DT

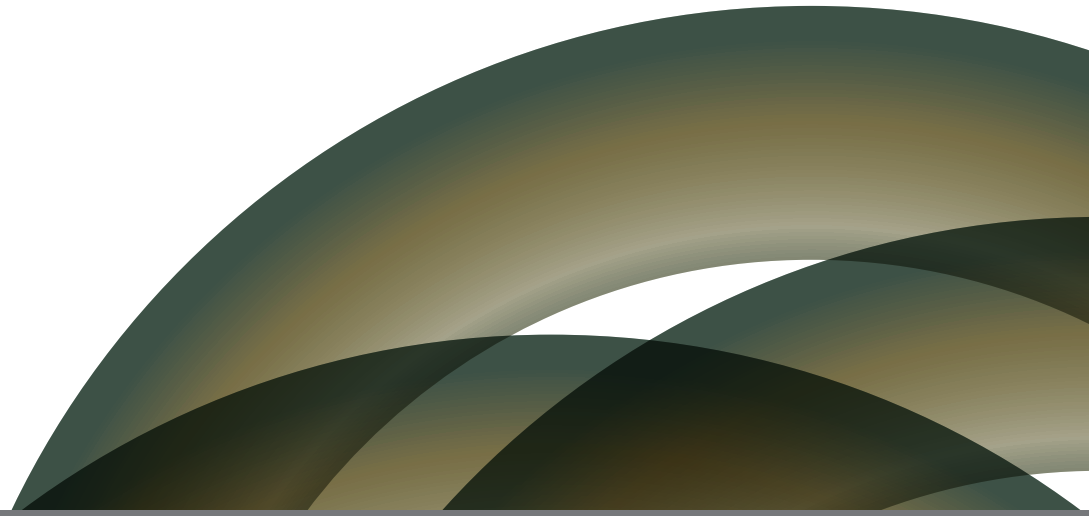
REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

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

DIRECTOR:
JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:
JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 5 | Septiembre 2021



ISSN: 0325-3627

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

ISSN: 0325-3627
RNPI: En trámite

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

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

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

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de 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

DT REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

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

DIRECTOR:
JUAN JOSÉ ETALA (H.)

SUBDIRECTOR:
JULIO CÉSAR SIMÓN

Año LXXXI | Número 5 | Septiembre 2021

INCLUYE VERSIÓN DIGITAL

THOMSON REUTERS
LA LEY

DIRECCIÓN ACADÉMICA
Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

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

COMITÉ ACADÉMICO

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

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

Internacional Privado
María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público
Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia
Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil
Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal
Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral
Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial
Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía
Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos
Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental
Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

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

Criminología
Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia
Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

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

Laboral
Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

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

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público
Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado
Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo
Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial
Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía
Marcelo Alegre
Claudio Eduardo Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Derechos Humanos
Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental
Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial
Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción
Yamila Cagliero

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

ÍNDICE

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Caso "Fontana" - Discriminación antisindical

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado. Disidencia. 5

La Corte Suprema frente al despido con justa causa y la discriminación antisindical
Julián A. de Diego 8

La Corte Suprema frente al despido con justa causa y la discriminación antisindical. Despido discriminatorio: la diferencia de trato está en la mente de su autor
Alberto Mansilla 12

Doctrina

Nuevas idas y vueltas del trabajo presencial en el empleo privado al compás de las vacunas: personas vacunadas, no vacunadas y "compensadas"
Liliana H. Litterio 21

Las cláusulas de indemnidad laboral y su operatividad frente al incumplimiento del deber de control del art. 30, LCT
Claudio Aquino - Santiago L. Sfeir 30

La flexibilidad en la extinción de las relaciones laborales: una reforma con nuevas propuestas y viejas recetas
Matías Severo 34

Responsabilidad de administradores de personas jurídicas en materia laboral
Pedro Sánchez Herrero 38

La naturaleza federal del derecho del trabajo
Nahuel Andreu 55

Los trabajadores de plataformas de transporte de mercaderías y/o personas en Argentina: ¿autónomos o dependientes?
Carolina Belén Santana 76

Comentarios Jurisprudenciales

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Despido de una preceptora luego de conocerse en televisión abierta una relación sentimental con un egresado de la institución para la cual trabajaba. Exalumno mayor de edad. Planteos no evaluados por el Tribunal Superior local 95

Los "senderos" de la discriminación en la doctrina la CS (a propósito del reciente fallo "Caminos")
Agustín C. Acosta 102

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO
Protección de la familia. Normas que protegen a los trabajadores sin distinción de género. Interpretación teleológica y dinámica. Preceptos internacionales aplicables. 108

Despido por matrimonio del trabajador varón. Comentario al fallo "Puig" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y análisis del criterio de la Corte Suprema santafesina en el reciente fallo "Ledezma"
Maricel Fandos 124

TRANSFERENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO AL EXTRANJERO
Empleado bancario que firmó una "renuncia" en la sucursal argentina y comenzó a prestar servicios en la casa matriz de Nueva York. Reconocimiento de la antigüedad desde su ingreso en el país. Relación itinerante. Análisis de la prueba desde una óptica realista. Ley aplicable. Admisión de la demanda de despido contra la empresa extranjera. Disidencia. 129

Fraude a la ley laboral argentina en el contrato internacional de trabaj. Fraude a la ley laboral argentina en el contrato internacional de trabajo
Sebastián Sirimarco 138

EMPLEADOS NO DECLARADOS
Ministros en una Iglesia. Ausencia de base jurídica para una condena por violación a las normas previsionales. 150

Un caso de prestación de servicios ajeno al ámbito laboral
Stella Maris Chiti 153

Jurisprudencia Anotada

EMPLEO PÚBLICO
Medida cautelar innovativa. Solicitud de reinstalación en el puesto de trabajo. Acción que denuncia un despido discriminatorio. Necesidad de análisis de cuestiones de hecho y prueba. 159

Empleo público y alcance de medidas cautelares
Alejandro Gabet 164

EXCLUSIÓN DE LA TUTELA SINDICAL
Competencia. Emplazado que trabaja y vive en extraña jurisdicción. 165

Exclusión de tutela sindical: apostilla sobre la competencia de los tribunales
Emiliano A. Gabet 166

DESPIDO
Actividad hotelera. Cobertura de ausencias del personal permanente 167

Despido y modalidad de contrato de trabajo en la actividad hotelera
Alejandro Gabet 169

REPARTIDOR MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES
Despido en la pandemia. Medida cautelar innovativa. Pedido de reinstalación. Discusión acerca de la naturaleza del vínculo. Rechazo. Disidencia. 172

Reinstalación en el puesto de trabajo durante la pandemia
Emiliano A. Gabet 179

Jurisprudencia Nacional

PROCEDIMIENTO LABORAL
Notificación. Domicilio donde prestaba tareas el actor. Esfera del conocimiento del demandado. Validez 183

SANCIÓN CONMINATORIA EN MATERIA LABORAL
Presupuestos fácticos contemplados en el art. 132 bis LCT. Rechazo de la pretensión 185

DESPIDO INDIRECTO
Causales. Falta de entidad recursiva 187

INDEMNIZACIÓN
Despido. Premios e incentivos. Telefonía celular. Viáticos. Plan de medicina prepaga. Imposibilidad de aplicar las disposiciones de los viajantes de comercio 188

SUBCONTRATACIÓN
Responsabilidad solidaria. Actividad normal y específica propia del principal. Registración laboral 195

Novedades Legislativas

DECRETO 494
Coronavirus (COVID-19) – Medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención de contagios – Prórroga de la vigencia del dec. 274. 201

RESOLUCIÓN 434 (M.T.E. y S.S.)
Secretaría de Trabajo – Creación del "Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales". 201

RESOLUCIÓN 91 (S.G.E.P.)
Administración Pública Nacional – Retorno a la actividad laboral presencial de trabajadores vacunados contra el COVID-19 – Derogación de la res. 62 (S.G. y E.P.) 201

RESOLUCIÓN 6 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)
Trabajo – Salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados – Modificación de la res. 4 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.). 201

Dossier

El pensamiento de Estela Milagros Ferreirós: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social y procesal
Emiliano A. Gabet 205

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

Aproximaciones al tema de los servicios fictos en el derecho previsional bonaerense
Adolfo N. Balbín 225

Comentarios Jurisprudenciales

IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y JUBILACIÓN
Potestad tributaria. Diferencias entre contribuyentes. La ancianidad como sector vulnerable. Inconstitucionalidad de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Doctrina de la Corte Suprema 237

CS, caso García Blanco c. ANSeS s/ reajustes varios y el necesario camino hacia la defensa de los grupos vulnerables"
Alberto D. Chartzman Birenbaum 240

ACCIDENTE DE TRABAJO
Opción excluyente entre la acción sistémica y la de derecho común. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador. Principio de progresividad. Igualdad ante la ley. Reparación integral del daño. Inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773 244

La inconstitucionalidad de la opción en materia de infortunios laborales: antes y después de la ley 27.348
Juan J. Formaro 252

Jurisprudencia Anotada

ENFERMERA DE CAMPAÑA
Pedido de beneficios por ser excombatiente. Perspectiva de género. Otorgamiento 267

Excombatiente de Malvinas, la perspectiva de género
Alejandro Gabet 272

INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR
Clandestinidad del vínculo. Procedencia de la acción contra la ART 274

Omisión del empleador de denunciar a la ART la contratación de un trabajador
Emiliano A. Gabet 277

Jurisprudencia Nacional

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Cómputo de los intereses desde la fecha del accidente de trabajo 281

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Reconocimiento del accidente por parte de la ART, sin rechazo posterior. Prueba de la relación de causalidad. Accidente *in itinere*. Constitucionalidad del art. 3° de la ley 26773 285

SEGURIDAD SOCIAL
Cómputo de los aportes. Muerte del aportante. Principio de proporcionalidad. 289

COMISIONES MEDICAS
Prcedimiento laboral. Recurso de revocatoria *in extremis*. Competencia. Sería inadmisible obligar al accionante a transitar una doble tramitación de una instancia previa 291

Jurisprudencia Provincial

ACCIDENTE DE TRABAJO
Ausencia de prueba acerca del carácter degenerativo de la patología. Relación de causalidad con el siniestro. Determinación del porcentual de la incapacidad laboral. Disidencia parcial..... 297

Novedades Legislativas

DECRETO 475
Seguridad social – Reconocimiento de períodos de servicio a mujeres y/o personas gestantes por tareas de cuidado de hijos, para su acceso a prestaciones previsionales – Modificación de ley 24.241..... 305

DECRETO 481
Coronavirus (COVID-19) – Otorgamiento de subsidio extraordinario a beneficiarios de prestaciones previsionales del Sistema Integrado Previsional Argentino y de pensiones no contributivas y graciables a cargo de la ANSES – Norma complementaria de las leyes 24.241 y 27.260..... 305

DECRETO 493
Contribuciones patronales – Reducción destinada a empleadores del sector privado participantes de Programas Educativos, de Formación Profesional o de Intermediación Laboral – Norma complementaria de las leyes 24.241, 19.032, 24.013 y 24.714 – Derogación del dec. 304 305

RESOLUCIÓN 467 (M.T.E. y S.S.)
Sistema de Riesgos del Trabajo – Enfermedad profesional COVID-19 – "RIPTE - Índice No Decreciente"..... 305

RESOLUCIÓN 171 (ANSeS)
Seguridad social – Valor de la movilidad de las prestaciones previsionales correspondiente al mes de junio de 2021 – Norma complementaria de la ley 24.241..... 306

RESOLUCIÓN 43 (SRT)
Riesgos del trabajo – Constitución de Comisiones Médicas y/o Delegaciones en la Provincia de Buenos Aires – Modificación de la res. 23 (SRT)..... 306

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

RESOLUCIÓN 357 (M.T.E. y S.S.)
Ministerio de Educación de la Nación y Consejo Federal de Educación – Homologación de Convenio Marco suscripto con la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (CTERA), la Unión Docentes Argentinos (UDA), la Confederación de Educadores Argentinos (CEA), la Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica (AMET) y el Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP) 311

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 348 (S.T.)
Comercio – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130 – Homologación..... 315

RESOLUCIÓN 417 (S.T.)
Metalúrgicos – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Asociación de Fábricas Argentinas de Terminales Electrónicas, la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines, la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina y la Federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina, en el marco del CCT 260 – Homologación..... 315

RESOLUCIÓN 410 (S.T.)
Bancarios – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación Bancaria y el Banco Supervielle SA, en el marco del CCT 18 – Homologación 315

ACUERDO S/N (S.)
Comercio – Reajuste salarial correspondiente a noviembre 2021 y gratificación extraordinaria de agosto 2021, para el personal enmarcado en el CCT 130 315

RESOLUCIÓN 767 (S.T.)
Comercio – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130 – Homologación..... 315

Topes Indemnizatorios

DISPOSICIÓN 77 (D.N.R.y Reg.T.)
Farmacia – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414 – Homologación. 319

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Caso "Fontana" - Discriminación antisindical

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado. Disidencia.

Con notas de Julián A. de Diego y Alberto Mansilla

1. — Si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de Cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia—, lo cual configuraría prima facie una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.

2. — Según el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

3. — Según el estándar de prueba aplicable, cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación (del voto del Dr. Maqueda).

4. — El recurso extraordinario no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega. El cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el juez a quo tuvo en cuenta (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

5. — Las referencias genéricas a "todo el material probatorio" o a "toda prueba producida", supuestamente preteridas por el juez a quo, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el a quo formó su convicción respecto de la existencia de discriminación en el despido, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces: la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones (del voto en disidencia del Dr. Rosatti).

CS, 08/04/2021. - Fontana, Edith Fabiana c. Cibie Argentina SA s/juicio sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/6753/2021]

CNT 020925/2015/1/RH001

Buenos Aires, abril 8 de 2021

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de $ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2°) Que, para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en "Pellicori" (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un "haz de indicios suficientes" para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3°) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 —cuya denegación originó esta queja— en el cual,

con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Critica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4°) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

5°) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

6°) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385—, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti. — Juan Carlos Maqueda* (por su voto). — *Horacio Rosatti* (en disidencia).

Voto del doctor Don *Juan Carlos Maqueda*

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (fs. 424/426 de los autos principales cuya foliatura será la citada en lo sucesivo), revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del despido de la actora por entender que encubría un acto discriminatorio. A partir de ello, dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo, así como el pago de $ 150.000 en concepto de reparación del daño moral.

2°) Que, para así resolver, y tras señalar que correspondía aplicar el estándar probatorio fijado por esta Corte en "Pellicori" (Fallos: 334:1387), el *a quo* consideró que la prueba testifical evidenciaba un "haz de indicios suficientes" para presumir que la trabajadora había sido víctima de discriminación por su actividad gremial.

3°) Que contra tal pronunciamiento la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445 —cuya denegación originó esta queja— en el cual, con fundamento en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, cuestiona que el *a quo* no señaló en base a qué pruebas tuvo por demostrada la supuesta actividad sindical de la actora. Critica, asimismo, la omisión de analizar los motivos económicos invocados para extinguir el contrato y la prueba producida a ese respecto, la cual daba cuenta de que la actora había sido despedida, junto a otros 34 dependientes, por falta o disminución de trabajo, mediante un acta notarial en la que se detallaron las pérdidas de la empresa, sus causas y el contexto. Finalmente se agravia porque no se dieron razones para justificar el importe de la condena por daño moral.

4°) Que si bien las impugnaciones remiten al examen de cuestiones de índole fáctica, probatoria y de derecho común, ajenas, como regla y por su naturaleza al recurso del art. 14 de la ley 48, cabe reconocer excepción a ese principio cuando, como ocurre en el caso, la omisión de considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito, es susceptible de vulnerar la garantía de defensa (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

5°) Que esta Corte ha establecido el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación ("Pellicori" Fallos: 334:1387, "Sisnero" Fallos: 337:611 y "Varela" Fallos: 341:1106). Según dicho estándar, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación.

6°) Que, si bien el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, asiste razón a la recurrente en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia, v. fs. 384/385—, lo cual configura *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación, en los términos de la doctrina precedentemente reseñada.

Por consiguiente, corresponde descalificar la sentencia apelada en cuanto ha sido materia del agravio examinado sin que ello implique abrir juicio sobre el desenlace definitivo de la causa. En esas condiciones se torna innecesario el examen de los restantes cuestionamientos traídos a consideración del Tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada, con el alcance indicado. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Juan Carlos Maqueda*.

Disidencia del doctor Don *Horacio Rosatti*

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al revocar el fallo de la instancia anterior, hizo lugar a la demanda, declaró la nulidad del despido dispuesto por la empleadora por encubrir un acto discriminatorio y la condenó a reinstalar a la actora en su puesto de trabajo y a abonarle la suma de $ 150.000 con más sus intereses.

2°) Que, para decidir de ese modo, tuvo en cuenta que la pretensión se proyectaba sobre la ley 23.592 y que debía ser resuelta de conformidad con el estándar fijado por esta Corte en el precedente "Pellicori" (Fallos: 334:1387).

Desde esa perspectiva, juzgó que los elementos de juicio reunidos en la causa permitían tener por configurados indicios suficientes que autorizaban a presumir que la demandante había sido víctima de discriminación. En efecto, consideró probado que la trabajadora no solo fue una asistente activa a las asambleas que se realizaron con motivo del conflicto iniciado a fines de 2013, que —en ese entonces— culminó con su despido, sino también que había cumplido el rol de "correa de transmisión" entre los delegados y los trabajadores, difundiendo propuestas gremiales, reivindicando la libertad sindical y militando para concientizar a sus compañeros, todo lo cual daba cuenta de que había existido un motivo discriminatorio, verdadera razón del distracto.

3°) Que, contra tal pronunciamiento, la empleadora dedujo el recurso extraordinario de fs. 428/445, cuya denegación dio origen a la presente queja. Con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, la recurrente aduce que la sentencia se aparta de las constancias de la causa, que daban cuenta de que la desvinculación había obedecido a la grave crisis económica derivada de la caída del mercado automotriz; plantea que la actora no era una activista sindical; y se agravia del monto de condena.

4°) Que el remedio intentado no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales, propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

Ello es así, porque el cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba realizada por el *a quo*, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son concretamente los elementos de juicio

que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el *a quo* tuvo en cuenta. Las referencias genéricas a "todo el material probatorio" o a "toda prueba producida por Cibie" (fs. 434 vta.), supuestamente preteridas por el *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante. Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces, la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones.

5°) Que, respecto de los restantes agravios formulados por la apelante, el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Se da por perdido el depósito. Notifíquese, devuélvanse los autos principales y archívese la queja. — *Horacio Rosatti.*

La Corte Suprema frente al despido con justa causa y la discriminación antisindical

Julián A. de Diego (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso "Fontana" de la Corte Suprema.— III. Conclusiones.

I. Introducción

La aplicación del principio de no discriminación en sus diversas manifestaciones es un tan antiguo como lo es la historia del derecho del trabajo.

Las mujeres y los menores fueron los primeros en recibir normas en resguardo de los derechos humanos más elementales.

A su vez estamos en presencia de una rama jurídica muy particular, que a la vez pregona como uno de sus paradigmas fundamentales, que las partes son desiguales en la relación laboral, y que por ende, el derecho debe ir en resguardo del trabajador que evidencia su fragilidad, su debilidad, y su hiposuficiencia frente a los poderes y atribuciones del empleador.

Al respecto, se establecen numerosas normas de orden público que establecen pautas que no pueden modificarse en perjuicio del trabajador, se ha fortalecido el principio de irrenunciabilidad donde son nulas y sin valor los acuerdos de partes que vulneren los derechos del trabajador incluidas las previstas en el contrato individual, y últimamente se ha introducido el principio de progresividad en donde el trabajador tiene derecho a que en forma gradual se mejore la calidad de sus derechos y se mejoren sus condiciones de trabajo en forma también gradual.

En ese contexto, el acto discriminatorio propiamente dicho, o sea el que realiza el empleador violando el principio de igualdad o vulnerando derechos fundamentales del dependiente en el marco de su ejercicio, ha encon-

(*) Abogado. Doctor en Ciencias Jurídica y profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Dirige en forma honoraria el posgrado en Conducción de RR.HH. de la Escuela de Negocios de la UCA. Es Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

trado en la jurisprudencia algunos principios también esenciales.

Por lo pronto, no existen presunciones que inviertan la carga probatoria, y por ende, el *onus probandi* corresponde al trabajador que se siente agraviado.

Si el acto de discriminación arbitrario se encuentra camuflado, se encuentra vestido de una figura diversa que pretende ocultarlo, será el empleador que invoca el acto falso, insuficiente o fraudulento quién debe acreditar la verosimilitud de los hechos alegados.

En cuanto a la aplicación del principio de la carga dinámica sustentada en algunos fallos, por la cual, la prueba debe ser aportada por quién se encuentre en mejor posición para hacerlo, no puede ser una fórmula espontánea que surja de la iniciativa de quién fuere el mejor aportante, ya que debe ser establecida como medio por el juez, dado que se trata de una excepción al régimen general, mediante el cual quién alega un hecho tiene a su cargo la acreditación de este.

A su vez, a las numerosas normas que prohíben la discriminación como las de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 17, 81, 172 y cc.), de la Ley de Asociaciones Gremiales (art. 47 y cc.) de la Ley de Teletrabajo (art. 3°) se vieron afectadas en forma transversal por el ley 23. 592 **(1)**.

En efecto, la norma dispuso en su art. 1° que quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados **(2)**. Luego agrega que a los efectos de la norma citada se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

II. El caso "Fontana" de la Corte Suprema

Teniendo en cuenta los precedentes, y la doctrina de la Corte Suprema en materia de discriminación antisindical, el fallo "Fontana" define que la prueba del acto de discriminación antisindical es a cargo de la parte actora, o sea de quién se siente agraviado por el acto ilícito, pero a la vez, es el empleador el que puede sostener y probar que la causal del distracto respondió a una causa diversa que excluye y desplaza la alegación de alegación de un acto reprochable del principal **(3)**.

El caso se genera a partir de que la empresa despide a la trabajadora por causas económicas debidamente acreditadas en la causa. A su vez la reclamante solicita la nulidad del despido, su reincorporación y una reparación por daño moral, por cuanto alega y prueba que era activista de la entidad sindical representativa, y por ende

(1) CNTrab., sala VIII, "Garagaza, Pilar Maria de Lourdes c. Asociación Civil Hospital Alemán s/ despido", 19/02/2021, TR LALEY AR/JUR/1018/2021: No existe elemento de juicio que permita concluir que el despido de la actora constituya un acto de discriminación en el marco del art. 1° de la ley 23.592, ya que la accionada obró en el marco normativo, pues la actora se hallaba inhabilitada para cumplir sus funciones propias como enfermera, conforme la historia clínica. No siempre el despido resuelto por el empleador estando enfermo el trabajador encubre un acto de discriminación por la salud en orden a lo contemplado en el art. 1° de la ley 23.592. Existen casos en que el empleador válidamente pudo oponerse a la reintegración del trabajador no obstante el alta médica, pues la afección de la trabajadora la incapacitaba para seguir prestando el servicio tenido en cuenta en la contratación.

(2) CNTrab., sala II, "Albarracín, Roque Gustavo c. Custodia SRL s/ cobro de salarios", 29/12/2020, TR LALEY AR/JUR/79462/2020: Dado que ningún elemento indiciario aportó el interesado a efectos de evidenciar que el despido respondiera a la conducta discriminatoria que le endilgó a su empleadora, ya que si bien comunicó a la empresa vía mail de su próxima operación, ninguna constancia documentada aportó a fin de acreditar que, más allá de comunicar la operación en sí, le hubiera hecho saber a su empleadora que la intervención implicaba un largo y complicado proceso postoperatorio, causal que menciona como la que motivó el despido discriminatorio que pretende, por ello, aun cuando el despido se juzgue injustificado, ninguna circunstancia permite vincular la ruptura del contrato de trabajo con la intervención quirúrgica mencionada en el inicio.

(3) CS, "Fontana, Edith Fabiana c. Cibie Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 08/04/2021. Despido discriminatorio. Actividad sindical de la trabajadora. Arbitrariedad de la sentencia que no toma en cuenta fundamentos introducidos por el demandado

sostiene que el despido obedeció a una causa de discriminación antisindical.

El fallo de primera instancia consideró que el despido se había realizado por la causal invocada por la empresa, que había sido además debidamente acreditada y rechazó el reclamo de la actora. La Cámara de Apelaciones del Trabajo Sala VI dispuso que el despido había sido por causa de discriminación antisindical, y por ende lo declaró nulo, y ordenó la reincorporación de la trabajadora y el pago de una suma por daño moral. La demandada interpuso recurso extraordinario que fue denegado, y la instancia superior se abre con la interposición de la queja.

La Corte Suprema en fallo dividido, estableció que la condición de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia valorativa, y por ende asiste razón a la empresa en cuanto reprocha al fallo de cámara la absoluta falta de tratamiento de su planteo relativo a que la decisión de despedir había obedecido a graves problemas económicos de la empresa, debidamente acreditados en el expediente —tal como fue reseñado en el pronunciamiento de primera instancia—, lo cual configuraría *prima facie* una causa seria y objetiva, ajena a toda discriminación.

A su vez, incumbe a quién la invoca la prueba del acto de discriminación antisindical que a la vez fuere una causal de despido, o que el distracto sea por una causa falsa, fraudulenta o insuficiente. En efecto, cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio alguno, sino a la causal invocada en la notificación de la desvinculación, que fue objeto de prueba por parte del empleado demandado. .

Bastará, según lo dispone el fallo con claridad, que el empleador demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos.

En el voto del Dr. Maqueda se destaca: “Según el estándar de prueba aplicable cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el marco de una relación de empleo, la existencia del motivo discriminatorio se considerará probada si el interesado demuestra, de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa una motivación objetiva y razonable ajena a toda discriminación”. Esta afirmación tiene como precedentes en fallos de la Corte considerados *leading cases* como el caso “Pellicori” (Fallos: 334:1387), y el caso “Sisnero” (Fallos: 337:611), a los cuales debemos agregar el caso “Varela” (Fallos: 341:1106) **(4)**.

En el voto en disidencia y en minoría del Dr. Rosatti se destaca: “El recurso extraordinario no puede prosperar. Los agravios giran en torno a cuestiones fácticas y procesales ajenas a la instancia del art. 14 de la ley 48, y la recurrente no ha logrado demostrar la arbitrariedad que alega.

“El cuestionamiento a la calidad de activista de la actora no supera el marco de una discrepancia con la valoración de la prueba, y el planteo referente a la omisión de considerar constancias de la causa carece de la debida autosuficiencia, en tanto el recurrente no individualiza cuáles son los elementos de juicio que lograron demostrar la crisis económica invocada y en qué medida resultaron idóneos para hacer caer los indicios de discriminación que el *a quo* tuvo en cuenta”.

El Dr. Rosatti agrega luego: “Las referencias genéricas a ‘todo el material probatorio’ o a ‘toda prueba producida’, supuestamente preteridas por el *a quo*, no satisfacen la carga de la debida fundamentación autónoma y crítica que pesaba sobre el apelante.

(4) DE DIEGO, Julián, "La carga de la prueba dinámica en un despido por discriminación arbitraria", LA LEY 2011-F , 528, TR LALEY AR/DOC/6037/2011: I. Introducción. II. El *onus probandi* y el principio de "a quién incumbe la carga probatoria" frente a los hechos alegados. III. El caso "Pellejero" resuelto por la Corte Suprema frente al caso "Alvarez, Maximiliano c. CENCOSUD". IV. La carga dinámica de la prueba. V. El fallo "P." de la Corte Suprema. VI. La carga de la prueba dinámica, las presunciones y la inversión de la carga probatoria.

"Esta insuficiencia se hace más notoria si se considera la coherencia del conjunto de los indicios sobre los cuales el *a quo* formó su convicción respecto de la existencia de discriminación en el despido, entre los que se encuentra la circunstancia de que la actora fue despedida dos veces, la primera, al culminar el conflicto gremial de 2013 y la segunda, en octubre de 2014, desvinculación que dio lugar a estas actuaciones".

III. Conclusiones

La discriminación arbitraria es un acto ilícito cuya acreditación se encuentra a cargo de quién la alega.

Cuando el despido es incausado la demostración de que el despido fue el acto jurídico que consolidó o configuró la discriminación requiere también de la carga de la prueba por parte de quién la alega.

En cambio, cuando el despido se ha producido por una causa invocada por el empleador, es a su cargo la demostración de la verosimilitud de los hechos invocados, y su debida acreditación puede desplazar y de hecho desplaza la invocación de un acto discriminatorio cuya consolidación depende de que se haya efectivizado la desvinculación con causa.

La discriminación antisindical, como es el caso bajo análisis, de quién se autoproclama activista queda desplazado a un segundo plano, como causal del despido, si el empleador ha demostrado que la justa causa invocada es válida y ha sido debidamente acreditada.

La discriminación no se presume, ya que para que ello ocurra, esta debió estar habilitada en el texto legal, lo que no ocurre dentro de la legislación individual y colectiva laboral, y no está contemplada en la ley 23.592.

Despido discriminatorio: la diferencia de trato está en la mente de su autor (*)

Alberto Mansilla (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Los antecedentes.— III. El fallo que comentamos.— IV. Comentarios y conclusiones.

I. Introducción

La ley 23.592 fue sancionada el 23/08/1988, estableciendo en sus breves siete artículos la base del despido, actualmente llamado, "discriminatorio". Claro, tuvieron que pasar más de veinte años para que la CS dijera "(...) corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario (...)" **(1)** y para que aclarara: "(...) [S]olo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la "protección contra el despido arbitrario" implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación(...)" **(2)** y de esa manera comenzara la generalización jurisprudencial acerca del distracto catalogado de ese modo.

Obviamente que había fallos de la Cámara Nacional del Trabajo anteriores en el mismo sentido. Pero así como sostenemos que las leyes tienen una fundamentación histórica —entre otras— lo mismo podemos decir de los sentencias de los jueces. No aparecen arbitrariamente sino que responden a distintas circunstancias de cada momento.

A partir de allí, se tuvieron que estudiar distintos aspectos del mismo instituto, llegando a fallos como el que ahora comentamos: "Recurso de hecho deducido por la parte demandada en la causa Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina SA s/ juicio sumarísimo" del 8 de abril del 2021, en donde se destaca el problema de la carga de la prueba.

II. Los antecedentes

El decisorio citado, nombró a su vez a otros tres: "Pellicori" **(3)** Fallos: 334:1387, "Sisnero" **(4)** Fallos: 337:611 y "Varela" **(5)** Fallos: 341:1106) que nos proponemos resumir, para poder comentar y luego concluir.

En el primero, La CS revocó una sentencia de la Sala III de la CNAT que le llegó como una queja, en donde una empleada afirmó que su despido con causa respondió en realidad a "razones de índole discrimnatoria". Pellicori y su esposo, Gustavo Martínez, se casaron y trabajaron en el mismo ámbito hasta el 2006. Él era delegado gremial en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Cuando ella fue despedi-

(*) CS, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Consid. 11.

(**) Abogado laboralista. Profesor titular de Derecho del Trabajo y de Derecho Colectivo del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad Católica de Salta.

(1) CS, "Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo", 07/12/2010 - T. 333, P. 2306.

(2) Ibidem.

(3) CS, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011.

(4) CS, "Sisnero, Mirtha Graeiela y otros el Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014.

(5) CS, "Varela, Jose´ Gilberto e/ Disco S.A. s/ 'amparo sindical" 04/09/2018.

da presentó un amparo y demandó al CPACF pidiendo ser reinstalada en su empleo y resarcida económicamente. Acusó a la institución de haberla discriminado y de desplegar una conducta antisindical. Alegó para ello que el objetivo del despido fue excluirla de su puesto de trabajo debido a su actividad gremial y a su condición de esposa de Martínez, en un contexto de conflicto sindical, en el que reconoció haber participado. Según afirma la Corte en su considerando primero, la Alzada del Trabajo había considerado que "(...) que la respuesta de "nulidad intensa" que contempla la norma citada requiere de "una prueba muy convictiva y una apreciación exigente de los elementos probatorios acompañados". Asentó tales asertos en dos razones: la primera, que el régimen de estabilidad relativa impropia solo genera consecuencias indemnizatorias y, la segunda, que el juego armónico de los arts. 14, 14 bis, 17 y 33 de la Constitución Nacional, impone un "estricto análisis de las motivaciones que subyacen en la decisión disolutoria del contrato de trabajo"(...)" **(6)**.

Por su parte, el más alto Tribunal de la Nación, invocó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948 para destacar que en su artículo XVIII, al reconocer el derecho de toda persona a ocurrir a los tribunales, quedaba incluida la exigencia de que los recursos para tal acción sean efectivos y no meras formalidades que no permitan alcanzar la protección jurídica requerida. En ese camino entonces, dicho reconocimiento "(...) se proyecta decididamente sobre la ley 23.592 en cuanto a su régimen probatorio en situaciones en las que se controvierte el motivo real de un acto particular tildado de discriminatorio. Primeramente, al reducir el grado de convicción que, respecto de la existencia del motivo discriminatorio, debe generar la prueba que recae sobre quien invoca ser víctima de dicho acto. Y, en segundo lugar, al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga de la prueba y la medida en que esta pesa sobre el demandado al que se imputa la responsabilidad por el mencionado acto (...)". Es decir, abordó el problema de la carga de la prueba, mitigando la de la parte actora y agravándola en el caso de la demandada. También confirmó que la ley 23592 "no es extraña a las reflexiones que han sido expuestas", más bien su aplicabilidad es imperiosa. Esta cuestión, analizada por el Comité contra la Discriminación Racial, ha dado como resultado un llamado de este en el sentido indicado respecto de la prueba. Asimismo destacó la posición de la OIT que advirtió acerca de las dificultades probatorias en los casos de discriminación que reconoció los mismos obstáculos y aconsejó las mismas cargas que venimos señalando. No olvidó de señalar la posición manifestada por la Unión Europea que aconsejó repartir las responsabilidades de pruebas de la misma manera. Abrió de esta forma el camino del derecho comparado que le permitió justificar la contemplación de fallos españoles, belgas e ingleses que se expidieron en el mismo sentido. Por todo ello, concluyó: "(...) resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo, con la acreditación de hechos que, *prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que* este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (...)". Sin embargo, en un párrafo que hay que destacar, afirmó: "(...) La doctrina del Tribunal, por ende, no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquella la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el *prima facie acreditado (...)"* **(7)**. Retenga el lector este llamado de atención que retomaremos al final.

