, varones ellos, porque ese día se encontraban en el primer piso en una reunión y cuando comenzó a sonar la alarma como el plan de evacuación dice que hay que salir por la escalera; ellos bajaron por la escalera; que sabe que fue el 21 de julio porque era el día del amigo.

Que el segundo incendio fue el día 30 o 31 de julio de 2018, que la dicente estaba en la sala de break en el primer piso, se sintió olor a quemado, se fijaron y al abrir la puerta había fuego; que eran como cinco personas y se dividieron; que estaba un compañero que era bombero, encontró que la manguera para incendios estaba desconectada, que él se quedó ahí y les dijo que les avisara a los otros chicos porque era sábado y no había nadie; que solamente estaban ellos. Que la dicente con su compañera —sin especificar nombre— subieron por el ascensor al séptimo piso y avisaron a los compañeros que había un incendio, que bajaron por las escaleras.

Que luego de los incendios, al estar en la calle se agruparon todos a la espera de los bomberos y la asistencia de la ambulancia; que los nombres de los team leaders eran J. y M.; que la actora en los dos incendios lloraba muchísimo, que no podía respirar.

El Sr. B. (fs. 184/185) dijo que conoce a la pretensora cuando lo pasaron de Cablevisión a Direct TV en junio de 2018; que la actora trabajó hasta que ocurrieron los incendios en el trabajo, que después no la vio más.

Que hubo tres incendios, el primero el día del amigo —indica el testigo que cree que fue el 22 de julio de 2018—; que estaban en el primer piso la camada en ese entonces de Cablevisión en una reunión; que el dicente estaba junto a L. P. y al abrir la puerta de emergencia salía todo el humo negro; que bajaron a planta baja; que el fuego estaba propagándose en el tacho de basura en la salida de emergencia básicamente; que mientras este salía, P. apagaba el fuego con otras personas; que se veía a gente bajar por ascensor; que luego cayeron (sic) los bomberos y las ambulancias; que el testigo estaba en shock; que fue a la ambulancia para control junto con la actora y L. P.; que les dijeron que el incendio fue a causa de una colilla de cigarrillo y que no fue intencional.

Que el segundo incendio, ocurre el 29 de julio de 2018 y fue en el mismo lugar; que las chicas estaban en el break y al bajar al primer piso a tomar café, sintieron olor a quemado; que no recuerda quien dijo que era una tostadora que se estaba quemando, que

así se acercaron al tacho de basura en la salida de emergencia y se estaba propagando el fuego; que lo apagaron inmediatamente.

Que el 30 de julio de 2018 a las 19.00 hs., se generó otra vez un incendio más grande en la salida de emergencia —aclara el testigo que fue en el mismo lugar las dos veces—; que L. P. y otros compañeros estaban en su horario de break y él estaba desde aproximadamente desde el primer (sin entenderse a quien se refiere) tratando de apagar el fuego; que en ese momento no escucharon ni la alarma de incendio; que había un team leader de Direct TV que quería hacer bajar a su gente por ascensor; que entonces el dicente trató de frenar a la referida persona para que no bajaran por el ascensor; que no había un plan de evacuación; que cuando se apagó parte del incendio estaban bajando por las escaleras de emergencia, que era la única salida de emergencia. Que este incendio fue más grande que el anterior porque notaron en la pared que las luces de emergencia estaban casi derretidas por completo; que cuando llegaron a la puerta del edificio se ubicaron en un sector un poco más de la puerta (sin especificar de qué lado de la puerta) y minutos después llegaron los bomberos, que la ambulancia nunca llegó.

Que luego de ese día se juntaron tanto de Direct TV, Cablevisión y de otras carteras para pedir una reunión a fin de que les expliquen porque estaban ocurriendo estas cosas; que se llevó a cabo la reunión en el séptimo piso y la Sra. V. —el testigo cree que era la jefa de la demandada— les dijo que conocía los hechos de los incendios y que sabía quién había realizado los mismos; que al preguntarle quién fue, respondió “está entre nosotros”; “que en unas semanas iban a solucionar el problema”; que les dijo que había otra salida de emergencia por el noveno piso si mal no recuerda; que nunca lo conocieron; que nunca salieron por ahí; que se ve que está bloqueada; que luego fueron al sindicato del trabajo para asesorarse sobre que tenían que hacer; que el dicente no asistió más al trabajo por miedo; que inclusive el portero sabía quién fue, pero no podía decir nada.

Ahora bien, del relato inicial se extrae que: “El día 21 de julio del corriente año en la empresa Tandem Technology SA alrededor de las 17 horas, ocurrió el primer incendio de una serie de tres. Este provocó intencionalmente en los contenedores de basura del edificio.... A raíz del fuego y humo denso de color blanco que se generó en dicha oportunidad se activó la alarma contra incendios... la actora estaba en el séptimo piso prestando sus tareas habituales... L. P. se hallaba en el primer piso en una reunión de trabajo, que a la sazón resulta de profesión bombero voluntario, rápidamente se apersona en el foco de incendio comenzando por sí trabajos de control y extinción del

fuego... evacuación por las escaleras de emergencia, aunque también hubo gente que bajó a planta baja utilizando el ascensor.... Una vez en la planta baja y ganado el exterior del edificio, habiendo transcurrido minutos desde aquella alarma, comenzaron a arribar tanto bomberos de Policía Federal Argentina... como el servicio de emergencia médica y ambulancia de la empresa Asistir...” (fs. 8 vta.).

Por el segundo incendio se lo describe de la siguiente manera: “El segundo siniestro ocurrió el 31 de julio del corriente año aproximadamente a la hora 18.00, originado en el mismo lugar del primero y fue extinguido antes de que tome dimensiones. Varios de los empleados que en ese momento tenían su break o merienda advirtieron un olor a quemado, denunciándolo al encargado o seguridad o receptionista del edificio. Este, y sin averiguación alguna, lo justificó por el uso de una tostadora por parte del personal del 7° piso... Ante la duda, los mismos compañeros concurren a las escaleras donde se inició el anterior incendio y dieron con las bolsas de residuos y papeles se formaba una columna de humo y/o fuego en ciernes, oportunidad en que fue extinguido inmediatamente.

Por el tercer incendio se expuso: “Finalmente el tercer incendio ocurrió el 1° de agosto de 2018 entre las 19:00/20:00 horas. Nuevamente el Sr. L. P., quien en ese horario estaba en el break para merendar en el salón del 1° piso, es informado por dos compañeras que descubrieron el fuego al intentar utilizar las escaleras para subir a su puesto de trabajo.... este se apersona y al abrir la puerta que da a las escaleras de emergencia se encuentran con un fuego ya iniciado y de considerables proporciones propagándose desde la planta baja hasta el primer piso... tal fue la desorganización, improvisación y falta de dirección adecuada que directivos de la empresa indicaron bajar por el ascensor!!!... Sin perjuicio de las indicaciones caóticas se comenzó la evacuación por las escaleras por los propios medios e iniciativa del personal... Antes de emprender el descenso por las escaleras, compañeros de trabajo intentaron procurarse de extintores contra incendios en el 7° piso (que ocupa la empresa demandada), pero el único que encontraron luego de un tiempo prolongado de búsqueda estaba detrás de tachos de basura.... Superada la crisis... la referida Jefa y/o Gerente V. C. se dirige a todos los empleados de la empresa demandada indicando que debían incorporarse nuevamente a los puestos de trabajo... y reclamaron las explicaciones del caso, a lo que la referida Jefa y/o Gerente manifestó, con intención de calmarlos y brindar una justificación, que los siniestros habían sido intencionales y que la empresa ya tenía identificado al autor de los mismos y se había realizado la denuncia pertinente.” (fs. 8 vta./9 vta.).

Conforme se puede observar sin hesitación alguna, que las versiones dadas por los declarantes en relación al tiempo, modo y plataforma fáctica no resultan coincidentes entre sí ni con lo descrito en el libelo inicial; sin soslayar que ninguno de los testigos menciona el lugar donde se encontraba la actora en los momentos del proceso ígneo.

Por lo demás, y aun en la convicción de la existencia de la producción de los mentados incendios, lo cierto y concreto es que estos se produjeron en los descansos de la escalera o en los contenedores de basura; lugares que no resultan ser de propiedad exclusiva de la aquí accionada; por lo que la empresa más que brindar cursos de capacitación en cumplimiento de sus obligaciones sobre seguridad e higiene, no podía realizar; conforme surge de las declaraciones de los testigos ofrecidos a propuesta de la demandada —G. (fs. 264/265), B. (fs. 267/268)—.

Resta aclarar que el hecho que los testigos tengan juicio pendiente con la demandada, no los inhabilita como tales o les quita valor probatorio a sus declaraciones, solo son analizados con mayor estrictez. (arts. 386 y 456 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 93 LO).

En consecuencia, propicio mantener la sentencia de grado en este aspecto.

III. En cuanto a la jornada denunciada en el libelo inicial, tampoco tendrá recepción.

En efecto, la accionante aduce que laboraba, en el último tiempo, esto es a partir del 1 de mayo de 2018 de lunes a viernes de 14.30 a 20.00 horas y sábado por medio de 8 a 13.00 hs., con media hora de refrigerio en la cual no podían retirarse del establecimiento (fs. 6 vta.), sin embargo, los declarantes ofrecidos a instancias de la reclamante no resultan idóneos a los fines pretendidos en tanto indican minutos de “break” diferentes sin soslayar que el Sr. P. expuso que (P., B., B.); por lo que propongo mantener el decisorio de grado en este aspecto.

IV. En referencia a la categoría laboral que pretende, esta es “Administrativa B”, seguirá idéntica suerte que anterior.

En efecto, es dable poner de relevancia que en los telegramas remitidos a su empleadora reclama por correcto encuadre convencional conforme el CCT 688/14, mas, del libelo inicial solicita la categoría que prescribe el CCT 130/75 en su art. 30 “telefonista con más de 5 líneas”.

Amén que esto puede deberse a una posible confusión o error de tipeo, al describir las tareas que realizaba, indica que eran de operador y/o contactador

telefónico de call center, en nombre de Cablevisión SA, sumado a labores de liquidar, proveer los medios de pago y promover la cobranza de distintas deudas con los deudores/ clientes, como así también la atención y solución de distintos reclamos hacia la referida empresa.

Sin embargo, de los testigos ofrecidos a instancia de su parte, se evidencia que la accionante tenía la categoría de Administrativa A; que realizaba las tareas de cobranzas para la empresa Direct TV; que las llamadas las hacían desde un discador central, el cual comenzaba a hacer los llamados a los distintos números registrados en una cuenta clientes y una vez que el discador detectaba una voz humana posicionaba la persona llamada en espera hasta que se desocupe un operador; esto es que las llamadas caían constantemente (Sr. P., fs. 181/182).

Por otro lado, se evidencia que la actora realizaba tareas de gestión de cobranzas, que llamaba a los clientes de Direct TV, que recibía una llamada tras la otra. (Sra. B., fs. 183/184), y que la actora recibía llamadas de personas que tenían una deuda pendiente con Direct TV y la función de la pretensora era tratar de negociar con la persona para que salga su cuenta y le ofrecía medios de pago —como tarjeta de crédito en diferentes cuotas— (Sr. B., fs. 184/185) (arts. 386 y 456 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 93 LO).

De acuerdo a lo transcrito *ut supra*, se evidencia en forma clara y contundente que la Sra. A. T. efectuaba tareas de operadora telefónica, correspondiéndole la categoría de Administrativa A, tal como la demandada la registró, y en este entender por lógica consecuencia se desestiman los reclamos por adicionales Cajero B y Faltante de Caja; esto es puesto que no laboraba con dinero, sino exclusivamente efectuaba tareas de gestión de cobranzas a clientes de Direct TV o Cablevisión.

En consecuencia, propongo confirmar el fallo de origen en estos tópicos.

VI. En relación al rechazo de la multa prevista en el art. 132 bis de la LCT resulta inatendible a la luz de los datos obtenidos de la página oficial de la AFIP, obrante en estos actuados a fs. 116, en la cual puede observarse que se encuentran la totalidad de los aportes ingresados, y en este sentido, corresponde sin más desechar el agravio en cuestión y mantener lo determinado en origen.

VII. El recurso interpuesto por la demandada, previo a entrar a analizar si le asiste o no razón en su planteo, adelanto que el mismo no resulta procedente, ya que en lo que hace al cuestionamiento, resulta

el planteo inapelable en razón del monto (art. 106 de la ley 18.345).

En efecto, el importe que se intenta reclamar, esto es \$44.919 (monto de la sentencia) no alcanza el mínimo de apelabilidad que, al tiempo de ser concedido el recurso (25 de agosto, auto de fs. 300 —digital—), era de \$90.000. Es decir, 300 veces el importe del derecho fijo previsto por el art. 51 de la ley 23.187, de un valor de \$300 (conforme decisión de la Asamblea de Delegados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Acta del 14/08/2020).

Por tanto, propongo declarar mal concedido el recurso interpuesto por la parte demandada a fs. 300/306, por aplicación del inveterado principio del Derecho Romano: De minimis non curat praetor.

VIII. En relación a los honorarios de la representación letrada de la accionante y de la demandada, teniendo en cuenta la calidad, mérito y extensión de las labores desplegadas como así también las etapas procesales cumplidas, los emolumentos regulados a ambas representaciones letradas lucen adecuados, por lo que corresponde su confirmación. (ley 27.423).

IX. De tener favorable adhesión mi voto, propongo imponer los gastos causídicos en el orden causado (art. 68 segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y fijar los estipendios por las labores desplegadas en esta instancia en el 33% (treinta y tres por ciento) para cada una de los intervinientes en esta instancia, de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen. (arts. 16 y 30 ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

Adhiero al voto que antecede, por compartir sus fundamentos.

La doctora Beatriz E. Ferdman: no vota (art. 125 LO).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Declarar mal concedido el recurso interpuesto por la demandada a fs. 300/306. 2) Confirmar el fallo de la instancia anterior en todo lo demás que fuera materia de recursos y agravios. 3) Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segunda parte del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 4) Regular los honorarios de cada una de las representaciones letradas intervinientes en esta etapa en el 33% (treinta y tres por ciento) de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen. 5) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Néstor Rodríguez Brunengo*. — *Graciela Carambia*.

CAUSALES DE DESPIDO

Certificados médicos enviados al empleador por WhatsApp. Carga de la prueba. Decisión rupturista no ajustada a derecho

El demandante demostró encontrarse físicamente impedido de prestar labores, según acreditó mediante certificados médicos, y la demandada reconoció en la misiva rupturista que el actor envió por WhatsApp a su superior los certificados médicos que acreditaban su dolencia. A pesar de la crítica de la demandada, se advierte que era ella quien debió acompañar copia de esos certificados y no lo hizo, con lo cual resulta evidente que la decisión rupturista no se ajustó a derecho.

CNTrab., sala IX, 16/04/2021. - Miñarro Tapia, Marcelo Ezequiel c. Honduras 69 SRL s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/10772/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Causa N° 23.683/2017

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 16 de 2021.

El doctor *Balestrini* dijo:

I. La sentencia de grado anterior, mediante la cual se admitió el reclamo, es apelada por ambas partes según los términos de fs. 257/266 y 267/268, que fueron replicados solo por el actor.

II. En lo que atañe a la queja de la demandada, adelanto mi opinión contraria a la misma.

Ello así, dado que en relación a que habrían sido incorrectamente interpretados —en el fallo apelado— los términos vertidos en su misiva rupturista, a fin de su tratamiento estimo necesario transcribir a continuación los términos de dicha comunicación, como se hiciera en la sentencia recurrida: “...Ud. ha inasistido en forma continua desde la fecha 03/11/2015 hasta el día de hoy, habiendo justificado mediante la entrega de certificados médicos originales sus inasistencias exclusivamente hasta el 07/11/2015. Por tal razón (...) se lo intimó a reintegrarse a sus tareas habituales y/o justificar el estado de salud que oportunamente invocó como impedimento, pero solicitándole que lo justificara mediante certificado médico legible y firmado en original por profesional médico, en razón de que no se encuentra imposibilitado de movilizarse.

En ningún momento adjuntó ningún certificado médico original desde el 03/11/2015, habiendo remitido con posterioridad la imagen de dos certificados médicos en forma remota al WhatsApp de un encargado. Asimismo impidió el control médico a domicilio de los médicos que Asociart ART le envió, visitándole con fecha 20/11/2015 sin que Ud. se encontrara en su domicilio. Posteriormente y por esta razón, volvieron a concurrir con fecha 10/12/2015 y Ud. no le permitió el acceso al domicilio. Toda vez que su conducta de no acreditar sus prolongadas inasistencias mediante certificados médicos originales y asimismo su aviesa e intencional actitud de sustraerse al control médico del empleador, conforme el art. 210 LCT, representan un flagrante incumplimiento a sus deberes como empleado (...) y que por estas mismas razones ya fue objeto de suspensión por un día (...) y de suspensión por dos días (...) entendemos que la reiteración de inasistencias injustificadas sumada a su falta absoluta de colaboración e indiferencia a las intimaciones cursadas resultan incompatibles con la continuación de la relación laboral...".

Respecto de las primeras de las causales esgrimidas, se destacó en el fallo apelado la actitud inconsistente de la demandada, dado que a fs. 117 vta. admitió que el actor se presentó el 10/11/2015 a las 21 hs. cuando debió concurrir a las 18 hs. y que por ello le aplicó una suspensión de un día.

En cuanto a las inasistencias incurridas por el actor hasta fin de noviembre y por todo el mes de diciembre, advierto que la recurrente afirmó en la misiva rupturista haberlo sancionado con suspensiones de un día y de 2 días en cada caso, siendo aplicada esta última mediante la CD del 21/12/2015 y que en ambos casos el actor rechazó argumentando que su médico tratante le otorgó licencia médica.