En el segundo fallo citado, la actora era una mujer que se postuló para ser chofer de colectivos y no fue elegida para esa actividad. Presentó un amparo al que hizo lugar la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala V, de la ciudad de Salta, que ordenó el cese de la discriminación por razones de género: las empresas debían contratar el 30% de su personal como chofer de colectivos. Sin embargo, la Corte de Justicia de Salta revocó la sentencia por consi-

(6) Fallo Pellicori, considerando 1°.

(7) Consid. 11.

derar que no se configuró el presupuesto para que prospere el pedido de una orden de cese de discriminación. Contra esa sentencia interpusieron el recurso extraordinario que fue denegado y que originó entonces el recurso de hecho en donde, el Alto Tribunal se expidió.

Para empezar, invocó una serie de tratados internacionales para fundamentar sus dichos, destacando que en uno de ellos, se estableció: "[L]os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo". Asimismo, explicó que el ámbito de los derechos Humanos excedía al de los ataques de la autoridad. Circunscribió la cuestión debatida a determinar si "las empresas de servicios de transporte público de pasajeros de la ciudad de Salta han vulnerado el derecho constitucional de las mujeres en general, y de la actora en particular, a elegir libremente una profesión o empleo y a no ser discriminadas en el proceso de selección, en el caso, a los fines de acceder a un empleo como conductora de colectivos". Llamó la atención de que el fallo en crisis rechazó el amparo por no considerar discriminatorio al acto de excluir a la actora del empleo, pero les hizo lugar a los fines preventivos, para futuras contrataciones.

Luego de esto, cuando llegó a la cuestión de la prueba, hizo idénticas consideraciones a las expuestas en "Pellicori". Aclaró que la discriminación tuvo difíciles medidas de prueba porque, en realidad, ese acto, está "en la mente de su autor". Esto es, en la intimidad no expresada por el que comete el acto. Por eso: "(…) [E]l Tribunal ha elaborado el estándar probatorio aplicable a estas situaciones. Según se señaló en esa ocasión, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con "la acreditación de hechos que, *prima facie evaluados, resulten* idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (conf. considerando 11). En síntesis, si el reclamante puede acreditar la existencia de hechos de los que pueda presumirse su carácter discriminatorio, corresponderá al demandado la prueba de su inexistencia(…)".

En los párrafos finales, afirmó que la sentencia no había valorado adecuadamente la prueba y, además, las explicaciones de la empresa fueron dogmáticas y, por lo tanto, inadmisibles. Por eso hizo lugar a la queja y declaró procedente el recurso extraordinario.

En el tercer fallo, "Varela", el actor, promovió una demanda de amparo sindical, con la particularidad de no ser delegado. En efecto, en un Super Vea (propiedad de Disco SA) de la ciudad de la ciudad de Catamarca, pese a tener más de ciento sesenta empleados, no había delegado sindical. Sin el apoyo del Gremio, comenzó su actividad gremial, demostrada por actuaciones ante el Ministerio de Trabajo, ante la Dirección de Inspección gremial y ante el propio gremio, para que se designaran delegados. Luego, la empresa lo suspendió por impuntualidades y lo despidieron dos días después, con causa: supuestamente había desarrollado una conducta agraviante. Varela demandó a su empleador porque, según afirmó el accionante, con el despido con causa, encubrieron uno por motivos sindicales. La demandada fue declarada rebelde aunque no por eso hicieron lugar al amparo, sino por lo dispuesto en el art. 47 de la ley 23551, cláusulas constitucionales y convenios 87 y 98 de la OIT. La Cámara desestimó los agravios de la demandada, pero entendió que la ley citada no previó la reinstalación del activista, sino solamente la del representante gremial. En el mismo sentido se pronunció la Corte provincial, agregando que la ley 23.592, no protegió al mero agitador. Contra ese pronunciamiento, el actor interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la queja que permitió que este expediente llegara a la Corte Suprema.

En esa instancia, el Alto Tribunal invocó rápidamente los fallos "Pellicori" y "Sisnero" para afirmar que ya había fijado el estándar cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio: "(…) la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no pruebe que responde a un móvil ajeno a toda discriminación (…)". Distinguió la carga de la prueba cuando se trata de la ley 23551 o de la ley 23592, dándole un carácter menos severo al de esta última. Es más,

diferenció la actividad probatoria que hay que desarrollar cuando se trata de un despido sin causa, como distinta a la del distracto con ella: "(…) esta carga es naturalmente diferente en los casos en que la medida cuestionada es un despido incausado *vis a vis aquellos en que el empleador invoca la existencia de una injuria. Respecto del primer tipo de casos, en la medida en que nuestro* régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa y, por lo tanto, el empleador puede rescindir el vínculo laboral sin justificación alguna, es suficiente para evitar las consecuencias que las leyes 23.551 y 23.592 determinan en caso de despidos discriminatorios que el empleador acredite que el trato dispensado al trabajador en cuestión no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastara´ que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo, de la naturaleza que fuere. La única limitación es que la rescisión no responda a los móviles discriminatorios proscriptos. Por su parte, si la desvinculación se ha producido con invocación de causa, es suficiente para el empleador acreditar que dicha causa razonablemente se ha configurado (…)". Afirmó la Corte que no se tuvieron en cuenta elementos que daban verosimilitud a las afirmaciones del actor, omitió evaluar si la empresa satisfizo la carga que sobre ella pesaba y también dejó de examinar "(…) si cada parte satisfizo su carga probatoria a la luz de los medios habituales y los mecanismos usuales de valoración (…)". Por eso, descalificaron el fallo "(…) como acto judicial válido —sin que ello implique abrir juicio sobre el resultado final del litigio— y resulta innecesario el tratamiento de las restantes cuestiones traídas a conocimiento del Tribunal (…)". Un final que oscurece más que aclara.

III. El fallo que comentamos

Edith Fabiana Fontana fue despedida por Cibie Argentina SA en el marco de un procedimiento preventivo de crisis (PPC), junto a una treintena de empleados. Como a todos, se le pagó el 100 % de su indemnización. No debe sorprender esto, porque cuando una empresa comienza con un PPC, lo que hace es conciliar con el Sindicato, la desvinculación de sus dependientes. Sin embargo, rara vez, abona el 50 % de la antiguedad, sino que busca la salida de aquellos sin medidas de fuerza colectivas. Y los gremios, con buen tino, prefieren permitir los despidos antes de que se funda la empresa y todos queden en la calle.

Pese a ello, Fontana se presentó ante un juez e invocó un despido discriminatorio por su actividad sindical. No era una delegada ni tampoco defendió esa condición. Afirmó desde el principio que era una "activista" pero que merecía un tratamiento parecido al de los representantes gremiales.

El juez de primera instancia, entendió que no se había probado la condición pretendida: "(…) Desde ya adelanto que no advierto en la causa suficientes elementos de juicio como para tener por acreditado, al menos de modo indiciario, que la reclamante haya tenido un rol sindical protagónico y activo en representación de los trabajadores, no solo porque el establecimiento contaba con un cuerpo delegados que cumplía esa función, sino porque entiendo que la mera participación de asambleas, en el marco de un conflicto colectivo, no basta para calificar a un trabajador de activista sindical (…)". Entonces, más allá de cualquier otra consideración, esto derribó el planteo de la demanda ya que si no existía esa condición, no podía haber discriminación. Tampoco importó que el despido haya sido en el contexto del PPC o que le hubieran pagado la indemnización correspondiente.

En cambio la Sala VI de la CNAT, tuvo una evaluación completamente diferente: "(…) [C]onsidero que los elementos, reunidos en la causa (declaraciones testimoniales de Sánchez Zarate, Merlo, Granada y García (fs. 9, 11, 12 y 13 del sobre B-3086-II), valorados conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C.C.N.), permiten tener por configurado un haz de indicios suficientes que *—prima facie— autorizan a presumir que Fontana ha sido* víctima de discriminación (…)". Esas declaraciones indicaron que la actora había participado de acciones colectivas y fueron suficientes para que la Cámara evaluara que había discriminación por su actividad, declarara nulo el despido, con astreintes para el caso de incumplimiento y obligara a la demandada a una indemnización de 150.000 $ al momento del despido, sin especificar la razón a la que respondía dicha suma.

Cibie Argentina SA planteó el recurso extraordinario que fue rechazado. Luego interpuso la queja y, milagrosamente, la Corte se avocó a su tratamiento sin acudir al art. 280 del CPCCN. En su breve sentencia, invocó los fallos reseñados más arriba (Pellicori, Sisnero y Varela) —de allí que los explicáramos como antecedente de este comentario - y reiteró que ese tribunal había establecido un estándar de prueba aplicable en los casos de discriminación "(...) dada la notoria dificultad para considerar fehacientemente acreditada la discriminación (...)". Para ello, el interesado deber demostrar "(...) de modo verosímil, que la medida fue dispuesta por ese móvil, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que el trato dispensado no obedeció al motivo discriminatorio reprochado. Bastará que demuestre que el distracto se dispuso por cualquier otro motivo (...)".

Entonces, lo que había hecho el *a quo, fue omitir la evalu*ación de la causa de despido invocada: el PPC, resultado de los graves problemas económicos de la empresa. Eso implicaba una arbitrariedad que descalificó la sentencia como tal y permitió que se hiciera lugar a la queja.

IV. Comentarios y conclusiones

Luego de resumir los fallos previos y el que motiva esta nota, surge claramente la solución que impone la CS en los casos de discriminación, por las enormes dificultades que trae la producción de prueba en estas situaciones. Basta que la parte que invoca dichos actos dé indicios del carácter de estos, para que sea la demandada quien deba probar que respondieron a otras razones.

Creemos que tiene razón la Corte cuando reconoce los obstáculos que hay para demostrar toda distinción arbitraria en una relación laboral. También pensamos que es justo que el accionante solo deba demostrar indicios "(...) graves (lo que implica un grado de probabilidad creadora de certeza moral en el ánimo del juez), precisos (inequívocas, que no admitan interpretaciones inciertas) y concordantes (que por su número y calidad confluyan en un encadenamiento lógico y persuasivo, sin que se destruyan mutuamente) (...)" **(8)** para traspasar la obligación de probar al empleador. Porque no se trata de una negativa de la relación laboral que obliga solamente al demandante a probar la razón de sus dichos. Sino de un acto que habitualmente se encubre tras la sombra de otro, es más, se realiza afirmando con vehemencia que el empleador está haciendo otra cosa. Es por esa posible simulación que debe contribuir al esclarecimiento de la verdad, tensando de esa manera, las disposición procesales.

Pero ese "estatus" establecido por la Corte, encierra un gran peligro: que los *dichos del actor sean tomados como indicios y rápida y arbitrariamente y, consecuentemente, se le atribuya a una empresa automáticamente la obligación de probar lo que no hizo. Eso fue lo que pasó en el Fallo "Fontana". Unos breves testimonios bastaron para que la Cámara del Trabajo entendiera que eran suficientes para intuir la discriminación y pasase por arriba la prueba que, prolijamente, produjo la demandada, acerca de la existencia de otro motivo real de despido. La dinámica de la prueba funciona al parecer en algunos casos, como algo casi mecánico. Imaginemos que no existió el PPC de CIBIE Argentina SA, sino que el empleador despidió a Fontana sin causa o por una causa insuficiente (situación fácil de encontrar en la vida laboral cotidiana) junto a otros dependientes: ¿eso es suficiente para tener por probada la discriminación? El riesgo es que la inercia de los tiempos lleve a ver en cualquier despido, uno de carácter discriminatorio,* aun cuando el empleador pueda probar otras razones para fundamentar el distracto. Al respecto hay que tener presente lo expresado por la CS en el considerando 11 del Fallo Pellicori, cuando dice: 1) no exime de prueba a la parte actora 2) Eso no implica una inversión de la carga probatoria 3) A la parte demandada le corresponderá probar que tenía otros fines el despido asumido como discriminatorio.

Sin embargo eso no es todo. Quería llamar la atención con respecto a otro peligro destacable —relacionado con ese tema— que esboza el fallo "Sisnero". Recordará el lector que se trata de

(8) FORMARO, Juan José, "La prueba del despido discriminatorio. La jurisprudencia laboral y el valor de la clásica doctrina civil", TR LALEY AR/DOC/2422/2011.

una mujer que reclama su derecho a ser elegida como chofer de colectivo en las empresas de transporte de la ciudad de Salta. Pero sucede que la accionante no es UNA sola mujer, sino tres de ellas más una asociación llamada "Entre mujeres" que colectiviza el reclamo. Pero más allá de esto, quiero detenerme en el considerando 5to del decisorio, que dice: "(…) [C]abe recordar que la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable; de allí que su prueba con frecuencia resulte compleja. Lo más habitual es que la discriminación sea una acción más presunta que patente, y difícil de demostrar ya que normalmente el motivo subyacente a la diferencia de trato esta´ en la mente de su autor, y "la información y los archivos que podrían servir de elementos de prueba están, la mayor parte de las veces, en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación" (vid. Fallos: 334:1387, considerando 7°) (…)". Según estas líneas, el hecho indiscutible de las dificultades probatorias se explica porque el motivo real del acto suele estar en "la mente del autor". Quiere decir entonces que el Alto Tribunal se atreve a cruzar la frontera de los *actos para evaluar las intenciones. Se propone sancionar fines no expresados, más allá de las conductas desarrolladas. El* derecho penal no admitiría esto. Y si bien aquello constituye un propósito loable cuando se trata de juzgar una discriminación, igualmente, se convierte en un enorme peligro porque abre la puerta a cualquier arbitrariedad. Un ejemplo de eso es cuando, en función de ese fin e invocando la ley 23.592, igualan al delegado sindical elegido en los términos de la ley 23.551, con un empleado activista gremial que reclama esa protección. El impulso de la persecución de la conducta discriminatoria hace que se considere igual a lo que no lo es. En el mismo sentido, exceden lo que establecen las normas procesales cuando atribuyen dinamismo a la carga de la prueba, encontrando argumentos en normas internacionales emitidas por la OIT que no son parte del derecho interno. Válidas doctrinariamente, pero no legalmente.

Por eso, además de los "estatus" fijados por la Corte en estos casos, hay que destacar los llamados de atención del Alto Tribunal en fallos como el que comentamos. Para evitar automatismos injustos que produzcan resultados indeseables en las sentencias laborales.

Doctrina

Nuevas idas y vueltas del trabajo presencial en el empleo privado al compás de las vacunas: personas vacunadas, no vacunadas y "compensadas"

Liliana H. Litterio (*)

Sumario: I. Ligera introducción al tema.— II. Los trabajadores no dispensados del deber de asistir al lugar de trabajo: vacunados y no vacunados.— III. Los trabajadores dispensados del deber de asistir al lugar de trabajo: compensados.— IV. Algo más sobre la higiene y seguridad en los ambientes laborales.— V. Breve reflexión final.

I. Ligera introducción al tema

La vida laboral de los trabajadores continúa moviéndose al compás de las vacunas.

En el marco del confuso y constante devenir normativo (a nivel nacional y local) que en buena medida nos desborda desde que comenzó la pandemia de la COVID-19, y que se acentuó con la eventual llegada de las vacunas a los trabajadores, apareció el DNU 494/2021 (al que de ahora en adelante referiremos como decreto) que en lo que aquí nos importa regula la situación de las personas exceptuadas de ser convocadas a trabajar presencialmente en el contexto de la res. conj. 4/2021 de los Ministerios de Salud y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

La situación laboral de los trabajadores vacunados y los no vacunados que pueden ser convocados a trabajar en el sector privado del empleo había sido encarada por la mencionada resolución administrativa, que no se ocupaba de los exceptuados. Sin perjuicio de que la insuficiencia de esta medida a la hora de facultar la convocatoria de aquellos de la mano de las condiciones de la vacunación [tema que hace poco hemos tratado en otro lugar, al que remitimos al lector **(1)**], permitía presumir la llegaba de nuevas previsiones al respecto, esto no ha ocurrido por lo menos hasta el momento de terminar de escribir este artículo. No obstante, con relación al tema han ido apareciendo opiniones de actores sociales que son dignas de mención.

Lo que en materia normativa llegó, dentro del amplio espectro del dec. 494/2021 que instaura nuevas medidas generales de prevención con vigencia hasta el 1º de octubre de 2021 inclusive, es una previsión respecto de aquellos exceptuados de trabajar presencialmente, que prácticamente pasa desapercibida en el contexto de una norma que principalmente se ocupa

(*) Abogada graduada con Diploma de Honor (UCA). Doctora en Derecho (UBA). Profesora de grado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UBA). Profesora de posgrado en las Maestrías en Derecho del Trabajo y en Derecho de Familia (UBA, UCA y otras universidades del país). Consultora externa de la OIT en materia de trabajo infantil y adolescente. Autora de numerosos libros y artículos y coautora de múltiples libros en la especialidad.

(1) LITTERIO, Liliana H., "Las idas y vueltas del trabajo presencial en el empleo privado al compás de las vacunas", Ed. Rubinzal-Culzoni, 13/08/2021, RC D 569/2021. En este artículo explicamos más detenidamente algunos de los temas aquí tratados.

de otras cuestiones (aunque también atiende alguna vinculada a la higiene y seguridad en el trabajo y al horario nocturno).

En el lugar que antes referimos dijimos que escribíamos a sabiendas de que todo cambia con suma rapidez, en tanto el virus está sometido a una evolución constante, motivo por el cual la vacunación y las normas deben adecuarse a sus circunstancias, cosa que no siempre han hecho.

En el presente no solo volveremos sobre los trabajadores vacunados y no vacunados, sino que también procuraremos adentrarnos en la situación laboral de los exceptuados de trabajar presencialmente en el sector privado del empleo, de la cual se ocupa el decreto de referencia.

II. Los trabajadores no dispensados del deber de asistir al lugar de trabajo: vacunados y no vacunados

El dec. 494/2021 abarca una amplia temática en materia de medidas sanitarias (relativas entre otros temas a las actividades suspendidas, los aforos, las zonas consideradas de alarma epidemiológica, la circulación nocturna).

Dentro del espectro de temas que regula, el decreto citado confirma al paso que el deber de asistencia al lugar de trabajo se regirá por la resolución conjunta de los Ministerios de Salud y de Trabajo, Empleo y Seguridad Social 4/2021 o las que en lo sucesivo la modifiquen o reemplacen (art. 8º), aunque lo hace recién cuatro meses después de que esta medida entrara en vigor y de que, a pesar de las muchas dudas generadas por la presencia de normas contradictorias, su vigencia ya no estaba en discusión **(2)**.

Sin embargo, se mantienen las dudas que la mentada resolución genera en torno a la situación laboral de los trabajadores vacunados y no vacunados convocados para asistir al lugar de trabajo.

Por eso, aunque el dec. 494/2021 no repara en ellos, no podemos omitir realizar una mención a los trabajadores no dispensados, es decir, a quienes están en condiciones de trabajar de acuerdo con la resolución conjunta en juego.

Es que, hoy en día preocupan y se discuten los temperamentos a adoptar respecto de estos dos grupos de trabajadores que se encuentran en condiciones de volver a la actividad presencial. Es decir, de quienes no están dispensados de su deber de trabajar presencialmente.

En otro lugar, al que antes remitimos, recientemente hemos intentado ocuparnos de algunas de los múltiples interrogantes que plantea la insuficiencia normativa con relación a estos trabajadores, al mismo tiempo que procuramos dar algunas respuestas.

Como las dudas permanecen sin ser normativamente resueltas se yerguen las interpretaciones del sector de los empresarios y de los trabajadores que, en este caso, se contraponen abiertamente. A ellas se suma, la del Gobierno.

Antes de introducirnos en estas posiciones es imprescindible recordar muy brevemente qué dispone la res. conj. 4/2021 con relación a los trabajadores no dispensados de su actividad en el lugar de trabajo.

En su art. 1º la medida faculta a los empleadores a convocar el regreso a la actividad presencial de prácticamente todos los trabajadores (algunos de ellos, de riesgo) inoculados al menos con una sola dosis de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra la COVID-19 autorizadas para su uso en el país, con excepción de quienes serán motivo de consideración en el próximo acápite. Aclaramos que en el presente artículo excluimos la consideración de los trabajadores de la salud, a quienes la resolución les dedica una disposición especial (art. 2º).

Con relación a *los trabajadores vacunados al menos con una dosis*, recordamos que la normativa exige que los convocados presenten constancia fehaciente de la vacunación correspondiente (art. 3º). Entendemos que se trata del carnet en su versión papel, o la certificación virtual, emitidos ambos por la autoridad sanitaria pública.

(2) Respecto de los avatares que sufrió esta resolución puede verse la autora y ob. cit. en nota 1.

Estos trabajadores que dejan de estar dispensados de su deber de trabajar, en principio deben cumplir con sus tareas en el lugar de trabajo.

Con relación a ellos, Funes de Rioja, en su carácter de presidente de la Unión Industrial Argentina, expresó que en la UIA se determinó que a quien esté vacunado y no tenga comorbilidades, se lo intima a presentarse y si incumple la intimación, se considera que hay abandono de trabajo **(3)** y la persona se pone en una posición de pérdida del empleo **(4)**.

Por nuestra parte coincidimos en esto, pues si este trabajador no se reintegra a la presencialidad podría llegar a ser despedido con justa causa (al final de este acápite planteamos situaciones particulares), aunque la norma administrativa no prevé las consecuencias de tal negativa a hacerlo.

Ahora bien, los trabajadores no vacunados por decisión personal, es decir, sin una indicación médica en ese sentido, son quienes generan las mayores conflictividades a la hora de aplicar las normas en cuestión.

Con relación a los *trabajadores que tengan la posibilidad de acceder a la vacunación y opten por no hacerlo*, la res. conj. 4/2021, además de exigirles que manifiesten, con carácter de declaración jurada, los motivos por los cuales no pudieron acceder a la vacunación (art. 3º), recurre al deber de actuar de buena fe para obligarlos a llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los *perjuicios* que su decisión pudiere originar a los empleadores (art. 4º).

Esta expresión es tan amplia como híbrida, y no resuelve nada, motivo por el cual ha disparado interpretaciones varias en cuanto a sus alcances, porque normativamente sus efectos no se encuentran previstos.

Juntamente con Guisado y Livellara partimos de la base de que la buena fe dentro de la relación laboral es una *buena fe calificada,* pues los contratantes deben conducirse según los principios de *colaboración* y *solidaridad,* como lo establece —bajo el rótulo de "obligación genérica de ambas partes"— el art. 62 de la LCT **(5)**.

Nos hemos preguntado qué significa concretamente actuar de buena fe, con criterios de colaboración y solidaridad, en casos como los que aquí nos ocupan en que la norma aplicable no especifica qué deberían hacer y qué evitar en el ámbito laboral los trabajadores que, por decisión personal y no por prescripción médica, no se vacunan. Es decir, se trata de personas que actúan a sabiendas de que su conducta puede dañar a los demás integrantes de la comunidad de trabajo y social —pues esto es de público conocimiento— aún sin ser dolosa en los términos del Código Civil y Comercial de la Nación.

A propósito de los trabajadores no vacunados por su propia decisión y a tenor del resultado de una reunión de la Junta Directiva de la UIA, Funes de Rioja dio a conocer que fue consensuada una interpretación por la cual el trabajador que no desea vacunarse pondría en peligro los protocolos puestos en marcha por la pandemia, por lo que ese incumplimiento habilitaría lo que en derecho se llama cese de dispensa. Dijo que quien quiera entrar en un lugar de trabajo colectivo debe cumplir las medidas de prevención, es decir, vacunarse. Y reforzó que, para cuidarnos entre todos, debemos vacunarnos.

Por otra parte, Funes de Rioja afirmó que el cese de la dispensa debería implicar la interrupción del pago del salario **(6)**, lo cual parece una

(3) Opiniones sobre el tema pueden verse, por ejemplo, en ARCE, Sergio A., "Retorno al trabajo presencial de vacunados. res. 4/2021", 14/04/2021, disponible en: https://garciaalonso.com.ar/blog/retorno-al-trabajo-presencial-de-vacunados-resolucion-4-2021/, fecha de consulta: 01/06/2021.

(4) FUNES DE RIOJA, Daniel, conforme DOLABJIAN, Camila, en Y si no quiero, ¿qué?: la vuelta al trabajo presencial desató una rebelión imprevista, 03/08/2021, disponible en: https://www.lanacion.com.ar/economia/y-si-no-quieroque-la-vuelta-al-trabajo-presencial-desato-una-rebelion-imprevista-nid03082021/, fecha de consulta: 04/08/2021.

(5) GUISADO, Héctor C., "Curso de Derecho del Trabajo" dirigido por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, t. I, ps. 427 y ss.; LIVELLARA, Carlos A., "Tratado de Derecho del Trabajo" dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 3, ps. 599 y ss.

(6) En similar sentido y con base en sus propios fundamentos se expresa TOSCA, Diego, "Vacunación COVID 19 y retorno a la presencialidad laboral", Ed. Rubinzal-Culzoni, RC D 579/2021.

propuesta razonable en atención al contexto sanitario en el que todos estamos inmersos. El nombrado no aseguró que eso también incluya la posibilidad de terminar con el contrato laboral en medio de la vigencia de la prohibición de despidos. Aclaró que cada uno verá como lo interpreta, pero desde la UIA no se están propiciando despidos.

Si bien, Funes de Rioja admitió que nadie puede obligar a vacunarse, puntualizó que nadie puede tampoco, obligar a reinsertar a alguien en el mercado laboral. Reconoció que esto no significa que la vacunación se pueda imponer, pero lisa y llanamente expresó que la persona que no se vacuna no ingresa al lugar de trabajo porque configura un riesgo. Precisó, asimismo, que la propuesta aplica a aquellos que están en condiciones de vacunarse en las respectivas jurisdicciones.

Además, reconoció que esa decisión debe ser conversada "sector por sector" con los sindicatos, sobre los que dijo que tuvieron un alto sentido positivo de cooperación para que todo el mundo se cuidara **(7)**.

Como era previsible, la reacción de los integrantes de la Confederación General del Trabajo no tardó en llegar a través de un comunicado firmado por su secretario de Prensa y Comunicación, Jorge Solá, quien sostuvo que castigar en un derecho laboral a quienes debería solicitarse un compromiso colectivo o social respecto del plan de vacunación contra el coronavirus no es para nada el camino adecuado.

Solá se pronunció en representación de la central obrera por la necesidad de realizar los mayores esfuerzos para lograr una vacunación masiva de los trabajadores y rechazó cualquier tipo de sanción que pueda imponerse sobre la relación laboral.

Estimó que sancionar desde la relación laboral es ilegal y no coincide con la senda del convencimiento que hay que seguir para lograr la vacunación. Opinó, asimismo, que a través del ejercicio abusivo de la relación del empleador con el trabajador no se logrará convencerlo, sino mediante el sentido común, el razonamiento y la opinión científica **(8)**.

Por su parte, el cosecretario General de la CGT, Héctor Daer, calificó a la propuesta de no pagar sueldos como un debate absurdo **(9)**.

El gobierno completó la necesaria visión tripartita del asunto, aunque no lo hizo a través de una norma sino de las palabras del Señor Jefe de Gabinete de Ministros, Santiago Cafiero, quien rechazó la propuesta de la Unión Industrial Argentina de suspender el pago de salarios a los

(7) FUNES DE RIOJA, Daniel, según BOETTNER, Mariano, Para la UIA, las empresas tienen derecho a dejar de pagarle el salario a empleados que no quieran vacunarse, 10/08/2021, disponible en: https://www.infobae.com/economia/2021/08/10/para-la-uia-las-empresas-tienen-derecho-a-dejar-de-pagarle-el-salario-a-empleados-que-no-quieran-vacunarse/, fecha de consulta: 10/08/2021.

(8) MUNDO GREMIAL, "La CGT se plantó ante la UIA y rechazó recortar salarios a trabajadores que no se vacunen", 12/08/2021, disponible en: https://mundogremial.com/la-cgt-se-planto-ante-la-uia-y-rechazo-recortar-salarios-a-trabajadores-que-no-se-vacunen/; https://mundogremial.com/la-cgt-se-planto-ante-la-uia-y-rechazo-recortar-salarios-a-trabajadores-que-no-se-vacunen/, fecha de consulta: 12/08/2021. Por su parte lado, RAMÍREZ, Luis E., "Breve análisis del nuevo DNU 494/2021 y de la res. conj. MTEYSS/MS 4/2021. Convocatoria a trabajar a los (as) trabajadores(as) 'dispensados(as)' vacunados(as)", Sindicato de Trabajadores de Industria de la Alimentación, Chubut, 12/08/2021, apunta que se contempla la posibilidad y el derecho del trabajador/a de optar por no vacunarse y que la consecuencia de tal decisión es poner en su cabeza la obligación de "actuar de buena fe y llevar a cabo todo lo que esté a su alcance para paliar los perjuicios" que pueda sufrir el empleador (por ejemplo, aceptar trabajar en modalidad de home office). Renunciar a la remuneración no parece ser una de esas medidas ni, menos aún, que sea el empleador el que determine cómo "paliar" drásticamente sus propios perjuicios, disponible en: http://stiachubut.org/v2/2021/08/12/breve-analisis-del-nuevo-dnu-494-2021-y-de-la-resolucion-conjunta-mteyss-ms-4-2021-convocatoria-a-trabajar-a-losas-trabajadoresas-dispensadosas-vacunadosas/, fecha de consulta: 12/08/2021.

(9) INGOGREMIALES, "Daer picante con Funes de Rioja: 'Por un lado los liberales son antivacunas y por otro piden que te vacunes para poder obtener mayor ganancia'", 12/08/2021, disponible en: infogremiales.com.ar/daer-picante-con-funes-de-rioja-por-un-lado-los-liberales-son-antivacunas-y-por-otro-piden-que-te-vacunes-para-poder-obtener-mayor-ganancia/, fecha de consulta: 12/08/2021.

trabajadores que deciden no vacunarse contra el coronavirus.

Sostuvo que la vacunación en nuestro país es optativa y no debería existir ninguna política sanitaria que sea dictada desde las empresas porque eso no corresponde. Destacó, asimismo, que van a continuar con la vacunación de modo optativo, agregando que tiene una gran aceptación y la Argentina es uno de los países que más ha vacunado. Consideró que no puede haber una sanción si la vacuna es optativa **(10)**.

Por nuestra parte no dudamos que hay que hacer todos los esfuerzos para que no solo los trabajadores, sino toda la población se vacune y, además, pensamos que las organizaciones empresariales —que no todas cuentan con grandes instalaciones, sino lo contrario— no solo tienen el derecho, sino la obligación de adoptar las políticas de salud convenientes en sus respectivos ámbitos de actuación para evitar los contagios.

Precisamente, de eso se trata en estos casos el cumplimiento del deber de buena fe por parte de los empleadores, deber que como es sabido opera respecto de las dos partes del contrato de trabajo y es instalado en escena por la res. conj. 4/2021, pues a pesar de la transitoriedad de estas normas deben respetarse los principios fundamentales del derecho del trabajo.

Nos preguntamos en qué consiste entonces, el deber de obrar de buena fe por parte de los trabajadores si pueden vacunarse y no lo hacen.

Como no se puede obligar a nadie a que se vacune y en tanto el ingreso al lugar de trabajo de la persona que se niega a hacerlo por su propia voluntad constituye un serio riesgo a todas luces evidente (para sí mismo y para sus compañeros), a nuestro criterio cabe evaluar la propuesta de suspensión del pago de la remuneración de esos dependientes.

Es que, deberíamos pensar seriamente que en los términos de la resolución conjunta mencionada hasta pueden ser convocadas al trabajo presencial las personas mayores de 60 años, las embarazadas y las consideradas de riesgo por la autoridad sanitaria nacional, todas ellas vacunadas con una sola dosis **(11)**. Por lo tanto, sería conveniente preguntarnos en qué situación de protección sanitaria se encontrarán estas personas frente a los trabajadores que por su propia voluntad deciden no vacunarse y permanecen junto a ellas durante la jornada laboral (aun cuando el empleador cumpla con rigor los protocolos vigentes). Esto luce verdaderamente incierto y hasta parecería un contrasentido con la tutela de la salud pública tantas veces invocada. Debería ser normativa e inmediatamente resuelto.

Téngase en cuenta que todas las medidas adoptadas por las autoridades nacionales tienen como *principal fundamento la protección de la salud pública*. Por lo tanto, como oportunamente hemos sostenido, parece coherente con el riesgo que implica la falta de vacunación para la población en general y en el ámbito laboral en particular, considerar la propuesta de interrupción de la remuneración de quien no está en condiciones de reintegrarse al trabajo presencial porque por su propia voluntad no se vacuna. Eso, pues no hay duda de que pone en peligro la salud pública protegida, que es ajena a las preferencias personales de los individuos.

Es que, la elección de no vacunarse sin razones médicas que la justifique no repercute únicamente en el ámbito de actuación personal del sujeto involucrado, sino que vulnera el bien común, representado en este caso por la salud pública que se ve afectada y más todavía en el ámbito de la comunidad en la que trabaja. Inocularse es la forma de proteger el propio derecho a la salud y el de los trabajadores vacunados, quienes también tienen derechos.

Con relación al tema no está de más mencionar que, probablemente teniendo en cuenta los inconvenientes que trajo la invocación del deber de buena fe sin consecuencias en el empleo privado, una nueva resolución de la Secretaría

(10) INFOBAE, "El Gobierno rechazó la quita salarial para los trabajadores que no quieran vacunarse", 12/08/2021, disponible en: https://www.infobae.com/politica/2021/08/12/el-gobierno-rechazo-la-quita-salarial-para-los-trabajadores-que-no-quieran-vacunarse/, fecha de consulta: 12/08/2021.

(11) Recordemos que conforme con expresiones de los sanitaristas la inmunidad temporal se alcanzaría con dos dosis de la vacuna recibidas en término. Por lo menos, hasta el momento.

de Gestión y Empleo Público de la Jefatura de Gabinete de Ministros, la 91/2021, dispuso que aquellos empleados públicos abarcados por la medida que hayan optado por no inocularse, deberán actuar de buena fe, dirigiéndose al Departamento de Sanidad (o su equivalente en cada organismo), a fin de obtener información sobre la vacuna en cuestión. De continuar con la decisión de no vacunarse, deberán firmar una nota con carácter de Declaración Jurada, expresando los motivos de su decisión y *comprometiéndose a tomar todos los recaudos necesarios para evitar los perjuicios que su decisión pudiere ocasionar al normal desempeño del equipo de trabajo al cual pertenece*, debiendo ser convocados a la prestación presencial de labores (art. 9º) **(12)**.

Indudablemente esta medida ha buscado ser más previsora y exigente que la res. conj. 4/2021 y podría producir mejores efectos a la hora de estimular la vacunación, en tanto genera al menos un compromiso por parte del trabajador público que lo hace tomar conciencia de las consecuencias de sus actos. Va un paso más allá, pues en el empleo privado el deber de actuar de buena fe termina diluyéndose a tal punto que no se sabe qué se pretende de él cuando se trata de trabajadores que no se quieren vacunar, colocando a los empleadores frente a situaciones difíciles de encarar.

Además, como hemos señalado en otro lugar, también habría que tener presente que los trabajadores inoculados (con una o con dos dosis), por razones de higiene y seguridad en el trabajo podrían oponerse a compartir espacios comunes con los que se niegan a hacerlo, con los serios inconvenientes que esto genera en la comunidad empresarial. Esta situación tampoco está prevista en el escueto contenido normativo, que resulta insuficiente por donde se lo mire, y puede convertirse en otra fuente de conflictos.

La procedencia o no de la oposición que puedan plantear los trabajadores inoculados debido a la eventual presencia de no vacunados dependerá de las circunstancias del caso. No es lo mismo, si el trabajador vacunado tiene comorbilidades que si no las tiene; si el trabajador no vacunado tiene que desempeñarse en otro piso, que al lado; si se trata de un lugar cerrado o una obra en construcción; si las medidas de protección son cuidadosas en extremo o elementales; si se encuentran prácticamente todos los trabajadores vacunados o casi ninguno. En fin, dependerá de las circunstancias del caso: número, lugar, nivel de protección; estado de salud, tipo de actividad, etc. Nada de esto está previsto por la norma.

III. Los trabajadores dispensados del deber de asistir al lugar de trabajo: compensados

La dispensa del deber de concurrir al lugar de trabajo plasmada en la res. conj. 4/2021 trajo de la mano, a través del DNU 494/2021, un beneficio que significa la vuelta de la compensación no remunerativa prevista en su momento para los trabajadores integrantes de grupos de riesgo dispensados del trabajo presencial por el DNU 792/2020 (art. 24) y reinstalada por el DNU 235/2021 (art. 7º sustituido por el art. 1º de su similar 241/2021 publicado estando vigente la res. conj.4/2021).

No se advierten diferencias en el texto del actual decreto respecto de los anteriores que preveían similar compensación.

Recordemos que la res. conj. 4/2021 dispensa de la posibilidad de convocatoria al trabajo presencial exclusivamente a las personas incluidas en los incs. V y VI del art. 3º de la res. 627/2020 del Ministerio de Salud y sus modificatorias y complementarias (art. 5º).

Si bien la medida no establece regulación alguna a su respecto, queda claro que en orden a estos trabajadores no opera el criterio de vacunación.

Las dispensadas son las personas incluidas en dos de los grupos de riesgo determinados por la autoridad sanitaria.

(12) Recordamos que, en la provincia de Jujuy, a través del decreto-acuerdo 3768-S/2021 (Boletín Oficial jujeño el 03/08/2021), se dispuso la obligatoriedad de la vacunación contra la COVID-19, para todos los agentes dependientes de la administración pública provincial, entidades autárquicas, organismos centralizados y descentralizados, empresas y sociedades del estado, cualquiera sea su situación de revista y lugar en que presten servicios (art. 1º) y se invitó a la actividad privada a adherir a la medida (art. 2º).

El inc. V de la referida res. 627/2020 del Ministerio de Salud incluye a las personas con inmunodeficiencias: congénita, asplenia funcional o anatómica (incluida anemia drepanocítica) y desnutrición grave; VIH dependiendo del estatus (< de 350 CD4 o con carga viral detectable), y con medicación inmunosupresora o corticoides en altas dosis (mayor a 2 mg/kg/día de metilprednisona o más de 20 mg/día o su equivalente por más de 14 días).

El inc. VI de la misma medida comprende a pacientes oncológicos y trasplantados: con enfermedad oncohematológica hasta seis meses posteriores a la remisión completa; con tumor de órgano sólido en tratamiento, y trasplantados de órganos sólidos o de precursores hematopoyéticos.

El dec. 494/2021 prevé que cuando en virtud de la res. conj. 4/2021 se justificare la no asistencia al lugar de trabajo, el trabajador/a debe percibir una *compensación no remunerativa equivalente a su remuneración habitual*, neta de aportes y contribuciones al Sistema de Seguridad Social. Los trabajadores/as, así como los empleadores/as, deben continuar efectuando sobre la remuneración imponible habitual los aportes personales y las contribuciones patronales correspondientes a la Obra Social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (leyes 19.032, 23.660 y 23.661). Aclara, asimismo, que este beneficio no puede afectar el financiamiento de la seguridad social, ni los derechos conferidos a los trabajadores/as por los regímenes de la seguridad social (art. 8º).

La compensación adjudicada no es una novedad. Como puede advertirse una vez más se determinó que se trata de un pago que no tiene carácter laboral. Lo que la norma reconoce a los trabajadores exceptuados de su deber de asistir al lugar de trabajo, es el derecho a una satisfacción de naturaleza extralaboral, con los consecuentes efectos respecto del trabajador, por ejemplo, sobre la liquidación del sueldo anual complementario y el cálculo de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

Evidentemente, esta compensación dispara múltiples cuestiones que no es el momento de abordar **(13)**. Solamente pasamos a mencionar algún aspecto puntual.

Con relación a este mismo beneficio que, como vimos, fue reconocido en su momento por el dec. 792/2020 se precisó que, por tratarse de una compensación equivalente a la remuneración habitual, neta de aportes y contribuciones al Sistema de Seguridad Social, al trabajador se le garantiza de bolsillo el mismo monto neto.

En cuanto al empleador se explicó que solo tributa sobre los componentes de Obra Social y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (leyes 23.660, 23.661 y 19.032) **(14)**.

También se precisó que las cargas sindicales y la contribución con destino al Sistema de Riesgos del Trabajo se calcula sobre la misma base para el cálculo de las alícuotas con destino a la obra social (ley 23.660), al Fondo Solidario de Redistribución, o a la ex Administración Nacional del Seguro de Salud —ANSSAL— (ley 23.661), y al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados —INSSJP, o al Plan de Atención Médica Integral —PAMI— (ley 19.032), es decir, sobre el monto total de la remuneración habitual.

Además, se recordó que el empleador conserva su facultad de control, conforme lo dispuesto por el art. 210 de la LCT **(15)**, en materia de control médico por parte de los facultativos designados por aquel.

Entendemos que los trabajadores dispensados cuya prestación de tareas se realiza bajo la modalidad de teletrabajo, deben continuar percibiendo su remuneración habitual aun cuando

(13) Acerca de los interrogantes planteados por la compensación del DNU 792/2020, puede verse, GÓMEZ, Marcela A. — FIGUEREDO, Pablo A., 03/11/2020, "ErreparResponde: las consultas más frecuentes sobre la compensación no remunerativa de los grupos de riesgo", disponible en: https://blog.errepar.com/consultas-frecuentes-grupo-riesgo/, fecha de consulta: 15/08/2021.

(14) EQUIPO DE GESTIONAR RR.HH., "Compensación no remunerativa a personal dispensado de prestar tareas", disponible en: https://www.rrhh-gestionar.com.ar/compensacion-no-remunerativa, dec. 792/2020, fecha de consulta: 15/08/2021.

(15) Autores y lug. cit. en nota 13.

se encuentren comprendidos en los grupos de riesgo previstos por las medidas en estudio.

Claramente, la situación que encarna la compensación que nos ocupa es distinta de la de aquellos trabajadores convocados a prestar tareas presenciales pues la normativa considera que están en condiciones de hacerlo, pero se niegan a vacunarse.

De cualquier modo, no podemos omitir mencionar que la actual compensación representa una "carga de carácter social" que se vuelve a poner sobre las espaldas del empleador sin contraprestación laboral a cambio (aun cuando es absolutamente justificada la percepción de un beneficio por parte de los trabajadores más arriba referidos).

IV. Algo más sobre la higiene y seguridad en los ambientes laborales

Mucho se ha hablado y regulado sobre la salud, la higiene y la seguridad en el trabajo durante la pandemia.

Puntualmente, el dec. 494/2021, en el art. 6º, dispone que los empleadores/as deben garantizar las *condiciones de higiene y seguridad* establecidas por la autoridad sanitaria para preservar la salud de los trabajadores/as.

Por su parte, en su art. 7º prohíbe en todos los ámbitos de trabajo la *reunión de personas* para momentos de descanso, esparcimiento, comidas, o cualquier otro tipo de actividad, que se realice en espacios cerrados sin el estricto cumplimiento de la distancia social de dos metros entre los concurrentes, y sin la ventilación constante y adecuada de todos los ambientes.

Al mismo tiempo obliga a la parte empleadora a adecuar los turnos de descanso, los espacios y los controles necesarios para dar cumplimiento a dicha medida.

Estas importantes disposiciones exigen que el empleador, además, de aplicarlas en la práctica, controle su debido cumplimiento, así como también que los inspectores del trabajo realicen su función. Además, obviamente, requieren el estricto cumplimiento por parte de los trabajadores en tanto son adoptadas para su protección en los ámbitos laborales.

Cabe mencionar al paso que el decreto, en su art. 12, dentro de las personas que *exceptúa de la restricción de circulación nocturna*— prevista entre las 20 horas y las 6 horas del día siguiente—, incluye a las afectadas a las situaciones, actividades y servicios esenciales establecidos en el art. 11 del DNU 125/2021 y su modificatorio; las afectadas a las actividades industriales que se encuentren trabajando en horario nocturno, de conformidad con sus respectivos protocolos de funcionamiento y las que deban retornar a su domicilio habitual desde su lugar de trabajo o concurrir a este (dicha circunstancia debe ser debidamente acreditada).

V. Breve reflexión final

El devenir normativo apabulla, brota por todos lados con el mismo objetivo: proteger la salud pública desde los distintos ángulos. Las infinitas normas, de distinto nivel jerárquico, se superponen, se prorrogan, se suceden y hasta se contraponen con inusitada fluidez. Son transitorias y prácticamente inmanejables. Sin embargo, a pesar de la cantidad, muchas de las cuestiones importantes no están normativamente resueltas.

Pensamos que, como dijimos, está claro que en el centro de la escena de la res. conj. 4/2021 se encuentra el principio de buena fe el cual, cuando lo llevamos a los hechos implica el deber de actuar de buena fe —con criterios de colaboración y solidaridad— por ambas partes contractuales.

Y, en la actual situación sanitaria crítica, originada por la pandemia desatada por la COVID-19, luce claro que ese deber de buena fe impone la obligación de ambas partes de la relación laboral de evitar los contagios.

Consecuentemente, obrando con esos criterios de colaboración y solidaridad que el art. 62 de la LCT reclama, el empleador debería hacer todo lo que esté a su alcance para evitar que sus trabajadores se contagien y los trabajadores deberían vacunarse (salvo que tengan una indicación médica en contrario) para evitar contagiar.

Estos comportamientos por parte de los involucrados en las relaciones laborales facilitan el respeto y la protección de la salud pública, tanto

de la salud general de la sociedad en su conjunto como de la particular de los miembros de la comunidad empresarial en la que todos trabajan. Asimismo, permite el desarrollo de la actividad productiva de las empresas, lo cual beneficia a todos sus integrantes, tanto a los trabajadores, como a los empresarios.

Evidentemente, el trabajo ha bailado y continúa bailando al ritmo de las vacunas. Prueba de ello, es que en el sustrato de las decisiones que prohibieron el trabajo presencial durante tantísimo tiempo, estaba la inexistencia de vacunas para enfrentar el virus. Precisamente, la aparición de las vacunas y de los adultos vacunados, al menos con una dosis, fue la que activó la convocatoria a los lugares de trabajo en las actividades que no admiten teletrabajar. Esto está clarísimo.

Ha pasado poco tiempo desde la puesta en marcha de las medidas que la res. conj. 4/2021 implementa, así que la experiencia permitirá evaluar lo aconsejable conforme a los resultados prácticos obtenidos.

Tal vez podrán llegar acuerdos fruto del diálogo social o normas que regulen la cuestión. Por nuestra parte auguramos que ocurra, al mismo tiempo que esperamos que esas decisiones no afecten el funcionamiento de las organizaciones empresariales en momentos en que es posible acceder a la vacunación, la cual deberá mantenerse activada sin más pausas.

Las cláusulas de indemnidad laboral y su operatividad frente al incumplimiento del deber de control del art. 30, LCT

Claudio Aquino [(*)]

Santiago L. Sfeir [(**)]

Sumario: I. Los contratos entre empresas y las cláusulas de indemnidad como práctica habitual.— II. El deber de control del art. 30, LCT.— III. La operatividad de las cláusulas de indemnidad y el conflicto derivado de su colisión con el deber de control. La importancia del derecho de los contratos y las cláusulas contractuales abusivas.— IV. Consideraciones finales.

I. Los contratos entre empresas y las cláusulas de indemnidad como práctica habitual

Es habitual que, en pos de reducir costos, mantener menos personal en nómina, y como consecuencia de falta de experiencia o recursos para desarrollar una actividad específica, las compañías de todas las envergaduras recurran a otras a los fines de celebrar contratos con miras a la prestación de servicios.

Es habitual delegar en firmas especializadas cuestiones particulares como servicios eventuales de limpieza, servicios de mensajería y cadetería, servicios de seguridad, entre otros.

Estas relaciones interempresariales se instrumentan, habitualmente, a través de contratos de locación de servicios donde el contratante tendrá en su cabeza el cumplimiento de la obligación esencial del pago de la contraprestación, mientras que la compañía prestadora del servicio tendrá a su cargo el cumplimiento del deber que se le encomienda.

En toda esta relación contractual —que a los fines didácticos ha sido sumamente simplificada— suele haber conflictos que se suscitan como consecuencia de las relaciones laborales que vinculan al prestador del servicio con su personal, y que estos trabajadores hagan responsables —o al menos eso intenten— a las firmas contratantes del servicio por las faltas laborales de sus reales empleadores.

(*) Asesor legal de pymes, obras sociales, y sindicatos. Docente de grado y posgrado titular de las cátedras de derecho del trabajo individual y colectivo y de la seguridad social en las Universidades Católica de Salta, San Isidro, Facultad de Derecho UBA, y UCES. Publicista y autor de numerosos trabajos de doctrina y comentarios jurisprudenciales. Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Graduado en carrera docente por la Facultad de Derecho UBA. Subdirector del Área Académica del Colegio de Abogados de San Isidro. Vicepresidente del Foro Federal de Institutos y Comisiones de Derecho del Trabajo de Colegios de la República Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino.

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

Cierto es que la jurisprudencia es cuantiosa al pretender endilgar a los contratantes de los servicios obligaciones laborales que se encuentran en cabeza del prestador, bajo la premisa de satisfacer la pretensión del trabajador como principal objetivo, y que subsistan entre las partes del contrato las acciones de repetición correspondientes.

Ahora bien, frente a esta marcada tendencia se ha generado la imperiosa necesidad de obtener mayor seguridad jurídica al momento de la firma de contratos de prestación de servicios a sabiendas de este riesgo que implica el personal de una empresa contratada; como respuesta a esta necesidad han surgido las llamadas cláusulas de indemnidad.

Estas cláusulas tienen por objetivo el reconocimiento de las relaciones laborales habidas entre el prestador del servicio y su personal, obligándose este primero a indemnizar y mantener a la empresa contratante libre de todo reclamo laboral que se pudiera suscitar, amén de otorgar facultades de retención de pagos hasta la resolución del conflicto, facultades de rescisión del contrato, la posibilidad de reclamar todos los gastos que se eroguen como consecuencia del litigio o reclamo, hasta inclusive el deber de indemnizar a la firma contratante por los perjuicios que el reclamo eventualmente les ocasionare.

Amén de todo lo expuesto hasta aquí, es necesario plantearse un interrogante total y completamente válido: ¿son siempre operativas las cláusulas de indemnidad?

Intentar dar respuesta a esta incógnita es el propósito del presente trabajo y anticipamos, desde ya, que no pueden, ni deben ser, siempre operativas.

II. El deber de control del art. 30, LCT

Como es bien sabido, nuestra Ley de Contrato de Trabajo establece en su art. 30 la solidaridad para los casos de subcontratación y/o delegación; el principal sentido de esta obligación, por la cual se la puede llamar también "deber de control", es poner en cabeza del contratante la obligación de "exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social", derivando el incumplimiento en la responsabilidad solidaria por las obligaciones de los contratistas, cesionarios o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios.

Es necesario detenerse y poner de manifiesto que, como bien resalta el Dr. Julio Grisolía "las consecuencias jurídicas que se derivan del art. 30 no abarcan cualquier tipo de contratación o subcontratación (cualquiera sea el acto que le dé origen), sino solo aquellas referidas a trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito" **(1)**.

Esta doctrina prevista por el art. 30 de la LCT ha sido debidamente adoptada por el fallo plenario 309 dictado en autos "Ramírez María Isadora c. Russo Comunicaciones e Insumos SA y otros s/ despido", en fecha 3 de febrero de 2006, donde se convalidó la posibilidad de aplicar el art. 705 del Cód. Civil velezano —normas insertas hoy en los arts. 833 y 844 del Cód. Civ. y Com.— a la responsabilidad del art. 30, LCT.

En suma, esta obligación es una suerte de garantía que se le otorga al trabajador y al sistema de la seguridad social del cumplimiento de las obligaciones que los empleadores asumen **(2)**.

Ahora bien, es cuantiosa la jurisprudencia que admite la posibilidad de extender responsabilidad por esta causal, por ejemplo, la sala V de la CNTrab. ha sostenido: "[H]ay solidaridad entre el supermercado y la empresa que le presta servicios de vigilancia frente a las obligaciones que esta última tiene respecto de sus trabajadores con motivo de la prestación de servicios. En estos casos la LCT no solo se propone proteger al dependiente en cuanto a su empleador nominal, sino también frente a quien recibe en forma directa los frutos atribuibles al servicio personal" (CNTrab., sala V, 28/02/1978, DT 1978-779).

En este mismo sentido sostuvo nuestro máximo tribunal: "Las figuras delegadas previstas por el art. 30, LCT son inherentes a la actividad pro-

(1) GRISOLÍA, Julio A., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Estudio, ps. 68 y ss.

(2) SARDEGNA, Miguel Ángel, "Ley de Contrato de Trabajo", Ed. Universidad, ps. 184 y ss.

pia del establecimiento y no al objeto social... Para que nazca la solidaridad es necesario que una empresa contrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista" (CS, 15/04/1993, DTySS 1993-417).

Al mismo tiempo, consideró la sala VI de la CNTrab.: "[S]i bien las tareas de limpieza no hacen a la actividad específica de las empresas aseguradoras, no cabe duda que resultan necesarias para su normal desenvolvimiento, y el hecho de que se haya contratado a otra empresa para que las realice no desobliga a quien se beneficia con ella y hace que pueda cumplir su objetivo en un clima ordenado e higiénico" (CNTrab., sala VI, 08/11/1995, DJ 1996-2-243).

En suma, la posibilidad de extender la responsabilidad en ese sentido por faltas del deber de control es una realidad que ha sido acabadamente analizada, tanto por doctrinarios, como por los organismos judiciales arribando todos ellos al mismo puerto.

Amén de ello, hemos de destacar que el deber que pone en cabeza del contratante el art. 30, LCT, debido a la inexactitud normativa y la doctrina laboral vigente, se torna prácticamente imposible de cumplir, hecho que motiva la presencia de cláusulas de indemnidad en los contratos entre compañías.

III. La operatividad de las cláusulas de indemnidad y el conflicto derivado de su colisión con el deber de control. La importancia del derecho de los contratos y las cláusulas contractuales abusivas

Ahora bien, retomando la temática que atañe al derecho de los contratos, es necesario detenerse y preguntarse ¿hasta dónde tienen alcance las cláusulas de indemnidad laboral?

Si bien es sabido que frente a un reclamo total y completamente infundado efectuado por un trabajador hostil del prestador al contratante es óbice para hacer valer las cláusulas de indemnidad contractuales, no puede, ni debe olvidarse las circunstancias en las cuales la condena al contratante proviene de un proceso donde él ha incumplido con el deber de control previsto por el art. 30, LCT.

Cuando el contratante ha incumplido palmariamente con las previsiones del art. 30, el incumplimiento que pudiera ser atribuible al prestador no es su exclusiva responsabilidad, sino que, muy por el contrario, recae sobre ambos hombros.

Las cláusulas de indemnidad laborales han de brindar seguridad jurídica a los contratantes que cumplan todas las previsiones y el deber de control establecido por la legislación vigente, quedando exceptuados de esta tutela aquellos que, por negligencia, imprudencia, impericia, o bien, por simple desinterés, decidan "mirar hacia un costado" con respecto a los trabajadores de sus prestadores que cumplan tareas para ellos.

La violación del art. 30, LCT, debería tornar total y completamente abstracta la cláusula de indemnidad toda vez que el reclamo del trabajador de la nómina del prestador no proviene solamente por los incumplimientos de este último, sino que se suscita también de la inobservancia proveniente del contratante.

Ahora bien, hemos de destacar que esta indemnidad pactada en un contrato comercial entre compañías ha de ser inoponible respecto del trabajador, pero no podemos soslayar la incidencia del derecho de los contratos en este punto.

Partiendo del principio general de esta rama de la ciencia del derecho hemos de recordar que lo pactado, obliga —derivado del latinazgo *pacta sunt servanda*— y es este principio el que viene a patear el tablero de todo lo hasta aquí discurrido.

No hay duda alguna de la inoponibilidad de las cláusulas de indemnidad no son oponibles a los trabajadores, habilitando este pacto al contratante a ejercer la acción de repetición respecto de los contratistas pero, ¿qué alcance poseen estas cláusulas?

Cierto es que la operatividad de tales cláusulas es total, siempre y cuando guarden una justa adecuación con la realidad y no recaigan en terrenos que permitan considerarlas abusivas.

No puede, ni debe soslayarse, que la típica situación en la que se encuentran esta clase

de cláusulas es en contrataciones entre pymes —que ocupan el lugar de contratistas— y empresas de gran envergadura —aquellas que requieren la subcontratación de servicios que forman parte del giro normal y habitual de su compañía—, y por lo tanto, esta clase de pactos partes de una fuerza negocial total y completamente dispar que genera un terreno propicio para la presentación de cláusulas cuya operatividad debe ser puesta en tela de duda.

Cierto es que en caso de que se presente una cláusula que garantice la indemnidad del contratante, la contratista, empleadora del trabajador en crisis, deberá garantizar mantener incólumne a la otra parte del contrato, más no deberá ceder en cláusulas que violenten claramente el espíritu de la contratación.

La presencia de cláusulas abusivas frente a pactos de esta naturaleza deberá ser advertidas oportunamente por el juez competente, y deberán ser declaradas nulas por su mero carácter abusivo.

Esta doctrina de la abusividad de ciertas cláusulas contractuales es copiosa y ha sido receptada sin más rodeos por la doctrina y jurisprudencia especializada, a la cual nos remitimos sin hacer mención en honor a la brevedad del presente artículo.

IV. Consideraciones finales

En síntesis, no existe duda alguna que el deber de control existe y funciona como un salvavidas para los créditos laborales y para el cumplimiento de las obligaciones patronales para con los organismos de la seguridad social.

Cierto es que las cláusulas de indemnidad se presentan en los instrumentos de diferentes índoles para brindar un mayor grado de seguridad jurídica a las partes, tendiendo a garantizar el cumplimiento de las obligaciones patronales, pero estas implican una simple relación entre compañías que no resulta oponible a los trabajadores cuyos créditos han de ser satisfechos.

Resulta claro que el contratante que no cumpla con su deber de control habrá de ser condenado sin más dilaciones por su carácter solidario que impone la norma, más la cláusula de indemnidad dejará una cierta protección y posibilidad de repetir en contra del contratista que resultaba ser titular de la relación laboral.

Más la relación contractual no deberá permitir la presencia de cláusulas abusivas que alteren el espíritu del contrato toda vez que estas derivaran en su clara nulidad.

Queremos agradecer al Dr. Manuel Pablo Díez Selva quien con sus invaluables aportes ha hecho posible la conclusión de este trabajo investigativo.

La flexibilidad en la extinción de las relaciones laborales: una reforma con nuevas propuestas y viejas recetas

Matías Severo (*)

"Recorrimos pues todo ese camino tan solo para volver a nuestro punto de partida...
La crisis al volver a cero los contadores de la historia..."

J. Donzelot, "La Invención de lo Social" (**)

Nuestro país no fue ajeno a la corriente flexibilizadora que se instaló en Europa y en América Latina, profundizándose en la década del 90. En efecto Argentina fue objeto de un agresivo atentado contra instituciones fundamentales que conforman el Derecho del trabajo partiendo de la premisa de sostener que tales instituciones habían creado un rígido marco regulador de las relaciones laborales al que culpaban de la falta de empleo, de incrementar los costos laborales y obstaculizar un mayor desarrollo de los sectores industriales. Se sostenía que una reforma laboral a la baja haría más atractivas las inversiones y permitiría abatir el desempleo. Pasado el tiempo esta tesis no se verificó. Posteriormente, cuando eran otros los climas políticos, la ley 25.877 del año 2004 derogó las leyes 25.250, 17.183, el art. 92 de la ley 24.467 y varios artículos de la ley 25.013, y de esta manera, se volvieron a establecer los principios fundamentales protectorios, tanto a nivel del contrato individual, como en la negociación colectiva.

Pero a veces, parece ser, que lo obvio no es tan obvio y que cuestiones que parecen superadas y debates que se piensan agotados, "vuelven a la carga" al ser reeditados, aunque con nuevos nombres, particularidades, modelos a copiar o incluso distintas fuentes de inspiración. Habría que volver a recordar a Brecht cuando se interrogaba ¿qué tiempos son estos en los que tenemos que defender lo obvio? En el presente artículo, abordaremos una reciente propuesta que se refiere, básicamente, a la extinción de la relación laboral y que, de prosperar, desandaría el largo camino recorrido hasta nuestro días deslaboralizándose los efectos de dicho momento.

Hace unas semanas se conoció una propuesta impulsada en nuestro país por el empresario textil Teddy Karagozian, dueño de la firma TN Platex, consistente el modificar el sistema legal de indemnizaciones laborales por despido tal como hoy lo conocemos mediante la contratación de un seguro de desempleo denominado "Seguro de Garantía de Indemnización" (SGI), abonado por las empresas sobre su nómina salarial y tendiente a garantizar el pago de una indemnización a todo trabajador que pierda su trabajo mediante el cobro de cuotas mensuales. El "Seguro de Garantía de Indemnización" (SGI) conformado por el aporte de las empresas sería administrado por la ANSeS, la Superintendencia de Seguros y una Entidad de Control a designar. De este modo la protección del trabajador despedido dejaría de ser una cuestión del ámbito del derecho del trabajo y pasaría a serlo de la órbita del derecho de la seguridad social

(*)Abogado (UNR). Abogado Especialista en Derecho del Trabajo (UNR).

(**) DONZELOT, Jacques, "La Invención De Lo Social", Ed. Nueva Visión, 2007, p. 129.

y de las políticas sociales del Estado. El seguro se agotaría cuando se cumplieran los meses correspondientes a los años trabajados por la persona desvinculada y en caso de contratación por parte de otra empresa el trabajador conservaría su antigüedad la que llevaría consigo a su nuevo trabajo. En la "mochila" la antigüedad sería un activo que acompaña al trabajador toda su vida laboral.

El sistema fue tomado del modelo austríaco. La denominada "mochila austríaca" opera en ese país desde el año 2003, con realidades económicas, salariales y de empleo muy distintas a la argentina. Por su lado, argumentan sus impulsores que la propuesta favorecería a reducir el conflicto laboral, aumentaría la productividad de las empresas (las que evitarían el pago de indemnizaciones y abogados) y mejoraría los derechos de los trabajadores.

En realidad la propuesta de un seguro de desempleo fue pensada con una única finalidad: "[L]a de bajar los costos que implican los despidos, específicamente los despidos sin causa", incluso a riesgo de castigar a las empresas que no despiden quienes se verían obligadas a abonar el pago de las primas, generando mayores despidos; se eliminaría el efecto disuasivo de la indemnización facilitando los despidos, los que serían más fáciles y más baratos. El argumento de bajar los "costos laborales" por indemnización para mejorar la salud de las empresas es absolutamente falso, fue el mismo argumento utilizado por los sectores empresarios cuando en su momento aparecieron la Ley de Jornada de Trabajo, el aguinaldo, las vacaciones pagas, el derecho a huelga, etcétera; todo, decían, llevaría a las empresas a la quiebra y a descalabros financieros, por el contrario, el único objetivo era atentar contra los derechos de quienes trabajaban.

Muy por el contrario, a las ventajas que los propulsores de este sistema destacan, el nuevo proyecto implicaría un profundo cambio al sistema de protección contra el despido arbitrario, una consecuente reducción de los derechos de los trabajadores y una mayor precarización de las condiciones de trabajo.

La implementación de un sistema de seguro de desempleo se apartaría del texto constitucional, específicamente del art. 14 bis y del mandato de la ley suprema de protección contra el despido arbitrario, resultando violatorio de los principios protectorio, estabilidad, indemnidad y progresividad, desnaturalizándose todo el sistema de protección.

La idea del SGI (de la que nadie conoce el texto del proyecto y que parecería quedar en la mera instalación mediática) no resulta original, en el año 2017 en un proyecto de 145 artículos, el entonces, gobierno nacional intentó modificar aspectos sustanciales de la Ley de Contrato de Trabajo con la implementación de un modelo similar con un Fondo de Garantía comparable al que reciben los trabajadores de la construcción, el que implicaba modificar el sistema de reparación tarifado del despido **(1)**. Podrá discutirse técnicamente su naturaleza jurídica, si el SGI es un "fondo de desempleo" o un "seguro individual", del mismo modo que doctrinariamente se discute la naturaleza jurídica del "fondo de cese laboral" de la ley 22.250 que regula el régimen específico de los trabajadores de la construcción en donde también existen posiciones encontradas, pero lo cierto, amén de los tecnicismos, es que el SGI forma un capital de donde saldría la indemnización en cuotas a abonarse al trabajador.

El proyecto "mochila argentina" refiere al trabajador "que pierde de su trabajo", es decir, se aplicaría sin distinguir si el despido con causa o sin causa, e incluso estarían comprendidos los supuestos de que la decisión sea unilateral del trabajador (renuncia).

Debemos señalar, por otro lado, que el nuevo sistema está pensado bajo un esquema de trabajo registrado, por lo que quedarían excluidos obviamente aquellos trabajadores que se des-

(1) El gobierno argentino de aquel entonces pretendía avanzar con una reforma laboral en consonancia como lo había hecho Brasil. La reforma impulsada por Temer en el país vecino tuvo una fuerte oposición de los sectores gremiales y aun así el gobierno logró su aprobación. Vale recordar lo manifestado categóricamente por Maicon Michel, secretario de Relaciones Internacionales de la Central Única dos Trabalhadores, sobre los cambios allí introducidos: "La reforma laboral implica un retroceso de más de 70 años en los derechos de los trabajadores brasileños", Diario Página 12, "La reforma laboral que inspira a Macri", Javier Lewkowicz, 24/07/2017.

empeñan sin registración a quienes continuaría aplicándoseles el actual régimen de la Ley de Contrato de Trabajo más las multas por la falta de registración laboral (tal como es el sistema actual). Convivirían dos sistemas indemnizatorios distintos: uno mediante el SGI para los trabajadores registrado y otro para los trabajadores en negro mediante la aplicación de la actual ley laboral. Quedarían varios temas por resolver como por ejemplo cuál de los sistemas sería aplicable a los supuestos de trabajadores registrados deficientemente o cómo jugarían las responsabilidades patronales para los supuestos de falta de integración de las primas o los casos de tercerización de las relaciones laborales.

El sistema vigente en nuestro país, que tiene una tradición jurídica de décadas, fue concebido para sancionar y reprimir la posibilidad de que los empleadores pongan arbitrariamente fin al contrato de trabajo, procurando garantizar a quienes trabajan el derecho a una reparación por la pérdida de su trabajo. Es decir, la indemnización que establece la ley tiene una doble finalidad: por un lado reparadora, al resarcir los daños que origina el despido sin causa y por otro lado disuasiva, para desalentar y sancionar a los empleadores que ponen fin al contrato de trabajo de modo arbitrario. Existe toda una "tradición jurídica nacional" del instituto del despido laboral y una evolución y construcción jurisprudencial y autoral enorme en dicho sentido. En el diseño tradicional de protección contra el despido arbitrario, por regla general, el despido sin causa trae aparejado el derecho al cobro de una indemnización (llamada por el propio texto legal "indemnización por antigüedad o por despido"), que como es sabido se encuentra regulada en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La "mochila" posibilitaría el paso a un sistema que funcionaría otorgando plena "libertad" (léase, "discrecionalidad" o "impunidad") a los empresarios para despedir. Incluso la extinción del contrato de trabajo por despido sin causa podría operar funcionalmente como un mecanismo patronal de represalias frente al ejercicio de determinados derechos de los trabajadores o reclamos dirigidos a ellos, como serían reclamar el pago de remuneraciones o demás rubros laborales, tomar parte en alguna medida de fuerza, exigir el derecho a condiciones dignas y equitativas de trabajo, al descanso y vacaciones pagas, afiliarse a una organización sindical, etcétera. Todo lo cual posibilitaría que los derechos de los trabajadores queden limitados por temor a ser ejercidos y tener como respuesta el despido. ¿Cómo se cumpliría con el mandato constitucional de asegurar al trabajador protección contra el despido arbitrario? Cabe recordar que el derecho del trabajo nació del cuestionamiento del paradigma liberal de la igualdad para contratar y en efecto parte de la asimetría de las partes contratantes **(2)**. Ese desequilibrio de poderes se ha traducido en el concepto de hiposuficiencia. Tradicionalmente dicho concepto estaba asociado a la denominada "hiposuficiencia negocial" que se da al inicio de una relación laboral y durante la vigencia de esta; pero también aplica a la "hiposuficiencia reclamacional" donde resulta innegable que durante la duración de la relación laboral es casi inexistente cualquier reclamo que pudiera esbozar el trabajador dependiente donde por temor a perder su fuente de trabajo calla y consiente situaciones que le resultan plenamente desfavorables. El contrato de trabajo se da en un marco de subordinación, es una relación de poder y el derecho del trabajo nació justamente para poder un "límite a ese poder" patronal. Si al empleador "nada le costara despedir" porque la solución a la indemnización por despido sería sustituida por un fondo de garantía (despedir sería más fácil y no traería aparejado ningún costo adicional, ni sanción económica) ese "límite al poder" patronal (que es la esencia del derecho del trabajo) se desvanecería. Se convertiría en realidad aquella profecía sobre la cual alguna ver se interrogó Eduardo Galeano si los derechos de los trabajadores terminarían siendo un tema para arqueólogos. La "mochila" no protege a quienes trabajan, sino que por el contrario, los coloca en una situación de absoluto desamparo librado a los caprichos del empleador.