Ahora bien, respecto de las invocadas ausencias del actor con posterioridad, advierto que el demandante acompañó a fs. 131/138 los certificados médicos por su atención en Policlínicos Prosalud San Pablo y Vida Emergencias Médicas, emitidos por los Dres. Valdiviezo y Tordoya, que acreditan las licencias que dichos galenos le otorgaron en el período en que la demandada invocó que se ausentó de manera injustificada y que fueron autenticados a fs. 214/215 y 220/221 por los firmantes, destacando que en relación al emitido por el Dr. Tordoya el 03/01/2016, surge claramente que le prescribió al actor reposo por 15 días.

Ante ello, observo que la demandada no ejerció debidamente el control médico a su cargo a partir del 21 de diciembre de 2015, pues los médicos de la ART concurrieron con anterioridad —conforme se desprende el texto de la misiva rupturista antes transcrita— y el actor comunicó en todas las oportuni-

dades el encontrarse con licencia médica según se desprende del intercambio cablegráfico habido entre las partes (cfr. fs. 172/176), con lo cual la causal que motivó el desenlace de la controversia —las ausencias posteriores al 21/12/2015— no ha sido debidamente acreditada.

Ante ello, considero que el demandante demostró encontrarse físicamente impedido de prestar labores según acreditó mediante los certificados médicos antes mencionados y la demandada reconoció en la misiva rupturista que el actor envió por WhatsApp a su superior los certificados médicos que acreditaban su dolencia y que a pesar de la crítica de la demandada advierto que era ella quien debió acompañar copia de esos certificados recibidos en el WhatsApp del encargado y no lo hizo, con lo cual resulta evidente que la decisión rupturista comunicada mediante la misiva del 06/01/2016 no se ajustó a derecho (cf. arts. 10; 62; 63; 242 y concs. de la LCT).

Sentado ello y dado que la demandada no cuestiona los guarismos practicados en el fallo recurrido al determinar el crédito del actor y que solo critica la tasa de interés aplicada, destaco que la crítica carece de relevancia en la medida que no se indica al Tribunal acerca de que dicho accesorio imponga una condena irrazonable, si se atiende a que esta Cámara dispuso las tasas de interés en las Actas 2357; 2601; 2630 y 2658 con el fin de impedir el envilecimiento del crédito del trabajador frente a las circunstancias coyunturales de la economía, las cuales resultan evidentes en la actualidad que no han variado, lo cual sella la suerte de la crítica.

Finalmente, no soslayo los fundamentos expuestos por el máximo tribunal en la causa de Fallos: 342:162 que la demandada cita a fs. 265, aunque de manera incorrecta, pues no pone el apellido de la allí actora, a saber, "Bonet, Patricia G. por sí y en rep. Hijos menores c. Experta ART SA y otros s/ accidente-acción civil", en relación con los intereses de las actas aquí cuestionadas, pero va de suyo que dicho precedente fue una cuestión particular que no impone un criterio general y que, por ende, no corresponde su aplicación a esta causa, que difiere fácticamente de aquel proceso.

Por todo ello, entonces, sugiero desestimar esta crítica y confirmar el fallo de grado en este punto.

III. En cuanto a la queja deducida por el actor, advierto que los términos en que fue formulada la pretensión principal del apelante, indican que el pronunciamiento recurrido resulta —en ese aspecto— inapelable, en razón de que el valor que se intenta cuestionar en la alzada (\$41.278,87) no excede el equivalente a trescientas (300) veces el importe del derecho fijo previsto

en el art. 51 de la ley 23.187 (cf. art. 106, ley 18.345), que ascendía a la fecha de la concesión del recurso a la suma de \$81.000 (\$270 x 300). Cabe señalar que no se consideran incluidos en el valor en cuestión los intereses establecidos en el fallo de grado, por derivar de privación del capital adeudado y resultar accesorios del crédito reconocido (en igual sentido, cfr. esta Sala, “*in re*” “Loyola, María C. c. Loyola, Ricardo H. s/ despido” SD N° 13.055 del 20/12/2005, entre otros). Además de que no fueron recurridos.

En consecuencia, corresponde declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto por el actor.

IV. En cuanto a la apelación de honorarios deducida por la demandada, teniendo en cuenta el mérito, extensión y oficiosidad de las tareas llevadas a cabo en todas las instancias anteriores —incluidas las del SECCLO— por los profesionales intervinientes, evaluadas en el marco del valor económico en juego y contemplando la ley vigente a la época en que esos trabajos fueron realizados (cf. Fallos: 321:146; 328:1381, entre otros), considero que dichos emolumentos lucen acordes con esos parámetros y aranceles legales vigentes, razón por la cual sugiero confirmarlos (cf. art. 38, LO y demás normas arancelarias aplicables).

V. Por la forma en que se resuelven los recursos, sugiero imponer las costas dealzada a cargo de la demandada (cf. art. 68, 1° párr. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y que se regulen los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30 % de cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por sus labores en primera instancia (art. 30, ley 27.423).

El doctor *Pompa* dijo:

Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede.

El doctor Mario S. Fera no vota (art. 125, LO).

A mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia de grado anterior en lo que fue materia de apelación; 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada; 3) Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30 % de cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por sus labores en primera instancia y 4) Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la Ley 26.685 y Ac. CSJN N° 38/13, N° 11/14 y 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que se efectúen. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Roberto C. Pompa*. — *Álvaro E. Balestrini*.

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Sistema de estabilidad impropia. Régimen tarifado de indemnizaciones. Validez.

1. — Con excepción de aquellos casos en que los respectivos convenios colectivos hubieran contemplado una sanción para el supuesto de no ser observada la estabilidad impropia que consagra la Ley de Contrato de Trabajo, la solución debe buscarse en la norma que establece un sistema protectorio contra el despido arbitrario, que impone al empleador el pago de una indemnización tarifada, comprensiva de todo perjuicio padecido por el trabajador como consecuencia de la cesantía.
2. — El sistema de estabilidad relativa impropia que rige en nuestro ordenamiento jurídico reconoce al empleador la facultad de despedir con la sola obligación de indemnizar en caso de que dispusiera el distracto sin causa o basado en una injuria no acreditada.
3. — Resulta extraviado de todo contexto el pretendido carácter de “norma más favorable” que el recurrente pretende atribuirle al Protocolo de San Salvador, desde que no coloca una “opción” en manos del trabajador, ni una única solución posible para las diferentes hipótesis de rescisión incausada, tal como lo ha receptado nuestra legislación.
4. — El Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador —no ratificado hasta hoy por nuestro país y, por ende, no aplicable en la medida que tampoco se encuentra incluido en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de esa Organización— también admite que sea la legislación de cada país la encargada de definir el tipo de reparación del despido sin causa (del voto del Dr. Genoud).
5. — El ordenamiento legal argentino reconoce protección al trabajador contra el despido arbitrario que se traduce en un sistema de estabilidad relativa impropia, ya que más allá de la licitud o ilicitud de la denuncia y salvo situaciones muy puntuales, lo concreto es que esa declaración del empleador es eficaz para extinguir el contrato y solo da lugar al pago de una indemnización (del voto del Dr. Genoud).

SC Buenos Aires, 09/03/2021. - Romero, Silvia Graciela c. L Y H SA s/ materia a categorizar.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1917/2021]

① COSTAS

Se imponen al recurrente vencido.

Causa L. 122.152

La Plata, marzo 09 de 2021.

Antecedentes

El Tribunal del Trabajo N° 4 del Departamento Judicial de Quilmes rechazó la acción instaurada, con costas a la parte actora (v. fs. 230/240 vta.).

Se dedujo, por esta última, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. presentación electrónica de fecha 1 de agosto de 2018). Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

A la cuestión planteada, el doctor *Pettigiani* dijo:

I. El tribunal interviniente rechazó la demanda promovida por la señora Silvia Graciela Romero contra L Y H SA, mediante la cual procuraba la restitución en su puesto de trabajo, el cobro de salarios caídos, la indemnización por daño moral, la entrega del certificado y la multa contemplados en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 25.345) y la sanción establecida en el art. 132 bis de dicho cuerpo normativo (v. fs. 230/240 vta.).

En lo que interesa, juzgó que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de trabajo iniciado el 8 de marzo de 1999 hasta su finalización, ocurrida por despido sin causa dispuesto por la patronal, el 22 de agosto de 2014 (v. fs. 230 y vta.).

Asimismo, declaró demostrado que el día 29 de agosto de 2014 los litigantes arribaron a un acuerdo que resultó homologado por el Ministerio de Trabajo, en virtud del cual la señora Romero percibió la suma de \$224.531,75 en concepto de pago de capital conciliado (v. fs. 231). En este orden —con sustento en las constancias obrantes a fs. 193/217— constató que dicho convenio fue celebrado ante la presencia de un funcionario público, dependiente del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. cit.). Por otro lado, con apoyo en la prueba documental acompañada a fs. 100/101, tuvo por corroborado que recibió asistencia de parte del sindicato de empleados textiles y afines (v. fs. 231 vta.).

Asimismo, entendió no acreditado el estado de necesidad invocado por la actora en la demanda y tampoco que hubiese suscripto —de modo forzoso— la propuesta conciliatoria de la empresa (v. fs. 232).

Resaltó que el convenio de referencia fue celebrado y abonado el día 29 de agosto de 2014 —esto es— a los pocos días de producido el distracto. Además, ponderó que la accionante recién quince meses después cuestionó telegráficamente el despido incausado, solicitando su reincorporación y, luego, inició la acción judicial en el mes de febrero de 2017. En este contexto, evaluó que el señalado estado de necesidad no hubiera admitido semejante dilación en la petición (v. fs. cit.).

Puntualizó que la reclamante solicitó la indemnización por daño moral, por tratarse de un despido discriminatorio, aunque sin precisar en su escrito constitutivo plataforma fáctica alguna para vislumbrar la configuración de un acto de esa naturaleza, ni tampoco —declaró— produjo prueba alguna que permitiera —al menos— avizorar indicios en ese sentido (v. fs. cit.).

Seguidamente, ingresó en el análisis de la protección constitucional contra el despido arbitrario. Afirmó que el legislador hizo uso de la facultad de determinar cómo tornar operativo el principio plasmado en el art. 14 bis de la Constitución nacional, en cuando manda que “el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes”, optando por el sistema de estabilidad relativa, con arreglo al cual —aseguró— se admite el derecho del empleador de poner fin al contrato de trabajo sin justa causa, asumiendo el deber de abonar una indemnización tarifada conforme las prescripciones del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (v. fs. 235 y vta.). Dejó a salvo de esta disposición a los trabajadores que gozan de la protección específica que poseen los representantes gremiales (ley 23.551) o bien de aquella otra que resguarda a los dependientes cuyo despido obedezca a razones de discriminación (art. 1, ley 23.592).

Destacó la ausencia de instrumento internacional alguno del que pueda derivarse la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen de estabilidad absoluta respecto de los dependientes regidos por el régimen general de contrato de trabajo. En este marco, analizó el art. 7 inc. “d” del Protocolo de San Salvador y el art. 19 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (v. fs. 236).

Reiteró que la legislación laboral argentina admite la plena validez del despido injustificado, imponiéndole al empleador una carga económica que importa la materialización del mandato constitucional respecto de la protección debida al dependiente.

Además, sostuvo que —en el caso— no resultó probada la existencia de actos discriminatorios que dieran motivo a la disolución del contrato de trabajo, por lo que entendió inaplicable lo dispuesto en la citada ley 23.592 (art. 1; v. fs. 236 y vta.).

En definitiva, declaró que sólo el avasallamiento del derecho a la no discriminación en el empleo y al principio de la libertad sindical gozan en nuestra legislación de una protección intensificada o reforzada, que se traduce en la reinstalación del trabajador en su puesto, por conducto del reconocimiento de la ineficacia de la rescisión contractual, sin que —sostuvo el tribunal de grado— en autos se haya verificado alguno de esos supuestos.

Asimismo, puntualizó —mediante cita doctrinaria que individualizó— que la remisión de la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas al Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en lo referente a la causalidad del despido y la posibilidad de readmisión, así como la referencia efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Álvarez c. Cencosud” no salvan la falta de ratificación de ese Convenio por la Argentina (v. fs. 237).

También mencionó los fallos del Máximo Tribunal nacional en los cuales se dijo —según detalló— que el sistema de estabilidad absoluta es irrazonable por suprimir el poder discrecional del empleador respecto a la integración de su personal, y por resultar violatorio de la garantía de libertad de comercio e industria y del derecho de propiedad (arts. 14 y 18, Const. nac.; v. fs. 237 vta.).

De todos modos, en atención a lo establecido en los arts. 8 y 10 del Convenio 158 de la OIT, determinó que el lapso temporal transcurrido en el caso bajo análisis, desde el hecho del despido incausado hasta el momento de la reclamación de la readmisión en el empleo, resulta —en la especie— contrario al resguardo del principio de seguridad jurídica (v. fs. 238).

En consecuencia, dispuso rechazar íntegramente la demanda instaurada (art. 726, Cód. Civ. y Comercial; v. fs. 238).

II. Contra dicho pronunciamiento, la legitimada activa interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia absurdo y violación de los arts. 14 bis, 17, 18, 19, 28, 31 y 75 incs. 19, 22 y 23 de la Constitución nacional; 10, 11, 15 y 39 de la Constitución provincial; 44 incs. “d” y “e” de la ley 11.653; 11 y 17 de la Ley de Contrato de Trabajo; de los derechos de defensa, propiedad, de la garantía del debido proceso, de las disposiciones de los Pactos y Tratados Internacionales, en especial la Convención

Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

II. 1. En primer lugar, refiere que el reclamo de autos no se fundó en la existencia de un acto discriminatorio por parte de la empleadora, de modo que las manifestaciones vertidas en el fallo de grado relativas a la falta de actividad probatoria sobre el particular, carecen de trascendencia. Afirma, con cita del art. 44 inc. “d” de la ley 11.653, que el *a quo* violó el principio de congruencia cuando resolvió sobre esa temática.

II. 2. Luego, efectuando un pormenorizado análisis del sustento jurídico de la sentencia en crisis, asegura que conforme del art. 7 inc. “d” del Protocolo de San Salvador se desprende —de modo inequívoco— que el trabajador despedido sin expresión de justa causa puede optar por percibir una indemnización, por ser reinstalado en su puesto de trabajo o por cualquier otra prestación.

Advierte que dicho precepto constituye un verdadero avance en el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Agrega que la falta de ratificación del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo por nuestro país no resulta relevante ni bien se repara en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recurrido a dicho Convenio para explicar los alcances de los arts. 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC).

Sin perjuicio de ello, insiste en que el Protocolo de San Salvador es la norma más favorable para dar acogimiento a la acción deducida.

II. 3. Asimismo, descalifica la decisión en crisis, por haber arribado a la conclusión que el demandante no demostró la falta de asesoramiento en la tramitación de las actuaciones administrativas. En este orden, señala que se han violado las más que claras reglas de construcción del veredicto, dado que no se puede proponer una cuestión y resolver en otro sentido.

Argumenta que no puede suponerse que un funcionario del Ministerio de Trabajo, lego, pudiera haber informado a la actora respecto del Protocolo de San Salvador, cuando dicho instrumento no es de aplicación habitual en el marco de nuestro derecho y mucho menos conocido por todos.

También crítica que se haya considerado que la actora recibió consejo del representante sindical. Aduce que la documental en que se funda tal afirmación fue

desconocida por la reclamante y su autenticidad no fue probada por la contraria.

Luego, expone que el hecho que haya tenido o no asesoramiento, tampoco modifica en nada la circunstancia que a la trabajadora le asistía el derecho a optar por la reinstalación en el puesto de trabajo, así —continúa el compareciente— lo hizo saber mediante el correspondiente telegrama, que remitió —puntualiza— antes de que se cumpliera el plazo de prescripción. Esgrime que no existe un plazo más corto que el dispuesto en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo, desde que todo lo que no está prohibido está permitido (art. 19, CN).

II. 4. Descalifica la sentencia de mérito por haber descartado el estado de necesidad de la reclamante, a partir del simple rechazo de los argumentos vertidos en la demanda.

II. 5. Refuta, con denuncia de absurdo, que en el veredicto se haya postulado como interrogante si se acreditó que la accionante “haya sido forzada a aceptar la propuesta de la empleadora”, en el sentido de haber sido compelida por terceros. Aduce que ese no fue el alcance que se le dio en la demanda, donde se hizo referencia a las circunstancias que la condujeron a actuar como lo hizo.

II. 6. Por otro lado, cuestiona la resolución en crisis por haber establecido que la acción tendiente a la reinstalación de la trabajadora a su puesto de trabajo debía ser desestimada, al menos y hasta tanto, no se desarrolle labor legislativa que viabilice el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75 inc. 23, CN).

Resalta el interesado que el tribunal, por un lado, reconoce la existencia de derechos consagrados por la Constitución nacional y los instrumentos internacionales; sin embargo, por otro, les resta operatividad. Afirma que ello se contradice frontalmente con el estado actual de la doctrina y jurisprudencia en materia de aplicación inmediata de las cláusulas constitucionales y convencionales. Cita los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Ekmekdjian c. Sofovich” (sent. de 07/07/1992) y “Vizzoti” (sent. de 14/09/2004).

Afirma que no resulta ajustada al derecho vigente la aseveración plasmada en la sentencia en el sentido que la ley laboral estableció un régimen de estabilidad impropia, en tanto acepta el despido injustificado como válido, sin perjuicio de imponerle al empleador una carga económica. Ello —señala el compareciente— en tanto se pretende derivar de dicho enunciado

la inaplicabilidad de una norma de rango superior, más favorable para la actora.

En este sentido, ataca la afirmación plasmada en la sentencia, en orden a que la vulneración de la no discriminación y la libertad sindical son las únicas causas que motivan en nuestro derecho, una protección que se traduzca en la reinstalación del trabajador. Destaca que ello supone la preterición de la norma convencional que sí posibilita la reinstalación.