(2) De hecho, vale recordar el texto original de la ley 20.744 que en art. 19 expresamente disponía: "[L]as desigualdades que crea esta ley a favor de una de las partes, solo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación". La ley 26.592 (BO 21/05/2010) recuperó el viejo art. 19 en el actual art. 17 bis volviendo a dejar en claro el marcado matiz protectorio que la legislación laboral otorga al trabajador.

El despido, desde dicha óptica, dejaría de ser un acto de voluntad del empleador susceptible de ser juzgado en función de su razonabilidad y justificación para convertirse en un "hecho económico y de gestión empresarial", dejaría de poder ser calificado como "injustificado" o "arbitrario" dado que tales conceptos conducen a efectuar un juicio de valor sobre la decisión extintiva del empleador. El despido sería un "acto neutro" equiparable al de reemplazar una maquinaria obsoleta por una de nueva tecnología.

Decíamos que el SGI forma un capital de donde saldría la indemnización en cuotas a abonarse al trabajador, este es otro de los puntos a analizar. El pago cuotificado de las indemnizaciones parecía también un tema olvidado. En cuanto a esta cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en el fallo "Milone" **(3)** del 26/10/2004 donde cuestionó la constitucionalidad de indemnizaciones abonadas mediante "rentas periódicas" para accidentes y enfermedades profesionales, con argumentos que pueden extenderse a este caso.

No debemos soslayar además, el escenario actual de emergencia sanitaria y laboral, que nos obliga a garantizar una mayor estabilidad. Más allá de la doble finalidad del sistema legal del despido —reparadora y disuasiva— se da otra particularidad que es la protección al trabajador en su "derecho a la permanencia en el trabajo" o sea lo que se protege es su estabilidad relativa. El bien jurídico protegido es la permanencia y la vocación de continuidad, todo contra lo cual colisiona la propuesta del SGI.

Hoy el mundo del trabajo está discutiendo otras cuestiones, como la reducción de la jornada de trabajo sin baja salarial, los debates sobre la implementación de nuevas tecnologías que hacen necesaria una regulación a las economías de plataformas las cuales día a día destronan a la economía clásica. Debemos —así como en el 2017— estar atentos a este tipo de propuestas regresivas que pretenden resurgir un debate que debería estar superado y que ignoran que cuando se trata de derechos laborales la progresividad debe ser el criterio **(4)**.

Siempre es bueno tener a mano este párrafo de lo que alguna vez dijo "aquella Corte Suprema de Justicia de la Nación de la 'primavera' del 2004": "... resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos, los cuales solo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquel y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad. Es perentorio insistir, ante la prédica señalada, que el trabajo humano "no constituye una mercancía" **(5)**.

(3) CS, "Milone, Juan A. c. Asociart SA s/ accidente", 26/10/2004, Fallos 327:4607.

(4) "Este principio funciona como una válvula dentro del sistema, que impide retroceder, desactivando los derechos y las garantías sociales ya alcanzados". CORNAGLIA, Ricardo, "El principio de progresividad como protección de la propiedad social y la indemnidad del trabajador", en L. E. RAMÍREZ (coord.), Derecho del Trabajo. Hacia una Carta Sociolaboral Latinoamericana, Ed. B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2011, p. 227.

(5) CS, "Vizzoti, Carlos A. c. Amsa SA s/ despido", 14/09/2004, Fallos: 327:3677.

Responsabilidad de administradores de personas jurídicas en materia laboral

Pedro Sánchez Herrero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Empleo mal registrado.— III. Administrador de hecho.— IV. Inoponibilidad de la personalidad jurídica.— V. Accidentes y enfermedades profesionales.— VI. Insolvencia y cese de funcionamiento.

I. Introducción

Es usual que los administradores de personas jurídicas (en particular, de sociedades) sean demandados en causas judiciales laborales. Las razones pueden ser muchas, pero creo que hay dos fundamentales. La primera, por la eficacia del reclamo: muchas personas jurídicas carecen de bienes ejecutables y las posibilidades de obtener una reparación acrecen si son dirigidas contra el patrimonio de la persona humana que la dirige. La segunda es jurídica: los administradores son los responsables de todo lo vinculado con las relaciones laborales, por lo que los conflictos de los empleados con la persona jurídica pueden tener como causa un incumplimiento de sus deberes.

Respecto de esto último, está claro que el administrador no es, en principio, responsable por los incumplimientos de la persona jurídica en la relación laboral. Lo será cuando incurra en un incumplimiento de sus deberes (conforme con los arts. 159 y 160 del Cód. Civ. y Com. y 59 de la ley 19.550, por citar las normas más relevantes en este sentido). Para ello, el empleado deberá acreditar este comportamiento indebido, en el marco de la prueba de los cuatro requisitos de la responsabilidad civil.

Es difícil plantear tendencias o sacar conclusiones sobre este fenómeno de la responsabilidad de los administradores por las relaciones laborales. Hay ejemplos de todo tipo y realidades muy diferentes en cada jurisdicción (sobre muchas de las cuales apenas tengo noticias por algunos fallos). Por un lado, los índices de registro indebido de las relaciones laborales permiten comprender por qué es tan habitual que sean demandados. Por otro, hay una cierta automaticidad en involucrar a los administradores en las demandas, sea para *presionar* por un acuerdo rápido, sea para tratar de asegurar la eficacia de la eventual sentencia. Por supuesto, facilitada por la *gratuidad* del proceso laboral (beneficio de los empleados que es razonable, claro está).

En este contexto complejo es recomendable un análisis riguroso de la responsabilidad del administrador en cada caso. Me refiero, en primer lugar, a la evaluación del cumplimiento de sus deberes. Es indudable que los administradores de sociedades tienen severas obligaciones en este aspecto, por cuanto están sujetos al estándar del diligente buen hombre de negocios (art. 59 de la ley 19.550). Esto de ninguna forma libera a los administradores de otras personas jurídicas, que deben obrar con diligencia, más allá que no sea la de un buen hombre de negocios (art. 159 del Cód. Civ. y Com.). Puede que esa distinción haga la diferencia en supuestos puntuales en esta materia, aunque no en la mayoría, dada la relativa facilidad de entender

(*) Profesor en materia de personas jurídicas (Universidad Nacional de Rosario y Universidad Austral). Magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral).

y cumplir con las obligaciones para con los empleados (por ejemplo, no hace falta ser un buen hombre de negocios para comprender que la persona jurídica tiene que registrar correctamente al empleado o que debe contratarle un seguro de accidentes de trabajo).

La rigurosidad que menciono también hay que aplicarla para distinguir aquello que atañe exclusivamente a la relación laboral entre la persona jurídica empleadora y el empleado, de lo obrado indebidamente por el administrador. En pocas palabras, este no es responsable por todo lo malo que le suceda al empleado. Siempre hay que analizar la conducta del administrador conforme con todos los requisitos de la responsabilidad civil. Así, por ejemplo, la magnitud de la persona jurídica puede indicar que su administrador no fue el culpable de un error en el registro de la relación laboral. O puede suceder que sus errores tengan relación con alguno de los daños reclamados por el empleado y no con todos los solicitados en la demanda. O que la persona jurídica alegue una causa de despido que luego no puede probar, pero que esto no implique responsabilidad civil del administrador **(1)**. Y así con otras situaciones.

La variedad de supuestos de responsabilidad del administrador para con los empleados es muy amplia. A continuación, voy a profundizar en algunas cuestiones o situaciones que suelen ser objeto de causas judiciales.

II. Empleo mal registrado

II.1. Noción

En la expresión "empleo mal registrado" incluyo al que no está registrado ante la autoridad estatal como al que lo está, pero en forma defectuosa (por ejemplo, porque constan de jornadas o remuneraciones menores a las reales).

Entiendo que las demandas por esa causa son la fuente más habitual de responsabilidad civil de los administradores de personas jurídicas (aunque no cuento con una estadística que lo corrobore). También, las que con mayor frecuencia son admitidas (lo que colabora a explicar lo primero, naturalmente). De ser por su importancia cuantitativa, el tema debería tener un extenso tratamiento. Sin embargo, la cuestión es relativamente simple. Hay consenso en que los defectos en la inscripción del empleo implican un incumplimiento de los deberes de los administradores de personas jurídicas. Por consiguiente, probados esos defectos, estos deberán responder. Partiendo de esta base, analizo a continuación, algunos aspectos de esta responsabilidad.

II.2. Conducta antijurídica

Para que un administrador responda por empleo mal registrado, debe haber efectivamente una falta a sus deberes. En términos de los requisitos de la responsabilidad civil, una conducta antijurídica.

Indudablemente, lo vinculado con las relaciones laborales es una materia típica de la función de administración del ente. Esto no implica que la conducta del órgano sea reprochable toda vez que el empleo está mal registrado. Así sucede en personas jurídicas de considerable magnitud, donde es factible y razonable que el órgano de administración haya delegado la tarea en empleados jerárquicos. Pensemos, por ejemplo, en una empresa con múltiples establecimientos. Si un empleado de uno de estos está mal registrado, es probable que no podamos imputar al administrador ese incumplimiento, dado que no estaba en su *esfera* de obligaciones. La prueba en este sentido es determinante, por supuesto **(2)**.

(1) En este sentido, en un caso de nuestra jurisprudencia, una empleada fue despedida con causa. Demandó a la sociedad empleadora y a sus administradores. En primera instancia, todos estos fueron condenados porque la causa de despido no pudo ser probada. Sin embargo, en segunda instancia, la sentencia fue revocada respecto de los administradores. El Tribunal concluyó que la sola razón de no poder probar la causa del despido no es suficiente para hacerlos responsables (CNTrab., sala V, "Serna, Hilda I. c. Emesec SA y otros", 30/06/2010, LALEYLALEYAR/JUR/32595/2010).

(2) Al respecto, en un caso de nuestra jurisprudencia, una empleada demandó a la sociedad empleadora y a otros sujetos por las consecuencias dañosas de su relación laboral mal registrada. Entre los demandados estaba el presidente del directorio. El Tribunal no admitió la pretensión contra este. Si bien entendía que el empleo mal registrado podía hacer responsable a un administrador conforme con los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, la

Sin perjuicio de lo anterior, aunque las funciones referidas al registro de la relación laboral hayan sido delegadas, el órgano de administración tiene deberes de vigilancia sobre esos empleados jerárquicos a cargo del tema. Esto puede ser relevante cuando la práctica de inscribir indebidamente es generalizada, lo que evidenciaría una omisión en el cumplimiento de los deberes del administrador. Incluso, cabe presumir que, en tal supuesto, no es solo una inconducta por omisión, sino que lo que hay es una *política* de la empresa en tal sentido, que solo puede haber sido establecida por el órgano de administración. No figurará en las actas del órgano de administración, claro está, pero es razonable deducirlo o presumirlo en tal supuesto.

II.3. Atribución orgánica de las relaciones laborales

El estatuto puede organizar el funcionamiento del órgano de administración de modo tal de atribuir solo a alguno de sus integrantes lo vinculado con las relaciones laborales. Así, por ejemplo, cuando la gerencia de una sociedad de responsabilidad limitada es plural, el contrato puede establecer las funciones que a cada gerente compete en la administración (art. 157, párr. 2º, de la ley 19.550). Asimismo, los directores de una sociedad anónima son responsables solidarios por lo obrado por el órgano. Sin embargo, la imputación de responsabilidad se hará *atendiendo* a la actuación individual si se asignaron funciones en forma personal y esto es inscripto en el Registro Público (art. 274, párr. 2º, de la ley 19.550).

La verificación de esta distribución de tareas puede eximir de responsabilidad a los administradores. No obstante, insisto con que hay que evaluar cada caso en particular. La prueba del expediente puede indicar que otro administrador sí tuvo injerencia en la materia, o que es bastante obvio que era una *política* implementada y tolerada por el órgano, que, de haber actuado como era debido, podrían haberse evitado sus resultados dañosos.

II.4. Daño y relación de causalidad

Es reiterativo, pero remarco la cuestión de la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño. La relación laboral es compleja. Son muchas las obligaciones del empleador para con el empleado. En ocasiones, parece establecerse un vínculo automático y directo entre el defecto en la inscripción del empleo y todos los perjuicios que sufrió un empleado por la relación laboral. Por supuesto, esto no es así.

Por ejemplo, en las demandas laborales de este tipo es usual reclamar las indemnizaciones por el registro indebido y los haberes no percibidos (entre otras pretensiones). Y dirigir todo el reclamo, tanto contra la sociedad, como contra el administrador. Sin embargo, los haberes no tienen relación con el incumplimiento en el registro. Entonces, en su caso, el administrador puede responder por los efectos de no haber registrado correctamente la relación laboral, pero no por la falta de pago de salarios **(3)**, obligación imputable a la sociedad empleadora.

En definitiva, si la razón por la que un administrador es civilmente responsable es el incumplimiento de sus deberes en cuanto al registro de la relación laboral, solo debe resarcir el daño que tenga un adecuado nexo de causalidad con ese incumplimiento. Así sucede con las sumas indemnizatorias que ordenan pagar las leyes cuyo objeto es el empleo mal registrado (por ejemplo, las leyes 24.013 y 25.323). Tam-

imputación de responsabilidad debía hacerse en función de su participación personal en la clandestinidad de la relación laboral. El Tribunal concluyó que no hubo pruebas en este sentido ¿así, por ejemplo, ninguno de los testigos dijo haberlo visto en la oficina a la que concurrían o interviniendo en actos de administración¿ (CNTrab., sala I, "Haim, Vivian c. Marsans Internacional Argentina SA y otro s/ despido", 20/12/2013, LALEYLALEYAR/JUR/100762/2013). En cambio, en otra causa judicial fue admitida la demanda por empleo mal registrado contra el director de la sociedad. Allí no hubo prueba de que la envergadura de la empresa hiciese probable que el administrador desconociese los detalles de los contratos de trabajo, aunque fuesen numerosos. El Tribunal señaló que esto podría suceder en alguna sucursal o filial lejana a la sede central o en algún sector de la planta fabril alejada del lugar de asiento de los cargos directivos. Por el contrario, en el caso varios testigos dijeron que conocían al director imputado y lo consideraban el jefe (CNTrab., sala V, "Galvani, Mariana C. c. OPSM Investigación Social Consultoría y Servicios SA y otro", 29/06/2007, LALEYAR/JUR/4193/2007).

(3) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad de los administradores societarios", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 235.

bién, la indemnización por despido indirecto o sin causa cuando el empleado intimó a la *regularización* de la relación laboral (art. 15 de la ley 24.013).

II.5. Error excusable

Es elemental para cualquier administrador registrar adecuadamente las relaciones laborales. Lo que quizá no sea tan obvio es si hay relación laboral, por diversas circunstancias. Ante un conflicto, una sentencia judicial lo definirá. Si la había, la persona jurídica, en tanto empleadora, deberá responder frente al empleado. No obstante, si es un supuesto realmente dudoso, no podríamos establecer con certeza que hubo una falta del administrador. Por consiguiente, no habría responsabilidad de este por las consecuencias del mal registro de la relación laboral **(4)**.

Entre otras circunstancias, esto puede suceder cuando son servicios prestados por profesionales con títulos habilitantes ¿tales como abogados y contadores¿. Las circunstancias concretas pueden dificultar discernir si el servicio es prestado como un sujeto *autónomo* o dependiente (por ejemplo, porque el profesional tiene su propia oficina y otros clientes). Asimismo, la duda puede no ser la naturaleza del vínculo en sí, sino algún aspecto de esta (por ejemplo, la categoría que corresponde en el convenio colectivo) **(5)**.

Con todo, en principio, no es excusable que un administrador diligente no comprenda la naturaleza del vínculo con el prestador de servicios o los pormenores del registro de la relación laboral. Solo por excepción, y comprobadas las circunstancias que hacen comprensible la duda, el administrador puede quedar eximido de responder.

II.6. Intimación a los administradores

Para responsabilizar a los administradores de personas jurídicas, no es requisito de procedencia cursar notificaciones personales previas a la demanda **(6)**. El fundamento no es la solidaridad de la responsabilidad. La referencia a la solidaridad en la responsabilidad de los administradores (arts. 160 del Cód. Civ. y Com. y 59 de la ley 19.550) no está relacionada con responsabilidad de la persona jurídica que administra (la empleadora, para el caso). Alude al supuesto en el que participa más de un administrador en el hecho dañoso. Por consiguiente, la intimación a la persona jurídica no suple la eventual necesidad de intimar al administrador. La razón para no tener que intimarlo es que la responsabilidad frente a los empleados es extraobligacional. Desde el momento en el que se produce el daño comenzará —por tratarse de una obligación pura y simple— la mora del deudor, sin necesidad de interpelación **(7)**. Mucho

(4) En tal sentido, en un caso de nuestra jurisprudencia una persona demandó a una sociedad de responsabilidad limitada y a su gerente por un empleo no registrado. El Tribunal admitió la demanda contra la sociedad, pero no contra el gerente. Así lo resolvió respecto de este porque entendió que no era un contrato de trabajo con todas las "notas típicas". El servicio que prestaba el empleado era el de "vender" publicidad para la sociedad. Para ello, actuaba permanentemente fuera del establecimiento de la empleadora, sin horarios fijos y percibía comisiones según las operaciones concluidas. Entonces, si "la dependencia no se presenta de manera contundente o enérgica, sino que por algunas circunstancias, se la advierte de modo menos perceptible", no hay una conducta contraria al estándar del diligente buen hombre de negocios del art. 59 de la ley 19.550 al no inscribirla (STJ Santiago del Estero, sala Criminal, Laboral y Minas, "Bagnato, Luis c. Siglo XXI SRL y/u otros s/ comisiones impagas, etc. - casación laboral", 30/11/2012, LALEY AR/JUR/65808/2012).

(5) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 267. Al respecto, en un fallo de nuestra jurisprudencia fue admitida una demanda de un empleado contra su sociedad empleadora por diversos incumplimientos de esta. Uno de ellos fue el indebido registro de la categoría. Sin embargo, fue rechazada la pretensión de responsabilidad del administrador por tal defecto (CNTrab., sala VII, "Elías, Miguel Á. c. La joven maravilla SRL y otro s/ despido", 28/09/2018, en Errepar Online).

(6) Así, en una causa judicial un empleado inició una demanda contra la sociedad empleadora y sus administradores. La demanda fue admitida. Una de las defensas utilizadas por los administradores fue la falta de intimación a ellos antes del inicio de la demanda. Fue rechazada debido a que el acreedor puede exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente o contra cualquiera de ellos. Asimismo, puede exigir la parte que a un solo deudor corresponda y si reclamase el todo contra uno de los deudores y este resultase insolvente puede reclamarlo contra los demás ¿art. 705 del Cód. Civil derogado¿ (CNTrab., sala III, "Colombo, Héctor M. c. Conforguias SA y otros", 29/09/2006, LALEY AR/JUR/7563/2006).

(7) V. Federico A. OSSOLA, en Julio C. RIVERA — Graciela MEDINA (dirs.), Derecho Civil y Comercial. Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, § 404.

más cuando el propio administrador fue quien representó a la persona jurídica en el intercambio epistolar de rigor **(8)**.

II.7. Autonomía de la responsabilidad del administrador

A la hora de demandar por responsabilidad civil al administrador, vale tener presente la autonomía de esa pretensión respecto de la posible acción contra la sociedad. Por supuesto, hay una vinculación evidente: no habría responsabilidad civil si el sujeto no fuese el administrador de una sociedad que registró indebidamente una relación laboral. Sin embargo, el empleado puede dirigir su acción solo contra el administrador. O puede suceder que la inste contra ambos, pero luego extinga la acción contra la persona jurídica. En ambos supuestos, la acción procederá contra el administrador, sin que este pueda aducir una defensa en tal sentido **(9)**.

III. Administrador de hecho

Los empleados están en la *cocina* de la empresa. Pueden no conocer quién administra formalmente la sociedad, pero es habitual que sepan quién lo hace en la práctica. De allí que el laboral sea un ámbito propicio para la aplicación de la figura del administrador de hecho.

El administrador de hecho es un sujeto que cumple la función de administración, pese a no estar formalmente legitimado para hacerlo **(10)**. Como pauta general, lo que sucederá cuando haya un administrador o un representante orgánico de hecho será la aplicación de las mismas normas que se utilizarían de haber sido un administrador o un representante orgánico de derecho.

En primer lugar, entonces, los actos realizados por aquellos se imputarán a la persona jurídica. ¿Qué sucede con la responsabilidad? Los terceros podrán reclamar a la persona jurídica las consecuencias dañosas de lo actuado por sus administradores y representantes orgánicos de hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763 del Cód. Civ. y Com.). Además, pueden dirigir sus acciones contra el administrador o el representante orgánico de hecho por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión (art. 160 del Cód. Civ. y Com.). Con respecto a la persona jurídica y sus miembros, el administrador y el representante orgánico están sujetos a las mismas acciones de responsabilidad que los administradores de derecho. Por consiguiente, el administrador de hecho será responsable por el empleo mal registrado en los mismos términos que si hubiese sido debidamente designado.

Sin ánimo de exhaustividad, voy a reseñar a continuación, algunos fallos de nuestra jurisprudencia referidos a la materia. Las sentencias no siempre desarrollaron la noción del administrador de hecho. Sin embargo, la consecuencia práctica de la resolución fue la propia de aplicar esa figura. Voy a seguir un criterio cronológico y señalaré en el título en pocas palabras las razones en cada causa para establecer por qué el sujeto en cuestión es un administrador de hecho, que es lo específicamente complejo de este tema.

III.1. Fallo "Jumilla" **(11)***(órdenes de trabajo, pago de remuneraciones y representación)*

La sentencia de esta causa judicial confirmó la condena solidaria con la sociedad y directores

(8) V. CNTrab., sala II, "Alderete Fariña, Ceferino T. c. F. G. C. Construcciones SRL y otros s/ ley 22.250", 11/06/2014, LALEY AR/JUR/32042/2014.

(9) Al respecto, en una causa de nuestra jurisprudencia una socia y directora de una sociedad anónima fue condenada a reparar a un empleado que no estaba debidamente registrado. El Tribunal lo fundamentó, esencialmente, en la inoponibilidad de la personalidad jurídica. También por el incumplimiento de los deberes como administradora (arts. 59 y 274 de la ley 19.550). Lo relevante aquí es que la directora argüía que no podía ser responsable porque la parte actora había desistido contra la sociedad. Por accesoriedad, sostenía que no podía ser responsable, sino lo era, la principal. La defensa fue desestimada porque las normas mencionadas no constituyen una "extensión de responsabilidad", sino una responsabilidad directa y solidaria con la sociedad debido al mal uso de la personalidad jurídica o al incumplimiento de los deberes como administradora (CNTrab., sala III, "Pasqualini, Fiorella c. Beautymax SA y otros s/ despido", 31/05/2012, LALEYLALEYAR/JUR/25436/2012).

(10) V. CALCATERRA, Gabriela S., "La responsabilidad civil en los grupos de sociedades", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 212.

(11) CNTrab., sala III, "Jumilla, Julio A. c. Skyplast SA y otros", 18/12/2008, LALEY AR/JUR/24412/2008.

de esta a un director suplente por todos los daños producidos a un empleado indebidamente registrado. Pese a ser suplente, el Tribunal consideró que "actuaba como un verdadero empleador", dado que los testigos (otros empleados) manifestaron que era el "patrón" que les daba órdenes de trabajo y les pagaba la remuneración. También incidió el hecho de que el suplente actuó en sede administrativa por el conflicto laboral en representación de la sociedad. Dados estos hechos, la conclusión fue que el suplente participó en forma activa en la administración del ente y, por consiguiente, no podía desconocer el indebido registro de la relación laboral.

III.2. Fallo "Peña" **(12)***("ejercicio" del cargo de suplente)*

Este fallo es un tanto desconcertante con respecto a la figura del administrador de hecho. Probablemente lo sea porque la sentencia no expone hechos o pruebas al respecto (aunque tampoco indica que las haya). Con esta salvedad, paso a sintetizarlo. Una empleada inició una demanda contra la sociedad empleadora y dos personas humanas. Una de estas era administradora titular y la otra su suplente. El objeto del reclamo eran diversos rubros debidos en función de un despido fundado en la falta de registro de la relación laboral. La demanda fue admitida contra la sociedad y las dos personas humanas por aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550) y por la responsabilidad por incumplimiento de los deberes como administradores.

Lo que señalo aquí es que la administradora suplente fue responsabilizada porque "[...] se encontraba ejerciendo tales funciones mientras se desarrolló la relación laboral entre las partes". Incluso, sostiene lo siguiente: "Deseo destacar además, que en el caso de examen no cabe la menor diferenciación entre director titular o suplente, dado que al encontrarse en ejercicio de sus funciones (por más que fuera en su calidad de suplente) la Sra. Del Valle Rossitto no podía desconocer la actitud fraudulenta con la que obraba la empresa" **(13)**. Como dije, la sentencia no explica qué pruebas fueron producidas. De su texto solo surge que lo que *ejercía* la demandada era la suplencia del cargo. La expresión es un contrasentido, por supuesto, porque está claro que los suplentes no ejercen el cargo de administradores. Y del fallo no surge que fuese una administradora de hecho. Como sea, el Tribunal dejó sin efecto la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva de la suplente y la condenó solidariamente.

III.3. Fallo "Dolgay" **(14)***(manejo de la empresa y directivas al personal)*

Esta es otra causa judicial por un empleo indebidamente registrado. Fueron condenados solidariamente a resarcir todo el perjuicio tanto la sociedad como un accionista. Este no era director de la sociedad. Sin embargo, los testigos relataron su activa participación en el manejo de la empresa y su personal. Además, lo identificaron como un "responsable" y que era "quien impartía las directivas". En virtud de esto, fue considerado civilmente responsable conforme con lo previsto en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

III.4. Fallo "R. A. F." **(15)***(participación activa, recibos y tratativas conciliatorias)*

Esta causa judicial tuvo como objeto los daños producidos a un empleado por estar indebidamente registrado. Tanto la sociedad de responsabilidad limitada empleadora, como su gerente fueron condenados solidariamente. También lo fue el gerente suplente, de conformidad con el argumento de la parte actora en el sentido de que mantuvo "una actividad constante en el desarrollo de la sociedad demandada". La prueba de esto fueron dos declaraciones testimoniales que dieron cuenta, entre otros hechos, de que el suplente participaba en la actividad cotidiana de la sociedad, firmaba recibos, recibía instrucciones de un socio mayoritario que vivía en el extranjero y fue quien "se presentó a dar explicaciones cuando no llegaba la plata de Italia

(12) CNTrab., sala VII, "Peña, Graceda E. c. Call Business SA y otros", 30/12/2009, LALEYAR/JUR/63554/2009.

(13) LALEY*Ibidem.*

(14) CNTrab., sala II, "Dolgay Hundewadt, María Valeria c. Vadelux SA y otro s/ despido", 20/03/2013, TR LALEY AR/JUR/12842/2013.

(15) CNTrab., sala VII, "A., S. E. y otros c. RAF L Sudamérica SRL y otros s/ despido", 31/03/2014, TR LALEY AR/JUR/14191/2014.

para pagar los sueldos, pidiéndoles que tuvieran un poco de paciencia".

III.5. Fallo "Cousirat" **(16)***(participación activa, instrucciones y recibos)*

En este fallo de nuestra jurisprudencia, un empleado demandó a la sociedad empleadora por el indebido registro de la relación laboral. Dirigió sus pretensiones también contra un socio y director suplente. Este fue condenado porque el Tribunal consideró acreditado que no era simplemente un socio de la sociedad, sino que tuvo una "actitud activa de gestión en la empresa". A tal efecto, tuvo en cuenta que los testigos señalaron que el demandado daba órdenes e instrucciones, "estaba siempre" en el establecimiento y firmaba recibos. Aunque no se utilizó la expresión "director de hecho" o una análoga, el Tribunal entendió que la conducta del socio y director suplente era contraria a la diligencia de un buen hombre de negocios, conforme con lo establecido en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

III.6. Fallo "Taborda" **(17)***(socia mayoritaria con poder general)*

Por último, reseño otro fallo laboral por empleo mal registrado. Naturalmente, la empleadora fue condenada por los daños producidos al empleado, pero también lo fue una socia mayoritaria. La sentencia no desarrolla ni menciona la figura del administrador de hecho. No obstante, por un lado, puntualiza que la socia tenía una parte sustancial de las participaciones sociales (el 90%). Por otro, que contaba con un poder otorgado por el gerente de la sociedad con amplias facultades de administración y representación. Ambos hechos llevan a la convicción del Tribunal de que no era una "simple cuotapartista", por lo que "no podía desconocer la existencia de la referida irregularidad registral". A partir de esta conclusión, el Tribunal establece su responsabilidad en función de los deberes de la administración y las normas que sancionan su incumplimiento (arts. 59 y 157 de la ley 19.550).

IV. Inoponibilidad de la personalidad jurídica

IV.1. Planteo

La inoponibilidad de la personalidad jurídica es un supuesto de desestimación de esta. Permite imputar los actos de la persona jurídica a los miembros y controlantes, así como hacerlos responsables por los daños causados por esos actos (arts. 144 del Cód. Civ. y Com. y 54, párr. 3º, de la ley 19.550). Por supuesto, esta no es la regla. Los actos de la persona jurídica son imputados a esta y no hay otra responsable que el ente por sus consecuencias dañosas. Sin embargo, dicho en términos sencillos, podremos dirigir acciones contra sus miembros y controlantes si la personalidad jurídica es utilizada en forma ilícita.

La clave de este instituto y de la aplicación de consecuencias tan graves está en definir cuándo hay un uso indebido de la personalidad jurídica que permita dar ese paso. Es difícil establecer pautas precisas para su aplicación. En última instancia, siempre estará sujeto a la discreción de quien juzga el hecho, dada la amplitud y cierta vaguedad de las normas (lo cual, por cierto, es inevitable, atento a la multiplicidad de situaciones a las que aplicaría).

En este marco, el fuero laboral está *plagado* de causas en las que los empleados recurren a la inoponibilidad de la personalidad jurídica ante los incumplimientos de la persona jurídica empleadora. En particular, en los supuestos de registro indebido de la relación laboral. Esta es una práctica ilícita y, por consiguiente, quienes accionan pretenden subsumirla dentro del uso indebido de la personalidad jurídica que permite extender las consecuencias a sus miembros y controlantes.

La cuestión es determinar si la inoponibilidad de la personalidad jurídica puede ser aplicada a los supuestos de mal registro de la relación laboral. Fundamentalmente, porque tiene incidencia (a mi entender) sobre la responsabilidad de los administradores y a esto último es a lo que quiero llegar. Para dar una respuesta a este plan-

(16) CNTrab., sala VI, "Cousirat, Ariel D. c. Kocinarte SA y otros s/ despido", 30/11/2016, TR LALEY AR/JUR/94973/2016.

(17) CNTrab., sala IX, "Taborda, Pablo E. c. Voguee SRL y otro s/ despido", 16/05/2019, TR LALEY AR/JUR/11016/2019.

teo, primero reseñaré algunas causas judiciales significativas. Luego daré mi opinión.

IV.2. Fallos significativos

La lista de fallos de nuestra jurisprudencia que trataron la inoponibilidad de la personalidad jurídica en materia laboral es interminable. Por eso, lo que haré a continuación, es reseñar algunos que usualmente son señalados como fundamentales en la materia.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el fuero laboral irrumpe con fuerza en la década del noventa del siglo pasado. Así, en la causa "Delgadillo", una empleada demandó tanto a la sociedad empleadora como a sus socios por los daños producidos por tener indebidamente registrada la relación laboral. La demanda fue admitida contra los socios en virtud de lo establecido en el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550. El razonamiento fue el siguiente. El "pago en negro" produce los siguientes perjuicios: a) al empleado, por la incidencia del salario en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social; b) al "sector pasivo", por la evasión, y c) a la "comunidad comercial", porque sitúa al empleador en ventaja para competir en el mercado con relación a los empresarios respetuosos de la ley. De acuerdo con el Tribunal, esta práctica ilícita encuadra dentro de lo previsto por la mencionada norma. No porque la actuación de la sociedad tuviese fines extrasocietarios ¿dado que el fin de una sociedad comercial es el lucro¿, sino porque constituía un recurso para violar la ley, el orden público, la buena fe y para frustrar derechos de terceros. En suma, para el Tribunal, "no caben dudas" de la aplicación del art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550 al supuesto juzgado **(18)**.

Poco después, en la causa "Duquelsy", una empleada demandó a la sociedad empleadora y a la presidenta de su directorio por las consecuencias del indebido registro de su relación laboral. La presidenta no era socia (o no fue probado que lo fuera), por lo que el Tribunal no le aplicó el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550. No obstante, en su escueta fundamentación, parece relacionarse con la decisión final. De acuerdo con el Tribunal, el "pago en negro" constituye un ilícito en virtud de lo previsto en aquella norma, conforme con lo establecido en el fallo "Delgadillo". La demandada fue condenada por la infracción a sus obligaciones como administradora. La ilicitud consistía en no haberse opuesto a "dicho actuar societario" (esto es, a que la sociedad tuviese una empleada indebidamente registrada). Conforme con el art. 274 de la ley 19.550, no dejó asentada su protesta, ni dio noticia al síndico, que era el único medio para eximirse de responsabilidad que tenía **(19)**.

Este tipo de fallos dio lugar a un sinnúmero de otras sentencias que hicieron responsables a socios y administradores por el trabajo indebidamente registrado. En particular, el caso "Duquelsy" fue objeto de elogios y seguido por copiosa jurisprudencia **(20)**. Como dije, los fundamentos de este fallo eran escuetos y resoluciones posteriores profundizaron el análisis. Así, en el fallo "Vega", el Tribunal Superior de la Provincia de Catamarca debió resolver un recurso presentado por una empleada de una escuela contra la sentencia que rechazó extender la responsabilidad al socio y director de la sociedad que explotaba el establecimiento. La causa central del conflicto fue el empleo indebidamente registrado y el consecuente despido de la empleada. El Tribunal admitió el recurso y condenó al socio y director. El fundamento esencial para hacerlo estuvo en su responsabilidad como administrador de la persona jurídica, con expresa mención del fallo "Duquelsy". No obstante, rechazó hacerlo responsable por la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550). En este sentido, consideró que el mero incumplimiento de las normas laborales no es suficiente para producir la inoponibilidad de la personalidad jurídica, pero sí puede ser un elemento que, junto con otras circunstancias particulares de cada caso, definan

(18) V. CNTrab., sala III, "Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros", 11/04/1997, TR LALEY 70003761.

(19) V. CNTrab., sala III, "Duquelsy, Silvia c. Fuar SA y otro", 19/02/1998, TR LALEY AR/JUR/1749/1998.

(20) Solo a título de ejemplo, en materia de doctrina, v. NISSEN, Ricardo A., "Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica", TR LALEY AR/DOC/16647/2001; MARTORELL, Ernesto E., "Nuevos estudios societarios - Responsabilidad solidaria de directores y socios de sociedades anónimas por fraude laboral", TR LALEY AR/DOC/20478/2001.

la aplicación de aquel instituto. En definitiva, debe comprobarse una "[...] conducta enderezada a violar la ley cuya finalidad constituye esa violación y no solo cuando esto es un accidente en la actuación de la sociedad" **(21)**.

El *envión* de la aplicación semiautomática de la inoponibilidad de la personalidad jurídica tuvo un freno importante cuando nuestro tribunal supremo dictó sentencia en la causa "Palomeque". La resolución admitió el recurso extraordinario presentado por socios de una sociedad anónima (que también eran sus directores). Estos habían sido condenados solidariamente con la sociedad a resarcir a un empleado que no estaba debidamente registrado en cuanto a su antigüedad y remuneración. El fundamento de esa condena era la inoponibilidad de la personalidad jurídica, conforme con lo previsto por el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550. Los socios fueron eximidos de responsabilidad porque la Corte hizo suyo el dictamen del procurador, que contenía dos argumentos fundamentales: a) no quedó acreditado que la sociedad fuese ficticia o fraudulenta o constituida con el propósito de violar la ley o afectar el orden público, y b) la personalidad diferenciada constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades, configura un régimen especial en tanto herramienta que el orden jurídico provee como "motor de la economía", por lo que la responsabilidad prevista en la norma mencionada es de "orden excepcional" **(22)**.

Poco después, otra sentencia de la Corte (fallo "Tazzoli") rechazó un recurso de un empleado contra una sentencia que desestimó la demanda dirigida al director de dos sociedades. Estas sí fueron condenadas por las consecuencias del empleo indebidamente registrado. No así el mencionado presidente del directorio, con fundamento en que la personalidad jurídica debe ser desestimada cuando hay "circunstancias de gravedad institucional" que permitan presumir fundadamente que esa personalidad fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. De acuerdo con la resolución, la inoponibilidad de la personalidad jurídica debe ser aplicada restrictivamente y solo cuando haya pruebas concluyentes de que la actuación de la sociedad encubre fines extrasocietarios. No sucedió de esta forma en la causa, puesto que no quedó demostrado que las figuras societarias fueran creadas con el fin de violar la ley **(23)**.

Como era previsible, estas resoluciones tuvieron fuerte repercusión. En lo que hace a la jurisprudencia, cito otro fallo significativo que siguió la línea de "Palomeque". Me refiero al fallo "Ávila", de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Trató un recurso de un empleado que demandó a los socios de la sociedad empleadora por las consecuencias dañosas del indebido registro de la relación laboral con fundamento en la inoponibilidad de la personalidad jurídica. La sentencia le había sido adversa y el recurso fue rechazado también. Un fundamento fue la doctrina de la Corte Suprema de la Nación establecida en el citado fallo, en el sentido de inhibir la aplicación indiscriminada de la desestimación de la personalidad jurídica con solo comprobar el registro irregular de los datos relativos al empleo. Para utilizar la desestimación, la sociedad debe ser un mero instrumento para perjudicar a terceros o para violar la ley. En el caso, de acuerdo con el tribunal, la sociedad estaba regularmente constituida y perseguía fines auténticos. Es cierto que en su actividad social cometió actos ilegales, pero no se utilizó la sociedad como un instrumento para la comisión de dichas irregularidades **(24)**.

Ejemplos como este último de ningún modo significan que la tesis de "Palomeque" esté definitivamente asentada. Los fallos de nuestro tribunal superior no son vinculantes para sus inferiores. Por consiguiente, podrán encontrarse resoluciones de toda especie en la materia. Más allá de esta variedad de criterio, para simplificar, entiendo que las dos corrientes esenciales surgen de lo explicado: una que considera que es suficiente con acreditar el indebido registro de la relación laboral para desestimar la personalidad jurídica. La otra sostiene la excepcionali-

(21) V. CJ Catamarca, "Vega, Hortencia c. Moyano, Jorge H. y/u otros", 14/06/2002, TR LALEY AR/JUR/2624/2002.

(22) V. CS, "Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otro", 03/04/2003, TR LALEY AR/JUR/37/2003.

(23) V. CS, "Tazzoli, Jorge A. c. Fibracentro y otros SA", 04/07/2003, TR LALEY AR/JUR/2189/2003.

(24) V. SCBA, "Ávila, Carlos A. c. Benjamín Gurfein SA y otros", 31/08/2005, TR LALEY AR/JUR/3676/2005.

dad de la desestimación y, por consiguiente, la aplica restrictivamente para los supuestos de trabajo mal registrado. Como dije, con múltiples variantes particulares según el caso y la jurisdicción.

En lo que a la Corte Suprema de la Nación respecta, el criterio que siguió luego de aquellos fallos sobre los recursos contra las sentencias condenatorias de socios y administradores por mal registro de la relación laboral fue rechazarlos con la invocación de lo establecido por el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. De acuerdo con el párr. 1º de esta norma,

"[...] La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia".

Este criterio de rechazar sin fundamentos recursos que otrora eran concedidos respecto de fallos condenatorios con base en el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550 es interpretado de dos modos. Para algunos, implica el abandono del rechazo automático de la extensión de responsabilidad a socios y administradores con sustento en esa norma **(25)**. Para otros, los fundamentos reseñados esencialmente en el fallo "Palomeque" subsisten porque no hay ninguno posterior del mismo tribunal que lo contradiga **(26)**.

Para finalizar, cabe mencionar que estos últimos fallos de la Corte Suprema de la Nación tuvieron disidencias en las que, básicamente, se sostuvo el criterio de "Palomeque". Me refiero a que la inoponibilidad de la personalidad jurídica solo puede aplicarse para sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que esta realiza **(27)**. La figura no incluye "[...] los incumplimientos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad" **(28)**. Por consiguiente, la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe usarse en forma restrictiva. En adición, estas disidencias plantean que, incluso, su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad **(29)**.

IV.3. Mi opinión

IV.3.a. Criterio restrictivo o de excepción

Como vimos, hay esencialmente dos formas de aplicar o interpretar la inoponibilidad de la personalidad jurídica en cuanto al empleo mal registrado: una amplia y otra restrictiva. Aunque quizá no sea la terminología más precisa, entiendo que simplifica el análisis de un fenómeno muy variado.

A mi juicio, es equivocado aplicar automáticamente la inoponibilidad de la personalidad jurídica por empleo mal registrado. Este es un acto ilícito en el marco de una relación jurídica entre la persona jurídica y el empleado. Por regla general, todo lo contenido en las relaciones jurídicas de la sociedad favorece o perjudica a esta porque solo a ella le son imputadas las consecuencias de la relación jurídica.

Dicho lo anterior, tampoco debemos caer en el error de uno de los fundamentos del fallo "Palomeque", símbolo de la tesis restrictiva. Como señalé, de la sentencia surge que, para aplicar la inoponibilidad de la personali-

(25) V. FERNÁNDEZ VIÑA, Ignacio, "Algunas cuestiones en materia de responsabilidad individual de administradores de sociedades en la realidad actual de la provincia de Buenos Aires, con algunas consideraciones especiales en materia laboral", LALEY0003/800938; SERRANO ALOU, Sebastián, "La responsabilidad de los administradores de las SA y las SRL por créditos laborales. Una tendencia positiva en materia probatoria", TR LALEY AR/DOC/4745/2010; BANCHERI, Martín J., "El caso Banchieri y algunas de las poderosas armas que guarda el arsenal de los trabajadores", TR LALEY AR/DOC/3069/2011.

(26) V. BOSCH FRAGUEIRO, Fernando A., "Requisitos para la extensión de responsabilidad a socios y administradores societarios ante la falta de registración laboral, en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", TR LALEY AR/DOC/2823/2008.

(27) V. CS, "Bresciani, José F. c. Expreso San Antonio SRL y otros", 26/02/2008, TR LALEY 70049171 (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

(28) V. CS, "Daverede, Ana M. c. Mediconex SA y otros", 29/05/2007, TR LALEY AR/JUR/1519/2007 (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

(29) V. CS, "Ventura, Guillermo S. c. Organización de Remises Universal SRL y otros", 26/02/2008, TR LALEY AR/JUR/305/2008 (del voto en disidencia de los Dres. Fayt y Lorenzetti).

dad jurídica, tendría que acreditarse que la sociedad es ficticia o fraudulenta o constituida con el propósito de violar la ley o afectar el orden público **(30)**. Justamente, un mérito del art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550 (que era la norma que trató el fallo, aunque cabe decir lo mismo del posterior art. 144 del Cód. Civ. y Com.) es la descripción del fenómeno que origina las sanciones. La norma no se limita al acto constitutivo, ni indaga en los orígenes del ente para aplicar las sanciones. Refiere a la "actuación" de la sociedad, fórmula que incluye los actos de los órganos sociales posteriores a dichas etapas. Además, no es necesario que toda la actuación de la sociedad sea un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe. Basta con que lo sea en el caso concreto imputado. La norma no se centra en la persona jurídica, sino en su actuación. Por lo tanto, esta es la que tiene que constituir un mero recurso para obtener el objetivo ilícito. No es relevante que el objetivo prohibido sea el único buscado con la actuación. Lo que importa es que esté presente, aun cuando sea acompañado de propósitos no reproblables **(31)**.

La clave para aplicar una norma tan compleja y amplia está en verificar si la personalidad jurídica es un recurso para cometer el acto ilícito. En el caso, si la sociedad es un medio, instrumento o mecanismo para registrar indebidamente a un empleado **(32)**. Es cierto que la disposición legal no requiere una multiplicidad de actos para proceder. Podría bastar con uno solo. Sin embargo, con aquella premisa, será raro convencer a un Tribunal de que la personalidad jurídica fue un recurso para evitar el registro de la relación laboral sin comprobar una práctica generalizada de la empresa en tal sentido. Con todo, la cuestión debe ser resuelta en cada caso concreto y de acuerdo con las pruebas del expediente.

IV.3.b. Incidencia sobre los administradores

¿Cómo incide lo visto en el punto previo en los administradores de las personas jurídicas? Por un lado, la cuestión parece irrelevante, puesto que hay consenso en que el indebido registro de la relación laboral es un incumplimiento del deber de obrar con diligencia (o con la diligencia de un buen hombre de negocios, para las sociedades). Por consiguiente, los administradores serán responsables por los daños producidos al empleado. O sea, llegaremos a la responsabilidad del administrador por aplicación de los arts. 159 y 160 del Cód. Civ. y Com. o 59 de la ley 19.550, sin necesidad de utilizar la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, de acuerdo con el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550, las consecuencias de la inoponibilidad de la personalidad jurídica recaen sobre los socios y controlantes que hicieron posible la actuación indebida. A ellos les imputaremos esta y serán responsables por los daños generados. Por consiguiente, la literalidad de la norma solo podría tener consecuencias para los administradores si los considerásemos controlantes del ente. Estos no están definidos en la norma, por lo que debemos remitirnos a otras disposiciones aclaratorias. En particular, al art. 33 de la ley 19.550. Como sea, la norma no discrimina y, por lo tanto, aplica a todo tipo de control: interno o externo; directo o indirecto. El art. 144 del Cód. Civ. y Com. precisa en alguna medida la cuestión al determinar como sujeto pasivo al controlante directo o indirecto.

Determinar si el administrador es controlante del ente puede tener consecuencias relevantes. La disposición no es solo una norma sobre responsabilidad, sino también de imputación de la actuación de la sociedad. Son dos consecuencias alternativas. Una cuestión es imputar un acto de la sociedad al socio o controlante. Otra es la responsabilidad de estos por ese accionar. En verdad, todo deber de resarcir se genera por una suerte de imputación legal. Sin embargo, no toda imputación conlleva responsabilidad **(33)**. Así, por ejemplo, si el afectado pretende el cumplimiento de un contrato (por el obligado o por un tercero), no tiene por qué canalizar su pretensión a una de responsabilidad civil. Aunque tiene las dos alternativas, es posible que su inte-

(30) V. CS, "Palomeque, Aldo R. c. Benemeth SA y otro", 03/04/2003, TR LALEY AR/JUR/37/2003.

(31) V. MANÓVIL, Rafael M., "Grupos de sociedades", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1.026.

(32) V. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "La personalidad jurídica en el derecho laboral", TR LALEY 0003/008689.

(33) V. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Presupuestos para la desestimación de la personalidad societaria", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2008-3, p. 154.

rés esté en obtener el cumplimiento en especie de una prestación que le es debida **(34)**. Además, la norma solo se refiere a la responsabilidad civil, pero la imputación es un concepto más amplio, ya que, puede abarcar tanto la civil, como la penal, administrativa e, incluso, falencial.

En suma, mis conclusiones son las siguientes:

a) En materia de empleo mal registrado, el administrador puede ser responsable por el incumplimiento de los deberes generales de conducta, conforme con los alcances que analicé más arriba en este trabajo. En la mayoría de los casos, esto hace irrelevante recurrir a la inoponibilidad de la personalidad jurídica para que el administrador social responda por los daños del empleado por aquella razón.

b) La regla es que los actos ilícitos de la persona jurídica son imputados a esta. Para aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica tendrá que comprobarse su uso como un recurso para realizar la actuación ilícita. Por consiguiente, la sola comprobación de un mal registro de la relación laboral no es suficiente para aplicar aquella norma.

c) Aún si aplicamos la inoponibilidad de la personalidad jurídica (sea con criterio amplio o restrictivo), al administrador solo lo afectará en la medida que pueda ser considerado un controlante del ente.

d) De acuerdo con las circunstancias del hecho, así el administrador no sea considerado un controlante, puede cargar con las consecuencias de la actuación ilícita que da lugar a la inoponibilidad. Lo hará en la medida en que su conducta comisiva u omisiva no sea la adecuada respecto de la actuación ilícita y en función de los deberes generales de conducta. No obstante, en tal supuesto, solo puede ser responsabilizado civilmente. No le podremos imputar la actuación de la sociedad, como a los socios y controlantes. En el supuesto del mal registro de la relación laboral, tal responsabilidad quedará *confundida* con la mencionada en *a*.

(34) V. MANÓVIL, Rafael M., "Grupos...", ob. cit., p. 1020.

Como comentario final, cabe aclarar lo que sigue. Mencioné antes que la Corte Suprema de la Nación rechaza tratar recursos sobre inoponibilidad y responsabilidad por trabajo mal registrado. Lo ha hecho con disidencias que, en esencia, sostienen la tesis restrictiva. Dentro de los fundamentos de esas disidencias encontramos la idea de que la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica requiere de la insolvencia del ente. De otro modo, "[...] ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación" **(35)**. Además de la insolvencia, debe haber prueba del uso abusivo de la personalidad porque "[...] no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresaria" **(36)**.

Estos requisitos de procedencia son sorprendentes. No tienen ningún fundamento legal. Al contrario: las normas que establecen consecuencias como la imputación de la actuación o la responsabilidad lo hacen en forma directa y sin requerir ninguno de esos presupuestos (me refiero a los arts. 54, párr. 3º, y 59 de la ley 19.550, por ejemplo). Ideas como aquellas contradicen la doctrina y jurisprudencia pacífica respecto de la posibilidad de instar acciones simultáneas contra la sociedad y sujetos responsables por actos de esta con fundamento en, por un lado, las normas laborales infringidas por la empleadora y, por otro lado, las disposiciones sobre inoponibilidad y responsabilidad. En definitiva, entiendo que es claro que el empleado no tendrá que probar, ni la insolvencia, ni que esta es fruto de un uso abusivo de la personalidad jurídica como requisito de procedencia de su pretensión por inoponibilidad de la personalidad jurídica o responsabilidad de los administradores.

V. Accidentes y enfermedades profesionales

Como todo empleador, la persona jurídica debe cumplir con el deber de seguridad para

(35) V. CS, "Bresciani, José F. c. Expreso San Antonio SRL y otros", 26/02/2008, TR LALEY 70049171 (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

(36) V. CS, "Daverede, Ana M. c. Mediconex SA y otros", 29/05/2007, TR LALEY AR/JUR/1519/2007 (del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti).

con el empleado. En tal sentido, el art. 75 de la ley 20.744 prevé lo siguiente:

"Deber de seguridad.

"El empleador debe hacer observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y demás normas reglamentarias, y adoptar las medidas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, así como también los derivados de ambientes insalubres o ruidosos.

"Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasiones pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuera exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha autoridad establezca".

La responsabilidad del administrador en este aspecto no sale de las pautas mencionadas. La persona jurídica es la empleadora, por lo que responde por los daños sufridos por los empleados. No obstante, dado que la cuestión está a su cargo, el administrador puede ser responsable si su conducta (comisiva u omisiva) tiene una adecuada relación de causalidad con el accidente o enfermedad.

En este sentido, la mayor fuente de responsabilidad estará en la falta o deficiencia de medidas de seguridad e higiene que generaron el accidente o la enfermedad **(37)**. A tal efecto, habrá que analizar si efectivamente tomar tales medidas estaba a su cargo o si, en cambio, era una tarea delegada. Como vimos en el punto previo respecto del mal registro de la relación laboral, la magnitud de la empresa o la atribución orgánica de la función pueden eximir al administrador de responder. Asimismo, y aun cuando estuviese delegada, habrá que evaluar hasta qué punto puede ser considerada un incumplimiento al deber de vigilancia o si es una *política* de la administración, si las faltas son generalizadas. En tales supuestos, puede ser civilmente responsable.

Otra posible fuente de responsabilidad es que el administrador no haya contratado el seguro de accidentes y enfermedades. En tal supuesto, y con relación a esa falta, responderá hasta el límite de las prestaciones previstas en la ley 24.557 **(38)**. En ocasiones, los administradores dan de alta al empleado el día mismo en el que se produce el accidente, lo cual también puede dar lugar a responsabilidad **(39)**. A su vez, no responderá, por ejemplo, si el produc-

(37) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 260. En este sentido, en un caso de nuestra jurisprudencia, un obrero de la construcción instó una demanda por un accidente de trabajo en una obra contra la empleadora, la aseguradora y los gerentes de la sociedad. El empleado sufrió daños severos en su visión a raíz de la caída de un balde con material de construcción (básicamente, cal) que ingresó en su ojo. Todos los demandados fueron declarados civilmente responsables. En el caso particular de los gerentes, por no cumplir con su deber de proveer los elementos de seguridad que hubiesen evitado el daño ¿en este caso, anteojos de seguridad¿ (CNTrab., sala III, "Ramírez, Sergio A. c. 2 T Construcciones SRL y otros s/ accidente acción-civil", 27/04/2012, LALEYAR/JUR/22127/2012).

(38) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 263.

(39) Al respecto, menciono un caso de nuestra jurisprudencia en el que una aseguradora de riesgos de trabajo instó una acción contra la sociedad empleadora y contra sus gerentes para recuperar lo que debió abonar por un empleado fallecido en un accidente de trabajo. De la sentencia surge que el empleado fue dado de alta apenas una hora después de accidente fatal. También, que no contaba con ninguna medida de seguridad, pese a que era un trabajo en altura. Pese a la inscripción tardía, la aseguradora abonó indemnización de conformidad con lo previsto en el art. 28 de la ley 24.557. La demanda contra los gerentes fue rechazada en primera instancia, pero admitida en segunda. Para el Tribunal, la inscripción luego de la muerte no fue una simple demora, sino que tuvo como única finalidad evitar el costo de la indemnización a la viuda e hijos del trabajador. La demora junto con la falta de condiciones de seguridad fue consideradas faltas la conducta debida en función del art. 59 de la ley 19.550. De allí que debieran responder frente a la aseguradora, al igual que la sociedad [CNCom., sala D, "Asociart SA Aseguradora de Riesgos de Trabajo c. Corpuey SRL y otros s/

tor de seguros no cumplió con la obligación de ingresar la solicitud de seguro a la aseguradora **(40)**.

Lógicamente, no habrá responsabilidad de los administradores por los accidentes *in itinere*, ni en los supuestos de responsabilidad objetiva por vicio o riesgo de las cosas **(41)** o por actividades riesgosas (art. 1757 del Cód. Civ. y Com.). La responsabilidad del administrador es subjetiva. Por lo tanto, solo será responsable si hay un nexo de causalidad adecuado entre esos daños y una falta en su conducta (como dije, por ejemplo, por no proveer los elementos de seguridad que hubiesen evitado el daño).

VI. Insolvencia y cese de funcionamiento

Son muchos los reclamos laborales tramitados por años que terminan *en la nada*. Quiero decir, en los que el empleado obtiene una sentencia favorable, pero no puede ejecutarla. Básicamente, porque la empleadora (la persona jurídica) es insolvente. Con razón o no, muchos se adelantan a esta eventualidad e instan acciones contra miembros y administradores. Lo analicé en los puntos previos.

Lo que trato ahora son supuestos en los que los administradores son responsabilizados por *insolventar* a la persona jurídica (a una sociedad, fundamentalmente) y frustrar la posibilidad de cobro de los empleados. En particular, cuando la sociedad deja de funcionar y, típicamente, abandona el establecimiento en el que desarrollaba su actividad social. Al respecto, no es que el reclamo laboral tenga alguna característica particular sobre la que profundizar. De ser aquellas razones suficientes para responsabilizar a los administradores, cualquier acreedor podría dirigir su acción contra estos, sea o no laboral. Sucede que es en este ámbito en el que más fallos de la jurisprudencia encontraremos.

Al no tener ninguna particularidad respecto de otro tipo de pretensiones, lo que haré será solo reseñar algunos fallos a modo de muestra y explicación. En algunos casos haré algunos comentarios. Seguiré un criterio cronológico y señalaré algunas nociones clave en su título. Aclaro que, por cuestiones de espacio, omito desarrollar ciertas materias o ideas que requieren un análisis profundo por su complejidad (fundamentalmente, la responsabilidad por "infracapitalización" y en la etapa de disolución del ente).

VI.1. Fallo "Cancela" (abandono de establecimiento y omisión de liquidación)

La primera causa que reseño es una demanda admitida de extensión de responsabilidad por una sentencia laboral contra los administradores y socios de la sociedad. El empleado había obtenido una sentencia que lo hacía acreedor de diversos créditos por la extinción de una relación laboral con una sociedad. Sin embargo, sostuvo que no pudo ejecutarla porque los socios y gerentes *desaparecieron* la sociedad, puesto que abandonaron el establecimiento que utilizaban. De allí que instó una acción contra estos.

Cito textualmente lo dicho por la sentencia con respecto a la relación entre la causa laboral y la que reseño:

"Cuadra poner de resalto que el presente es un proceso que goza de total autonomía con respecto a la demanda promovida en sede laboral que es antecedente. De modo que no se trata, como pretende el codemandado Aloi (ver contestación de demanda fs. 51 punto 4) de efectivizar contra él una sentencia correspondiente a un proceso (el laboral) en el que no intervino, violándose así el derecho constitucional de defensa en juicio. El objeto entre una y otra acción es sustancialmente diverso. En efecto, mientras en aquella se procuró la reparación correspondiente a un despido incausado, y por tanto ilícito, en esta se persigue una extensión de responsabilidad hacia determinadas personas físicas ligadas estrechamente a la sociedad, en tanto con su acción u omisión han tipificado conductas que la propia ley reprocha y castiga con la responsabilidad ilimitada y solidaria. Además, resulta obvio que es en este proceso —y nunca en aquel— en donde los aquí codemandados Fernández, Roca y Aloi, revistiendo

ordinario", 14/07/2020, en Centro de Información Judicial (www.cij.gov.ar)].

(40) V. FERRER, Germán L., "Responsabilidad...", ob. cit., p. 264.

(41) V. FERNÁNDEZ VIÑA, Ignacio, "Algunas cuestiones...", ob. cit.

la condición de parte, debían producir cuanta prueba estimaran conducente a los efectos de desvirtuar las imputaciones deducidas por el actor. Y no lo han hecho" **(42)**.

El Tribunal entendió que la falta de un correcto proceso de liquidación constituyó un incumplimiento de los deberes de actuación de los administradores (art. 59 de la ley 19.550) y de las específicas obligaciones previstas en los arts. 101 y ss. de la ley 19.550 (en particular, de cancelar el pasivo social). Esa falta, según la sentencia, tuvo adecuado nexo de causalidad con el daño producido al trabajador (en cuanto a no poder cobrar lo resuelto en la sentencia).

No estoy de acuerdo con el razonamiento. Es claro que la conducta de los administradores fue antijurídica por no disolver la sociedad. Aun así, no es cierto que se demostrase una relación de causalidad entre esto último y el daño (no, al menos, de los datos que surgen de la sentencia). Es falso que no liquidar haga "de irrealizable materialización" el cobro de un crédito, dado que, si la sociedad tiene bienes, estos pueden ser ejecutados, aunque no realice ninguna actividad social. Entonces, no es esto último lo que produce la imposibilidad de cobro, sino lo primero. Tanto es así que el fallo refiere a la *probabilidad* de que, de haber habido liquidación, se le hubiera pagado el crédito al empleado. Además de ser una probabilidad (por lo que no hay una certeza de que hubiese sucedido), esto no dependía de hacer la liquidación, sino de que hubiese bienes. Tampoco suma que los administradores deban exigir las contribuciones debidas en ocasión de la liquidación, como lo menciona la sentencia. En una sociedad de responsabilidad limitada, no hubiese cambiado nada porque los socios solo deben cumplir con la integración de los aportes. Además, que la liquidación tenga como objetivo cancelar el pasivo no quiere decir que esto vaya a suceder efectivamente. Dependerá de si la sociedad tiene bienes para hacerlo. De no ser así, en su caso, iría a la quiebra y no mejoraría en nada la situación del acreedor. En definitiva, lo que quiero decir es no es suficiente con el solo hecho de demostrar que no hubo liquidación. Claro que es posible que esta sea la razón para no poder cobrar el crédito, pero debe ser probado.

VI.2. Fallo "Casadei" (quiebra)

Una empleada obtuvo sentencia favorable contra la sociedad empleadora por el incumplimiento de pago de salarios, negativa de dación de tareas y relación laboral no registrada. Como la sentencia no fue cumplida, solicitó y fue dictada sentencia de quiebra contra la sociedad. Luego de ello, instó una acción individual de responsabilidad contra los directores, basada en los arts. 59, 274 y 279 de la ley 19.550. La demanda fue admitida contra los directores con fundamento en que estos deben afrontar las consecuencias dañosas de su conducta. En el caso, el indebido registro de la relación laboral. De allí que fueron condenados al pago de lo ordenado en la sentencia dictada contra la sociedad empleadora. Un argumento defensivo de los directores fue la negligencia de la actora para percibir su crédito. El Tribunal lo desestimó porque la empleada hizo todo lo que tenía a su alcance: evidenció el estado de cesación de pagos de la sociedad y del producido de la liquidación en la quiebra solo alcanzó a percibir poco más del 3% de su crédito verificado **(43)**.

En rigor, de la sentencia no surge que la razón de la responsabilidad sea la insolvencia del ente y que los administradores sean condenados por tal razón. No obstante, incorporo este caso porque señala el hecho de que la empleada vio frustrada su expectativa de cobro de su sentencia. Con todo, no es la causa de la responsabilidad de los administradores. Al menos, no en mi interpretación. También la menciono porque, dado que la causa de la responsabilidad fue el mal registro de la relación laboral, la empleada podría haber instado la acción contra los administradores simultáneamente con la iniciada contra la empleadora. En lugar de ello, logró extender los efectos de la sentencia de esta última muchos años después. De la resolución comentada no surge que haya habido de parte de los demandados un planteo de prescripción ni de afectación del derecho de defensa por no haber

(42) V. CNCom., sala A, "Cancela Echegaray, Guillermo c. Compartime SA y otros", 07/11/2002, TR LALEY AR/JUR/5639/2002.

(43) V. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nº 14, "Casadei, Graziana c. Martínez, Omar E. y otros", 21/06/2005, TR LALEY AR/JUR/9424/2005.

podido participar del proceso cuyos efectos les fueron extendidos.

VI.3. Fallo "Imprenta Santos" (subasta privada y vaciamiento)

En esta causa judicial un empleado de una imprenta fue suspendido por un mes. Durante ese lapso, la empleadora publicó un aviso en un diario que anunciaba la subasta de todas las maquinarias de la imprenta. Posteriormente, el vínculo laboral quedó extinguido. El empleado demandó a la sociedad empleadora y a su sociagerenta en virtud del "vaciamiento" de la empresa. La demanda fue admitida contra ambas accionadas. En el caso de la sociagerenta, la acreditación de la publicación de subasta y la falta de respuesta de la demanda permitió concluir que, efectivamente, hubo un "vaciamiento". Combinado por el despido fundado en el art. 247 de la ley 20.744, el Tribunal consideró configurado un "[...] deliberado fraude a los derechos del acreedor laboral, y encuadra en el concepto de obrar contra la ley [...]". También aplicó la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550) **(44)**.

VI.4. Fallo "Arancibia" (infracapitalización)

Este fallo de nuestra jurisprudencia trata sobre una empleada que contaba con un crédito contra una sociedad de responsabilidad limitada en virtud de un proceso judicial. Sin embargo, sus intentos de verlo satisfecho fueron infructuosos (puntualmente, a través de embargos en los bienes del establecimiento y cuentas bancarias). Ante esto, instó una acción contra los socios y gerentes por *infracapitalización* fundada, en esencia, en los arts. 54 y 59 de la ley 19.550. La demanda fue admitida. El argumento principal para condenar a socios y gerentes fue que la sociedad no tuviese una relación razonable entre el capital y su giro social. En este sentido, el fallo sostuvo lo siguiente:

"Pero es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que esta se halle dotada: de otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas" **(45)**.

De acuerdo con el Tribunal, cuando no hay tal relación razonable, los socios obtienen los beneficios, mientras que los acreedores corren con los riesgos. Algunos hechos significativos tomados en consideración para la sentencia fueron los siguientes: a) el abandono del establecimiento; b) la cesión de las cuotas por un valor muy superior al nominal, y c) que los socios no hayan aumentado o reintegrado el capital o llevado a la sociedad a la disolución. Respecto de esto último, un voto estimó que la responsabilidad también debía ser imputada en virtud de lo establecido por el art. 99 de la ley 19.550 **(46)**.

VI.5. Fallo "Zelaya" (vaciamiento en favor de otro establecimiento)

En esta causa judicial una empleada demandó a dos sociedades y a dos personas humanas. El objeto era el resarcimiento por la extinción de la relación laboral que no estaba debidamente registrada. Si bien era empleada solo de una sociedad, demandó a la segunda porque ambas explotaban sendos locales de fotografía y estaban íntimamente vinculadas. No solo los únicos socios eran las dos personas humanas demandadas (cónyuges entre sí, por cierto), sino que también eran sus administradoras.

Lo más relevante fue que los empleados prestaban servicios en ambos establecimientos. El Tribunal concluyó que conformaban un grupo económico y condenó a ambas sociedades conforme con lo previsto en el art. 31 de la ley 20.744. También condenó a las personas humanas demandadas. Una de ellas alegó que solo era la directora suplente de la sociedad formalmente empleadora de la trabajadora, lo que hizo que la demanda no fuera admitida en primera instancia. Sin embargo, en segunda instancia el fallo le fue adverso porque, por un

(44) V. CNTrab., sala III, "Pérez, José A. c. Imprenta Santos SRL y otro", 24/05/2007, TR LALEY AR/JUR/2330/2007.

(45) CNTrab., sala III, "Arancibia, Nora y otro c. Rodríguez, Ricardo M. y otro", 22/09/2008, TR LALEY AR/JUR/10663/2008.

(46) V. CNTrab., sala III, "Arancibia, Nora y otro c. Rodríguez, Ricardo M. y otro", 22/09/2008, TR LALEY AR/JUR/10663/2008.

lado, se aplicó la inoponibilidad de la personalidad jurídica en razón del indebido registro de la relación laboral y por "vaciar" una sociedad (la empleadora formal) en beneficio de la segunda. Por consiguiente, debía resarcir a la empleada como socia, de acuerdo con lo previsto en el art. 54, párr. 3º, de la ley 19.550. Además, los testigos dieron cuenta de que la directora suplente ejercía el cargo, puesto que daba órdenes y dirigía el establecimiento en el que estaba empleada la trabajadora **(47)**.