Descalifica la aplicación de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citados en el fallo en crisis porque —indica— son anteriores a la reforma constitucional de 1994 y reflejan criterios que no se compadecen con la incorporación del bloque de constitucionalidad. Además, según afirma, contradicen la jurisprudencia emanada del Máximo Tribunal con posterioridad a ese hito en materia de derechos sociales y laborales.

Crítica, también, el fallo en crisis en cuanto allí se sostuvo que mantener abierta la posibilidad de un reclamo de manera indefinida, como el planteado por el accionante, atentaría contra el orden y la seguridad jurídica. Así, reitera a que en nuestro derecho la única limitación temporal para el ejercicio de los derechos está dada por los plazos de prescripción.

II. 7. A modo de síntesis, concluye que el tribunal actuante cometió un yerro al no aplicar la norma contenida en el art. 7 inc. “d” del Protocolo de San Salvador, por lo que corresponde —a su criterio— dejar sin efecto la sentencia y dictar una nueva, ordenando la reinstalación de la trabajadora y el pago de los salarios devengados desde su despido hasta la efectiva restitución del puesto de trabajo.

III. El recurso no prospera.

III. 1. En primer lugar, debe desestimarse el agravio por conducto del cual sostiene el interesado que el *a quo* vulneró el principio de congruencia.

En efecto, si bien acusa violación de dicho postulado, prescinde vincular tal denuncia con la ineludible mención de las normas que contienen la regla procesal que dice infringida (art. 279, Cód. Proc. Civ. y Comercial; causas L. 90.008, “B., A.”, sent. de 08/10/2008; L. 117.399, “Rivera”, sent. de 10/09/2014; L. 117.853, “Gregorini”, sent. de 10/06/2015; eo.), sin que esta Corte pueda suplir de oficio, por inferencias o interpretación, las citas que debieron efectuarse por el recurrente (causas L. 105.323, “Mengarelli”, sent. de 30/11/2011; L. 112.633, “Colos”, sent. de 14/02/2013 y L. 117.622, “Villalobos”, sent. de 25/02/2015).

Sin perjuicio de lo expuesto, me permito señalar que —en efecto— el tribunal de grado descartó que en el caso bajo juzgamiento se hubiera configurado un despido discriminatorio, pues se hizo cargo de la premisa esbozada en el escrito de demanda, donde se puntualizó que la señora Romero reclamaba —entre otros conceptos— el daño moral “que el despido discriminatorio le causó” (v. fs. 30 *in fine*).

III. 2. a. Sentado lo anterior, la lectura y el análisis del contenido de la impugnación intentada me conducen a concluir que el eje de la crítica refiere —en lo esencial— a traer a consideración la pretensión sustentada en la aplicación del Protocolo de San Salvador, que fuera desestimada por el órgano de origen, desde que el recurrente entiende que dicho instrumento internacional goza de plena operatividad en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Ello, con la finalidad de viabilizar el pedido de reinstalación y el pago de salarios que nutren la acción instaurada.

III. 2. b. Ahora bien, como he reseñado, tras analizar la normativa de rango constitucional y supralegal vinculada con la cuestión debatida, el sentenciante afincó su conclusión en la inexistencia de documento internacional alguno con vigencia en el derecho positivo argentino que autorice a aplicar un régimen de estabilidad absoluta respecto de los trabajadores dependientes regidos por el derecho laboral y, en esta línea de pensamiento, postuló —a influjo de la jurisprudencia de la Corte nacional y de la normativa internacional que puntualizó en la sentencia— que la tutela constitucional contra el despido arbitrario está garantizada mediante el pago de una indemnización, salvo en aquellos supuestos especialmente tutelados.

Ante tales definiciones plasmadas en la sentencia, la exposición del quejoso trasunta, en lo esencial, una reiteración de las manifestaciones que hubo de formular en su escrito constitutivo de litis (v. fs. 27/69), que no logran conmover las motivaciones centrales del fallo, pues insiste en su particular postura que —a la postre— fue desestimada en la decisión que pone en crisis con fundamentos que lejos está de desvirtuar.

Al respecto, cabe aquí recordar que es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que, mediante la reiteración de argumentos expuestos en la instancia anterior que fueron motivo de especial análisis por el juzgador de origen, no logra concretar una réplica adecuada y eficaz de lo decidido (causas L. 117.071, “García”, sent. de 09/04/2014; L. 121.335, “Parodi”, sent. de 12/06/2019; eo.).

III. 2. c. Por otro lado, soslaya el interesado cuestionar la validez constitucional del régimen general que

tutela la protección contra el despido arbitrario, esto es, el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Sobre el particular, al emitir mi voto en la causa registrada como L. 120.395, “Laterza” (sent. de 29/06/2020), si bien en un marco fáctico diverso al ventilado en la presente, señalé que el sistema de estabilidad relativa impropia que rige en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce al empleador la facultad de despedir con la sola obligación de indemnizar en caso que dispusiera el distracto sin causa o basado en una injuria no acreditada.

Cabe puntualizar que el tejido jurídico que admite la eficacia extintiva del despido injustificado, regulando la consecuencia jurídica devenida en el pago de una indemnización tarifada, no resulta de aplicación —como bien apuntó el tribunal de origen— respecto de aquellos casos que traduzcan violación a la libertad sindical o sean fundados en razones de discriminación. Estos supuestos, sabido es, resultan más intensamente tutelados por la legislación, dando lugar a la reinstalación del dependiente en su puesto de trabajo (arts. 52, ley 23.551; 1, ley 23.592; causas L. 97.804, “Villalba”, sent. 22/12/2010; L. 104.378, “Sffaeir”, sent. de 08/08/2012 y L. 113.329, “Auzoategui”, sent. de 20/08/2014).

Así las cosas, no resulta ocioso apuntar que la autonomía de la voluntad de las partes, en el marco del ejercicio de derechos colectivos, podría convenir e incorporar en un determinado ámbito negocial —verbigracia: de actividad o de empresa— un sistema más beneficioso, esto es, uno que consagre garantías por sobre los mínimos legales frente a aquéllas establecidas en el contexto impuesto por la heteronomía del régimen general (arts. 1, 8 y concs., LCT; 3 inc. “e”, 19 y concs., ley 14.250; 19, CN). Por ejemplo, un régimen de estabilidad relativa propia, según la conocida clasificación doctrinaria (v. de la Fuente, Horacio H.; Principios jurídicos del derecho a la estabilidad, Zavalía, Bs. As., 1976, p. 19 y ss.).

No obstante, no puedo dejar de señalar aquí que cuando la Corte nacional —allá por el año 1992— tuvo la última oportunidad de pronunciarse sobre esta temática, esto es, la estabilidad relativa propia consagrada en una convención colectiva de trabajo, la fulminó con la declaración de inconstitucionalidad (CSJN, “Figueroa, Oscar F. y otro c. Loma Negra CIASA s. Cobro de pesos. Inconstitucionalidad y casación”, Fallos: 306:1208; Rubinzal-Culzoni Online, RC J 18.174/10).

Ahora bien, en sintonía con lo que vengo diciendo, este Superior Tribunal ha declarado que con excepción de aquellos casos en que los respectivos convenios colectivos hubieran contemplado una sanción

para el supuesto de no ser observada la estabilidad impropia que consagra la Ley de Contrato de Trabajo, la solución debe buscarse en la norma que establece un sistema protectorio contra el despido arbitrario, que impone al empleador el pago de una indemnización tarifada, comprensiva de todo perjuicio padecido por el trabajador como consecuencia de la cesantía (arts. 232 y 245, LCT; causa B. 62.461, “Romero”, sent. de 23/11/2016).

Siguiendo mi línea de pensamiento, también por vía de un acuerdo individual entre trabajador y empleador podría pactarse un régimen más ventajoso que el garantizado legalmente (art. 19, CN).

III. 2. d. A esta altura, he de detenerme en el análisis del documento internacional cuya pretendida aplicación constituye la piedra basal sobre la cual la parte actora edificó el escrito liminar y —ahora— estructura el embate en tratamiento, reiterando —como señalé en párrafos anteriores— los conceptos vertidos oportunamente y abordados por el órgano jurisdiccional *a quo*.

Me refiero —como lo anticipé— al Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, celebrado el 17 de noviembre de 1988, aprobado por ley 24.658 el 19 de junio de 1996 y ratificado por el gobierno argentino el 23 de octubre de 2003.

Dicho cuerpo normativo en su art. 7 dispone que “Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:[...] d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Tal como lo señala destacada doctrina (César Arese, “La readmisión laboral en el PIDESC, el Convenio 158 de la OIT y el Protocolo de San Salvador a través del fallo de la CSJN “Álvarez”, “Revista de Derecho Laboral”, “Extinción del contrato de trabajo”, III-2011-1 - Rubinzal Culzoni Ed.) dentro de las propuestas interpretativas del dispositivo bajo análisis está aquella (a la que adhiero) que postula que la norma transcrita obliga a la legislación interna —y así lo ha hecho nuestro ordenamiento jurídico local— a prever las tres alternativas posibles en caso de despido sin causa

(reparación, readmisión otra prestación), pudiendo imponerse, según el caso, la reinstalación (despido discriminatorio o sindical), un resarcimiento económico (art. 245), o una prestación diversa (subsidio por desempleo, arts. 111 y ss., ley 24.013).

Sentado ello, entiendo que el entramado normativo que garantiza la protección contra el despido arbitrario en nuestro ordenamiento jurídico, se halla en un todo de acuerdo con la norma transnacional sobre la que el quejoso erige su réplica, toda vez que en el orden local se garantizan diversos grados —o intensidades— de protección, de acuerdo al escenario fáctico y jurídico en que se configure el despido.

De allí, que resulta extraviado de todo contexto el pretendido carácter de “norma más favorable” que el recurrente pretende atribuirle al Protocolo, desde que no coloca una “opción” en manos del trabajador, ni una única solución posible para las diferentes hipótesis de rescisión incausada, tal como lo ha receptado nuestra legislación.

Cabe puntualizar que en el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo”, del 7 de diciembre de 2010 —en el que, no es ocioso recordar, no se encontraba “en la liza un régimen general de estabilidad propia o absoluta como protección contra todo despido arbitrario, sino la reincorporación, para el litigio, y en el litigio, derivada del singular motivo de ruptura del contrato de trabajo: la discriminación”— la Corte Suprema de Justicia de la Nación reparó que la norma internacional bajo análisis “...contempla a la readmisión en el empleo como una de las consecuencias admisibles para la legislación interna en casos de despido injustificado (art. 7° d)...” (cons. 7°), solución que —en consonancia con lo que venimos exponiendo— ha sido receptada por nuestro ordenamiento jurídico para aquellos supuestos en que la tutela del derecho a la estabilidad resulta más rigurosa o intensa (representantes gremiales, despido discriminatorio o violatorio de derechos fundamentales).

III. 2. e. Por otro lado, es dable destacar que el Máximo Tribunal federal en la causa “Vizzoti, Carlos c. AMSA SA s/ Despido”, sentencia de 14/09/2004 (CSJN, Fallos: 327:3677) si bien al expedirse respecto de la constitucionalidad de los límites a uno de los datos del binomio fáctico del contrato disuelto (art. 245, segundo apdo.), ha declarado que “no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquella” (cons. 6°), como así también que “el resarcimiento del empleado debe ser equi-

tativo, y ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad” (cons. 7°).

III. 2. f. Las directrices que emanan de los mencionados precedentes de la Corte nacional, ambos posteriores a la reforma constitucional de 1994, me eximen de pronunciarme sobre los cuestionamientos que el recurrente formula al pronunciamiento de grado en lo vinculado a la ausencia de eficacia de la doctrina jurisprudencial federal en materia de estabilidad relativa.

III. 2. g. Finalmente, he de indicar que el Convenio 158 de la OIT —adoptado en junio de 1982— propicia la consagración por los Estados parte de un esquema de relaciones de trabajo tendiente a evitar la extinción del contrato por la empleadora sin justificación alguna. En este sentido, determina que la legislación de cada país rubricante deberá —si no se hiciera por convenio colectivo— establecer que no se pondrá fin a la relación de trabajo, salvo que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del dependiente, basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Este documento internacional —conforme señaló el *a quo*— no ha sido aún ratificado por Argentina.

III. 3. Lo precedentemente expuesto sella —sin más— la suerte adversa de la postulación recursiva, de modo que no cabe ingresar en la consideración de las demás críticas, como —entre otras— aquellas dirigidas a desvirtuar las conclusiones vinculadas con la pretendida falta de asesoramiento en la tramitación de las actuaciones administrativas, el supuesto estado de necesidad de la señora Romero —que la habría conducido a suscribir el acuerdo de pago con su empleadora—, la alegación atingente al plazo prescriptivo orientada a justificar el tiempo transcurrido para formular el reclamo.

III. 4. En definitiva, por las razones expuestas, la crítica no luce hábil para rebatir el fallo de grado, que —por ende— debe permanecer firme.

IV. Por ello, propongo al acuerdo rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Genoud* dijo:

I. Coincido, por los fundamentos que expone, con la solución propuesta por el doctor *Pettigiani*.

I. 1. En síntesis y en lo que aquí interesa por constituir materia de agravios, la actora se presentó en estas actuaciones afirmando que su despido incausado constituye un acto ilícito por cuanto con él se violó su derecho humano fundamental a no verse privada de su trabajo sin una justificación, solicitando por ello la nulidad de dicho acto extintivo, la reinstalación en su puesto de trabajo, la reparación del daño moral que la finalización del contrato le ocasionó y el pago de los salarios caídos compensados hasta su concurrencia con los importes que reconoció haber percibido en concepto de indemnización. Las restantes vicisitudes que rodearon la terminación del vínculo laboral se encuentran suficientemente relevadas en el voto del colega al que adhiero y me remito.

I. 2. La accionante funda su pretensión en normas de derecho internacional de jerarquía diversa, incluso en alguna que no se ha incorporado al ordenamiento doméstico por ausencia de ratificación por parte del estado argentino, solicitando —como se dijo— la nulidad del despido (respecto del que ella misma aclara, no es discriminatorio) y la reinstalación en su puesto de trabajo en el marco de un contrato anudado en el sector privado.

II. Existe un consenso general del que participo acerca de que la Constitución nacional no asegura a los empleados de ese sector la estabilidad propia —que es la que se configura cuando la normativa aplicable prevé la nulidad del acto resolutorio—, sino la impropia que se verifica cuando el ordenamiento acepta al despido sin causa como válido sin perjuicio de imponer al empleador una carga económica que, por lo general, aunque no exclusivamente, resulta ser una indemnización tarifada a favor del trabajador. También goza de extendida aceptación la distinción entre la estabilidad propia absoluta, que le garantiza al dependiente, una vez declarada la nulidad de la extinción contractual, su efectiva reinstalación en el empleo sin que el empleador pueda sustituir su obligación por otra de carácter indemnizatorio sin la anuencia del trabajador, y la relativa, en la que el empleador puede rehusarse a reincorporar al empleado en cuyo caso deberá continuar pagándole los salarios hasta que se encuentre en condiciones de acceder al beneficio jubilatorio o se configure alguna causa justificada de extinción.

II. 1. Ese extendido consenso no es antojadizo; es el resultado de la interpretación del art. 14 bis de la Constitución nacional que dispone que las leyes “asegurarán al trabajador”, entre otras cosas, “la protección contra el despido arbitrario” y “la estabilidad del empleado público” y que los representantes gremiales “gozarán de las garantías [...] relacionadas con la estabilidad de su empleo”.

Claro que la reforma constitucional de 1994 significó la ampliación de las fuentes del derecho del trabajo a través de la incorporación en la Constitución nacional —en las condiciones de su vigencia— de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, además del carácter supra legal de otros instrumentos, entre los cuales se encuentran —según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. gr.: “Pinturería y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”, sent. de 26/03/2014)— los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por nuestro país.

II. 2. Es al amparo de algunas de esas normas internacionales que la peticionaria intenta la nulidad del despido y su reincorporación, en el entendimiento que la protección de la estabilidad en el empleo en nuestro ordenamiento tiene otros alcances, más amplios que los previstos en la Ley de Contrato de Trabajo.

II. 3. No le asiste razón.

El art. 6.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —de rango constitucional— establece que los Estados Partes “reconocen el derecho a trabajar”. Según el Comité de Derechos Económicos y Sociales ese enunciado incluye “el derecho a no ser privado de trabajo en forma injusta” y, en caso de violación de esa prerrogativa, los afectados “tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición”. Queda a la vista que el Pacto no expresa preferencia hacia una de esas formas de reparación en particular. Por el contrario, el citado Comité ha resaltado que, para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del Pacto, “cada Estado Parte tiene un margen en el que puede ejercer su criterio para decidir qué medidas son más convenientes para hacer frente a esas circunstancias específicas” (Comité de Derechos Económicos y Sociales, El derecho al trabajo, Observación General 18 —aprobada el 24 de noviembre de 2005— parágrafos 4, 6, 48 y 37).

Por otra parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (“Protocolo de San Salvador”), de jerarquía supra legal, establece en su artículo 7 que los Estados partes “...garantizarán en sus legislaciones nacionales [...] la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación” y que “en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

Queda en evidencia, entonces, que los instrumentos internacionales aludidos (también la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 11.1.c.) establecen de manera más o menos explícita, el derecho a la estabilidad en el empleo, aunque ninguno de ellos consagra una fórmula única de protección de ese derecho, que puede consistir alternativamente —y según las disposiciones de derecho interno que se adopten, no como pretende la actora, según su propia elección— en la reinstalación en el trabajo, en alguna indemnización o en alguna otra prestación.

Por último, el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador —no ratificado hasta hoy por nuestro país y, por ende, no aplicable en la medida que tampoco se encuentra incluido en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de esa Organización— también admite que sea la legislación de cada país la encargada de definir el tipo de reparación del despido sin causa.

En suma, el ordenamiento legal argentino reconoce protección al trabajador contra el despido arbitrario que se traduce en un sistema de estabilidad relativa impropia, ya que más allá de la licitud o ilicitud de la denuncia y salvo situaciones muy puntuales que no se configuran en autos, lo concreto es que esa declaración del empleador es eficaz para extinguir el contrato y solo da lugar al pago de una indemnización. Ese régimen, por lo que vengo de exponer, se ajusta a nuestra Constitución que sólo asegura la permanencia en el empleo —con distintos alcances— a los empleados públicos y a los representantes gremiales (también, según la jurisprudencia predominante, incluida la de este Tribunal, para el caso de los despidos discriminatorios) y a los instrumentos internacionales —que con diferente jerarquía y según se explicó— otorgan margen amplio de discreción a los estados para escoger entre las distintos sistemas de estabilidad.

III. Luego, y en el mismo sentido que se expresara en el voto al que adhiero, no se configura en autos un conflicto de aplicación normativa que deba ser dirimido mediante la regla de la norma más favorable pues —en rigor— no concurren en la especie dos o más normas vigentes que no toleren su aplicación conjunta a la misma situación de hecho. Por lo explicado, el encaje de la norma positiva local —en este caso, la LCT— con las normas internacionales señaladas, define la aplicación sin más de la ley de orden interno y el consecuente rechazo de la pretensión actoral.

IV. En razón de los motivos expuestos y por las razones brindadas en el sufragio del colega que me precede en la votación en cuanto resulten concordantes, estimo que el recurso extraordinario de inaplicabili-

dad de ley debe ser rechazado, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

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

La doctora *Kogan* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Pettigiani*, y adicionalmente suscribo la consideración formulada por el doctor *Genoud* en el segundo párrafo del punto II. 3. de su propuesta.

Voto por la negativa.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído, con costas (art. 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaría firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Luis E. Genoud*. — *Hilda Kogan*. — *Eduardo J. Pettigiani*. — *Sergio G. Torres*.

SEGURIDAD SOCIAL

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PRÁCTICA PREVISIONAL

ACTUALIDADES

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

PENSIONES HONORÍFICAS

Suspensión del beneficio previsional a un veterano de Malvinas que está siendo juzgado por delitos de lesa humanidad. Condena no firme. Disidencia. Certiorari negativo.

Con nota de Carolina E. Ibarra

1. — La decisión de la ANSeS de suspender el pago de la pensión de guerra no vulnera derechos fundamentales del veterano. Por un lado, la facultad excepcional que ejerció el organismo tiene por finalidad asegurar la sostenibilidad del sistema público de previsión social; por el otro, se encuentran reunidos suficientes elementos de certeza para considerar que el beneficiario puede estar incurso en la causal de exclusión por su participación en hechos tipificados como delitos de lesa humanidad por los que ha sido condenado en la causa “ESMA Unificada” (sentencia no firme) (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).
2. — Aun cuando existen instancias recursivas pendientes contra la condena por delitos de lesa humanidad impuesta al reclamante, la suspensión provisoria no priva al beneficiario del derecho a la pensión honorífica de la que gozaba, pues, en caso de resultar absuelto, puede petitionar el restablecimiento del beneficio y la percepción de los haberes caídos (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).
3. — La decisión de la ANSES de suspender el pago de la pensión de guerra no vulnera derechos fundamentales del veterano, pues no lo priva de otros beneficios de la seguridad social; máxime cuando no fue acreditada en el caso una situación de desamparo del actor y su grupo familiar, que lo coloque en la imposibilidad de cubrir riesgos de subsistencia (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte, por mayoría, hace suyo).

CS, 01/07/2021. - Rolón, Juan Carlos c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/102009/2021]

R. 774. XLIX. RHE

Suprema Corte:

-I-

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo entablada por Juan Carlos R a fin de que se deje sin efecto la suspensión preventiva del pago de la pensión honorífica otorgada en los términos de la Ley 23.848 de Pensiones Honoríficas de Veteranos de Guerra del Atlántico Sur y se le abonen las sumas retroactivas adeudadas (fs. 140/144 del expediente principal, al que me referiré en adelante, salvo aclaración en contrario).

El tribunal relató que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) suspendió, en forma preventiva, el pago de la mencionada pensión en virtud de que el actor se encontraba imputado como autor de delitos de lesa humanidad.

El a quo expuso que el artículo 6 del decreto 1357/2004 establece, como condición para la percepción de ese beneficio, no haber sido condenado, o no resultar condenado, por violación de derechos humanos, delitos de traición a la patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros tipificados en los Títulos IX, Capítulo 1; y X, Capítulos 1 y II, del Código Penal.

Con relación a las circunstancias del caso, indicó que, según el Registro Nacional de Reincidencia, el actor se encontraba -al momento de la suspensión del beneficio- procesado y en prisión preventiva en el marco de la causa nro. 18.918/03, caratulada “Acosta, Jorge Eduardo - Astiz, Alfredo Ignacio y otros s/ privación ilegal de la libertad. Dam. Walsh, Rodolfo Jorge”.

Por ello, concluyó que la acción de amparo debía progresar en tanto el actor no se encontraba condenado -tal como exige el decreto 1357/2004- sino procesado por la comisión de delitos de lesa humanidad. Citó, en apoyo, doctrina de la Corte Suprema relativa a la cautela con que deben interpretarse las normas de naturaleza previsional dado su contenido alimentario.

-II-

Contra esa sentencia, la ANSES interpuso recurso extraordinario federal (fs. 146/152), que fue contesta-

do (fs.156/158) y, denegado (fs. 157), dio origen a la presente queja (fs. 22/26 del cuaderno respectivo).

En primer lugar, afirma que los antecedentes penales del actor varían respecto de aquellos verificados al momento de otorgársele la prestación pues, con posterioridad al acto administrativo, Juan Carlos R fue procesado como autor de delitos que implican violaciones a los derechos humanos y atentados contra valores democráticos que comprenden la dignidad y la paz de la Nación. Manifiesta que dicha situación está prevista en el artículo 6 del decreto 1357/2004 como incompatible con el otorgamiento de esta pensión honorífica, en tanto contraviene el ful querido por la norma al reconocer a quienes pusieron su vida en riesgo por nuestro país.

En segundo lugar, enfatiza que se trata de una pensión de naturaleza no contributiva y honorífica, lo que autoriza su suspensión por parte de la Administración, aun cuando se encontrare en curso de pago, con fundamento en el artículo 15, segundo párrafo, de la Ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. Explica que el organismo tiene el deber de revisar la legitimidad de los beneficios acordados y aun liquidados a fin de evitar la realización de egresos fuera del marco de la legislación aplicable.

Concluye que no es arbitraria la decisión de suspender preventivamente el goce del beneficio, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, porque de ese modo la Administración protege el erario público al tiempo que cumple con el deber de preservar la vigencia del principio de legalidad objetiva.

Finalmente, señala que se configura en el caso un supuesto de gravedad institucional ya que la decisión del a quo ha puesto en riesgo el sistema previsional argentino al comprometer la administración de sus fondos.

-III-

El recurso extraordinario es formalmente admisible, pues se ha puesto en cuestión el alcance de normas de naturaleza federal -la ley 23.848 y el decreto 1357/2004- y se ha resuelto contra el derecho que el interesado fundó en ellas (art. 14, inc. 3, ley 48).

-IV-

En el presente caso la cuestión federal consiste en determinar si la decisión de la ANSES de suspender provisoriamente el pago al actor de la pensión honorífica de veterano de guerra otorgada en los términos de la ley 23.848, en tanto procesado y luego condenado por sentencia aún no firme por delitos de lesa humanidad, lesiona, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sus derechos constitucionales.

Cabe puntualizar que esta Procuración General tuvo ocasión de expedirse en un caso sustancialmente análogo al dictaminar en la causa S.C.A. 645, L. XLVII, "Acosta Jorge Eduardo el EN - ANSES s/ amparo", que fue fallada por la Corte Suprema el 18 de septiembre de 2015.

En esa oportunidad, esta Procuración General destacó que la pensión honorífica de veterano de guerra del Atlántico Sur es un beneficio otorgado en reconocimiento por los servicios prestados a la Nación y que, por tal razón, resulta incompatible con el hecho de ser condenado por la comisión de delitos contra la humanidad. Explicó que se trata de una pensión de naturaleza no contributiva, en tanto no está sustentada en aportes equivalentes realizados por el propio beneficiario sino que es atendida con las rentas generales de la Nación, y compatible con cualquier otro beneficio de carácter previsional permanente o de retiro y con la percepción de otros ingresos. En ese contexto, esta Procuración señaló que, desde el momento en que el beneficiario de esta pensión honorífica se encuentra procesado por la comisión de delitos de lesa humanidad, existe una razón suficiente, a los efectos de la ley 23.848 y el decreto 1357/2004, para suspender en forma provisoria su pago, de modo que no se desvíe del fin con que dicha pensión fue creada. Finalmente, entendió que la decisión de la ANSES de suspender provisoriamente el pago de la pensión a Jorge Eduardo Acosta no lesionaba sus derechos fundamentales puesto que había sido condenado por la comisión de esa clase de delitos y esa decisión había sido, al tiempo del dictamen, revisada y confirmada por la Cámara Federal de Casación Penal.

En efecto, la ley 23.848 y sus modificatorias 24.343 y 24.652 establecen un régimen de pensiones vitalicias para los ex soldados conscriptos y civiles que participaron en la guerra del Atlántico Sur, entre la fecha de iniciación de las acciones y de alto el fuego. De los antecedentes y debates parlamentarios que precedieron a la sanción de estas leyes surge que la voluntad legislativa no fue la de conceder una pensión graciable sino una pensión retributiva de los actos de servicio específicamente cumplidos por sus beneficiarios (Fallos: 329:5534, "Kasansew", considerando 5º; y causa A. 195. XLIX. "Álvarez, Omar Ángel y otros cl Est. Nac. (Mrio. Defensa) s/diferencia salarial- medo cautelar", 15 de diciembre de 2015, considerando 9º), con el claro fin de reivindicar a quienes "lucharon por nuestra soberanía y ofrecieron todas sus fuerzas para el triunfo y dignidad de la Nación" (Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 39º Reunión, Continuación de la 11ª Sesión Ordinaria, 26 de septiembre de 1990, pág. 3249).

Posteriormente, la ley 24.892 extendió ese beneficio al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en situación de retiro o

baja voluntaria, en tanto hubieren estado destinados en el Teatro de Operaciones Malvinas (TOM) o entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS). Más tarde, se añadió mediante el decreto 886/2005 el supuesto de baja obligatoria.

En todos estos casos el fin honorífico de la pensión fue reforzado con el dictado del decreto 1357/2004, en cuanto expresamente establece los supuestos que, por su entidad y gravedad, justifican la pérdida del derecho. En tal sentido, el artículo 6 dispone que “los veteranos de guerra que hubieran sido condenados, o resultaren condenados, por violación de los derechos humanos, por delitos de traición a la Patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros tipificados en los Títulos IX, Cap. I; y X, Cap. I y II, del Código Penal, no podrán ser beneficiarios de las pensiones de guerra a que se refiere el presente decreto.” Esta condición procura asegurar que se satisfaga la finalidad de la prestación, pues la comisión y participación en delitos aberrantes ejecutados desde el aparato estatal o en hechos que atenten contra el sistema democrático, repugna cualquier reconocimiento que pretenda fundarse en el honor de servir a la Nación argentina.

En el presente caso, cabe destacar la actual situación procesal del actor, en tanto las sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 339:1701, “Buffo”; 339:1576, “Martínez”; entre muchos otros).

Del informe elaborado por la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación -que se adjunta al presente dictamen- surge que el 29 de noviembre de 2017, en la denominada “Causa ESMA Unificada”, abarcativa de las causas nro. 1282, 1286, 1349, 1381, 1415, 1492, 1510, 1545, 1668, 1689 y 1714, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de esta ciudad condenó “a Juan Carlos R. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de los delitos de privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por la condición de funcionario público y por haberse cometido con violencia e imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos en forma reiterada (6 hechos en cada caso); privación ilegítima de la libertad triplemente agravada por la condición de funcionario público, por haberse cometido con violencia y por haber durado más de un mes e imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en forma reiterada (85 hechos en cada caso); privación ilegítima de la libertad triplemente agravada por la condición de funcionario público, por haberse cometido con violencia y por haber durado más de

un mes, imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos y homicidio agravado por haberse realizado con alevosía y mediante procedimiento insidioso y con el concurso premeditado de dos o más personas (3 hechos); privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por la condición de funcionario público y por haberse cometido con violencia, imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos y homicidio agravado por haberse realizado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas (3 hechos); privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por la condición de funcionario público y por haberse cometido con violencia y homicidio agravado por haberse realizado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas (2 hechos); privación ilegítima de la libertad triplemente agravada por la condición de funcionario público, por haberse cometido con violencia y por haber durado más de un mes e imposición de tormentos agravados por haber resultado la muerte de la víctima (2 hechos); privación ilegítima de la libertad doblemente agravada por la condición de funcionario público y por haberse cometido con violencia, en forma reiterada (40 hechos); privación ilegítima de la libertad triplemente agravada por la condición de funcionario público, por haberse cometido con violencia y por haber durado más de un mes, en forma reiterada (347 hechos); privación ilegítima de la libertad agravada por la condición de funcionario público (4 hechos); imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en forma reiterada (392 hechos); imposición de tormentos con el propósito de obtener información o quebrantar su voluntad, agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos y por haber resultado la muerte (1 hecho); homicidio agravado por haberse realizado con alevosía y con el concurso premeditado de dos o más personas, en forma reiterada (12 hechos, cuatro de ellos en grado de tentativa); y sustracción, retención u ocultación de un menor de diez años de edad, en forma reiterada (13 hechos); todos ellos en concurso real entre sí (arts. 2, 42, 45, 55, 80, incs. 2° y 6°, 144 ter, párrs. 1, 2 Y 3, 144 bis, inc. 1 y último párrafo -en función del art. 142, incs. 1 y 5, según la redacción de la ley 14.616 en los casos pertinentes- y 146 del Código Penal de la Nación, según la redacción de la ley 14.616) y calificados como crímenes de lesa humanidad (Punto 118 del veredicto del 29/11/17)”. Además, el citado informe señala que el actor se encuentra procesado en las causas nro. 14217/03, 17534/08 y 7694/99, por otros hechos ocurridos en el centro clandestino de detención “ESMA” durante la última dictadura.

En este marco fáctico y normativo, entiendo que la decisión de la ANSES de suspender el pago de la pensión de guerra no vulnera derechos fundamentales del actor.

Por un lado, la facultad excepcional que ejerció el organismo tiene por finalidad asegurar la sostenibilidad del sistema público de previsión social. En tal sentido, cabe destacar los considerandos del decreto 1287/1997, reglamentario del artículo 15 de la ley 24.241, que otorga esa facultad a la ANSES. Ellos señalan que “uno de los pilares esenciales de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional es la limitación del otorgamiento y pago de las prestaciones por el monto del crédito presupuestario comprometido para su financiamiento” y que “esta limitación presupuestaria de las erogaciones previsionales exige un estricto contralor de los beneficios otorgados y a otorgarse, toda vez que cualquier dispendio indebido de los fondos afectados al régimen, fundado en la existencia o el mantenimiento de actos cuya nulidad resultare fehacientemente comprobada, afectaría en forma proporcional a los beneficios legítimos restantes.” Estas consideraciones son aplicables al régimen de las pensiones honoríficas aquí en cuestión, puesto que, más allá de que no tiene una base contributiva, está afectado por evidentes limitaciones presupuestarias. En todos los casos, la norma procura que el desembolso de la prestación no se desvíe del objeto específico para el que fue creada y, de ese modo, preserva los recursos destinados al financiamiento del sistema (dictamen de esta Procuración General en la causa FRO 73023789/2011/CS1, “T. V. F. c/ ANSES y otro s/ varios”, emitido el 13 de febrero de 2017).

Por otro lado, en atención a la naturaleza provisional de la medida adoptada por la ANSES y al referido fin público, entiendo que se encuentran reunidos suficientes elementos de certeza para considerar que el beneficiario puede estar incurso en la causal de exclusión. En efecto, la participación de Juan Carlos R en hechos tipificados como delitos de lesa humanidad ha sido determinada en la mencionada condena penal dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 5 de esta ciudad en la causa “ESMA Unificada”, autos nro. 1282 y sus acumulados.

En este punto, aun cuando existen instancias recursivas pendientes, es dirimente el hecho de que la suspensión provisoria no priva al beneficiario del derecho a la pensión honorífica, pues, en caso de resultar absuelto, puede peticionar el restablecimiento del beneficio y la percepción de los haberes caídos.

Por último, corresponde señalar que el artículo 2 del decreto 886/2005 aclara que el cobro de la pensión de guerra es compatible con cualquier otro be-

neficio de carácter previsional permanente o de retiro otorgado en jurisdicción nacional, provincial o municipal, con la percepción de otro ingreso, con el subsidio extraordinario instituido por la ley 22.674 o con las pensiones graciables vitalicias otorgadas por las leyes 23.598 y 24.310. En efecto, surge de las constancias del expediente que el actor percibe el haber de retiro correspondiente al grado de Capitán de Fragata de la Armada Argentina, conforme Ley 19.101 para el personal militar y sus modificatorias (fs. 59/60). De este modo, la suspensión del pago de la pensión honorífica no priva al actor de otros beneficios de la seguridad social Asimismo, no fue acreditada en el caso una situación de desamparo del actor y su grupo familiar, que lo coloque en la imposibilidad de cubrir riesgos de subsistencia.

Por todo lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por la ANSES y revocar la decisión recurrida. Buenos Aires, 3 de marzo de 2018. — *Victor Abramovlch*.