VI.6. Fallo Arroyo (adquisición de establecimiento por sociedad infracapitalizada)

Aquí una mujer inició una demanda por diversos rubros laborales. Según surge de los hechos, era empleada de una sociedad que transmitió el establecimiento a otra. Poco después, esta *cae* en la insolvencia y transmite nuevamente el establecimiento a una persona humana (que ya estaba vinculada con la sociedad). La acción fue dirigida contra la empleadora originaria, la sociedad que adquirió el establecimiento y su sociogerente.

El Tribunal admitió la acción de responsabilidad contra este último porque consideró una conducta en infracción al art. 59 de la ley 19.550 que decidiese la adquisición de un establecimiento para el cual no se encontraba patrimonialmente capacitada. Entendió que la sociedad adquirente estaba *infracapitalizada* desde su constitución, puesto que tenía un capital social mínimo. Pero lo decisivo fue que la sociedad asumió una responsabilidad (al adquirir el establecimiento) para la cual no estaba capacitada económicamente. De hecho, el propio gerente calificó de "inviable" el emprendimiento. Sumado a ello, la sociedad que administraba atravesaba dificultades económicas propias. Por consiguiente, el Tribunal entendió que el gerente hizo asumir obligaciones a la sociedad que sabía de antemano que no podría cumplir. Todo esto llevó a que la conducta del gerente fuese calificada como contraria al estándar de conducta previsto por el art. 59 de la ley 19.550 y fue condenado a resarcir todos los perjuicios generados a la trabajadora **(48)**.

(47) CNTrab., sala III, "Zelaya, Cecilia c. Norte Fotográfica SA y otros s/ despido", 28/02/2013, TR LALEY AR/JUR/4796/2013.

(48) V. Cámara del Trabajo de San Francisco, sala unipersonal, "Arroyo, Natalia M. c. C. A. y F. A. SA y otros s/ ordinario - otros", 26/09/2013, LALEYAR/JUR/67094/2013.

La naturaleza federal del derecho del trabajo

Nahuel Andreu (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho federal del trabajo.— III. Organización de la justicia federal.— IV. Derecho individual del trabajo.— V. Derecho colectivo del trabajo.— VI. Inspección del trabajo.— VII. Construcción de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— VIII. Conclusión general.— IX. Bibliografía.

I. Introducción

Para empezar, se hace necesario recordar que la composición de la Justicia Federal como la conocemos hoy en día pasó por diversos estadios y etapas. Constituir un poder del Estado desde cero presenta numerosas dificultades y así lo expresó la comisión redactora de la ley 27. En oportunidad de presentar el proyecto al Congreso, el miembro informante adujo "que la Comisión, después de atribuir a la Suprema Corte el conocimiento de aquellas causas que la Constitución le ha atribuido, reparte entre ella y los juzgados seccionales o de primera instancia el conocimiento de todas las demás que corresponde a la jurisdicción nacional. El tiempo y la experiencia señalaran el momento en que sea útil y posible crear las cortes de distrito y entonces se hará fácilmente una nueva distribución de las funciones indicadas".

A ello, agregó: "[P]or ahora no debemos entrar en el quimérico empeño de andarlo todo de una vez. El Poder Judicial nacional, completado, debe ser la obra de varias leyes sucesivas. Hoy empezamos colocando las grandes bases de este edificio; procuremos que se cimiente, que se haga sentir y conocer; mañana emprenderemos darle más altura y extensión".

Resultaron oportunas las observaciones de la comisión en ese entonces y también lo resultan ahora, que, pasados más de ciento cincuenta años desde la sanción de la primera ley, seguimos sin un panorama claro acerca de la organización de la Justicia Federal.

A lo largo de los años y luego de numerosas reformas, la denominación de la Justicia Federal sufrió distintos cambios. Se le atribuyeron distintas voces, como "nacional", "especial" y "seccional" entre otras. Después de las sucesivas reformas podemos encontrar estas nomenclaturas de manera indistinta. Más allá del nombre que reciban los órganos que la integran, lo determinante para saber si un órgano jurisdiccional posee competencia federal es el tipo de controversias en las que debe intervenir.

En la actualidad, en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Justicia Federal se encuentra divida en distintos fueros. Entre ellos, se encuentran la Justicia Nacional en lo Penal Económico, la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal y la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal. En las provincias existen diferentes distritos judiciales que, en la medida de lo posible, tienen organismos jurisdiccionales que se dividen por materias penal o no penal. También ocurre muy asiduamente que un mismo juzgado tenga una competencia múltiple y de esa forma puede entender en causas penales federales, como en cuestiones contencioso-administrativas o civiles.

A ello deben agregarse la Justicia Federal de Casación Penal y la Justicia Federal de la Seguri-

(*) Abogado. Docente e investigador de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

dad Social, que, si bien tienen asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen competencia en todo el territorio nacional.

Ahora bien, ¿Dónde encontramos al derecho del trabajo en esta distribución?

Si queremos analizar todas las aristas que presenta el derecho del trabajo, no es posible encuadrarlo tan fácilmente en las categorías de derecho común o derecho federal. En ese sentido, resulta menester recordar que, en nuestro sistema constitucional, son las provincias quienes constituyen la confederación y delegaron facultades en el gobierno federal. El art. 75, inc. 12 refiere claramente que corresponde al Congreso Federal "dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones".

A partir de la redacción del citado inciso el lector podría llegar a pensar que el derecho del trabajo forma parte del "derecho común" y en consecuencia las cuestiones que versen sobre este deben ser entendidas por las jurisdicciones locales (tanto de las provincias como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ahora bien, esto no es tan claro.

Existen diversas normas que sacan a la luz, de manera explícita o no, el carácter federal del derecho del trabajo. Para entender la tesis que planteo, propongo de ejemplo una moneda. La moneda tiene dos caras distintas, pues si nos encontramos con una moneda de dos caras iguales, podemos concluir que estamos frente a un truco de magia o que fuimos víctimas de un engaño. En estas dos caras —cara y ceca— encontramos símbolos, inscripciones, y palabras diferentes. Esto puede ser trasladado fácilmente al derecho del trabajo. Existe una cara, de naturaleza ordinaria o común y, a su vez, existe su contracara de naturaleza claramente federal. Por eso, podemos concluir que el derecho del trabajo, al menos en la legislación argentina, es una rama bifronte o que posee una doble naturaleza.

Previo a adentrarnos en la competencia federal, que es la que nos ocupa, me propongo efectuar una breve reseña de los aspectos que diferencian la competencia local u ordinaria de la competencia federal.

II. El derecho federal del trabajo

II.1. Competencia federal

La competencia federal deriva directamente de la forma de gobierno establecida por nuestra Constitución Nacional. Al crear el Estado federal, resultó necesario establecer una jurisdicción distinta a las locales que pudiera resolver conflictos de naturaleza especial, como lo son los conflictos entre distintas provincias —que no podrían juzgarse en la jurisdicción de una de ellas—, los conflictos con el Estado federal, cuestiones de navegación interjurisdiccional, comercio exterior, etc. Esto refleja una de las características de la competencia federal que mencionaré más adelante.

La justicia federal y su ámbito de incumbencia se encuentra detallada en el art. 116 de la CN. Este explica: "[C]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del art. 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero".

Por su parte, la reserva prevista en el inc. 12 de art. 75, establece que, si bien es atribución del Congreso federal "dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados", tales códigos no pueden alterar las jurisdicciones locales y su aplicación corresponde a los tribunales federales o provinciales, dependiendo de si las cosas o las personas cayeran en sus respectivas jurisdicciones.

El art. 117 de la CN, explica la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —como órgano supremo de la Justicia Federal— y los casos en los que interviene en instancia de apelación o como tribunal originario.

La doctrina ha entendido que la competencia federal tiene, al menos, tres características:

1) es de naturaleza limitada, es decir, solo opera en los casos expresamente numerados en las disposiciones constitucionales y legales. De esta forma se entiende que, además de los preceptos constitucionales ya mencionados, las leyes de la Nación pueden establecer su naturaleza federal. Sobre el punto la CS ha dicho —con remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación—: "[L]a intervención del fuero federal en las provincias es de excepción y, por ende, se encuentra circunscripta a las causas que expresamente le atribuyen las leyes que fijan su competencia, las cuales son de interpretación restrictiva". ("Manzur, Juan Luis s/ enriquecimiento ilícito [art. 268, inc. 1º]", expte. CSJ 001527/2015/CS001, resuelto el 16 de febrero de 2015);

2) es privativa, es decir, excluye la competencia de los tribunales provinciales, salvo contadas excepciones que la ley 48 estipula en su art. 12;

3) cuando la competencia federal resulta procedente en razón de la materia, resulta improrrogable. Sin embargo, esto no es así con relación a las personas.

II.1.a. Competencia federal en razón de la materia

En razón de la materia, la justicia federal debe entender en las siguientes causas:

- Causas mencionadas en la Constitución Nacional (art. 116). En este caso resulta necesario que el derecho en cuya virtud se demanda se encuentre directamente fundado en una norma constitucional y no solo que los derechos que se dicen violados estén garantizados por la Constitución, pues los códigos previstos en el art. 75, inc. 12 reglamentan algunos de esos derechos. Si no, se arribaría al absurdo de que todos los casos resultarían de naturaleza federal.

- Causas especialmente previstas por el Congreso Nacional en las llamadas leyes federales. En este punto se trata de las leyes sancionadas para regir en todo el territorio nacional y que no regulan las materias previstas en los códigos de fondo (art. 75, inc. 22 de la CN). Algunos temas que pueden mencionarse son las leyes de patentes de invención, de comunicaciones o las que crean organismos que actúan en todo el territorio de la nación, como YPF, el Consejo Federal del Trabajo, etc.

- Causas especialmente regidas por los tratados con las naciones extranjeras.

- Causas de almirantazgo y jurisdicción marítima.

- Causas de aeronavegación.

- Causas en las que se busca la revisión de resoluciones dictadas por órganos administrativos. La atribución de revisar los actos administrativos se encuentra prevista por leyes especiales (como policía sanitaria, de armas, etc.).

II.1.b. Competencia Federal en razón de las personas

La Justicia Federal debe entender en:

- Causas en que el Estado Federal sea parte. En este caso se comprende tanto al Estado Federal como a sus entes descentralizados y empresas.

- Causas civiles en que sean parte un vecino de la provincia en que se suscita el pleito y un vecino de otra.

- Causas civiles en que sea parte un ciudadano argentino y otro extranjero.

- Causas que versen sobre los negocios particulares de los cónsules extranjeros.

II.1.c. Competencia Federal en razón del lugar

En razón del lugar, la Justicia Federal debe entender cuando se verifica que existe una afectación de los derechos federales o de intereses nacionales en lugares que sean propiedad del Estado federal y que estén sujetos a su legislación. Dentro de estos casos, pueden considerarse los que implican la existencia de supuestos de interjurisdiccionalidad.

II.1.d. Competencia federal en razón del valor

No existe limitación alguna ligada al monto reclamado para la intervención de la Justicia Federal de Primera Instancia. Sin embargo, el art. 242, Cód. Proc. Civ. y Com. limita la intervención de la Alzada y establece que son inapelables las sentencias y resoluciones que se dicten en procesos

donde el monto cuestionado (a la fecha de esta publicación) sea inferior a $300.000. Este importe es actualizado frecuentemente mediante acordadas de la CS.

II.1.e. Competencia federal en razón del grado

Existen distintos supuestos para la competencia federal en razón del grado. En la mayoría de los procesos existe una primera instancia y una segunda instancia que actúa como revisora. Sin embargo, también existen procesos que solo contemplan una instancia, como los juicios de ejecución fiscal de la AFIP y de la ANSeS, o los supuestos de recursos directos ante las Cámaras de Apelaciones.

III. Organización de la justicia federal

La organización de la justicia con competencia federal debe analizarse desde dos perspectivas diferentes. Como ya expliqué al inicio, la justicia federal en las provincias presenta vicisitudes que hacen que se diferencie sustancialmente de la Justicia Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III.1. Justicia federal en las provincias

A nivel provincial, la Justicia Federal está organizada en fueros federales con asiento en una o más provincias. Esos fueros se encuentran integrados —según establece el art. 49 del dec.-ley 1285/1958— por: "1) Las Cámaras Federales de Apelaciones; 2) Los Tribunales Federales de Juicio de Distrito; 3) Los Juzgados Federales de Primera Instancia y Juzgados Federales de Garantías". Los organismos jurisdiccionales que los integran pueden tener competencia en una o en distintas materias. En algunas jurisdicciones, existen juzgados con materia exclusivamente penal, que se diferencia de los juzgados con competencia en materias no penales, o pueden también existir juzgados multifuero que tienen competencia tanto en causas penales como en controversias no penales. Esta distinción entre penal y no penal resulta un criterio que considero adecuado, ya que no es exacto reemplazar "no penal" por "civil" pues la materia no se limita exclusivamente a ello, sino que entienden en cuestiones comerciales, contencioso administrativas, laborales, previsionales, etc., aunque todas federales.

Por otro lado, para un mejor entendimiento de la distribución, se hace necesario mencionar que la ley 27.146, llamada de "Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal" establece la existencia de distritos federales, que abarcan el territorio de una o más provincias. Si bien la ley organiza el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales con competencia en cuestiones penales, lo cierto es que los distritos federales son estos en el ámbito penal que en ámbito no penal.

La citada ley, en su art. 15 menciona que los distritos federales son los siguientes:

- Justicia Federal de San Martín: con jurisdicción en las zonas norte y oeste del Gran Buenos Aires y parte de la zona norte y céntrica de la provincia de Buenos Aires.

- Justicia Federal de La Plata: con jurisdicción en la zona sur del Gran Buenos Aires, la ciudad de La Plata, zonas aledañas y la zona noroeste de la provincia de Buenos Aires.

- Justicia Federal de Mar del Plata: con jurisdicción en la zona céntrica y este de la provincia de Buenos Aires.

- Justicia Federal de Bahía Blanca: con jurisdicción en la zona sur de la provincia de Buenos Aires y en la provincia de La Pampa.

- Justicia Federal de General Roca: con jurisdicción en las provincias de Neuquén, Río Negro y una pequeña porción de Chubut.

- Justicia Federal de Comodoro Rivadavia: con jurisdicción en las provincias de Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (Se encuentran dentro de esta jurisdicción el territorio Antártico argentino y las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur).

- Justicia Federal de Mendoza: con jurisdicción en las provincias de Mendoza, San Luis y San Juan.

- Justicia Federal de Córdoba: con jurisdicción en las provincias de Córdoba y La Rioja.

- Justicia Federal de Tucumán: con jurisdicción en las provincias de Tucumán, Catamarca y Santiago del Estero.

- Justicia Federal de Salta: con jurisdicción en las provincias de Salta y Jujuy.

- Justicia Federal de Resistencia: con jurisdicción en las provincias de Chaco, Formosa y la parte norte de la provincia de Santa Fe.

- Justicia Federal de Santa Fe: con jurisdicción en la zona céntrica y sur de la provincia de Santa Fe y en la parte norte de la provincia de Buenos Aires.

- Justicia Federal de Paraná: con jurisdicción en la provincia de Entre Ríos.

- Justicia Federal de Corrientes: con jurisdicción en la provincia de Corrientes.

- Justicia Federal de Misiones: con jurisdicción en la provincia de Misiones.

III.2. Justicia federal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tal como sostuve al inicio, en el ámbito territorial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Justicia Federal está compuesta por la Justicia Nacional en lo Penal Económico, la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal, la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, la Justicia Federal de Casación Penal y la Justicia Federal de la Seguridad Social. Considero, por lo que he de explicar, que en esta enumeración debe incluirse también a la Justicia Nacional del Trabajo.

Ahora bien, determinados fueros contienen en su denominación la voz "federal" pero, como veremos más adelante, ello no puede resultar determinante para entender la naturaleza de las cuestiones que se dirimen en el marco de su competencia.

Se puede observar que la Justicia Nacional del Trabajo no tiene el agregado "Federal" en su denominación. Esto, a mi entender, deriva de un error que impide una comprensión acabada de la doble naturaleza que tiene el derecho del trabajo en Argentina.

Este trabajo intentará demostrar, mediante el análisis de distintas leyes vigentes, que existe una doble naturaleza en el derecho del trabajo, es decir, que, además, del aspecto ordinario que todos conocemos, existe una contracara federal y que este aspecto se encuentra plasmado en distintas normas. Para una mejor organización, propongo un análisis de las leyes a partir de una división existente en el derecho del trabajo, que distingue entre el derecho individual, el colectivo y la inspección del trabajo.

IV. Derecho individual del trabajo

IV.1. Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo (ley 18.345)

Si analizamos la competencia federal desde perspectiva que contemple el interés del Estado federal en los pleitos judiciales, no puede soslayarse el art. 132 bis de la LO. Este establece en su segundo párrafo: "[S]i por sentencia firme o ejecutoriada se estableciere que el actor es un trabajador dependiente y esa condición hubiera sido desconocida por la empleadora en su contestación de demanda, o si la fecha de ingreso del trabajador establecida en la sentencia fuera anterior a la que alegara su empleador, o si de cualquier otro modo se apreciare que el empleador hubiera omitido ingresar en los organismos pertinentes los aportes o las contribuciones correspondientes a los distintos sistemas de la seguridad social, el secretario del juzgado interviniente deberá remitir los autos a la Administración Federal de Ingresos Públicos a efectos de la determinación y ejecución de la deuda que por aquellos conceptos se hubiera generado".

De esa manera, podría entenderse que el juicio iniciado por la AFIP para perseguir el cobro de esos aportes y contribuciones resulta un proceso de una doble naturaleza, tributaria, por una parte y laboral por la otra, pero que resulta federal sin lugar a duda. Aquí se nos presenta un primer supuesto que demostraría la competencia federal que tiene la Justicia Nacional del Trabajo. Cabe recordar que uno de los componentes para denominar "Justicia Federal de la Seguridad Social" al conjunto de órganos jurisdiccionales que se escindieron de la Justicia del Trabajo, es que el demandado resulta ser, en la gran mayoría de los casos, el Estado federal o sus reparticiones.

Por otro lado, deben contemplarse las particularidades del Sistema Integrado Previsional Argentino creado por la ley 24.241. El art. 1º de esta norma dispone la creación de un Sistema

Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), de carácter público, fundado en prestaciones que abona el Estado Federal y que se financiarán a través de un régimen de reparto. A su vez, el art. 16 explica que el régimen público de reparto está basado en el principio de solidaridad —es decir— que los aportes de las personas en actividad sirven para abonar las prestaciones corrientes de las personas pasivas del régimen—; y que el Estado federal garantiza el pago de las prestaciones.

Dado que el art. 18 establece que el sistema se financiará, entre otros, por las contribuciones a cargo de los empleadores, es claro que el Estado federal tiene un interés importante en la recaudación de estas contribuciones pues, en caso de no recibir ese dinero, sus arcas se verían seriamente perjudicadas y, consecuentemente, todos los beneficiarios del sistema previsional.

Esta línea de razonamiento sigue el art. 21 de la ley 18.345, que establece en su inc. e) que son de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo "e) Los juicios por cobro de aportes, contribuciones y multas, fundados en disposiciones legales o reglamentarias del derecho del trabajo; por cobro de impuestos a las actuaciones judiciales tramitadas en el fuero y por cobro de multas procesales".

Por otro lado, el art. 20 de la LO establece: "[S]erán de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, en general, las causas contenciosas en conflictos individuales de derecho, cualesquiera fueren las partes —incluso la Nación, sus reparticiones autárquicas, la Municipalidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y cualquier ente público". De ahí que, en los juicios donde se demanda al Estado Federal —o a cualquiera de sus reparticiones—, podría entenderse que se trata de un supuesto de competencia federal en razón de la persona. Si bien la competencia de la Justicia del Trabajo en razón de la materia se encuentra limitada por el art. 2º, inc. a) de la ley 20.744, lo cierto es que existen múltiples dependencias del estado federal que han aceptado someterse al régimen de la LCT o al de las convenciones colectivas de trabajo (ANSeS, AFIP, Universidades Nacionales, etc.).

IV.2. Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744)

Su art. 200, que regula el trabajo nocturno e insalubre es un claro ejemplo de la cara o contracara federal —de acuerdo donde nos situemos— de la Ley de Contrato de Trabajo. Allí se establece: "[L]a insalubridad no existirá sin declaración previa de la autoridad de aplicación, con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico y solo podrá ser dejado sin efecto por la misma autoridad si desaparecieran las circunstancias determinantes de la insalubridad. La reducción de jornada no importará disminución de las remuneraciones. Agotada la vía administrativa, toda declaración de insalubridad, o la que deniegue dejarla sin efecto, será recurrible en los términos, formas y procedimientos que rijan para la apelación de sentencias en la jurisdicción judicial laboral de la Capital Federal. Al fundar este recurso el apelante podrá proponer nuevas pruebas".

Esto denota que, aun cuando la Ley de Contrato de Trabajo podría equipararse a los códigos de fondo que prevé el art. 75, inc. 12 de la CN, lo cierto es que el procedimiento de declaración de insalubridad prevé la intervención de la autoridad de aplicación perteneciente al gobierno federal y, en tal sentido, la ley establece claramente que sus decisiones, cualquiera sea el lugar del territorio nacional involucrado, serán revisables por la jurisdicción laboral de la Capital Federal.

En ese sentido, no podría contemplarse que un tribunal de segunda instancia provincial, o en el caso, de una ciudad confederada, como establece el fallo "Corrales" **(1)**, pueda actuar como instancia de revisión de las decisiones adoptadas por una de las dependencias del gobierno federal.

IV.3. Ley de Navegación (ley 20.094)

La Ley de Navegación contiene distintos supuestos que demuestran la naturaleza federal del derecho del trabajo. Esto se deriva, en principio, del art. 116 de la CN cuando dispone que los Tribunales Federales deberán entender en "las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima".

Cuando se hace referencia al personal de la navegación —cap. IV— el art. 104 establece: "[N]inguna persona puede formar parte de la tripulación de los buques o artefactos navales inscriptos en el Registro Nacional de Buques, o ejercer pro-

(1) "Corrales, Guillermo G. y otro s/ *habeas corpus*", 007614/2015/CS001 (Fallos 338:1517).

fesión, oficio u ocupación alguna en jurisdicción portuaria o en actividad regulada o controlada por la autoridad marítima si no es habilitada por esta e inscripta en la sección respectiva del Registro Nacional del Personal de Navegación que debe llevar en forma actualizada la autoridad competente".

A continuación, el art. 105 clasifica el personal en dos tipos: personal embarcado y personal terrestre. En lo que nos ocupa, debemos prestar especial atención al personal embarcado, pues el terrestre, si bien se encuentra ejerciendo una función establecida en la ley, no se encuentra dentro del buque ni ejerciendo una función en territorio interjurisdiccional, sino que colabora en las acciones de la nave cuando toca puerto. En virtud de ello, la naturaleza federal de su relación y de la norma que debe regularla, podría discutirse. Sin embargo, como veremos, el art. 515 delimita que, aún en tierra, cumplen una función que resulta competencia de tribunales federales.

En lo que hace a capitanes y oficiales, el art. 112 explica que las habilitaciones para ejercer esa función se encuentran reservadas para los argentinos nativos, por opción o naturalizados, con posibles excepciones que deben ser consideradas por la autoridad de aplicación. Puntualmente, respecto a la figura del capitán, es importante destacar que el art. 121 imbuye a su persona de la autoridad pública para la conservación del orden en el buque, para su seguridad y salvación, así como la de los pasajeros, tripulantes y carga.

En los siguientes artículos, la ley explica las competencias que se le otorgan al capitán en función de esa delegación de autoridad, entre las que se encuentran: "a) Mantener el orden interior del buque, reprimir faltas cometidas a bordo por tripulantes o pasajeros e imponer a bordo las sanciones establecidas por las leyes y reglamentos respectivos; b) Instruir, en caso de delito, la prevención correspondiente con arreglo a lo dispuesto en la parte pertinente del Código de Procedimientos en materia penal para la Justicia Nacional. Cesa su intervención al llegar a puerto, donde debe comunicar el procedimiento a la autoridad marítima si se trata de puerto argentino o a la autoridad consular o diplomática argentina si se trata de puerto extranjero; c) Comunicar de inmediato y por el medio más rápido a la autoridad marítima o consular más cercana, todo accidente de navegación ocurrido al buque o causado por él, y cualquier otra novedad de importancia observada en la ruta que afecte a la navegación".

A su vez, la ley establece que el capitán actúa como oficial público del registro civil y como notario, por lo que puede labrar actas de estado civil y otorgar testamento a los tripulantes.

Por otro lado, en lo que hace a los oficiales, el art. 128 dispone que, en caso de muerte o impedimento del capitán, asumirá el mando del buque el oficial de cubierta de mayor jerarquía. Respecto al resto de la tripulación, incluidos los prácticos **(2)** y los baqueanos **(3)**, la ley también estipula las pautas de su contratación, sus deberes y la forma en que deberán prestar servicios.

Mas allá de que, a partir de la delegación de la autoridad pública en la figura del capitán es claro el componente federal existente en la relación, lo cierto es que a ello debe sumarse que el art. 118 contempla las causas de inhabilitación del personal de navegación —respecto a toda la tripulación— y dispone que la resolución que dispone la inhabilitación debe ser recurrida ante el juez federal respectivo. Esto confirma a todas luces la naturaleza federal de todas las relaciones que se dan a bordo del buque.

También debe considerarse que existe naturaleza federal en las relaciones que hacen a los naufragios, reflotamientos y recuperaciones de buque. En tal sentido, considero que el personal que se ocupa de las reparaciones subacuáticas de un buque hundido, como puede ser un buzo táctico de salvamento, también se encuentra cumpliendo una función de naturaleza federal —prevista en la propia ley—, con la obligación de constituir una unidad de salvamento, sujeta a potestades del organizador y director técnico del equipo.

Por último, el art. 515 de la ley dispone: "[L]os tribunales federales son competentes para entender en las causas emergentes de la navegación interjurisdiccional, o que puedan conside-

(2) Técnico que, por el conocimiento del lugar en que navega, dirige el rumbo de las embarcaciones en la costa o en un puerto.

(3) Experimentado en los caminos, trochas y atajos, y que actúa como guía para transitar por ellos.

rarse conexas a esta. En la Capital Federal, los tribunales federales también son competentes si se trata de causas emergentes de una navegación no interjurisdiccional, aunque en razón de lo dispuesto en el art. 316 no sean de aplicación de las normas de esta ley". A partir de su texto, no cabe dudas que la mayoría de las relaciones que se originan a partir de supuestos de la ley revisten una naturaleza federal.

IV.4. Régimen de trabajo a bordo del personal de la navegación (ley 17.371)

Esta ley y la que veremos a continuación, si bien son previas a la sanción de la Ley de Navegación, deben interpretarse armónicamente con esta y como integrantes del compendio que hace a las relaciones a bordo de buques y al trabajo marítimo. En ese orden de ideas, el art. 1º de esta ley dispone: "[L]a contratación, determinación de la dotación y régimen de trabajo a bordo del personal, cualquiera sea su nacionalidad, clase de ocupación o funciones en su cargo, enrolado en buques de matrícula argentina y artefactos navales nacionales, se regirán por la presente ley, que será aplicable ya se trate de navegación de: ultramar, cabotaje marítimo y fluvial, portuaria y vías interiores exceptuada la navegación deportiva. Dicho personal forma la dotación que está constituida por el capitán, los oficiales y los demás individuos de la tripulación. Sus disposiciones serán también aplicables en lo pertinente a los demás trabajadores que, sin estar enrolados como tripulantes, se dediquen a bordo a otras actividades, sin perjuicio de lo previsto por estatutos o reglamentaciones particulares en cuanto les fueren aplicables. En aquellos buques en que la autoridad competente lo disponga, el patrón asumirá las funciones y responsabilidades previstas para el capitán".

En esta ley no se explicita de manera clara la competencia federal, pero, como dije al comienzo, debe interpretarse como complementaria de la ley 20.094 y en orden a su naturaleza y a los temas sobre los que versa, no cabe lugar a dudas que estamos frente a una ley que consagra la naturaleza federal del derecho del trabajo.

IV.5. Ley de la Marina Mercante (ley 17.823)

Tal como sucedía con la ley anterior, la ley 17.823, que resulta ser complementaría de esta y debe leerse armónicamente con la Ley de Navegación, prevé un régimen de protección especial para los tripulantes, por lo que, en la línea que vengo desarrollando hasta ahora, se trata de otro supuesto de naturaleza federal del derecho del trabajo. No se me escapa que el régimen de protección previsto en esta ley se asimila a lo que consideramos derecho de fondo, pero la naturaleza federal de la relación habida a partir de lo establecido en la Ley de Navegación imbuye a todas las relaciones que se suscitan en su marco de naturaleza federal.

IV.6. Código Aeronáutico (ley 17.285)

El Código Aeronáutico, que regula las relaciones que se dan en el marco de la aeronavegación, contiene disposiciones que hacen a la naturaleza federal de las relaciones que allí se regulan. En efecto, el art. 76 dispone: "[L]as personas que realicen funciones aeronáuticas a bordo de aeronaves de matrícula argentina, así como las que desempeñan funciones aeronáuticas en la superficie, deben poseer la certificación de su idoneidad expedida por la autoridad aeronáutica".

En cuanto a la cabeza de la tripulación, el art. 79 dispone que toda aeronave debe tener a bordo un piloto investido de las funciones de comandante y que su designación corresponde al explotador de la aeronave.

También establece la ley que el comandante de la aeronave tiene el deber de registrar las alteraciones en el estado civil de las personas, lo que denota que se encuentra imbuido de autoridad pública, tal como sucede con la figura del capitán en la navegación por agua.

Por otro lado, el art. 87 dispone que las relaciones laborales del personal aeronáutico serán regidas por las leyes de la materia. Aquí tenemos un supuesto de delegación y podría discutirse si la relación existente entre la tripulación y la empresa es de naturaleza federal o no, pero no podría discutirse respecto al comandante de la aeronave, figura que se encuentra prevista en esta ley.

Respecto a la competencia, el art. 198 aclara: "[C]orresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen so-

bre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos". De esa manera, podría entenderse que es la Justicia Federal la competente para entender en los casos y relaciones que surgen de esta ley. La redacción del texto, más allá de que habla de "tribunales inferiores de la nación", se encuentra construida a semejanza del art. 116 de la CN, por lo que no cabe concluir que se refiere a una jurisdicción diferente a la federal.

IV.7. Estatuto Profesional para el Personal Navegante de la Aviación Civil (dec.-ley 16.130/1946)

El estatuto para la tripulación de la aeronave, exclusivamente en lo que hace a las disposiciones sobre el comandante, también reviste carácter federal. No así en las disposiciones referentes al resto de la tripulación o personal de soporte.

IV.8. Ley de Sociedades del Estado (ley 20.705)

La ley de Sociedades del Estado, que reglamenta la constitución de estas personas jurídicas, establece que se encuentran sometidas, en cuanto a su constitución y funcionamiento, a las normas que regulan a las sociedades anónimas (en cuanto fueran compatibles).

En lo que hace a su extinción, el art. 5º dispone: "[N]o podrán ser declaradas en quiebra. Solo mediante autorización legislativa podrá el Poder Ejecutivo resolver la liquidación de una sociedad del Estado".

De esa manera, si recordamos que, en lo que refiere a una sociedad comercial, las relaciones laborales que se originan en ellas, cuando se inicia un proceso de concurso preventivo o quiebra, son remitidas, por fuero de atracción, al juzgado competente para entender en ese proceso, se plantea un supuesto de interesante análisis con relación a lo que sucede en las relaciones laborales que se originan dentro de la Sociedad del Estado.

Por no existir un supuesto de quiebra o concurso preventivo y, en consecuencia, fuero de atracción, las acciones laborales iniciadas permanecerían en la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo —en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires— en razón de la doble naturaleza que esta posee. Y a ello debe agregarse que, dado que la persona demandada es el Estado federal, podría considerarse que estamos frente a un caso de competencia federal en razón de la persona.

Por otro lado, el art. 7º de la ley dispone: "[L]os directores de las sociedades del Estado estarán sometidos al régimen de incompatibilidades previsto por el art. 310, primera parte, del dec.-ley 19.550/1972". Existen distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la relación existente entre los directivos de una sociedad y esta, pero, podrían dirimirse ante la Justicia Nacional del Trabajo en razón de la doble naturaleza que vengo explicando las acciones que versen sobre los beneficios sociales que integren la remuneración de los directores y figuras asimilables previstas en esta ley.

IV.9. Estatuto del Jugador de Futbol Profesional (ley 20.160)

El Estatuto del Jugador de Futbol Profesional, que rige a la actividad a lo largo y ancho del país, también contiene disposiciones de carácter federal.

Su art. 23 establece la creación de un Tribunal Arbitral, que estará compuesto por 6 integrantes, que pertenecen al Poder Ejecutivo, a la AFA y a la asociación profesional con personería gremial de la actividad.

Este Tribunal, de conformidad con el art. 24, tiene como función entender en "a) En los conflictos individuales que se susciten entre los jugadores profesionales y los clubes, respecto de las relaciones establecidas en el contrato que los vincule; b) En las sanciones disciplinarias que los clubes apliquen a los jugadores y que estos consideren injustas o arbitrarias".

Por último, el art. 25 establece que las resoluciones de dicho tribunal serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. En esta línea, dado que el estatuto regula la actividad profesional a nivel federal, indudablemente, nos encontramos frente a un supuesto de naturaleza federal del derecho del trabajo.

IV.10. Ley de Inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los tribunales argentinos (ley 24.488)

Las relaciones laborales que nacen entre un Estado extranjero y sus dependientes que pres-

tan servicios en una embajada, constituyen —a mi humilde entender— una relación de naturaleza federal que debe ser analizada como un caso análogo de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros (art. 116, CN). Digo esto porque, si bien el nivel jerárquico, las funciones y el poder que se le otorga a ellos son diferentes, ambos se encuentran, en lo que hace a la prestación de servicios, representando a un país extranjero. Tal es así que normalmente el salario que se abona al personal de las embajadas se dispone fuera del marco de las convenciones colectivas de trabajo y se trata de una atribución discrecional del empleador. Incluso, en muchos casos, las remuneraciones de disponen a partir de regulaciones del propio estado contratante y en su moneda nacional.