Buenos Aires, 1 de julio de 2021

Considerando:

Que los agravios de la recurrente han sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen del señor Procurador Fiscal de fs. 133/138, cuyos fundamentos esta Corte comparte y a los cuales se remite por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se rechaza la demanda (art. 16, segunda parte, de la ley 48). Con costas. Declárase a la presentación directa exenta del depósito requerido por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Agréguese a la principal, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Elena I. Highton de Nolasco*.

DISIDENCIA DEL DOCTOR DON CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ Y DE LA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisibles (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se desestima la presentación directa y se la declara exenta del depósito requerido por el art. 286 del ordenamiento citado (art. 13, inciso f, ley 23.898). Notifíquese, devuélvase los autos principales y, oportunamente, archívese.

Los delitos de lesa humanidad son incompatibles con la pensión honorífica

Carolina E. Ibarra

Sumario: I. Introducción.— II. La sentencia.— III. Análisis.— IV. Conclusión.

I. Introducción

En el caso (1), la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) suspendió, en forma preventiva, el pago de la pensión honorífica otorgada en los términos de la Ley 23.848 de Pensiones Honoríficas de Veteranos de Guerra del Atlántico Sur en virtud de que el actor se encontraba imputado como autor de delitos de lesa humanidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión de la Cámara Federal de la Seguridad Social —que había dado curso al pedido— y confirmó la suspensión del pago de la pensión honorífica de veterano de guerra de Malvinas al exmarino Juan Carlos Rolón, condenado por crímenes de lesa humanidad en la Escuela de Mecánica de la Armada.

El derecho internacional y el derecho interno —a partir del año 2003— se ha puesto en movimiento el aparato estatal con el fin resignificar la dignidad de las personas víctimas del terrorismo de estado, escuchar sus reclamos, dolencias e interrogantes, que permitan ajustar conforme a la verdad de los hechos, el deseo de reparación y el impedir su olvido, de ahí lo destacable de la sentencia en análisis.

II. La sentencia

El exmarino fue procesado y luego condenado por sentencia —aún no firme— por delitos

de lesa humanidad en la denominada “Causa ESMA Unificada”. Fue condenado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por ser considerado coautor penalmente responsable de gravísimos delitos de lesa humanidad durante el terrorismo de Estado que incluyen privaciones ilegítimas de libertad agravadas, imposición de tormentos, homicidios y sustracción, retención u ocultación de menores de diez años, todos ellos en forma reiterada y en un total de 910 hechos.

El actor interpuso una acción de amparo a fin de que se deje sin efecto la suspensión preventiva del pago de la pensión.

La Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, acogió el reclamo, en tanto el actor no se encontraba condenado, como lo exige el dec. 1357/2004, sino procesado por la comisión de delitos de lesa humanidad.

Los jueces de la Corte compartieron los fundamentos brindados por el procurador fiscal Víctor Abramovich, quien opinó a favor de confirmar la decisión de la ANSeS de suspender el pago de la pensión de guerra al entender que “no vulnera derechos fundamentales del actor”.

El procurador fiscal se refirió a los debates parlamentarios de la ley 23.848 y sus modificatorias 24.343 y 24.652, que establecen un régimen de pensiones vitalicias para los ex soldados conscriptos y civiles que participaron en la guerra y caracterizar la pensión honorífica de vete-

(1) CSJN, 1/07/2021, Recurso de hecho, "Rolón, Juan Carlos c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos".

rano guerra del Atlántico Sur como un beneficio otorgado en reconocimiento a los actos de servicio específicamente cumplidos por quienes “lucharon por nuestra soberanía y ofrecieron todas sus fuerzas para el triunfo y dignidad de la Nación”.

Agregó que el fin honorífico de la norma resulta incompatible con el hecho de ser condenado por la comisión de delitos contra la humanidad, pues la participación en crímenes aberrantes ejecutados desde el aparato estatal o en hechos que atenten contra el sistema democrático, repugna cualquier reconocimiento que pretenda fundarse en el honor de servir a la Nación argentina.

En este caso, el beneficiario de la pensión de guerra fue condenado en la denominada “Causa ESMA Unificada” a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por ser considerado coautor penalmente responsable de gravísimos delitos de lesa humanidad durante el terrorismo de Estado que incluyen privaciones ilegítimas de libertad agravadas, imposición de tormentos, homicidios y sustracción, retención u ocultación de menores de diez años, todos ellos en forma reiterada y en un total de 910 hechos.

Además, analizó que la facultad excepcional que ejercitó la ANSES y que encuentra fundamento normativo en el art. 15 de la ley 24.241 y su decreto reglamentario, que exigen al organismo un estricto contralor de los beneficios otorgados y a otorgarse para que el desembolso de la prestación —en este caso, no contributiva— no se desvíe del objeto específico para el que fue creada y, de ese modo, preservar los recursos destinados al financiamiento del sistema público de previsión social y asegurar su sostenibilidad.

Por su parte, el dec. 1357/2004 establece los supuestos que, por su entidad y gravedad, justifican la pérdida del derecho a la pensión y dispone que “*los veteranos de guerra que hubieran sido condenados, o resultaren condenados, por violación de los derechos humanos, por delitos de traición a la Patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros tipificados en los Títulos IX, Cap. 1; y X, Cap. 1 y II, del Código Penal, no podrán ser beneficiarios de las pensiones de guerra...Esta condición pro-*

cura asegurar que se satisfaga la finalidad de la prestación, pues la comisión y participación en delitos aberrantes ejecutados desde el aparato estatal o en hechos que atenten contra el sistema democrático, repugna cualquier reconocimiento que pretenda fundarse en el honor de servir a la Nación argentina”.

Asimismo, respecto de la efectiva garantía del derecho constitucional de Rolón al debido proceso, consideró que, aun cuando existen instancias recursivas pendientes, la suspensión provisoria no priva al beneficiario del derecho a la pensión honorífica, pues en caso de resultar posteriormente absuelto puede peticionar el restablecimiento del beneficio y la percepción de los haberes caídos.

Por último, en relación con la satisfacción del derecho a la seguridad social sostuvo que la pensión de guerra es compatible con cualquier otro beneficio previsional e incluso con la percepción de otros ingresos y que, en efecto, surge probado en el expediente que Rolón percibe el haber de retiro de la ley 19.101. Además, no fue acreditada en el caso una situación de desamparo del actor y su grupo familiar que lo coloque en la imposibilidad de cubrir riesgos de subsistencia.

III. Análisis

En el año 2003, el Congreso Nacional sancionó la ley 25.779 que declaró la nulidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida (leyes 23.492 y 23.521, respectivamente) que obstaculizaban la persecución penal.

En el año 2004, la Corte dictó el fallo “Arancibia Clavel” (2), y entendió que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos —entre los que se incluye el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución— pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la CN.

(2) CSJN, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros”, causa n° 259, Fallos 327:3312.

Resaltó que, al momento de los hechos, el Estado argentino ya había contribuido a la formación de la costumbre internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, razón por la cual, en el marco de esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, puede decirse que la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (3), ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional.

Con posterioridad, tomando como guía la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los principios que se derivan del derecho penal internacional, la Corte dictó el fallo "Simón" y declaró la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y consideró que no tendrían efecto alguno los actos fundados en ellas que pudieran oponerse al avance de los procesos o al juzgamiento y eventual condena, o que obstaculizaren de cualquier forma las investigaciones por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio argentino durante la dictadura cívico militar (4). La Corte expresó que la reapertura de los juicios no vulneraba el principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal porque a la fecha de los hechos se encontraban en vigor una obligación internacional de perseguir esos graves delitos.

En el año 2007, vio la luz el conocido caso "Mazzeo (5)" en el cual la Corte que declaró la invalidez de los indultos otorgados a los responsables de cometer crímenes de lesa humanidad, y que rechazó los planteos que invocaban una

afectación de la garantía de la cosa juzgada y la violación al principio del *ne bis in idem*, por aplicación de los estándares de la Corte IDH.

(3) Aprobada mediante ley 24.584, Sancionada: Noviembre 1° de 1995. Promulgada: Noviembre 23 de 1995.

(4) CSJN, 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.", causa n° 17.768, Fallos 328:2056.

(5) CSJN, 13/07/2007, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad - Riveros", Fallos 330:3248.

En el fallo "Derecho (6)", el máximo tribunal se remitió a los fundamentos brindados en el dictamen del entonces Procurador General de la Nación para explicar, en primer lugar, que la razón por la cual se considera a los delitos de lesa humanidad como crímenes internacionales no es solo su extrema gravedad, sino también la intervención en ellos de las autoridades estatales o su incapacidad para reprimirlos.

En cuanto al derecho a la verdad, este encuentra contemplado en los instrumentos de protección a los derechos humanos, incorporados en el art. 75, inc. 22 de la CN, entre los cuales se encuentran la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Además, se destaca la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aprobada por ley 26.298, y en la cual se reconoce el derecho a la verdad como un derecho autónomo.

Tal como se indicó, las sentencias de la Corte han tomado criterios plasmados en distintas sentencias de la Corte IDH, que intervino en algunos casos en los que definió la calificación de algunos hechos como crímenes según el derecho penal internacional con el objetivo de determinar el alcance de la responsabilidad internacional respectiva o para precisar los alcances de la debida diligencia en la investigación de los hechos. Así, en el conocido caso "Almonacid (7)" se analizó la ley de amnistía respecto a los crímenes de la dictadura militar que padeció dicho país. La Corte IDH reseñó los elementos que configuran un crimen de lesa humanidad y calificó lo ocurrido a partir de dichos elementos. Consideró que el asesinato de la víctima,

(6) CSJN, 11/07/2007, "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal", Fallos 330:3074.

(7) Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

sucedido en 1973, formó parte de un ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, por lo tanto, dicho ilícito no podía amnistiarse conforme a las reglas del derecho internacional en ese momento, puesto que constituía un crimen de lesa humanidad.

En el caso “Barrios Alto c. Perú (8)”, la Corte IDH establece por primera vez la incompatibilidad de las disposiciones de amnistía que impiden la investigación y reparación de las víctimas por violaciones a los derechos humanos, señalando: “Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”, determinando que las autoamnistías emanadas por altas autoridades del gobierno son incompatibles con el derecho al acceso a la justicia y el derecho a la verdad, interfiriendo en gran medida sobre la reparación de las víctimas.

De ahí lo destacable del dictamen del procurador fiscal, que resalta: “En tal sentido, el art. 6° dispone que 'los veteranos de guerra que hubieran sido condenados, o resultaren condenados, por violación de los derechos humanos, por delitos de traición a la Patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros tipificados en los Títulos IX, Cap. 1; y X, Cap. 1 y II, del Código Penal, no podrán ser beneficiarios de las pensiones de guerra a que se refiere el presente decreto'. Esta condición procura asegurar que se satisfaga la finalidad de la prestación, pues la comisión y participación

en delitos aberrantes ejecutados desde el aparato estatal o en hechos que atenten contra el sistema democrático, repugna cualquier reconocimiento que pretenda fundarse en el honor de servir a la Nación Argentina”.

IV. Conclusión

Los crímenes de lesa humanidad —a grandes rasgos y en lo que aquí interesa— son cualquiera de los actos que enumera el art. 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional —aunque la definición es enunciativa y no taxativa—, cuando son cometidos en forma generalizada o sistemática contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, sumado a ello los criterios establecidos por tribunales internacionales.

De ahí que la Corte Suprema afirmó: “El carácter *jus cogens* de los delitos contra la humanidad lleva implícita su inmunidad frente a la actividad individual de los estados, lo que implica la invalidez de los tratados celebrados en su contra, y la consecuencia de que el transcurso del tiempo no purga este tipo de ilegalidades. La función del *jus cogens* es así proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto... (9)”. Entonces, es posible que ciertas incompatibilidades, se comporten de manera tal, que permita adecuar las decisiones a los estándares internacionales y que permitan acceder a la verdad, con memoria y justicia.

(8) Corte IDH, "Sentencia de fondo", Caso Barrios Alto vs. Perú, 14 de marzo de 2001.

(9) CSJN, 02/11/1995, "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición / causa n° 16063/94".

Régimen Previsional para los Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación

Esteban D. Crocilla

Sumario: I. Antecedentes.— II. Vigencia del régimen de la Ley 22.731 para Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación.— III. Sujetos alcanzados por las previsiones de la ley 22.731.— IV. Requisitos de acceso al beneficio.— V. Determinación del haber de la prestación.— VI. Desarrollo en el tiempo del haber de la prestación previsional.— VII. La jubilación por invalidez.— VIII. Pensión por fallecimiento.— IX. Aporte personal.— X. Marco normativo subsidiario y derechos adquiridos.— XI. Reingreso al servicio de incompatibilidades.

I. Antecedentes

Daremos cuenta en el presente de régimen previsional aplicable a los funcionarios que se desempeñan en el Servicio Exterior de la Nación, regulado hoy por la ley 22.731 (BO 08/02/1983), con las modificaciones introducidas por la ley 27.546 (BO 06/04/2020).

Tal establecía el art. 74 de la ley 20.957 (BO 16/06/1975): “El régimen de previsión aplicable a los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación estará integrado por las normas generales establecidas para los agentes de la administración pública nacional, y las normas específicas referidas a ellos que modificaren aquellas”.

Con sustento en lo apuntado se dictó la ley 22.731, en cuya exposición de motivos se indica: “Razones de buen gobierno y de tutela de los intereses de la Nación hacen conveniente considerar con un criterio particular el retiro de los funcionarios antes aludidos”, en la inteligencia que con ello se “... contribuirá al afianza-

miento del Servicio Exterior de la Nación, que como señala el art. 1° de la ley 20.957 constituye la organización fundamental del Estado para el desarrollo de sus relaciones en la comunidad internacional e instrumento de ejecución de la política exterior de la nación, con miras a preservar, defender y resguardar la soberanía, dignidad e interés de la República, en el ámbito continental y mundial”.

II. Vigencia del régimen de la Ley 22.731 para Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación

Por el art. 11 de la ley 23.966 (BO 15/08/1991) se derogaron “... a partir del 31 de diciembre de 1991 las siguientes disposiciones legales, con sus modificatorias y complementarias: leyes 19.803, 18.464, 20.572, 21.124, 19.396, 21.121 (art. 15), 19.939, 16.989, 23.034, 22.929, 21.540, 23.794, 22.955, 22.731, 23.895, y 22.430 y los decs. 12.600/1962; 667/1979; 765/1983; 1044/1983”, como así también “... los artículos relativos al régimen de retiro y pasividades de la ley 20.957, sus modificatorios y complementarios” y

“... toda otra norma legal que modifique los requisitos y/o condiciones establecidas por la ley 18.037 o el régimen previsional general vigente en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”; a la par que se dejó “... sin efecto a partir de la fecha de su promulgación el dec. 1324/1991”.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la mencionada norma derogatoria se sancionó la ley 24.019 (BO 10/12/1991), por medio de la cual se restableció: “A partir del 1° de enero de 1992... la vigencia de las leyes 22.929, 23.026, 23.794 y 22.731, con sus complementarias y modificatorias” y se determinó que “... por el lapso de cinco [5] años, a partir de la promulgación de la presente, los montos móviles de los beneficios a los que se refieren las leyes citadas en el artículo anterior, serán iguales al setenta por ciento (70%)”, reducciones estas que “... se trasladarán en igual proporción al haber de las pensiones”.

Al dictarse la ley 24.241 (BO 18/10/1993) su art. 168 derogó “... las leyes 18.037 y 18.038, sus complementarias y modificatorias, con excepción del art. 82 y los arts. 80 y 81...”, cuyo texto modificó; y si bien expresamente prorrogó, a través de su artículo 157, los regímenes “diferenciales”, nada dijo respecto de los “especiales”, aportando —como conflicto interpretativo— en su art. 156: “Las disposiciones de las leyes 18.037 (t.o. 1976) y 18.038 (t.o. 1980) y sus complementarias, que no se opongan ni sean incompatibles con las de esta ley, continuarán aplicándose supletoriamente en los supuestos no previstos en la presente, de acuerdo con las normas que sobre el particular dictará la autoridad de aplicación” y en su art. 191, inc. a), que “[a] los efectos de la interpretación de la presente ley, debe estarse a lo siguiente: a) las normas que no fueran expresamente derogadas mantienen su plena vigencia (...)”.

En este confuso marco interpretativo se dictó el dec. 78/1994 (BO 24/01/1994), por medio del cual se reglamentó el art. 168 de la ley 24.241 y se estableció: “[A] partir de la fecha de entrada en vigencia del Libro I de la ley 24.241, de conformidad con lo establecido por el art. 129, párrafo primero de la misma, quedarán derogados los siguientes regímenes de jubilaciones y pensiones, y toda otra norma modificatoria o complementaria de las leyes 18.037 (t.o. 1976)

y 18.038 (t.o. 1980): ... ley 22.731 Personal del Servicio Exterior de la Nación...”, entre otras.

La cuestión inherente a la vigencia del esquema previsional de la ley 22.731 se tornó litigiosa, llegando hasta los estrados de nuestro Máximo Tribunal, quien se pronunció en los autos “Siri, Ricardo Juan c. ANSES s/ reajustes varios” (S.100.XXXIX.RO, 09/08/2005, fallos 328:3045), en donde sostuvo: “[L]a ley 24.241, reformada por la ley 24.463, creó el sistema integrado de jubilaciones y pensiones que abarca, entre otros, a los funcionarios, empleados y agentes que en forma transitoria o permanente desempeñen cargos en cualquiera de los poderes del Estado Nacional (art. 2°, inc. a, apart. 1), a la vez que derogó las leyes 18.037 y 18.038, sus modificatorias y complementarias (art. 168), más dicho sistema no contiene cláusula alguna que altere o extinga al régimen que ampara al actor” y que “... los beneficios establecidos para los funcionarios superiores del servicio exterior de la Nación han quedado sustraídos del ámbito de las referidas leyes 24.241 y 24.463 y han conservado la movilidad que es propia de la ley 22.731, por constituir un estatuto específico y autónomo que solo remite a las normas generales que rigen a los agentes de la Administración Pública en las cuestiones no modificadas por su texto (conf. art. 2° de la ley 22.731 y art. 1° de la ley 24.019)”, por lo que concluyó que “[l]a ley de solidaridad previsional vino solo a reformar el sistema establecido por la ley 24.241, sin afectar a otros regímenes especiales y autónomos que se mantienen plenamente vigentes, como el que rige la causa (conf. arts. 1° y 2°, ley 24.019; considerandos 8° a 10 de la sentencia de la causa G.402.XXXVII. “Gemelli, Esther Noemí c. ANSeS s/ reajustes por movilidad”, fallada el 28 de julio de 2005).

Ex ante, en el plano legislativo se dio la sanción de la ley 25.668 (BO 19/11/2002), texto que si bien originalmente prevenía en su artículo primero la derogación —entre otras— de las disposiciones de la ley 22.731, ello fue observado por el Poder Ejecutivo al tiempo de su promulgación, a través del dec. 2322/02 (BO 19/11/2002), indicando en su considerando que “...en general el citado proyecto de ley 25.668 producirá una litigiosidad por los aspectos señalados, que será aún mayor que la que se quiso evitar con el Proyecto del Poder Ejecutivo” y que “...la vo-

luntad popular expresada, principalmente, a través de la Mesa del Diálogo Argentino dirigió sus demandas a la eliminación de jubilaciones diferenciales de los funcionarios políticos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”.

A partir de la posición adoptada por la justicia respecto de la ley 22.731 y del resultado de la promulgación parcial de la ley 25.668, observada por el dec. 2322/2002, surge clara la vigencia del régimen previsional para Funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, por lo menos hasta la sanción de la ley 27.546, en tanto su art. 13 establece: “Los funcionarios de carrera del Servicio Exterior de la Nación que sean designados en alguno de los cargos previstos en el art. 1° de la ley 22.731, a partir de la entrada en vigencia de la presente, estarán obligatoriamente comprendidos en el Régimen Previsional General instituido por la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, quedando a su respecto derogado el régimen previsional especial instituido por la ley 22.731”.

III. Sujetos alcanzados por las previsiones de la ley 22.731

Liminalmente cabe señalar que el esquema de la ley en comentario comprende exclusivamente a los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación incluidos en las categorías de a) embajador extraordinario y plenipotenciario; b) ministro plenipotenciario de primera clase; c) ministro plenipotenciario de segunda clase; d) consejero de embajada y cónsul general; e) secretario de embajada y cónsul de primera clase; f) secretario de embajada y cónsul de segunda clase; y g) secretario de embajada y cónsul de tercera clase.

Estos funcionarios debieron haber egresados del Instituto del Servicio Exterior de la Nación, obtenido ese estado diplomático con anterioridad a la existencia de ese Instituto o sido designados conforme lo determinado en el art. 5° de la ley 20.957; y haber sido designados en alguno de los cargos antes mencionados previo a la entrada en vigor de la ley 27.546.

A su turno, el segundo párrafo del art. 10 de la ley 22.731 indica: “No podrá acogerse a los beneficios de esta ley quien perciba una prestación previsional de un organismo internacional”;

mientras que el art. 12 establece: “Los beneficios de esta ley no alcanzan a los funcionarios que hubieran dejado o dejaren de pertenecer al Servicio Exterior de la Nación por condena criminal por delito doloso o como resultado de un sumario en el que se les aplicó la sanción de cesantía o exoneración por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones”.

IV. Requisitos de acceso al beneficio

Los sujetos alcanzados por la norma legal que nos ocupa deberán a su vez acreditar, para acceder al beneficio previsional, 65 años de edad, cualquiera fuere su sexo, y 30 años de servicios, de los cuales 15 continuos o 20 discontinuos, como mínimo, deben haber sido prestados en forma efectiva como funcionarios del Servicio Exterior de la Nación, pudiendo computar a tal efecto aquellos desempeñados en organismos internacionales cuando la designación se efectúe, conforme lo expresado en el artículo 49, inc. e) y art. 50 de la ley 20.957, solamente para aquellos funcionarios que en la oportunidad de su nombramiento tuvieren la categoría de embajador extraordinario y plenipotenciario de primera o segunda clase (conforme art. 3° de la ley 22.731).

Si bien el art. 75 de la ley 20.957 indica: “La prestación de servicios en los destinos indicados en el art. 22, inc. g), será computada doble a los efectos del retiro o jubilación” no cabe obviar que el art. 8° de la ley 22.731 anterior a la reforma de la ley 27.546 establecía que “[l]a prestación de servicios en los destinos considerados como peligrosos o insalubres no será computada doble a los fines de acreditar el requisito de quince [15] años continuos o veinte [20] discontinuos en el Servicio Exterior de la Nación, exigido en el art. 3°, inc. b), párrafo primero, ni el establecido en el art. 4°” y que el texto posterior a la reforma indica que “[l]a prestación de servicios en los destinos considerados como peligrosos o insalubres no será computada doble a los fines de acreditar el requisito de años en el Servicio Exterior de la Nación, exigido en el art. 3°, inc. b), párrafo primero”.

V. Determinación del haber de la prestación

Aquí cabe hacer un distingo entre quienes acceden al beneficio en función del esquema ante-

rior o posterior a la modificación introducida por la ley 27.546 al texto del art. 4° de la ley 22.731, ello en la inteligencia sentada en el punto 7° del Anexo II de la res. SSS 10/2020 (BO 14/05/2020) —reglamentaria de la primera de las normas antes citadas— en donde se establece que “...los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación que a la fecha de entrada en vigencia de ley 27.546, tuvieren cumplidos los requisitos de edad y servicios para acceder al beneficio de jubilación en razón de las normas que se derogan y/o modifican por la misma, conservarán sus derechos en los términos del segundo párrafo del art. 161 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias”.

Así, quienes reúnan los requisitos de edad y servicios correspondientes al régimen de la ley 22.731 con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.546, verán determinado su haber en el “...equivalente al ochenta y cinco por ciento (85 %) de la remuneración total asignada a la categoría de mayor jerarquía desempeñada en el Servicio Exterior de la Nación durante un período mínimo de cuatro años continuos o discontinuos”; mientras que quienes lo hagan luego de la modificación introducida por la ley 27.546 lo verán en el “...equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio de las últimas ciento veinte (120) remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, por el desempeño de las funciones correspondientes a las categorías previstas en el art. 1°, percibidas durante el período inmediato anterior al cese definitivo en el servicio”, el que “[e]n ningún caso... podrá ser superior a la remuneración total, sujeta a aportes y contribuciones, previa deducción del aporte personal jubilatorio, del cargo correspondiente al cese definitivo en el servicio”.

En cuanto a la determinación del haber inicial conforme las pautas fijadas en el art. 4° de la ley 22.731, en su texto según ley 27.546, la Secretaría de Seguridad Social indicó en su res. SSS 10/2020: “Las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones y la respectiva certificación de servicios emitida por el organismo responsable deberán ser corroboradas con las declaradas ante Administración Federal de Ingresos PUBLICOS (AFIP), a través del aplicativo Sistema de Cálculo de Obligaciones de Seguridad Social (SICOSS), y que estén registradas en la base del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA)”, que “[l]as remuneraciones correspondientes a la categoría o cate-

gorías referidas, se actualizarán, hasta tanto se expida la Comisión ad hoc a que hace referencia el art. 56 de la ley 27.541 y el Congreso de la Nación determine las pautas específicas, conforme al valor del salario correspondiente a cada categoría vigente al momento del cese, de acuerdo a lo previsto en el inc. b) del art. 17 de la ley 27.546” y que “[e]n ningún caso el haber inicial de la jubilación ordinaria puesta al pago podrá ser superior a la remuneración actualizada, neta de aportes jubilatorios, del cargo correspondiente al cese definitivo en el servicio”, límite que indicó “...comprende cualquier tipo de bonificación, beneficio adicional o diferencial que se incorpore, sea de naturaleza previsional o no” (ver res. SSS 10/2020, Anexo II, Punto 1).

Similar distingo encontramos en la determinación del haber de la jubilación por invalidez de este colectivo, en tanto el art. 5° de la ley 22.731 anterior a la reforma de la ley 27.546 preveía que este será “...equivalente al ochenta y cinco por ciento (85%) de la remuneración total asignada a la categoría de mayor jerarquía desempeñada en el Servicio Exterior de la Nación durante un período mínimo de cuatro [4] años continuos o discontinuos”; mientras que luego de esta se prevé que será “...equivalente al ochenta y dos por ciento (82%) del promedio de las últimas ciento veinte [120] remuneraciones actualizadas, sujetas a aportes y contribuciones, por el desempeño de las funciones correspondientes a las categorías previstas en el art. 1°, percibidas durante el período inmediato anterior a la contingencia. Si el período de servicio fuere menor a ciento veinte [120] meses se promediarán las remuneraciones actualizadas percibidas durante dicho lapso”.

Puntualiza el art. 7° de la ley 22.731: “Para establecer el haber de las prestaciones de conformidad con la presente ley, como también su movilidad, se considerará únicamente la remuneración en moneda argentina que corresponda a la categoría sobre cuya base se determine dicho haber, en todos los casos como si tal categoría se hubiera desempeñado en el país”.

VI. Desarrollo en el tiempo del haber de la prestación previsional

Si bien el art. 6° de la ley 22.731, en su texto anterior y posterior a la reforma de la ley 27.546

determina: “El haber de las jubilaciones y pensiones a otorgar de conformidad con la presente será móvil” y que “[l]a movilidad se efectuará cada vez que sufra variación la remuneración asignada a la categoría que se tuvo en cuenta para determinar el haber de la jubilación”, no puede dejar de advertirse que el art. 17 de la ley 27.546 indica: “Hasta tanto se expida la Comisión Ad Hoc a que hace referencia el art. 56 de la ley 27.541 y el Honorable Congreso de la Nación dicte la ley respectiva, los haberes de los funcionarios comprendidos en los títulos I y II de la presente se regirán por las siguientes pautas de movilidad: a) Para los beneficios ya otorgados a la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley, se aplicará lo dispuesto en el art. 27 de la ley 24.018 y sus modificatorias y en el art. 6° de la ley 22.731, respectivamente; b) Para los beneficios que se otorguen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley se aplicará el porcentaje fijado en el art. 10 de la ley 24.018 y sus modificatorias y en el art. 4° de la ley 22.731, respectivamente, sobre el promedio de las remuneraciones que allí se refieren, actualizadas al valor del salario correspondiente a cada categoría o cargo vigente al momento del cese. Igual criterio se aplicará para determinar la movilidad de los haberes”.

En este punto cabe recordar que por el art. 56 de la ley 27.541 se encomendó al Poder Ejecutivo Nacional convocar a 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, para que —dentro del plazo que allí se indica— revise la sustentabilidad económica, financiera y actuarial y proponga al Congreso de la Nación las modificaciones que considere pertinentes relativas a la movilidad o actualización de los regímenes especiales, entre otros, de aquel correspondiente a la ley 22.731.

Al reglamentar esta incidencia, la Secretaría de Seguridad Social indicó: “De acuerdo a lo establecido, la movilidad de las prestaciones otorgadas en el marco de la ley 22.731 y sus modificatorias, se regirá, hasta que el Honorable Congreso de la Nación determine las pautas específicas de este régimen, por las siguientes: a. Para los beneficios ya otorgados y en curso de pago a la fecha de entrada en vigor de la ley

27.546, se aplicará la variación porcentual del salario de la categoría tenida en cuenta para la determinación del haber inicial, conforme a lo previsto en el art. 6° de la ley 22.731; b. Para los beneficios otorgados a partir de la vigencia de la ley 27.546, se aplicará la variación porcentual del salario de la categoría o de las categorías que se tuvieron en cuenta para la determinación del haber inicial” (ver res. SSS 10/2020, Anexo II, punto 6).

VII. La jubilación por invalidez

Al reglamentar el art. 5° de la ley 22.731, en su texto según la modificación introducida por la ley 27.546, la Secretaría de Seguridad Social indicó —en su res. SSS 10/2020— que “[l]a determinación de la incapacidad por parte de la autoridad competente implica el carácter de definitivo de la prestación por invalidez” y que “[n]o se requerirá el cumplimiento de un mínimo de años de servicios en el cargo o la acreditación de la condición de regularidad de los aportes” (ver res. SSS 10/2020, Anexo II, punto 2, incs. a) y b).

VIII. Pensión por fallecimiento

Liminalmente corresponde recordar que para el otorgamiento del beneficio de pensión deberá estarse a los requisitos y pautas normativas fijados en las normas vigentes a la fecha del fallecimiento del causante, conforme derivación del art. 161 de la ley 24.241, en su texto según la ley 26.222.

En cuanto interesa al presente cabe mencionar que la reforma de la ley 27.546 introdujo el art. 5° bis al texto de la ley 22.731, previendo en este: “E caso de fallecimiento del titular, el derecho a percibir la pensión directa o pensión derivada se asignará conforme los requisitos y en las condiciones establecidas por los arts. 53 y 98 de la ley 24.241, sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias o la que en el futuro la reemplace”.

La reglamentación instrumentada al punto 3, del Anexo II, de la res. SSS 10/2020 indica: “Los derechohabientes de pensión por el fallecimiento del afiliado en actividad o del beneficiario de jubilación ordinaria o por invalidez otorgada en virtud de la ley 22.731, serán los que enumera

el art. 53 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, con las siguientes particularidades: a. No se requerirá el cumplimiento de un mínimo de años de servicios en el cargo o la acreditación de la condición de regularidad de los aportes; b. El haber de la pensión se determinará de acuerdo a los porcentajes establecidos en el inc. 3) del art. 98 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, relativos al haber de jubilación ordinaria o por invalidez que percibiere o tuviere derecho a percibir el causante a la fecha de su fallecimiento”.

IX. Aporte personal

La ley 27.546 introdujo el art. 7° *bis* al texto de la ley 22.731 y a través de este estableció: “El aporte personal correspondiente a los funcionarios mencionados en el art. 1° será equivalente a la alícuota determinada en el art. 11 de la ley 24.241 y sus modificatorias incrementada en siete [7] puntos porcentuales, sobre la remuneración total percibida en el desempeño de sus funciones”.

X. Marco normativo subsidiario y derechos adquiridos

El art. 2° de la ley 22.731 determinar: “Las jubilaciones de los funcionarios a que se refiere el artículo anterior y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las disposiciones de la presente, y en lo no modificado por esta, por las normas específicas referidas a ellos y por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”, que en nuestros días es la ley 24.241.

A su turno, el art. 10 de la Ley 22.731 establece: “Las jubilaciones de los agentes del Servicio Exterior de la Nación que no reunieren los requisitos establecidos en los arts. 3°, incs. a) y b) y 4°, o en su caso en el art. 5°, y las pensiones a sus causahabientes se regirán por las normas generales establecidas para los agentes de la Administración pública nacional”, que —como ya se dijo— es actualmente la ley 24.241.

En cuanto al marco normativo al cual corresponde sujetar estos beneficio, el punto 7° del Anexo II, de la res. SSS 10/2020 indica: “[L]os funcionarios del Servicio Exterior de la Nación que a la fecha de entrada en vigencia de ley 27.546, tuvieran cumplidos los requisitos de edad y servicios para acceder al beneficio de jubilación en razón de las normas que se derogan y/o modifican por la misma, conservarán sus derechos en los términos del segundo párrafo del art. 161 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias”.

XI. Reingreso al servicio de incompatibilidades

Tal indica el art. 13 de la ley 22.731: “Los funcionarios que hubieren obtenido la jubilación de acuerdo con el régimen de esta ley podrán ser convocados por el Poder Ejecutivo para desempeñar con carácter de carga pública, cargos, funciones o misiones en el Servicio Exterior de la Nación de los cuales no podrán excusarse, salvo razón atendible a juicio del Poder Ejecutivo”, previéndose que “[e]l reintegro al servicio activo en forma transitoria o permanente, entraña el derecho a percibir la retribución propia del cargo en el que fueren designados, suspendiéndose, a partir del momento en que les asista ese derecho la liquidación del haber jubilatorio” y que “[l]os servicios prestados y las remuneraciones percibidas en estas condiciones les serán computables en el momento en que cesen en el desempeño de sus funciones para volver a acogerse a los beneficios de la presente ley”.

En cuanto a las incompatibilidades, el hecho de mantener el “estado diplomático” aún en la pasividad, tal lo previsto en el segundo párrafo del inc. n) del art. 22 de la ley 20.957, en donde se determina los funcionarios en retiro o jubilados forman la reserva del Servicio Exterior de la Nación y por lo tanto mantienen el uso de los atributos de su categoría, nos remite al art. 23 de ese mismo ordenamiento y a las prohibiciones allí contempladas para los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación.

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 9/2021

Acuerdos de julio 2021

María Teresa Martín Yáñez

Sumario: I. Fallos destacados.— II. Relación de fallos de la CS utilizados en los acuerdos de julio 2021.— III. Apéndice.

I. Fallos destacados

1.1. Previsión social.

Pensión. Hija incapacitada. Comisiones Médicas. Apelación. recurso directo. Inconstitucionalidad

CS, 15/7/2021, FSA 264/2019/CA1, “Giménez, Rosa Elisabe c. Comisión Médica Central y/o ANSeS s/ recurso directo ley 24.241” (voto de los Dres., Highton, Maqueda, y Rosatti)

1.1.a. Circunstancias fácticas de la causa

La actora solicitó pensión en su carácter de hija de la causante incapacitada para el trabajo, en los términos del ar. 53, inc. e) de la ley 24.241, iniciando el trámite para establecer su invalidez ante la Comisión Médica N° 3 de la Ciudad de Salta, lugar de su residencia.