No resultaría posible entonces que la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires entienda en una controversia entre un Estado extranjero y su personal, en atención a la naturaleza de "Estado extranjero" del presunto empleador.

El art. 2º de esta ley si bien dispone que los estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción "cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional", no contempla que sea la justicia local quien dirima estos conflictos y, por el contrario, ello encontraría correlato con la competencia atribuida a la justicia federal para intervenir en las causas concernientes al personal diplomático (art. 116, CN).

V. Derecho colectivo del trabajo

V.1. Ley de Conflictos del Trabajo (ley 14.786)

Esta norma regula la etapa de conciliación y arbitraje en los conflictos laborales colectivos en los que deba entender el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, y establece que la sentencia arbitral dictada en su marco solo es recurrible mediante recurso de nulidad, el que deberá interponerse conforme a lo prescripto en el art. 126, *in fine* del dec. 32.347/1944 (ley 12.948). Es dable recordar que el dec. 32.347/1944 —que posteriormente fue ratificado por la ley 12.948—, disponía la creación de la Justicia Nacional del Trabajo y su art. 126 establecía que este supuesto es de competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

V.2. Ley de Asociaciones Sindicales (ley 23.551)

La ley 23.551 de Asociaciones Sindicales es la norma que por excelencia demuestra la naturaleza federal del derecho del trabajo. Su texto es claro cuando otorga competencia exclusiva a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para revisar actos del gobierno federal, competencia que no podría ser otorgada a ningún organismo jurisdiccional a nivel local o provincial.

A su vez, la norma dispone que las decisiones de las asociaciones sindicales de grado superior que disponen la intervención de una asociación de grado inferior son revisables exclusivamente por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Esta competencia, de indudable carácter federal, ha llevado a la Justicia Nacional del Trabajo a intervenir en controversias como "Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" **(4)**, o "Escalera, Orlando y otros c. Aceros Zapla SA" **(5)**, en el que, en este último caso, se analizó una resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de la Provincia de Jujuy.

El modelo construido guarda relación con la potestad del Estado federal de regular la conformación de entidades sindicales. No resultaría lógico, a partir de este modelo, que las autoridades provinciales puedan autorizar el funcionamiento de entidades sindicales que actuaran en un marco federal o interjurisdiccional.

V.3. Ley de Convenciones Colectivas del Trabajo (ley 23.546)

La citada ley regula el procedimiento de negociación colectiva del trabajo y en su art. 7º dispone: "[E]n los diferendos que se susciten en el cur-

(4) "Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales". CSJ 909/2010 (Fallos 340:437).

(5) CNTrab., en pleno, "Escalera, Orlando c. Aceros Zapla SA s/ diferencias de salarios". Fallo Plenario 318, TR LALEY AR/JUR/9525/2007.

so de las negociaciones se aplicará la Ley 14.786". Como ya expliqué, la ley 14.786 establece que la revisión judicial de los actos dictados en su marco son competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

V.4. Ley de Cobro de Aportes de Asociaciones Sindicales de Trabajadores (ley 24.642)

Esta ley, a pesar de contener solo 9 artículos, establece el procedimiento de cobro al que estarán sujetos los créditos de las asociaciones sindicales de trabajadores originados en la obligación del empleador de actuar como agente de retención de las cuotas y contribuciones que deben abonar los trabajadores afiliados a ellas.

Dada la naturaleza de la contribución que debe efectuar el trabajador, el art. 5º dispone: "[E]n la Capital Federal las asociaciones sindicales de trabajadores podrán optar por la justicia nacional con competencia en lo laboral o por los juzgados con competencia en lo civil o comercial". Sin embargo, a la hora de establecer la competencia en el territorio de las provincias, dispone que "la opción será entre la justicia en lo federal o la civil y comercial de cada jurisdicción". En este caso, nos encontramos ante un supuesto de opción, pero que no deja de marcar que existe un componente federal en la ecuación. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, este se encontraría demostrado por la competencia atribuida a la Justicia Nacional del Trabajo.

V.5. Ley de Negociación Colectiva para los Trabajadores Docentes (ley 23.929)

En ella se establece la creación de un procedimiento para la negociación colectiva con los docentes a nivel federal. Para llevarla a cabo, su art. 19 dispone que la Comisión Federal de Política Laboral para los trabajadores docentes requerirá: "a) La participación de la jurisdicción nacional, representada por al Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.; b) La participación de las provincias, en un número no inferior a doce [12], decidida mediante actos emanados de los respectivos órganos competentes para hacerlo; c) La participación de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial en los términos del art. 4º". En este sentido, la norma prevé expresamente la constitución de esta comisión con la integración del estado federal y de estados provinciales, por lo que nos encontramos ante un supuesto donde existen competencias que se fusionan o combinan para llevar adelante la negociación, cuyo resultado obligará, tanto al Estado Federal, como a los estados provinciales que deciden someterse a este régimen. Por la integración de la comisión, no parece posible que un órgano con competencia ordinaria revise las decisiones adoptadas, sino que requiere de una revisión de un órgano federal. En este caso, al ser la CNTrab. el órgano competente para entender en las controversias que podrían suscitarse queda demostrado que estamos ante otro supuesto de la naturaleza federal del derecho del trabajo.

VI. Inspección del trabajo

VI.1. Reglamento para el procedimiento de aplicación de sanciones por infracciones a las normas de ordenamiento y regulación de la prestación de trabajo (ley 18.695)

El reglamento dispuesto por la ley 18.695, que establece sanciones por infracciones a las normas de ordenamiento y regulación de cómo se presta el trabajo, también tiene supuestos que demuestran la naturaleza federal del derecho del trabajo.

Tan es así, que su art. 11 explica que la resolución de imponga una multa, puede ser apelada —luego de haber sido pagada— en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mientras que, en el ámbito territorial de las provincias, será competente para entender en la apelación la Justicia Federal.

Por otra parte, el art. 12 que establece el procedimiento de ejecución de la multa y la posible conversión de ella en arresto, explica que el juez competente para entender en estos supuestos es "el Juez Nacional del Trabajo de la Capital Federal o el Juez Nacional en lo Federal, en su caso".

Por último, con referencia a la apelación en los términos del art. 11 de la ley, el art. 13 dispone: "[L]a Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la Capital Federal o el Juez Nacional en lo Federal en su caso, dispondrán dentro de los Quince [15] días de recibidas las actuaciones, la celebración de una audiencia en la que el empleador sancionado y el letrado de la Autoridad

de Aplicación, en forma verbal y actuada, podrán alegar sobre los hechos, sobre la legitimidad de la instrucción sumarial y sobre la procedencia de la sanción y de su graduación".

En estos supuestos, donde se equipara a los magistrados de la Justicia Nacional del Trabajo con los de la justicia federal en las provincias, no cabe lugar a dudas sobre la competencia federal de los primeros.

VI.2. Pacto Federal del Trabajo (ley 25.212)

El Pacto ratificado mediante la ley 25.212, si bien contiene en su interior la voz "federal", lo cierto es que no regula exclusivamente materias de esa índole. En efecto, su anexo II dispone un régimen general de sanciones laborales que en su art. 6º aclara que "cada jurisdicción aplicará conforme a sus facultades las normas de procedimiento para las previsiones de esta Ley, garantizando la eficacia de este régimen y el derecho de defensa". De esta manera, observamos que quienes intervinieron en la adopción del presente pacto desearon que el régimen de infracciones previsto en él permaneciera en el ámbito de cada jurisdicción.

Ahora bien, respecto a su anexo I, el cantar es otro. Este dispone la creación y competencia del Consejo Federal del Trabajo. Dada la naturaleza y composición de este ente (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las administraciones del trabajo de cada una de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), las decisiones adoptadas por él no podrían ser revisadas en organismos jurisdiccionales provinciales, sino que debe intervenir la Justicia Federal. Este es otro supuesto donde la CNTrab. tiene competencia federal.

VII. Construcción de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 alteró significativamente el mapa del federalismo argentino. Es necesario recordar que, previo a la reforma, en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaba instituida la Capital Federal y los habitantes que la integraban no tenían derecho a elegir a sus representantes. El poder ejecutivo local era ejercido por el intendente de la Capital Federal, quien era designado directamente por el presidente de la Nación. En la rama legislativa, si bien existía un Consejo Deliberante, sus facultades resultaban bastante limitadas y era el Congreso Nacional quien sancionaba leyes "locales", de aplicación estricta al territorio de la ciudad. El Poder Judicial era ejercido por los tribunales integrantes de la mal llamada "justicia nacional", que hoy siguen siendo conocidos por ese nombre o también por "justicia ordinaria".

Ahora bien, a partir de la reforma constitucional y con la incorporación del art. 129, se estableció que la Ciudad de Buenos Aires tendría un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción. Se estableció en el mismo artículo que la ley garantizaría los intereses del Estado Nacional en su ámbito territorial mientras la ciudad sea la capital de la Nación.

En el marco de este artículo, se sancionó en 1995 la ley 24.588, también conocida como "ley Cafiero". Esta norma buscaba establecer un régimen transitorio vigente hasta que las instituciones de la ciudad fueran creadas y sus autoridades electas. Sin embargo, en lo que hace a la administración de justicia, su art. 8º estableció que "la justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaría locales".

Este particular artículo sigue siendo, 25 años después de su sanción, objeto de numerosos debates. Un sector de la doctrina entiende que, a partir de su promulgación, la "justicia nacional" debe permanecer en la órbita del Poder Judicial de la Nación, en orden a los intereses que tiene el Estado Federal en la Ciudad de Buenos Aires. Otro sector, alejado de esta postura, sostiene que el citado artículo resulta inconstitucional y atenta contra la autonomía otorgada por el constituyente a la Ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse sobre los alcances de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires en distintos fallos. Sin embargo, el debate no se encuentra terminado, sino que, a partir del fallo "Levinas" —que explicaré a continuación—, se encuentra en su punto más álgido.

Si bien existen diversos fallos de la CS sobre la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, seleccioné los que, a mi entender, resultan más importantes para entender la postura que ha adoptado la CS los últimos años.

VII.1. "Corrales, Guillermo G. y otro s/ habeas corpus"

En diciembre de 2015 la CS tuvo la oportunidad de expresarse sobre el tópico en la causa "Corrales*"* **(6)**. Allí estableció que "a los efectos de dirimir cuestiones de competencia, no corresponde equiparar a los tribunales nacionales ordinarios con los federales" [criterio luego sostenido en la causa "Nisman" **(7)** para determinar cuál era el órgano jurisdiccional competente para investigar la muerte del Fiscal] y que, a partir de la autonomía consagrada en la Constitución Nacional, debía concluirse que el carácter "nacional" de los tribunales ordinarios de la Capital Federal era meramente transitorio y su continuidad se encuentra supeditada a que tengan lugar los convenios de transferencias correspondientes. Con relación a las transferencias, es posible concluir que la CS se refiere en este punto a los convenios previstos por el art. 6º de la ley Cafiero **(8)**.

Por otro lado, en el citado precedente, la CS exhortó a las autoridades competentes para que adopten las medidas necesarias para garantizarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el pleno ejercicio de las competencias ordinarias en materia jurisdiccional.

VII.2. "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Córdoba, provincia de s/ ejecución fiscal"

Se hace necesario mencionar también el fallo "GCBA c. Provincia de Córdoba" **(9)** en el que la Corte estableció que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el mapa del Estado federal argentino, revestía el carácter de "ciudad constitucional federada" y que, en ese sentido, resultaba equiparable a las provincias en cuanto a sus facultades jurisdiccionales. En este sentido el máximo tribunal expresó que "la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene el mismo puesto que las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación".

Por último, el Máximo Tribunal concluyó que "corresponde que la Corte se desligue de 25 años de instituciones porteñas inconclusas y, en el ámbito de la competencia originaria, le reconozca a la ciudad el derecho a no ser sometida ante tribunales ajenos a la plena jurisdicción que le garantiza la Constitución Nacional, ya que la Ciudad Autónoma, tal como sucede con las provincias, se ve afectada en su autonomía cuando es forzada a litigar ante tribunales de extraña jurisdicción".

VII.3. "Bazán, Fernando s/ amenazas"

Finalmente, en el fallo "Bazán" **(10)**, la Corte plasmó con mayor fuerza la ideas expuestas en "Corrales" y "Nisman" y sentó como doctrina que "si la contienda se produce entre magistrados con competencia penal no federal que ejercen su jurisdicción en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ella debe ser resuelta en el marco de la doctrina establecida en el precedente 'Nisman' (CS, Fallos: 339:1342) con apoyo en lo decidido en 'Corrales' (CS, Fallos: 338:1517) en punto a que, reconocido la autonomía porteña por la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994, las competencias que actualmente ejerce la justicia nacional ordinaria deben ser transferidas al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Con este fallo la CS establece que, desde ese entonces, los conflictos de competencia suscitados entre organismos jurisdiccionales que deberían encontrarse en la órbita de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (es decir, la "justicia na-

(6) "Corrales, Guillermo G. y otro s/ hábeas corpus", 007614/2015/CS001 (Fallos 338:1517).

(7) "N.N. y otros s/ averiguación de delito - damnificado: Nisman, Alberto y otros". CCC 3559/2015/16/5/1/RH8 (CS, Fallos: 339:1342).

(8) Art. 6º — El Estado Nacional y la ciudad de Buenos Aires celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes.

(9) "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Córdoba, Provincia de s/ ejecución fiscal". CSJ 2084/2017 (Fallos 342:533).

(10) "Bazán, Fernando s/ amenazas". CSJ 004652/2015/CS001 (CS, Fallos: 342:509).

cional" y la justicia de la Ciudad de Buenos Aires), deben ser resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires, como órgano superior jerárquico común.

Con fuertes palabras, el Tribunal recordó la invitación a las autoridades para que realicen los convenios de transferencia correspondientes dispuesta en la causa Corrales y expuso en ese sentido que "a cuatro años de la exhortación realizada en el precedente 'Corrales' (CS, Fallos: 338:1517), a veintitrés de la sanción de la constitución porteña y a veinticinco de la reforma de la Constitución Nacional, el panorama actual muestra que el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad han avanzado mínimamente en las gestiones tendientes a concretar de manera íntegra y definitiva la transferencia de la justicia nacional ordinaria al ámbito que constitucionalmente le corresponde y la Ciudad permanece por esa razón con sus instituciones inconclusas, detenta un poder ejecutivo y una legislatura propios en pleno funcionamiento, pero no tiene aún en marcha un poder judicial completo".

Agregó a ello que, la omisión de transferencia de las competencias de la Justicia Nacional constituía un incumplimiento literal de la Constitución Nacional y ello implicaba un claro debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. Expuso también que la falta de transferencia de las competencias implicaba que veintitrés provincias argentinas deban hacerse cargo de financiar el servicio de administración de justicia en el distrito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con base en lo expuesto, la CS determinó que, dado que se desoyó el exhorto realizado en la causa Corrales, ejercería una de las atribuciones conferidas en el dec.-ley 1285/1958 y, en ese orden de ideas, concluyó que, desde ese entonces, sería el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el órgano encargado de conocer en los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad.

VII.4. "Irigoyen, Walter D. c. Galeno ART SA s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)

En este punto, se hace necesario mencionar que, luego de sentada la doctrina en la causa "Bazán", la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo expuso en la causa "Irigoyen, Walter D. c. Galeno ART SA s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)" **(11)** importantes argumentos que permitirían apartarse del criterio sentado por la CS.

La sala fundó su postura en la doctrina que emana del fallo "Cerámica San Lorenzo" **(12)**, que establece que carecen de fundamento las sentencias de los jueces inferiores que se apartan de los procedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal y, en contraposición a ella, estableció los acertados fundamentos —a mi entender— que permiten apartarse de la doctrina que emana del caso "Bazán".

En ese sentido, la sala II de la CNTrab., determinó que "respecto de la competencia claramente federal que, desde sus inicios, en el año 1945, le ha sido atribuida a esta Justicia Nacional del Trabajo por la legislación adjetiva y de fondo, no corresponde que la resolución de un conflicto de competencia entre este Fuero y otro tribunal ordinario sea resuelta, por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

En orden a ello, explicó que "en materia sindical, en nuestro orden jurídico es tradicional la federalización del control de las asociaciones gremiales, como también lo es en la legislación de los EE.UU. En coherencia con ello, la ley 23.551 (BO 22/04/1988), en su art. 56, instituyo al entonces Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (actual Ministerio de Producción y Trabajo) como la autoridad de aplicación de dicha norma legal y, en su caso, asigna expresamente a esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNTrab.) la competencia exclusiva para resolver las acciones (arg. 59, párr. 2º; 60 y 62, incs. a, c, d y e) y recursos (arg. arts. 59, párr. 3º, y 62, incs. b y f) lo cual pone de manifiesto que, en estos casos, *en los cuales se debaten cuestiones de encuadramiento sindical, simple inscripción gremial u otorgamientos de personaría de los sindicatos de todo el país,* no se está frente a litigios suscepti-

(11) "Irigoyen, Walter D. c. Galeno ART SA s/ daños y perjuicios (accidente de trabajo)". Expte. CNT 62752/2017. Sentencia Interlocutoria 80264.

(12) "Incidente de prescripción Cerámica San Lorenzo" (CS, Fallos: 307:1094).

bles de solución por la vía judicial ordinaria provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arg. art. 129 de la CN), si no, por el contrario, su resolución ha sido confiada a la *aptitud jurisdiccional originaria de esta Cámara, lo cual denota claramente que le ha sido atribuida una competencia de naturaleza federal"* (el destacado pertenece al original).

Sobre la solución de contiendas fundadas en la ley 23.551, concluyó la sala II de la CNTrab. que "desde esta perspectiva, solo un análisis superficial de las materias sometidas a conocimiento de este Fuero autorizaría afirmar que esta Justicia Nacional del Trabajo ejerce simplemente una competencia ordinaria. En efecto, sería inadmisible desde un punto de vista constitucional que un Tribunal ordinario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pueda resolver las acciones y recursos a los que aluden los arts. 59, 62 y concs. de la ley 23.551 en los cuales se cuestionan actos o resoluciones adoptadas por un órgano del Estado Nacional —v.gr.: Ministerio de Producción y Trabajo—, relacionados con causas que tienen origen en los distintos estados provinciales que conforman la República Argentina (arg. arts. 121 y concs. de la CN)".

Con relación a otros tópicos, la sala expuso que debe arribarse a una "similar conclusión con relación al carácter federal de los asuntos respecto de los cuales debe entender esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo se extrae del art. 200, párr. 4º, de la LCT, pues, conforme surge de la tesis sentada en CS, Fallos: 313:1221, 'resulta competente (...) respecto de resoluciones del Ministerio de Trabajo, que resuelven cuestiones vinculadas con el régimen de salubridad ambiental, ya que como el acto administrativo impugnado emana de autoridades nacionales debe ser revisado por los órganos con jurisdicción en el lugar de asiento de la autoridad cuyo acto se objeta' (CS, 20/11/1990, 'Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social')".

En orden a lo expuesto, concluyó que era la CS el órgano superior jerárquico común de la controversia (suscitada entre la Justicia Laboral y la Justicia Civil de la CABA) y, en consecuencia, remitió las actuaciones para que determinara quién era el órgano jurisdiccional competente, apartándose entonces, por resolución fundada, de la doctrina sentada en el caso "Bazán".

Cabe mencionar que la Corte desoyó los argumentos expuestos por la sala y remitió las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires para que resolviera la cuestión de competencia. Sin embargo, los fundamentos de este precedente fueron también adoptados por la sala VI de la CNTrab., en la causa "Zalazar, Mario O. c. Vieira Argentina SA s/ despido" **(13)**.

VII.5. "Levinas, Gabriel I. s/ SAG - otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en/ Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel I. s/ rendición de cuentas"

La construcción de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires —al menos en materia jurisdiccional— nos lleva a encontrarnos con el fallo dictado por Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en la causa "Levinas" **(14)**.

Este pronunciamiento ha generado, por así decirlo, controversias y opiniones encontradas. Quienes se encuentran a favor del completo traspaso de competencias a la Ciudad de Buenos Aires lo ven como un avance, aun cuando tuvo que realizarlo el Poder Judicial y no las autoridades competentes para realizar los convenios de transferencia. Quienes se oponen a ello, consideran la existencia de un avasallamiento de la Justicia de la Ciudad sobre la Justicia Nacional.

Lo cierto es que el dictado del fallo en cuestión abre distintas aristas de análisis sobre preceptos constitucionales y ello se traslada a la eterna discusión sobre si los tribunales nacionales —que la Corte explica que se encuentran transitoriamente dentro de la justicia nacional— deben ser trasladados o, incluso, si ya lo fueron —de facto— a partir del pronunciamiento del TSJ de la CABA.

(13) "Zalazar, Mario O. c. Vieira Argentina SA s/ despido". Expte. CNT 35414/2011. Sentencia Interlocutoria 48382.

(14) "Levinas, Gabriel I. s/ SAG - otros (queja por recurso de inconstitucionalidad denegado) en Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel I. s/ rendición de cuentas",TR LALEY AR/JUR/42817/2020.

Este pronunciamiento se origina a partir de la queja interpuesta por el demandado Levinas contra la resolución de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que no dio curso a un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia definitiva dictada por la sala.

Para rechazar el recurso de inconstitucionalidad, la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil señaló que la vía impugnatoria intentada no se encontraba prevista en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, norma procesal que rige para los autos que tramitan en ese fuero.

A la hora de interponer la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, el demandado sostuvo que la sentencia de Cámara no constituía una derivación razonada del derecho vigente por no respetar la competencia del Tribunal Superior de Justicia para entender en el recurso de inconstitucionalidad intentado, en virtud del fallo de la CS, "Bazán".

El Supremo Tribunal de CABA determinó dar traslado al recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, luego, a tenor de los argumentos que expresó la mayoría, resolvió hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la resolución de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

Para así decidirlo, el Supremo Tribunal de CABA retomó los argumentos expuestos por la CS en las causas "Corrales", "Nisman", "José Mármol 324" **(15)**, "GCBA c. Provincia de Córdoba" y "Bazán", y consideró con relación a la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires que "las competencias jurisdiccionales que actualmente ejercen los tribunales nacionales ordinarios corresponden constitucionalmente a la Ciudad de Buenos Aires", que "la incompleta transferencia de estas competencias a la Ciudad afecta la facultad de autogobierno de los integrantes de la comunidad local y provoca un grave desequilibrio en el sistema federal diseñado por la Constitución Nacional" y que "las autoridades constituidas —entre las que se encuentra este Tribunal Superior de Justicia en cuanto máximo órgano jurisdiccional local— tienen el mandato inexcusable de realizar todos los esfuerzos a su alcance para impulsar y promover —tal cual lo ha hecho la Corte Suprema en los precedentes citados— la consolidación de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (del voto de la Dra. De Langhe).

A partir de este pronunciamiento, el propio TSJ de CABA determinó que conocería "de los recursos de inconstitucionalidad y ordinario de apelación para ante él y de las quejas por su denegación establecidos en el art. 113, incs. 3º, 4º y 5º de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y reglamentados por las leyes 7 y 402 que ya se hubieran interpuesto y estuvieran en trámite o que se interpongan a partir de la presente contra las sentencias dictadas por tribunales de la justicia nacional de la Capital Federal ejerciendo facultades jurisdiccionales que constitucionalmente correspondan a la Ciudad de Buenos Aires y a su Poder Judicial".

En la parte resolutiva el TSJ de CABA determinó "mandar se registre, se notifique, se comunique mediante oficio electrónico a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al Juzgado Nacional en lo Civil Nº 75 por intermedio de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil". Esto originó un pronunciamiento en el expediente principal **(16)** de la citada Sala, la cual rechazó la instrucción impartida y ordenó notificar a la CS de dicha resolución.

VII.6. "Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel I. s/ rendición de cuentas"

Como expliqué más arriba, la resolución el TSJ de CABA originó un pronunciamiento, con fuertes palabras y argumentos, por parte de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, órgano jurisdiccional que intervino como Tribunal de Alzada en la causa.

El Tribunal Civil recordó que, en una oportunidad anterior, tanto la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y la Cámara Nacio-

(15) "José Mármol 824 (ocupantes de la finca) s/ incidente de incompetencia". CFP 009688/2015/1/CS001 (CS, Fallos: 341:611).

(16) "Ferrari, María Alicia y otro c. Levinas, Gabriel I. s/ rendición de cuentas". Expte. CIV 78500/2015, TR LALEY AR/JUR/44153/2020

nal de Apelaciones del Trabajo (mediante las acordadas de fechas 23/06/2016, 10/05/2016, y 07/04/2016 —ratificada el 10/04/2019—, respectivamente), se opusieron al traspaso de la Justicia Nacional al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, en virtud de diversos argumentos de índole constitucional que expusieron en cada pronunciamiento.

En su resolución, hizo especial hincapié en la ley Cafiero y en el texto de su art. 8º. A ello agregó que "—huelga recordarlo nuevamente— la validez constitucional de la ley 24.588 no ha sido discutida en el sub lite, es pertinente poner de resalto que la decisión que en su momento adoptó el Congreso Nacional, lejos de ser caprichosa, se explica fácilmente por el hecho de que los tribunales nacionales vienen ejercitando desde hace muchos años una jurisdicción que en los hechos no se circunscribe a la Ciudad de Buenos Aires sino que abarca a habitantes de todas las provincias de la Nación que vienen a litigar ante sus estrados; lo que no es de extrañar si se piensa que gran cantidad de empresas y compañías de seguros cuya actividad se desarrolla en varios puntos del país tienen su asiento en la ciudad, y que además, en muchas ocasiones, las partes pactan una prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales nacionales. Por no mencionar sino unos pocos ejemplos, los tribunales que integran este fuero deciden cotidianamente causas de responsabilidad extracontractual por hechos que tuvieron lugar en los más diversos rincones de la República, temas vinculados a buscadores de Internet, y conflictos que involucran a asociaciones o fundaciones —incluida, por ejemplo, la Asociación del Fútbol Argentino, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, la Fundación Cáritas, el Centro de Estudios Legales y Sociales, la Asociación Argentina de Actores, el Instituto Patria, la Asociación Mutual Israelita Argentina, etcétera— que desarrollan su actividad en todo el país. Asimismo, la Justicia Nacional en lo Comercial entiende frecuentemente en concursos y quiebras de sociedades cuya actividad comercial o empresarial se desarrolla, total o parcialmente, en el interior de la República y en las que interviene frecuentemente el Estado Nacional o sus dependencias, particularmente la AFIP".

En cuanto a la competencia, la Cámara Nacional en lo Civil expuso que sus consideraciones se veían reforzadas "por el hecho de que los tribunales nacionales también entienden en asuntos de naturaleza federal. Así —entre otros ejemplos—, las causas que versen sobre acciones civiles o comerciales, concernientes a la responsabilidad contractual o extracontractual, aunque la Nación, sus empresas o entidades autárquicas sean parte, siempre que se deriven de accidentes de tránsito, aun ferroviarios, corresponden a la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil (CS, 12/04/2016, 'Escaris, Sergio R. c. EN - DNV - OCCOVI y otros s/ daños y perjuicios', Fallos: 339:429, entre muchísimos otros), y este fuero también es competente en asuntos de responsabilidad médica que involucran a obras sociales, cuando además son demandados los médicos o los nosocomios (CS, 28/10/2008, 'Paulero, Pablo A. y otro c. Gozzi, Enrique A. y otros', LLOnline AR/JUR/12765/2008, entre muchos otros), así como en los recursos contra actos de la Inspección General de Justicia —que sigue perteneciendo a la órbita nacional en los términos del art. 10 de la ley 24.588— atinentes a asociaciones civiles y fundaciones (art. 16, ley 22.315). Por su lado, la Justicia Nacional en lo Comercial también es competente para resolver los recursos contra las decisiones de este último organismo atinentes a sociedades comerciales (art. 16 recién citado)".

En cuanto a la Justicia Nacional del Trabajo, en la que hacemos especial foco, la Sala A sostuvo que "entiende en cuestiones de empleo público (*vid*, por ejemplo, CS, 23/02/2010, 'Asociación Trabajadores del Estado c. Superintendencia de Seguros de la Nación', LLOnline AR/JUR/9514/2010), o en las que es parte la autoridad administrativa del trabajo (nacional), y en general en materia sindical (art. 62, ley 23.551)".

Como puede observarse, los argumentos expuestos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo tienen un fuerte punto de contacto con los argumentos desarrollados a lo largo de este trabajo.

Con una especial relación con el tema que nos ocupa, los integrantes de la Sala A refirieron que "al pretender erigirse en tribunal superior de las causas que tramitan ante la Justicia Nacional, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires se declara competente —implícitamente— para entender en todas las cuestiones de naturaleza federal que son de competencia

de esos tribunales nacionales (acciones concernientes a la responsabilidad contractual o extracontractual de la Nación, sus empresas o entidades autárquicas, en materia de accidentes de tránsito; asuntos de responsabilidad médica que involucran a obras sociales, cuando además, son demandados los médicos o los nosocomios; recursos contra actos de la Inspección General de Justicia; cuestiones de empleo público; causas en que es parte la autoridad administrativa nacional del trabajo; cuestiones sindicales regidas por la ley 23.551, etc., según ya se ha explicado *supra*), lo que contraviene derechamente el art. 116 de la CN y los arts. 2º, 12 y concs. de la ley 48".

Por otro lado, entre los fundamentos expuestos agregaron que "a tenor del dec.-ley 1285/1958, la ley 24.588, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y las demás normas concordantes, este Poder Judicial de la Nación no se confunde ni equipara con el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni tiene por cabeza a su Tribunal Superior de Justicia. Luego, la pretensión de este último de admitir un recurso no previsto por la ley, y revocar una resolución de esta cámara, carece de fundamento normativo y no puede ser avalada por este tribunal. Por el mismo motivo, tampoco se cumplirá con la pretensión del TSJ de que esta sala haga saber su decisión a la magistrada de primera instancia".

Afirmaron con fuertes palabras que "el intento de un tribunal que pertenece a otra jurisdicción de intervenir en el presente proceso no solo implica inmiscuirse en decisiones propias del Congreso Nacional, sino que lesiona —al mismo tiempo— el derecho de defensa en juicio de las partes, al alterar el esquema diseñado por la ley que determina quiénes son los jueces naturales en las causas civiles que tramitan ante la Justicia Nacional (art. 18, CN)".

Con relación a la aplicación del criterio sentado por la CS en la causa "Bazán", los integrantes de Tribunal explicaron que "es preciso poner de resalto que el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya considerado —en la causa "Bazán"— que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad es competente para resolver conflictos de competencia en determinados casos no implica que esa corte haya declinado su rol de cabeza del Poder Judicial de la Nación; lo que se evidencia, entre otras cosas, en que el supremo tribunal nacional continúa resolviendo al día de la fecha los recursos extraordinarios planteados por las partes frente a las sentencias dictadas por esta Cámara y las demás Cámaras Nacionales de Apelaciones". y que "en "Bazán" la Corte aplicó una norma vigente —el art. 24, inc. 7º, del dec.-ley 1285/1958—, y la interpretó en el sentido de que ella permitía al tribunal definir quién debía conocer en el conflicto de competencia (consid. 17). En la presente causa, por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires actúa sin fundamento en norma alguna, creando por su sola voluntad un recurso que la ley no prevé, y contraviniendo lo que disponen expresamente el dec.-ley 1285/1958, la ley 24.588, y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Para terminar, y con criterio que entiendo acertado, agregaron que luego de la resolución mediante la cual se rechazó dar curso al recurso de inconstitucionalidad, el demandado interpuso un recurso extraordinario contra la sentencia de la cámara, en el que expresó: "La resolución que se impugna constituye la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, pues proviene de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal...". De esa manera, la Sala A concluyó que, en orden a ello, el demandado consintió el rechazo de dar curso al recurso de inconstitucionalidad y reconoció expresamente que el superior tribunal de la causa era la Sala y no el TSJ de CABA. De ahí que, en palabras de la Sala —que comparto— el demandado estaba incurriendo en una violación de la doctrina de los actos propios.

VII.7. Consecuencias del fallo "Levinas" del TSJ

Ahora bien, considero que el fallo del TSJ origina problemas de los más diversos y resulta un exceso en las atribuciones conferidas al Tribunal por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Bazán".

Digo esto, porque el Máximo Tribunal consideró que Tribunal Superior resultaba el órgano superior jerárquico común entre los tribunales nacionales que transitoriamente se encuentran en el Poder Judicial de la Nación pero que entienden en competencias de derecho común y los tribunales que forman parte del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, mas no consideró que

tuviera la competencia, aún, para dejar sin efecto un pronunciamiento dictado por una Cámara Nacional, menos aún, cuando los procedimientos de las jurisdicciones se encuentran regulados por normas procesales diferentes.

Por otro lado, aún de manera transitoria, los órganos integrantes de la Justicia Nacional se encuentran insertos en el Poder Judicial de la Nación y es solo la CS —en el marco de la ley 48— quien puede revocar un pronunciamiento dictado por ellos.

Si quisiera obviarse todo esto y analizar los efectos prácticos de la solución adoptada por el TSJ de CABA, el panorama se observa desfavorable. Se produce un horizonte de inseguridad jurídica para los justiciables, pues, a partir del fallo dictado por esta, no pueden determinar con certeza cuál es el tribunal superior de la causa, cuyo pronunciamiento es necesario para abrir la instancia extraordinaria ante la CS.

A su vez, esto genera peores efectos en el ámbito de la justicia laboral, que protege sujetos a los que el constituyente les otorgó una tutela preferente, pues, a partir del fallo "Levinas", los trabajadores que deban dirimir sus causas en la competencia territorial de la Ciudad de Buenos Aires deberán atravesar una instancia impugnatoria adicional —no prevista en el Cód. Proc. Civ. y Com.— para acceder a la revisión extraordinaria de la CS.

Para concluir, no digo que a partir del dictado de las causas que se reseñaron en este capítulo no sea posible arribar a la misma conclusión a la que llegó el Tribunal Superior de Justicia de CABA, sino que, a mi entender, en caso de compartir fundamentos, debería ser la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien determine si el Tribunal Civil o Laboral posee esa competencia o no.

VIII. Conclusión general

Como dije al principio, este trabajo busca determinar dónde podemos encontrar al derecho del trabajo en el esquema que divide al derecho argentino entre "común" y "federal". A lo largo de la primera y segunda parte expuse las razones por las que —a mi entender— el derecho del trabajo argentino tiene una doble cara, una doble naturaleza y forma parte tanto del derecho común, como del derecho federal.