Dicho organismo dictaminó que la actora presentaba un porcentual de incapacidad del 39,44%, no reuniendo en consecuencia el requisito exigido para acceder a la pensión solicitada. Dicha decisión es apelada por la interesada ante la Comisión Médica Central —conforme al procedimiento establecido por la ley 24.241—, la cual ordenó la realización de estudios complementarios que fueron realizados en la Ciudad de

Salta, elevando el porcentaje de incapacidad al 46,428%, confirmando en consecuencia el rechazo de la pensión solicitada por no alcanzar el 66 % de incapacidad requerida para su otorgamiento en los términos del art. 53 de la ley 24.241.

Por lo tanto, la actora dedujo el recurso directo conforme a lo establecido en el art. 49, ap. 4° de la ley 24.241, pero no ante la Cámara Federal de la Seguridad Social como dicha norma establece, sino ante la Cámara Federal de Salta, tachando de inconstitucional la citada disposición que la obliga a litigar más de 1400 Km. de distancia de su domicilio.

Invoca para ello el precedente “Pedraza”, en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463, que establece la competencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social para intervenir como tribunal de alzada en las apelaciones en materia de previsión social respecto de todos los tribunales federales del país, por entender que se encuentra en juego el mismo fundamento de protección de los recurrentes atento su vulnerabilidad por razones de edad, que en el caso se corresponde con la discapacidad que la afecta.

La Cámara Federal de Salta declinó su competencia, disponiendo la remisión de los autos a la Cámara Federal de la seguridad Social, se-

ñalando que el criterio sentado por la Corte en el caso Pedraza no es aplicable, ya que en este se impugna la decisión de un organismo centralizado con sede en la capital federal, y en el citado precedente la cuestión a resolver trataba sobre fallos emitidos por jueces de juzgados federales en jurisdicciones de cámaras federales con asiento en las provincias.

Contra dicha resolución la actora dedujo recurso extraordinario que le fue concedido, alegando su situación de extrema vulnerabilidad, dada su incapacidad, a más de no percibir ingreso alguno y que el fallecimiento de su padre la privó de su único sostén económico, entendiéndose pues que corresponde la aplicación de la doctrina sentada por la Corte en los precedentes “Pedraza” y “Constantino”, Fallos 337:530 y 339:740 respectivamente, e insiste se declare la inconstitucionalidad del art. 49, inc. 4° de la ley 24.241.

Planteada así la cuestión el Alto Tribunal en primer lugar se aboca a establecer la procedencia del recurso interpuesto, determinando su admisibilidad, en función de que la resolución impugnada si bien no reviste el carácter de sentencia definitiva, es equiparable a esta, pues cierra la posibilidad de la accionante de litigar en un tribunal cercano a su domicilio, pudiendo ello ocasionarle un agravio de imposible reparación posterior.

Asimismo, señala: “[E]l remedio intentado es formalmente admisible pues se cuestiona la validez de una norma federal —art. 49, inc. 4°, de la ley 24.241— por estimarla contraria a los arts. 16, 18, 75, inc. 23, de la CN y a las normas del bloque constitucional (reenvío del art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental) y la decisión ha sido adversa a los derechos invocados por la recurrente con sustento en dichas cláusulas constitucionales”.

Se aboca luego a la cuestión planteada, señalando que cabe determinar si el criterio de especialidad elegido por el legislador para centralizar en la Cámara Federal de la Seguridad Social, la revisión de todas las determinaciones de invalidez del país resulta razonable y adecuado para resguardar el derecho de todas aquellas personas que —en situación de vulnerabilidad—, no residen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“Que, en el caso, el principal obstáculo para el ejercicio pleno de la garantía de acceso a justicia que presenta el art. 49, inc. 4°, de la ley 24.241 —en cuanto concentra la totalidad de las revisiones de incapacidades determinadas por la CMC en la Cámara Federal de la Seguridad Social— es la distancia entre ese tribunal y el lugar de residencia de la actora”.

Expresa luego que, tal como señaló en el precedente Pedraza (Fallos: 337:230), en estos casos a la excesiva distancia se suma al colapso en que se encuentra la Cámara Federal de la Seguridad Social, que al presente no ha podido ser solucionado, de dónde resulta que el art. 49, inc. 4° de la ley 24.241, en su origen pudo considerarse apropiado por la especialidad del fuero “se ha tornado indefendible desde el punto de vista constitucional con el transcurso del tiempo y el cambio de las circunstancias”.

Y agrega: “No es razonable que personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y formulan pretensiones de carácter alimentario, que se relacionan con su subsistencia y mejor calidad de vida, se vean compelidas a acudir a tribunales que distan centenares o miles de kilómetros del lugar donde residen, debiendo afrontar los costos que se derivan de tal circunstancia (considerando 13, *in fine*, del mencionado precedente)”.

Finalmente concluye: “[L]a competencia asignada a la Cámara Federal de la Seguridad Social por el art. 49, inc. 4°, primer párrafo, de la ley 24.241 para ejercer el control judicial suficiente de las resoluciones de la Comisión Médica Central, no resulta un medio adecuado, idóneo, necesario o proporcional a los derechos, intereses y valores que el Estado está llamado a proteger en la materia bajo examen”.

En consecuencia, resuelve —concordantemente con lo dictaminado por el Procurador Fiscal—, declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto, revocar la sentencia apelada y declarar la inconstitucionalidad del art. 49, inc. 4°, primer párrafo de la ley 24.241

I.1.b. *Holding* utilizado por la Corte

- Recurso extraordinario. Sentencia definitiva. Equiparación

“Aunque la resolución impugnada no constituye inicialmente una sentencia definitiva en los

términos del art. 14 de la ley 48, cabe equipararla a las de aquel tipo y habilitar la vía intentada pues, al pronunciarse sobre la validez del art. 49, inc. 4°, de la ley 24.241, el *a quo* ha clausurado la posibilidad de la accionante de litigar en un tribunal cercano a su domicilio, lo cual puede ocasionarle un agravio de imposible reparación ulterior, frente a la situación de vulnerabilidad denunciada en el caso. En tales condiciones, el fallo apelado cierra el debate sobre el punto y resulta, a tales fines, el pronunciamiento final requerido por la ley 48 para la procedencia formal del recurso extraordinario”.

- Cláusulas constitucionales. Interpretación. Facultades del Tribunal

“Cuando se encuentra en debate la interpretación de cláusulas constitucionales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del *a quo* ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 308:647 y 339:609, entre otros)”.

- Principio de Igualdad Sustancial. Precedente García

“Tal como se juzgó en el caso 'García', la reforma constitucional de 1994 dio un nuevo impulso al desarrollo del principio de igualdad sustancial para el logro de la tutela efectiva de colectivos de personas en situación de vulnerabilidad, estableciendo medidas de 'acción positiva' —traducidas tanto en 'discriminaciones inversas' cuanto en la asignación de 'cuotas benignas'— en beneficio de ellas”.

- Garantías constitucionales. Art. 18, CN. Alcance

“Que las garantías del 'juicio previo' y la 'inviolabilidad de la defensa' establecidos en el art. 18 de la Constitución Nacional no se satisfacen con la mera identificación legislativa del tribunal con competencia para atender una causa ni con el acceso formal a su Mesa de Entradas. Se trata de garantías cuyo contenido debe abarcar: i) la posibilidad efectiva de acceder al tribunal, lo cual supone accesibilidad geográfica (ceranía), técnica (disposición de Defensor Oficial e intérprete en caso necesario) y arquitectónica (eliminación de barreras o impedimentos de ca-

rácter edilicio), entre otras exigencias; ii) la posibilidad efectiva de hacerse oír en el tribunal, o sea el ejercicio pleno y razonable (no abusivo) de los mecanismos procesales disponibles; y iii) la obtención de una sentencia razonada conforme a derecho al final del proceso”.

I.2. Salud

I.2.a. Derecho. Cobertura. Límites. PMO

CS, 08/07/2021, FSM 42058/2016/2/RHI, “C., M.I. c. *Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otro s/prestaciones farmacológicas*” (voto de los Dres. Rosenkrantz, Highton, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti [en disidencia rechaza recurso])

I.2.a.1. Circunstancias fácticas de la causa

La accionante recurrió a la vía del amparo a fin de requerir de su obra social la cobertura del costo de un medicamento específico, que le fuera prescripto por su médico tratante a fin de prevenir los efectos de la dolencia que padece. (fractura vertebral por osteoporosis).

Tal pretensión tuvo favorable acogida en primera instancia que hizo lugar a la cobertura del 70 % del costo del medicamento a cargo de la Obra Social accionada.

Apelada dicha resolución, es confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, pero elevando el monto a cubrir al 100% del valor, con fundamento en la patología que padece la accionante, los informes médicos del riesgo que esta implica, así como las dificultades económicas para afrontar su tratamiento. Además, estimó que el Plan Médico Obligatorio, solo establece un piso de prestaciones que las Obras Sociales deben garantizar, debiendo estarse en el caso a las prescripciones del profesional tratante.

Contra dicha resolución la accionada interpuso recurso extraordinario, el cual fue rechazado, originando la queja en función de la cual toma intervención la Corte Suprema.

El Alto Tribunal, en primer lugar, se expide sobre la procedencia del recurso intentado, expresando: “Que existe en el caso materia federal suficiente que habilita el examen de los agravios

por la vía elegida pues se ha puesto en cuestión la interpretación de normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (art. 14 de la ley 48)”.

A continuación, señala que no se ha controvertido en autos la necesidad de la medicación indicada, así como tampoco que la Superintendencia de Servicios de Salud es la autoridad de aplicación en la materia, y en función de ello dicta las resoluciones sobre el alcance y condiciones del Plan Médico Obligatorio, cuya constitucionalidad tampoco ha sido objetada en autos.

Dicho organismo informó en autos que la droga reclamada, no está incluida en la res. MS 310/2004, (modificatoria del PMO) y que en esos casos es facultad del agente de seguro de salud, ampliar los límites de cobertura de acuerdo con las necesidades de cada beneficiario.

Por su parte el Alto Tribunal señala que en el Anexo III de dicha resolución se establece que en este tipo de medicamento deberá otorgarse una cobertura del 40%, con la salvedad de que si la enfermedad es crónica y prevalente el porcentual se eleva al 70%.

A continuación, y con base en su doctrina sobre el carácter no absoluto de los principios y garantías constitucionales, que en consecuencia deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que los reglamentan, critica la decisión del tribunal de alzada que al obligar a la accionada a cubrir el 100% de costo del medicamento desconoce la normativa citada, la cual insiste no ha sido tachada de inconstitucional, excluyendo a la autoridad de aplicación en la materia.

Por otra parte, subraya que la actora no es discapacitada y cuenta con ingresos propios, agregando: “[N]o se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por lo que no se advierte que la provisión del medicamento, de acuerdo con las previsiones normativas expuestas, signifique una afectación de su derecho a la salud de tal magnitud que importe su desnaturalización”.

Por todo ello estima que corresponde descalificar la resolución recurrida toda vez que no se ajusta a la normativa que rige en el caso, en

consecuencia, hace lugar a la queja, declarando procedente el recurso extraordinario y deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas.

I.2.a.2. *Holding* utilizado por la Corte

- Derecho a la salud. Carácter. Ejercicio

“Que es bien conocida la doctrina de esta Corte que ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, empero, también es doctrina del Tribunal que en nuestro ordenamiento jurídico tal derecho de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia (Fallos: 249: 252; 257:275; 262:205; 283:98; 300:700; 303:1185; 305:831; 308:1631; 310:1045;311:1132 y 1565; 314:225 y 1376; 315:952 y 1190; 316:188; 319:1165; 320:196; 321:3542; 322:215; 325: 11, entre muchos otros)”.

II. Relación de fallos de la CS utilizados en los acuerdos de julio 2021

Durante el mes de Julio de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió en sus decisiones a fallos dictados con anterioridad. Dichas remisiones importan el mantenimiento de esas doctrinas con los alcances que en dichos precedentes se les haya dado o el que en la decisión que lo cita se haya especificado.

*II.1. Nómina y sinopsis de precedentes utilizados por orden alfabético*1. “Iardi Josefa” CSS 20756/2016. 4 de junio de 2020. Remite a “Bosso, Fabián Gonzalo”, Fallos 342:151, 24 de septiembre de 2019

El carácter general de una asignación determina indudablemente su inclusión en el haber mensual, sin que sea óbice para ello su calificación normativa, en la medida en que se demuestre de un modo inequívoco que la totalidad del personal en actividad de un mismo grado o de todos los grados la percibe.

2. “Martínez, Gabriel Rubén” 3 de diciembre 2020. Fallos 343:1894

Ejecución de Sentencia Si bien las decisiones dictadas en la etapa de ejecución no revisten el

carácter de definitivas a los fines del art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción a dicha regla cuando lo resuelto causa al apelante un gravamen de insusceptible reparación ulterior.

3. “Sosa, Raúl” S. 1003. XLIX 26 de diciembre de 2017

Retiro por invalidez. El requisito del 66% o más de incapacidad exigido por el art. 48 de la ley 24.241, no puede ser dejado de lado sin declarar su inconstitucionalidad. Debe adoptarse un criterio riguroso que se atenga a la literalidad de la ley.

III. Apéndice

III.1. Estadísticas de julio 2021

Tema	Julio
ART. 280	345
ART. 280. Caso García Impuesto a las Ganancias	105
AC. 4/07	5
COSA JUZGADA	5
DESISTIMIENTO	4
OTROS RECHAZOS	18
ACLARATORIA	1
FALLOS	4
REMISIONES	4
TOTALES	491

III.2. Fichero

III.2.a. CSJ 774/2013 (49-R)/CA1

CS, 01/07/2021, “Rolón, Juan Carlos c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos”

Recurso de hecho

Apelante: Demandada

Cuestión: La sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, tribunal de alzada en el caso, revocó la sentencia del *a quo*, e hizo lugar a la acción de amparo intentada para que se deje sin efecto la suspensión preventiva dispuesta por la accionada, del pago de la pensión honorífica de

Veteranos de Guerra del Atlántico Sur de la ley 23.848, por estar imputado como autor de delitos de lesa humanidad y se le abonen las sumas retenidas.

El fallo fue apelado por la accionada que ante el rechazo del recurso interpuso la queja que habilitó la intervención de la Corte.

Resultado: La Corte se expide remitiendo al dictamen del Procurador Fiscal, el cual, luego de invocar la jurisprudencia de la Corte en el caso “Acosta Jorge Eduardo c. EN - ANSES s/ amparo”, fecha 8 de septiembre de 2015, destaca que la pensión honorífica es un beneficio otorgado en reconocimiento por los servicios prestados a la Nación y por tanto incompatible con una condena por delitos contra la humanidad y desde el momento en que el beneficiario está procesado por la comisión de dichas delitos, conforme a la ley 23.848 y dec. 1357/2004, existe razón suficiente para suspender en forma provisoria su pago de modo que no se desvíe del fin con que dicha pensión fue creada. En tales circunstancias la decisión del organismo previsional ejerciendo la facultad que le otorga el art. 15 de la ley 24.241 de suspender el pago, no vulnera derechos fundamentales del accionante.

Por lo tanto, se resuelve hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por la ANSeS y revocar la sentencia recurrida, rechazando la acción interpuesta. Con costas.

Tribunal de origen: Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

III.2.b. Competencia CNT 69794/2017/CS1

CS, 08/07/2021, “Enríquez, Cristian Raúl c. La Segunda ART SA y otros s/ accidente - acción civil”

Contienda de competencia

Tribunales intervinientes: Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 13, Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Familia de Puerto Iguazú, Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones.

Cuestión: Con motivo de haber sufrido un accidente laboral, el actor demandó por la reparación integral de los daños sufridos, interponiendo su acción por ante el Juzgado Nacional del Trabajo N° 13, y corrido su traslado, interviene el juez provincial que entiende en los autos “Pindo SA s/pedido de remisión del expte. 69.794/2017: Enríquez, Cristian c. La Segunda ART y otros s/accidente —acción civil—” peticionando a su par nacional que decline la competencia, remitiendo las actuaciones al juzgado provincial.

A su vez la jueza nacional a cargo del juzgado dónde fueron iniciadas las actuaciones sostuvo su aptitud jurisdiccional con fundamento en los arts. 19 y 24 de la ley 18.345, por lo cual gira las actuaciones a intervención de la Corte a fin de

que dirima el conflicto positivo de competencia planteado.

Resultado: Conforme a lo dictaminado por la Procuración Fiscal a cuyos términos adhiere, y sin mengua de las falencias técnicas de trámite que este señala, resuelve que resulta aplicable la norma sobre competencia territorial establecida en el art. 24 de la ley 18.345, conforme a la cual deben intervenir a elección del trabajador, el tribunal del lugar de trabajo, de celebración del contrato o del domicilio de la demandada, y dado que el actor al iniciar su acción optó por la jurisdicción de los domicilios de las codemandadas Superintendencia de Riesgos del Trabajo y La Segunda ART, sitios en la Ciudad de Buenos Aires, el Alto Tribunal declara competentes para entender en las actuaciones el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 13.

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

Bibliografías y Comentarios 9/2021

Estela R. Martí de Minutella

Sumario: I. Bibliografía.— II. Salud.— III. Violencia de género.— IV. Previsión social.— V. Riesgos del trabajo.

I. Bibliografía

I.1. *“Seguridad Social de Abogados y Procuradores en la República Argentina”, de Alberto Darío LUCERO, Ed. ASC, Librería Jurídica Contable 2021, 300 ps.*

Prologado por el Dr. Juan Carlos Paulucci —de criteriosa solidez técnica— la compilación normativa de la obra documenta las cajas de seguridad social, de los profesionales de mención de las provincias de Buenos Aires, Santa Fe, Mendoza, Tucumán, Córdoba, Entre Ríos, del Chaco, Río Negro, La Pampa, Salta, San Juan y Jujuy.

Asimismo, el esquema de interrelación que conduce la Coordinadora de Cajas de Previsión y Seguridad Social para Profesionales de la República Argentina; las cuestiones que tocan al Convenio de Reciprocidad, aprobado por la res. SsSS 363/1981 (SSS).

El conocimiento sobre la naturaleza jurídica de las instituciones; su objeto; la administración y órganos de gobierno; el sistema de cotización y los aportes con causa en los juicios; las contingencias cubiertas y los beneficios; son cuestiones que, aunque con particular desarrollo aplicado a la situación en la provincia de Mendoza, son reiteradamente materia de exposición en los congresos de Seguridad Social.

Tal vez, la única observación que cabría a este libro es la omisión de la situación generada con motivo de la supresión de CASSABA - la Caja de Abogados de Seguridad Social de Buenos Aires, que afectó a los letrados que aportaron al Ente

Profesional disuelto, y que cumplieron con sus obligaciones previsionales entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de julio de 2008.

I.2. *“Tratado de Derecho a la Salud”, de Graciela LOVECE y Celia WEINGARTEN, Ed. La Ley, 2020, t. I, 1200 ps, t. II, 896 p., T III, 768 ps.*

Superando el sesgo contractual que podría atribuirse a las catedráticas, autoras de esta obra consolidada en tres tomos encuadernados, abordan toda la problemática del derecho a la salud, acrecentada por el novedoso contexto que emerge en pandemia, y a la que han contribuido otros reconocidos tratadistas especializados en esta rama del derecho.

A los consabidos temas habituales relativos a los diversos agentes públicos y privados; derechos de los pacientes; y las modalidades de acceso y ejercicio regulados por el derecho a la salud, aparece en esta “segunda edición”, la sujeción a su naturaleza universal, familiar, laboral y personalísima, en el contexto de los nuevos desafíos de la calamidad del COVID-19.

Altamente recomendable, el trabajo recoge con extrema puntualización trazas de solución para una gama de conflictos específicos.

II. Salud

II.1. *Medicamentos no incluidos en el programa médico obligatorio (PMO). Situación particular de la actora. Evaluación del estado de necesidad*

El título del acápite remite una vez más a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la

Nación, ahora emitida el 8 de julio pdo. en los autos caratulados “C, M.I. c. Obra Social del Personal de Control Externo (OSPOCE) y otros s/ prestaciones farmacológicas”.

El sintético fáctico, en tanto no abunda en citas doctrinarias, consigna la legislación del PMO, en cuya virtud rige una cobertura específica para la dolencia de la actora, de medicamentos para su tratamiento, así como para el alcance del porcentaje de reconocimiento de costos.

Una droga no prevista en PMO, implica la facultad del agente del seguro de salud de ampliar los límites de cobertura de acuerdo con las necesidades individuales de los beneficiarios, sin que se vulnere el derecho a la salud, que, si bien es un derecho fundamental, no es absoluto, sino que debe ser ejercido con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio.

El fallo, subrayó que la actora no es discapacitada, ni posee certificado que acredite esa circunstancia, cuenta con ingresos propios y no se encuentra en situación de especial vulnerabilidad por lo que no se advierte que la provisión del medicamento, de acuerdo con las previsiones normativas de observancia, signifique una afectación de su derecho a la salud de tal magnitud que importe su desnaturalización.

Consecuentemente —oído el Procurador Fiscal— dejó sin efecto el pronunciamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en tanto había confirmado la sentencia de la instancia anterior, haciendo lugar a la acción de amparo, con el objeto de que le cubrieran el costo del medicamento “Teriparatida 20 mg - Jeringas Prellenadas por 30 unidades” conforme con las prescripciones de los médicos que la atienden, habiendo modificado elevado el porcentaje de cobertura del 70 al 100%.

De lo expuesto, se colige que el criterio del Tribunal Cintero, estima el abordaje de cada caso en particular, en función de una contingencia personal no prevista —agregamos con anterioridad— en la que exista una efectiva afectación del derecho a la salud, por parte de quien impulse una causa en demanda de una prescripción o tratamiento no asegurado o cubierto en concreto por la específica normativa de aplica-

ción, y que amerite —de corresponder— un estado de vulneración dado por la inexistencia de recursos propios y estado de incapacidad o invalidez. Razonablemente, no todo reclamo será desestimado.

III. Violencia de género

III.1. Programa para el apoyo urgente y la asistencia integral inmediata ante casos de violencias extremas por motivos de género

El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, dictó la res. 321 de fecha 08/07/2021, aprobando el “Reglamento Operativo” del Programa para el Apoyo Urgente y la Asistencia Integral Inmediata Ante Casos de Violencias Extremas por Motivos de Género, creado y modificados por sus similares 80/2020 y 227/2021.

Las modalidades de prestaciones previstas, adecuadas a la complejidad de una problemática creciente en todo el mundo, son:

a) Apoyo económico, no reintegrable y no remunerativo, por única vez de cuatro salarios, mínimos, vitales y móviles (SMVM) destinado a la cobertura de gastos de movilidad, traslados, alojamiento, alimentación, médicos, de sepelio, fotocopias de documentación y/o trámites, u otros gastos inherentes al fallecimiento;

b) Asistencia psicológica de primera escucha para las personas integrantes del grupo familiar y/o allegados/as que la requirieran; a través de los equipos de ese Ministerio o a través de otros organismos del Estado;

c) Asesoramiento legal a las personas integrantes del grupo familiar y/o allegados/as del círculo de confianza ante instancias judiciales o administrativas competentes, en miras a facilitar el acceso a la justicia;

d) Cobertura de los traslados y/o movilidad vinculados con el hecho de violencia extrema por motivos de género, en la medida que se requiera inmediatamente, en articulación con otros organismos públicos o empresas de transporte, para las personas integrantes del grupo familiar y/o allegadas;

e) Asistencia en la tramitación de la reparación económica para niños, niñas y adolescentes prevista en la ley 27.452.

El Reglamento, califica por “*violencias extremas por motivos de género*” a las muertes violentas contra mujeres cis, trans, travestis, y a aquellas personas que sufrieran violencia letal por su identidad de género, expresión de género u orientación sexual.

El documento, instaura las condiciones y documentos relativos al circuito de acceso al Programa; el análisis del caso y su trámite administrativo correspondiente al pago del apoyo económico —sujeto este a una estricta rendición de cuentas, cuyo incumplimiento puede llegar a acciones administrativas y/ o judiciales pertinentes— y las demás cuestiones relativas a las asistencia, psicológica, legal, traslados, y otras conexas previstas para estos casos, incluso las cubiertas por la Reparación Económica para Niñas, Niños y Adolescentes Prevista en la ley 27.452 (RENNYA). Todo ello, en cabeza de la responsabilidad primaria conferida, a la Dirección de Abordaje Integral de Casos de Femicidios, Travesticidios, Transfemicidios y Delitos Contra la Integridad Sexual de la Subsecretaría de Programas Especiales Contra la Violencia por Razones de Género.

En principio, las agrupaciones que congregan a esta diversidad esperan con estas medidas una rápida solución a situaciones de intempestiva irrupción en el contexto familiar, desquiciando una red de contención generalmente ya debilitada.

IV. Previsión social

IV.1. La suspensión preventiva de beneficios en curso de pago. Resguardo de los fondos públicos del sistema de reparto

Con remisión a los fundamentos del Señor Procurador Fiscal —Dr. Víctor Abramovich— la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Rolón, Juan Carlos c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos”, avaló el 02/07/2021, la decisión de ANSES, revocando la sentencia de la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social, que apartándose de la instancia de grado

—JFSS N° 10 — no favorable a la parte, culminara haciendo lugar al amparo interpuesto por el actor, relativo a la suspensión en el goce del goce de su beneficio, de naturaleza no contributiva reconocida en los términos que establece la Ley 23.848 de Pensiones Honoríficas de Veteranos de Guerra del Atlántico Sur, por encontrarse el actor imputado como autor de delitos de lesa humanidad, cuestión que en criterio de la sede administrativa y la primera instancia judicial, tornó aplicable el dec. 1357/2004, cuyo art. 6°, veda el acuerdo a los veteranos de guerra que hubieran sido condenados, o resultaren condenados, por violación de los derechos humanos, por delitos de traición a la Patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros tipificados en los Títulos IX, Cap. I; y X, Cap. I y II, del Código Penal.

El meollo, del asunto fue dilucidar la hermenéutica respecto de la expresión “condenados o que resultaren condenados”, habida cuenta que, en la causa en comentario, el interesado, aún carecía de sentencia firme de condena.

Sin perjuicio de recordar lo opinado por esa Procuración General en ocasión de evaluar en un proceso sustancialmente análogo — “Acosta, Jorge Eduardo c. EN - ANSeS s/ amparo”, S.C.A. 645, L. XLVII—fallado por el Máximo Tribunal el 08/09/2015, y la naturaleza de esta modalidad prestacional, resaltada en los debates parlamentarios en los cuales se sustentó la sanción legislativa, lo cierto es que el criterio fiscal, arriima una interpretación preliminar en torno a la observancia de las facultades de ANSeS, sobre el 2do. párrafo del art. 15 de la ley 24.241 y del dec. 1287/97, que legitima la “suspensión en curso de pago” en la especie de modo “preventivo”, cuando “...uno de los pilares esenciales de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional es la limitación del otorgamiento y pago de las prestaciones por el monto del crédito presupuestario comprometido para su financiamiento” y que “esta limitación presupuestaria de las erogaciones previsionales exige un estricto contralor de los beneficios otorgados y a otorgarse, toda vez que cualquier despido indebido de los fondos afectados al régimen, fundado en la existencia o el mantenimiento de actos cuya nulidad resultare fehacientemente comprobada, afectaría en forma proporcional a los beneficios legítimos restantes”.

La plataforma fáctica del titular —puntualmente resaltada por la Procuración— acredita extensas imputaciones delictuales con condena no firme —habida cuenta de las instancias recursivas en su haber— el goce de un retiro militar compatible, y el hecho no haberse acreditado una situación de desamparo del actor y su grupo familiar, que lo colocara en la imposibilidad de cubrir riesgos de subsistencia.

De no menor importancia, es la observación calificada como “dirimente” acerca de que el hecho de que la suspensión provisoria no priva al beneficiario del derecho a la pensión pues, en caso de resultar absuelto, puede peticionar el restablecimiento del beneficio y la percepción de los haberes caídos.

Una acotación al margen del contexto de la causa en comentario, es atribuir ese marco conceptual a la habilitación de suspensiones preventivas, no solo a los supuestos de procesamientos de los “veteranos de guerra”, sino incluso a la entornos de denuncias con génesis en los beneficiarios del SIPA, por caso, los muy frecuentes en pensiones por fallecimiento, en los que familiares del causante, puntualizan captaciones de la prestación, orientadas por pretensos causahabientes que han perdido su derecho o directamente no son generadoras de acceder a este viudas/os que no son tales; divorciados sin reserva alimentaria; hijos discapacitados no a cargo del causante; etc. Asimismo, existen asuntos en los que se comprueba la radicación en el extranjero en períodos cotizados en forma tardía como se hubieren sido desarrollados en el país. Otros, con incapacidades o invalideces, de más que dudosa consolidación. Fraguados estos de vulnerabilidad.

En fin, se dan un sin número de palmarias o presuntas ilegitimidades de jubilaciones y pensiones que ameritan un inmediato corte y retención de las mensualidades, puesto que tal como lo resalta la Procuración General, la decisión de suspender el curso de pago no vulnera derechos fundamentales, dado que la facultad excepcional que opera en cabeza del Organismo, conlleva el propósito de atestar la sostenibilidad financiera del SIPA, una vez reunidos suficientes elementos de certeza para considerar que el beneficiario puede estar incurso en la causal de exclusión. La suspensión provisoria *per*

se no despoja al beneficiario del derecho, toda vez que, en caso de resultar absuelto, puede peticionar la rehabilitación de la prestación y la percepción retroactiva de los haberes no prescriptos.

En ese orden de ideas, el trámite procesal administrativo, de *audita parte* reglamentado por el dec. 1287/1997, cuando se aplica una vez decidida la medida de suspensiva, hace al resguardo de recursos que, de otra manera, restarían al grueso de los legítimos beneficiarios del Sistema Público de Reparto. Al efecto, actúan las dependencias técnicas que acreditan una solidez de experiencia, que en definitiva suele culminar con la revocación o extinción de beneficios, obtenidos en forma anómala o con ocultamiento de situaciones de hecho y derecho que obstan a la legislación de fondo. Y que, de no así actuar-se, son de improbable recupero de los montos indebidamente percibidos.

V. Riesgos del trabajo

V.1. Delimitación del estándar probatorio del derecho civil diferente del previsto en la legislación laboral. Incapacidad. Riesgo de los elementos de trabajo proporcionados por el empleador. Nexa causal de atribución de la responsabilidad

Nuevamente el dictamen del Procurador del Tesoro pone “claro sobre oscuro” en un análisis seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el “Recurso de hecho deducido por Rodolfo Aníbal Méndez, Inés Carmen Méndez y María Matilde Barreiro en la

causa Pelozo, Jacinta c. Méndez, Enrique (fallecido) y otros s/ despido” —fallo del 1° de julio de 2021— resaltó que el estándar probatorio del derecho civil difiere del previsto en la legislación laboral.

De ese modo se apartó del criterio de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que en disidencia con la primera instancia, había considerado acreditada a través de la una única prueba testimonial y pericial médica, que la actora realizaba un trabajo manual repetitivo de una actividad riesgosa amparada por el art. 1757 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en orden a la cual atribuyó relación causal entre las secuelas y las tareas desempeñadas, estimando

así demostrada la responsabilidad objetiva de los demandados por los daños que padecía la actora, motivo por el que se condenaba a los demandados a una reparación integral en los términos del derecho civil.

La plataforma fáctica, surgía de un servicio doméstico iniciado en vigencia del dec.-ley 326/1956 —que descartaba una prestación dependiente según un determinado número de horas y días laborados— a los que la actora adiciona un trabajo semanal en la empresa de los demandados, contexto al que la Cámara enlaza presunciones de la LCT a la situación de base invocada por la accionante, con fundamento en el anterior Código Civil —art. 1113— de observancia al tiempo del presunto y extenso desarrollo laboral.

El estudio del progreso de la causa precisado por el dictaminador condujo a la Corte a adherir a la calificación de arbitrariedad de la sentencia, toda vez que incumbía a la parte actora el demostrar que los elementos de los que se valiera para cumplir con sus tareas trampeaban el riesgo para su salud y debiendo haber probado que el nexo de causalidad con sus dolencias, hacían civilmente responsables a sus empleadores, dueños del establecimiento principal y suministradores de esos elementos.

En tal inteligencia, el dictamen del Procurador y al que adhirió la Corte, evaluó que la argumentación de la Sala III —CNAT— no satisfacía las exigencias de fundamentación necesarias para considerar el pronunciamiento como un acto judicial válido. Dejó sin efecto la sentencia y devolvió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, dictara un nuevo pronunciamiento con arreglo al estándar referido.

La visión del Tribunal Cintero hace a relevar los muchos procesos en los que no quedó la problemática adecuadamente delimitada, contribuyendo a una litigiosidad que ha contribuido a la merma del mercado laboral. Por caso, los servicios domésticos desarrollados por un límite de horas que en la legislación anterior revestían la calidad de no dependientes o que aun siéndolo, a los que los accionantes incorporaban otros esquemas, tales como los de invocar el haber sido en forma principal o accesorio asistente médico, administrativo del comerciante, del dueño o del profesional o del dador del trabajo, al que se demanda sobrecargando de informalidad los reclamos supuestamente pendientes. De ahora en más, es de esperar el seguimiento por los tribunales inferior, de la clara distinción del estándar probatorio diferencial.

LANZAMIENTO **REGÍMENES LABORALES ESPECIALES**

3ª Edición actualizada y ampliada
TOMO IV



Director:
Ricardo Arturo Foglia



1 Tomo + eBook

Se trata de una publicación compuesta por 33 regímenes laborales especiales, que ya contaba con los primeros 3 tomos que desarrollan la normativa, doctrina y jurisprudencia.

Esta tercera edición contempla las reformas legislativas (incluyendo la reforma al Código Civil y Comercial) y novedosa jurisprudencia.

En este **tomo IV**, además, el director incluyó los regímenes laborales que faltaban, siendo su objetivo destacar la importancia de cada uno de ellos, por su novedad, y actualidad. Entre los temas más relevantes que se contemplaron, se encuentran: el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales, personal docente de universidades privadas, Policía de CABA, Policía Federal Argentina, Régimen Militar, entre otros.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.

f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

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.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA

2.ª edición actualizada y ampliada

Susana G. Cayuso

Verónica M. Ientile

(coordinación
general y gráficos)



2021



1 Tomo

Disponible en
papel y eBook.

Incluye un anexo exclusivo
en la versión eBook.



La obra está pensada para aquellos que deben abordar las materias que tratan la organización institucional argentina y diversos aspectos del Derecho Público, sin tener conocimientos avanzados del Derecho. Es decir, está recomendada para los que deben iniciarse, de uno u otro modo, en el estudio del texto constitucional, incluyendo a los alumnos de los primeros años de la carrera de Derecho.

Su propósito es analizar las normas constitucionales, entrenar la lectura integral y armónica del texto constitucional, verificar la relación entre normas, principios y valores, descubrir algunas pistas para entender los conflictos constitucionales más relevantes, comprender la problemática del ejercicio relativo a los derechos fundamentales, entender los presupuestos que rigen la relación entre los poderes constituidos e iniciar el análisis jurisprudencial.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