Luego, en la tercera parte, reseñé la jurisprudencia de la CS que desarrolla la autonomía jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las bases que permitirían —según un sector de la doctrina— el traspaso de la Justicia Nacional del Trabajo a la órbita del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Resta ahora efectuar la conclusión a la que arribo a partir de lo expuesto. Creo que es indudable la doble naturaleza del derecho del trabajo. Su aspecto federal se encuentra plasmado en distintas leyes y, aun cuando no lo estuviera, a partir de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de los tribunales inferiores en los que se suscitan controversias de materias federal, se puede arribar a la misma conclusión.

Es oportuno recordar que, una vez creada la Justicia Nacional del Trabajo en la Capital Federal, se presentó el problema de garantizar órganos jurisdiccionales especializados en el territorio de las provincias. Esto ocasionó un gran problema para el presidente Perón —quien impulsó la creación de este fuero—, ya que, a partir del diseño constitucional, la aplicación de la legislación "común" era potestad indelegada de las provincias. De esa manera, resultaba imposible garantizar la aplicación de las normas laborales creadas en el interior del país. El presidente Perón, que tenía en miras un proyecto federal de justicia laboral, diagramó dos esquemas que le permitirían obtener el resultado deseado.

El primero fue el dec. 6717 de 1946, que consideraba prudente y necesario extender a toda la población los beneficios de una justicia especializada del trabajo, pero que ello no resultaba posible en la modalidad de tribunales federales en virtud de los entonces arts. 67, inc. 11 y 100 de la CN. En ese orden de ideas, el decreto invitaba a las provincias a suscribir con el gobierno federal un tratado de administración de justicia para organizar tribunales el trabajo. Dicho acuerdo debía ser ratificado por los congresos provinciales y por el Congreso Nacional y las distintas jurisdicciones debían comprometerse a seguir el modelo de los tribunales de la capital. Mediante el proyecto se proponía la creación de un número fijo de juzgados en cada provincia y cámaras de

apelaciones en las ciudades más pobladas, como La Plata, Rosario, Paraná, Mendoza, San Juan y Córdoba. A su vez, se establecía la creación de organismos de conciliación. En este proyecto, el presidente de la Nación mantenía la potestad de designar a los magistrados con acuerdo del Senado a partir de propuestas efectuadas por las provincias (Palacio J. M., 2018).

Una segunda iniciativa mucho más ambiciosa y presentada como proyecto de ley, buscaba la extensión del fuero del trabajo a la jurisdicción federal. Entre los fundamentos del proyecto, se expuso que "la legislación del trabajo, por su propia naturaleza, tiende a la unificación y no ya en un sentido puramente nacional, sino también en un concepto de universalidad, a que debe llegarse no solo por un imperativo de justicia social hacia todos los trabajadores, especialmente hacia los más débiles económicamente, sino también por necesidades encaminadas a aseguran la paz internacional" y que "a tales ideas obedeció la parte XIII del Tratado de Versailles, cuyas normas fueron ratificadas por la Nación Argentina en la ley 11. 722; y es claro que si en ese concepto ecuménico se inspiró la orientación de nuestro país, con mucho mayor motivo habría de seguir igual trayectoria en el aspecto interno de la legislación del trabajo, que no podía estar concebida de distinta manera en unas y en otras provincias, pues no era posible que los derechos de los trabajadores, tuviesen distinta regulación a distancia muchas veces de pocos kilómetros, tanto menos cuanto que ciertas clases de trabajadores se ven precisados a un constante desplazamiento del lugar para encontrar labor".

En orden a ello, se ultimaba en los fundamentos del proyecto que "de nada serviría el reconocimiento de un criterio legislativo unificador, si luego en la aplicación de la ley se admitía una diversidad de jurisdicciones, tanto en el orden administrativo como en el judicial".

El texto normativo establecía en su art. 1º que se declaraba la jurisdicción Nacional del Fuero del Trabajo creado por dec.-ley 32.347/1944. A su vez, preveía que sería el Poder Ejecutivo Nacional quien determinaría el número de juzgados correspondientes a cada provincia y el lugar de donde ellos estarían emplazados. Por otro lado, se disponía la creación de una "Sala de Justicia del Trabajo", en las cámaras federales existentes, que actuaría como cámara de apelaciones. También se crearía una "Sala de Justicia del Trabajo" en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tendría funciones de casación.

Ninguno de los proyectos prosperó. Mientras la primera iniciativa no tuvo la repercusión esperada en los gobiernos provinciales, la segunda no traspasó las cámaras del Congreso.

En las antípodas de lo pensado por Perón, se encuentran las ideas del traspaso y con relación a ellas no es posible dejar de plantear el siguiente interrogante: ¿Es posible realizar la transferencia de la Justicia Nacional del Trabajo a la jurisdicción del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires?

En estas condiciones, creo que no. Señalo esto por el simple hecho de que, en nuestro esquema constitucional, la competencia federal está reservada para la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los tribunales inferiores de la Nación, entendiéndose por tales a los tribunales federales que integran el Poder Judicial de la Nación. Como hemos visto, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y todos los juzgados que la integran, son órganos que tienen competencia federal y, en consecuencia, se encuentran insertos en el esquema del art. 116 de la CN.

No soslayo que, en la cara o contracara —depende de donde nos situemos— del derecho del trabajo, encontramos la materia común u ordinaria que resulta competencia de las provincias y esos casos deben ser dirimidos en cada jurisdicción. Resolver este conflicto parece difícil, pero no es imposible. En caso de querer avanzar con el traspaso, la única solución valida desde la óptica constitucional sería la creación de la Justicia Federal del Trabajo, situación que ya se replica en las otras materias en las que entiende la Justicia Federal. Entonces, se pueden dividir de manera clara las competencias que este nuevo fuero tendría e, incluso, por cuestiones de especialidad, podría entender —además de los temas expuestos en este trabajo— en contiendas en las cuales hasta ahora entienden otros fueros, como, por ejemplo, las acciones derivadas del empleo público.

Esta propuesta garantizaría que las cuestiones federales sean resueltas por los tribunales

federales competentes (art. 116, CN) y, a su vez, efectuar el traslado de las competencias ordinarias al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires para dar cumplimiento al mandato constitucional impuesto por los convencionales de 1994.

IX. Bibliografía

"Debate Parlamentario de la ley 12.948", 1946. Obtenido de Honorable Cámara de Diputados de la Nación: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_10001_20000.html.

PALACIO DE CAEIRO, S. B., "Competencia Federal", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

PALACIO, J. M., "La justicia peronista", Ed. Siglo XXI Editores Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

PALACIO, L. E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

"Primer Plan de Gobierno 1947-1951", 1946. Obtenido de Ministerio de Economía de la Nación: http://cdi.mecon.gob.ar/greenstone/collect/planesde/index/assoc.HASH0143.dir/doc.pdf.

RODRÍGUEZ, A. W., "Competencia Federal en materia laboral y jurisdicción marítima", Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1983.

Los trabajadores de plataformas de transporte de mercaderías y/o personas en Argentina: ¿autónomos o dependientes?

Carolina Belén Santana (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La dependencia en el derecho argentino.— III. La naturaleza jurídica de la plataforma y de la empresa.— IV. Indicios de autonomía.— V. Indicios de dependencia.— VI. El mercado de trabajo y los factores socioeconómicos.— VII. Conclusiones.— VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente trabajo trataré sobre la calificación jurídica que debe corresponderles a los trabajadores de plataformas, es decir, aquellas personas que trabajan realizando tareas asignadas a través de una aplicación.

Es importante destacar que existen numerosas aplicaciones diferentes, con características totalmente heterogéneas. Por lo tanto, el presente trabajo se circunscribirá únicamente a las aplicaciones que forman parte de lo que se llama "economía bajo demanda", que incluye a aquellas empresas que requieren la puesta a disposición de un trabajador para la realización de tareas que se le asignan a través de una plataforma digital, a cambio de una contraprestación económica. Y dentro de estas empresas, el trabajo solo se referirá a las plataformas que abarquen servicios de transporte de personas, de objetos y/o mercaderías.

Concretamente, se intentará responder la pregunta de si un trabajador de plataformas es, en realidad, un trabajador autónomo o un trabajador dependiente en los términos de la ley 20.744.

Para intentar responder esta pregunta, en primer lugar, se comentarán brevemente las características de la dependencia en el derecho argentino, luego se analizará la naturaleza jurídica de las empresas dueñas de las plataformas; y finalmente se detallarán los indicios de autonomía y dependencia, que son las principales tesis que intentan responder la pregunta planteada.

Al respecto, resulta relevante destacar que actualmente en el país la mayor parte de los trabajadores de plataformas se encuentra inscripto en el régimen de monotributo, es decir, está encuadrado en los hechos como un trabajador autónomo.

Existen otras tesis intermedias, como por ejemplo, el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes del derecho español, o los *workers* del derecho inglés, que abarcan casos en los que concurren ciertos rasgos de dependencia (como por ejemplo, la dependencia económica), pero no concurren otros. Por otro lado, también existen quienes optan por considerar que se debe dictar un régimen especial para regular la situación de los trabajadores de plataformas.

De todos modos, como ninguna de estas opciones intermedias existe hoy en el derecho ar-

(*) Abogada (UBA). People Partner en Unilever.

gentino, el presente trabajo se circunscribirá a las opciones disponibles que son el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo.

La Justicia Nacional del Trabajo no se ha expedido de manera contundente sobre la calificación jurídica de los trabajadores de plataformas. Solo contamos con algunas sentencias de primera instancia sobre medidas cautelares que se abordarán en el desarrollo del presente trabajo, y con un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNTrab.) del año 2019, que deja sin efecto una medida cautelar que había impuesto el juez de primera instancia, y que consistía en el desbloqueo de la plataforma Rappi de los trabajadores que habían participado en una medida de acción directa contra la empresa. En este pronunciamiento, la CNTrab. afirma que "En ese contexto y en el actual estado del trámite, es claro que esta sala se encuentra imposibilitada de calificar el vínculo entre las partes, porque ello, implicaría anticipar el criterio con el que solamente corresponde resolver cuando el expediente pueda volver al tribunal para dictar una sentencia definitiva que establezca en toda su extensión los derechos de las partes. Dada esa imposibilidad de calificar el vínculo, no cabe otra solución —se reitera, en este momento del trámite del expediente— que dejar provisoriamente sin efecto la medida dictada en primera instancia" **(1)**.

Por lo expuesto, si bien el trabajo se basará en el derecho argentino, se recurrirá a doctrina y jurisprudencia europea y en particular española, ya que, cuenta con un desarrollo mucho mayor en la materia, para incorporar mayores argumentos a la discusión.

Para finalizar, en el presente trabajo se hablará de "trabajador" o "trabajador de plataformas" en términos genéricos, sin prejuzgar su calificación como autónomo o dependiente; se hablará de "empresa" para referirse a las sociedades dueñas de las plataformas digitales; y se hablará de "usuarios" para designar a los particulares que contratan el servicio a través de la plataforma.

(1) "Rojas, Luis R. M. y otros c. RAPPIARG SAS s/ medida cautelar", CNTrab., sala IX. Fecha: 19/07/2019. Consid. 2º.

II. La dependencia en el derecho argentino

Para comenzar a introducirse en el tema y encontrar las notas características que diferencian a un trabajador dependiente de un trabajador autónomo es preciso definir, en primer lugar, qué es un contrato de trabajo para el derecho argentino y cuáles son sus elementos; y seguidamente qué es la dependencia para el derecho argentino.

Como primera aproximación a estos conceptos, corresponde analizar la legislación laboral en este sentido. Al respecto, podemos observar los artículos del cap. I de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT).

El art. 21 define al contrato de trabajo, afirmando que este existirá "cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración (...)".

Mientras que el art. 22 afirma: "Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de esta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen".

De estas dos definiciones podemos extraer los siguientes elementos característicos del contrato/relación de trabajo:

— *Voluntariedad:* "siempre que una persona física se obligue..." (art. 21); "en forma voluntaria" (art. 22).

— *Onerosidad:* "mediante el pago de una remuneración" (arts. 21 y 22).

— *Dependencia:* "bajo la dependencia de esta" (arts. 21 y 22).

Los dos primeros elementos parecen más sencillos de comprender, independientemente de los debates doctrinarios que puedan existir en los casos en que estos aparezcan atenuados o no aparezcan **(2)**. Resulta claro que la voluntа-

(2) A saber, los debates acerca de la laboralidad de los regímenes de pasantías o del voluntariado social por su

riedad exige la inexistencia de vicios que afecten el discernimiento, la intención y la libertad al momento de contratar; y que la onerosidad requiere la realización de tareas a cambio de una remuneración, que tiene carácter alimentario.

La dificultad surge al momento de definir la dependencia, y al diferenciarla del trabajo autónomo.

Al respecto, la doctrina ha afirmado que la dependencia se caracteriza por la subordinación del trabajador, y se manifiesta en un triple sentido:

"1) técnico: somete su trabajo a los pareceres y objetivos señalados por el empleador; resulta más amplia respecto de los trabajadores con menor calificación, y más tenue en relación con los más capacitados profesionalmente;

"2) económico: no recibe el producto de su trabajo y, en principio, no comparte el riesgo de la empresa; el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador a cambio de una remuneración, y no se beneficia ni perjudica por las mayor es ganancias o pérdidas derivadas de la explotación;

"3) jurídico: es la principal característica para configurar la dependencia; consiste en la posibilidad jurídica del empleador de dirigir en el empleo la conducta del trabajador hacia los objetivos de la empresa. El trabajador está sometido a la autoridad del empleador: facultades de organización, dirección, control y poder disciplinario" **(3)**.

El elemento técnico, entonces, no parece determinante *per se*, puesto que puede aparecer atenuado en casos en los que el trabajador esté muy calificado, o sea un experto en determinada materia.

El elemento económico no se circunscribe al hecho de necesitar una remuneración, sino más bien a que un móvil claro al momento de poner la fuerza de trabajo a disposición sea el hecho de percibir una remuneración, y también tener una ajenidad —al menos en principio— tanto de los riesgos de la empresa como de los frutos.

El elemento jurídico personal parece el más difícil de identificar y también el principal para tener por identificada la dependencia. Consiste básicamente en la facultad del empleador de organizar la actividad, dirigirla e imponer sanciones en caso de incumplimientos por parte del trabajador; lo cual constituye una suerte de "suma del poder público" aplicada a relaciones de trabajo en el ámbito del sector privado.

Dada la expuesta dificultad para identificar en determinadas situaciones la existencia de dependencia y consecuentemente del contrato de trabajo, el legislador ha incluido en el art. 23 de la LCT una presunción en favor de la existencia de este, afirmando: "El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio".

Por lo tanto, ante la comprobación de la prestación de servicios —como ocurre en el objeto de estudio del presente trabajo—, debemos partir de la base de que existe contrato de trabajo, y analizar las "relaciones o causas que lo motiven" para dilucidar si este realmente existe, o se trata de otra figura jurídica.

Por último, la LCT incluye en su art. 37 una característica principal del contrato de trabajo, que consiste en que este debe tener por objeto "la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada".

Todos estos elementos aportados por la legislación y la doctrina resultarán herramientas relevantes a la hora de analizar si la prestación de tareas de los trabajadores de plataformas en Argentina da lugar a una verdadera relación de trabajo o se trata de trabajadores autónomos que contratan libremente con sus clientes.

---

inexistencia de onerosidad; y el caso del trabajo carcelario por su atenuación en el elemento de la voluntariedad.

(3) GRISOLÍA, Julio Ar., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo Perrot, edición 2016, p. 10.

III. La naturaleza jurídica de la plataforma y de la empresa

Una de las cuestiones principales a dilucidar previo a adentrarse en el debate acerca de la dependencia o la autonomía de los trabajadores de plataformas es la naturaleza jurídica de la plataforma y de la empresa dueña de esta.

Como respuesta a esta pregunta aparecen dos principales opciones, que corresponden a modelos de negocio con ciertas similitudes, pero también con importantes diferencias.

El primero es el modelo de la economía colaborativa. Según un estudio del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) en conjunto con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) **(4)**, este está conformado por "aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda entre iguales" y "se orienta a aprovechar los bienes y recursos existentes e infrautilizados pudiendo existir o no una contraprestación monetaria entre los usuarios" **(5)**.

Como ejemplo claro de este modelo de negocio —aunque existen muchos otros— podemos identificar a la aplicación Airbnb, una plataforma de intermediación entre quienes tienen para ofrecer un alojamiento que tienen inutilizado, a personas que buscan una habitación, casa o departamento para alojarse temporalmente con fines turísticos, de viajes de negocios, etc. Al menos en la mayor parte de los casos en Airbnb intervienen partes iguales: por un lado, una persona que se registra en la plataforma como *host* (anfitrión) y ofrece alojamiento; y por otro quien se registra como *guest* (huésped). El precio es fijado libremente por el anfitrión, y de él Airbnb percibe una comisión por la intermediación.

El otro modelo de negocio es el de la economía *on-demand* o bajo demanda, que según CIPECC y la OIT "se constituye por modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda, habitualmente de profesional a consumidor (B2C). La prestación de servicios se origina con base en las necesidades del usuario que demanda y se adapta a sus preferencias. Normalmente tiene ánimos de lucro y genera un beneficio para el usuario-proveedor de bienes y servicios" **(6)**.

Aquí ya no nos encontramos frente a partes iguales que se conectan a través de una plataforma para ofrecer u obtener un bien infrautilizado; sino que nos encontramos ante un verdadero trabajador, que pone a disposición su fuerza de trabajo para realizar un servicio que un usuario demanda; a cambio de una contraprestación económica.

Si bien pueden tener importantes similitudes, y según la plataforma de que se trate pueda ser más o menos difícil dilucidar a qué grupo pertenece porque los rasgos tipificantes mencionados pueden presentarse atenuados, el estudio afirma: "La diferencia fundamental de este tipo de modelos bajo demanda y los modelos colaborativos es que entre los usuarios existe una relación comercial con ánimo de lucro, es decir, son plataformas en las que tiene lugar la prestación de un servicio ya sea por parte de profesionales o por parte de particulares, dependiendo del modelo" **(7)**.

En estesentido,lasplataformasobjetodelpresenteestudioformanpartedelaeconomía *on-demand*, puesto que no hay bien infrautilizado alguno, ni relación entre pares; sino que existe, por un lado, un grupo de personas que ponen su fuerza de trabajo a disposición, por otro un usuario que demanda un servicio, y por último, una empresa con ánimos de lucro que conecta a las anteriores.

Partiendo de esta base, cabe preguntarse si estas empresas dueñas de plataformas son meros intermediarios o si en realidad su principal actividad económica consiste, según el caso, en ofrecer un servicio de transporte de personas y/o de mercaderías.

Al respecto, la jurisprudencia comparada se ha expedido en dos sentencias contra la empre-

(4) MADARIAGA, J. — BUENADICHA, C. — MOLINA, E. — ERNST, C.(2019), "Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?", CIPPEC-BID-OIT, Buenos Aires, 2019.

(5) Ibíd., p. 16.

(6) Ibíd.

(7) Ibíd., p. 17.

sa Uber que dejan en claro su postura, y que, por la contundencia de sus argumentos comparto.

Ambas son sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala). La primera fue dictada en el año 2017 **(8)**, y al tener que responder "si los servicios prestados por esta sociedad (empresa Uber) deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios" optó por entender que Uber es una empresa que presta un "servicio en el ámbito de los transportes".

Esta decisión se funda en que "no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano", es decir, no es asimilable al modelo de economía colaborativa anteriormente expuesto.

Por el contrario, el Tribunal afirmó: "[E]sta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos" **(9)**.

En igual sentido decidió el Tribunal en el asunto C-320/16 **(10)** y justificó su decisión en que se trata de "una aplicación sin la cual esos conductores no habrían estado en condiciones de prestar servicios de transporte, y las personas que desean efectuar un desplazamiento urbano no habrían podido recurrir a los servicios de los citados conductores y, en segundo lugar, del hecho de que esa sociedad ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, en particular, estableciendo el precio máximo de la carrera, recibiendo este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso podía entrañar la exclusión de estos" **(11)**.

Ambas sentencias toman en consideración el hecho de que sin la aplicación los trabajadores no estarían en condiciones de prestar sus servicios de transporte; la influencia decisiva de la empresa dueña de la plataforma para fijar las condiciones la prestación de tareas y el del precio del servicio, sumado al hecho de que el dinero lo perciba la empresa, para luego abonar una suma mensual al trabajador; y el control sobre los vehículos y el comportamiento de los conductores que ejerce la misma empresa.

En suma, las plataformas objeto de este estudio son parte del modelo de economía *on-demand*, puesto que pertenecen a empresas con ánimos de lucro, cuya actividad principal no es la creación de software para mediar en relaciones entre pares sino, según el caso, la prestación de servicios de transporte de personas y/o mercaderías.

De este modo, *a priori* resultaría posible que estas empresas dueñas de plataformas se encuadren en la definición del art. 5º de la LCT que define a la empresa como "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos".

(8) "Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain SL (asunto C-434/15)", del 20/12/2017. Tribunal Supremo de Justicia (Gran Sala).

(9) Ibíd., Consid. 39.

(10) "Uber France SAS con intervención de Nabil Bensalem (Asunto C-320/16)", del 10/04/2018. Tribunal Supremo de Justicia (Gran Sala).

(11) Ibíd. Consid. 21.

De todos modos, si bien la calificación jurídica de la empresa dueña de la plataforma como prestadora de servicios, y no como mero intermediario, es un requisito esencial para adentrarse en el debate acerca de la existencia o no de contrato de trabajo en los términos de la LCT, esto no importa prejuzgar que los trabajadores de plataformas sean dependientes de la empresa.

En este sentido "si bien la consideración de la plataforma como mera intermediaria permite descartar que mantenga un vínculo laboral con los prestadores, la conclusión contraria que califique a la plataforma como proveedora del servicio subyacente no debe llevar automáticamente a afirmar que sus proveedores están vinculados con ella mediante una relación laboral" **(12)**.

Corresponde entonces, adentrarse en el análisis que permitirá resolver la principal cuestión de este trabajo, que consiste en definir si los trabajadores que realizan los repartos o los transportes deben ser considerados trabajadores autónomos —modalidad en la que actualmente se encuentran encuadrados en la práctica— o trabajadores dependientes de la empresa.

IV. Indicios de autonomía

Como se ha comentado brevemente en el apart. I, en la mayor parte de los casos objeto del presente estudio, la empresa exige a los trabajadores estar inscriptos en alguno de los regímenes para trabajadores por cuenta propia, que en Argentina son el monotributo y autónomos.

Por lo tanto, son las mismas empresas quienes sostienen que estos trabajadores son en realidad autónomos, y no existe relación de dependencia alguna con la empresa propietaria de la plataforma.

De todos modos, en el derecho argentino la calificación que las partes le hayan dado a la relación que las une resulta irrelevante para determinar la existencia o no de contrato de trabajo. Los arts. 14 y 23 de la LCT lo expresa en estos términos "Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley" y "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio ".

Esto es lo que se ha dado en llamar como "contrato realidad" por su referencia al principio de primacía de la realidad que impera en materia laboral.

Seguidamente, corresponde analizar los argumentos de la tesis que opta por encuadrar a los trabajadores de las plataformas objeto del presente análisis como trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Quienes sostienen esta tesis entienden que en el caso se presentan los factores voluntad y onerosidad, pero no concurre la dependencia (en particular en su faceta jurídico personal); por lo tanto, se debe descartar la existencia de contrato o relación de trabajo.

Para fundamentar su postura, toman en consideración ciertos indicios de autonomía tradicionales.

Partiendo de los elementos definidos en el apart. II, se abordarán los 3 principales elementos distintivos del trabajo autónomo, que se definen en contraposición con los elementos de la dependencia jurídico personal, a saber:

- Ausencia de organización y dirección de la actividad del trabajador por parte de la empresa.

- Ausencia de control y poder sancionatorio.

- Ausencia del carácter personal e infungible de la prestación.

(12) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "El Trabajo En Plataformas Digitales. Análisis sobre su Situación Jurídica y Regulación Futura", Ed. CISS, año de edición: 2018, p. 1021.

Al analizar cada uno de ellos, se mencionarán los indicios de autonomía que utilizan quienes sostienen esta postura.

IV.1. Ausencia de organización y dirección de la actividad por parte de la empresa

Para quienes defienden la tesis de la autonomía, no existe en la relación entre los trabajadores de plataformas y las empresas una relación en la que exista organización y dirección de la actividad por parte de esta última. Por el contrario, el trabajador es independiente y puede definir cuestiones esenciales a la hora de prestar su servicio, sin o con muy baja interferencia por parte de la empresa en sus decisiones.

Algunos de los puntos que evidenciarían que no existe organización y dirección de la actividad por parte de la empresa son los siguientes:

a. Inexistencia de sujeción a un horario de trabajo fijo, determinado por la empresa: uno de los tradicionales indicios de dependencia está relacionado con la sujeción del trabajador a una jornada determinada, y definida por su empleador. En el caso de los trabajadores de plataformas, este elemento aparece por lo menos atenuado, puesto que la empresa define ciertas franjas horarias de trabajo y es el trabajador quien opta por la que desea, pudiendo incluso solicitar que se le quiten las horas ya asignadas si no puede trabajarlas por algún motivo.

b. La jurisprudencia comparada tiene pronunciamientos que avalan esta tesis: al momento de decidir acerca de la dependencia de un trabajador de plataformas contra la empresa Glovo, el Juzgado de lo Social de Madrid ha dicho: "El demandante no tenía jornada ni horario . Él decidía la franja horaria en la que deseaba trabajar, elegía los pedidos que le interesaban y rechazaba los que no quería (...)" **(13)**, y en este mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Madrid, al revisar la sentencia anterior ha concluido: "Ciertamente parecería, en principio, difícil, admitir que la relación es laboral si el repartidor puede elegir estar disponible o no, escoger la franja horaria, o rechazar pedidos, lo cual se presenta como serio obstáculo para la declaración de relación laboral" **(14)**.

Posibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas: este indicio es muy particular del caso de los trabajadores de plataformas, a quienes se les asignan micro tareas consistentes en el transporte de personas o de cosas; y se relaciona estrechamente con el punto anterior, atento a que ambos tienen que ver con la "libertad" del trabajador para definir qué tareas realizar y cuando hacerlo.

Ausencia de obligación de concurrir al establecimiento del empleador o lugar de trabajo designado por este: otro indicio tradicional de autonomía tiene que ver con el hecho de que el trabajador no concurre al lugar designado por el empleador. En caso de los trabajadores de plataformas, la aplicación les asigna de qué lugar a qué lugar debe dirigirse y qué hacer, con base en la necesidad del usuario. En este sentido, el Juzgado de lo Social de Madrid ha dicho "Los indicios comunes de dependencia más habituales son la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por este y el sometimiento a un horario" **(15)**, cuestiones que a su criterio, no concurren en el caso.

c. Propiedad del trabajador de las herramientas de trabajo: este es uno de los indicios más fuertes que sostienen quienes utilizan esta tesis para fundamentar que se trata de trabajo autónomo, y consiste en que el trabajador utiliza herramientas propias para poder realizar sus tareas, y no aquellas que le provee la empresa. Por lo general, se trata de un teléfono móvil con conexión a internet y un medio de transporte que puede ser, según el caso, auto, bicicleta o moto. En algunos casos, se adiciona una mochila con el logo de la empresa, que funciona a modo de caja para transportar mercaderías, y que los trabajadores deben comprar, ya que, no les es provista.

(13) Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Madrid, sección 39. Nro. De Recurso: 1353/2017. Nro. de Resolución: 284/2018. Fecha: 03/09/2018.

(14) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social de Madrid, sección 4. Nro. de Recurso: 195/2019. Nro. de Resolución: 715/2019. Fecha: 19/09/2019.

(15) Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Madrid, sección 39. Nro. de Recurso: 1353/2017. Nro. de Resolución: 284/2018. Fecha: 03/09/2018.

El Juzgado de lo Social de Madrid, al mencionar los elementos que hicieron a su convicción de que en el caso que tuvo que analizar no existía relación de dependencia, menciona que "las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las pone el repartidor" **(16)**.

d. Posibilidad de optar por la forma que el trabajador considere más adecuada para prestar la tarea (como por ejemplo, elección de la ruta que considere más adecuada): otro indicio que utilizan quienes consideran que los trabajadores de plataformas son autónomos es el hecho de que pueden decidir la forma en que prestan la tarea encomendada, por ejemplo, decidiendo la ruta que consideren más conveniente para realizar el traslado o llevar el pedido, lo cual indicaría una falta de imposición por parte de la empresa de las condiciones en las cuales se presta el servicio.

e. Retribución variable, de acuerdo con las tareas efectivamente prestadas: otro indicio que aunque no resulta determinante *per se*, sí podría contribuir a formar la convicción de que los trabajadores de plataformas son autónomos es el hecho de que son retribuidos por los servicios efectivamente prestados, y no cobran un monto fijo por un determinado periodo de tiempo de trabajo.

En este sentido, la jurisprudencia española ha destacado que "el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de esta con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada" **(17)** es un indicio de ajenidad.

f. Asunción por parte del trabajador de los riesgos de la actividad: otro de los elementos que aportarían a la convicción de que podría tratarse de trabajadores autónomos es que el trabajador solo cobra el servicio si lo termina a satisfacción del cliente; y asume frente a este los daños o pérdidas que pudieran ocurrir durante el transporte de personas o mercaderías.

La jurisprudencia española ha dicho: "El repartidor asume el riesgo y ventura de cada pedido y responde del mismo frente al cliente, que también es quien puntúa su trabajo. No consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la Empresa, que solo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los 'recados' (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes, notas que son compatibles con la prestación de trabajo en régimen de autónomo TRADE, pudiendo el cliente proporcionar ciertas indicaciones técnicas al profesional contratado y señalar el precio de los servicios" **(18)**.

g. Ausencia del requisito de exclusividad y posibilidad de trabajar con otra empresa, inclusive de la competencia: este requisito también es un indicio de autonomía fuerte para quienes se enrolan en esta postura. Al respecto, el Juzgado de lo Social de Madrid ha dicho "no existe pacto de exclusividad entre las partes, pudiendo el actor prestar servicios simultáneamente para otras empresas (incluso de la competencia de la demandada) siempre que se respeten los parámetros de dependencia económica para seguir ostentando la condición de TRADE respecto de esta. Todos los elementos anteriores que concurren en la relación contractual enjuiciada son claramente contrarios a las notas de subordinación, dependencia, ajenidad y percepción de los frutos por el empresario que caracterizan a la relación laboral, impidiendo que se le pueda reconocer esa naturaleza" **(19)**.

IV.2. Ausencia de control y poder sancionatorio

Para quienes defienden la autonomía, no existe control por parte de la empresa sobre el trabajador, ni sobre el modo de prestación de sus tareas, y consecuentemente tampoco, existe poder sancionatorio.

Un elemento claro que constituye un indicio de la ausencia de control es que no existe necesidad de justificar las ausencias, exigiéndose solo que estas sean informadas con antelación.

Por otro lado, quienes se ubican en esta teoría el hecho de que el trabajador sea monitoreado por GPS no constituiría un mecanismo de con-

(16) Ibíd.

(17) Ibíd.

(18) Ibíd.

(19) Ibíd.

trol por parte de la empresa; y el hecho de que exista un ranking de trabajadores basado en un sistema de puntos que admite penalizaciones en ciertos casos, y ventajas por tener puntuación alta en otros no constituiría una expresión del poder sancionatorio de la empresa.

IV.3. Ausencia del carácter personal e infungible de la prestación

Este último punto es uno de los más contundentes de quienes se enrolan en la teoría de la autonomía de los trabajadores de plataformas, y probablemente uno de los más difíciles de sortear en el derecho argentino.

Las plataformas permiten a los trabajadores la posibilidad de delegar las tareas encomendadas en terceros. Según el método indiciario tradicional para analizar la existencia o no de dependencia probablemente se descartaría la posibilidad de que exista un contrato de trabajo, cuando la prestación de la actividad no es "personal e infungible" en los términos del art. 37, LCT.

Siguiendo esta línea de pensamiento, algunos autores han afirmado: "[E]l art. 37 de la LCT dispone que el contrato de trabajo tiene por objeto la prestación de una actividad personal e infungible. Si a este elemento se le añade que el actor tenía libertad para aceptar las tareas ofrecidas y decidir la cantidad a realizar por día; para trabajar a favor de terceros, incluso de la competencia del dador de tareas; y para establecer, dentro de una franja predeterminada, cuándo realizaría las entregas, no parece que pueda atribuírsele la condición de empleado dependiente. Son ellos, indicios de autonomía muy difíciles de contrarrestar por algún casual indicio de laboralidad que pudiere existir. Tan determinantes son esos indicios de autonomía que, en nuestro ámbito, alcanzarían para neutralizar la presunción de laboralidad del art. 23 de la LCT" **(20)**.

En la jurisprudencia europea existe un auto del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) **(21)** que si bien no tiene fuerza vinculante ha tenido una importante trascendencia en las discusiones relacionadas con la existencia o no de dependencia de los trabajadores de plataformas. En el caso, el TJUE tuvo que analizar si un trabajador que prestaba servicios de mensajería y entrega de paquetería era dependiente de la empresa dueña de la plataforma que utilizaba o si era un *worker* —figura intermedia entre el trabajador autónomo y dependiente, en la que existe dependencia económica pero no jurídico personal—. El Tribunal terminó inclinándose por esta última opción, y uno de los elementos más fuertes que hizo a su convicción fue el hecho de que el trabajador no se había obligado a realizar personalmente las tareas (sumado a que podía aceptar o rechazar pedidos, prestar servicios para terceros, incluso competidores de su presunto empleador, fijar su propio horario y elegir la ruta para realizar sus pedidos).

Esta ausencia del carácter personal e infungible de la prestación constituye, para quienes se enmarcan en la teoría de la autonomía, un indicio prácticamente ineludible.

V. Indicios de dependencia

A continuación, se analizarán los principales argumentos de la tesis contraria, que se inclina por la dependencia de los trabajadores de plataformas, y consecuentemente entiende que existe una relación de trabajo en los términos del art. 22, LCT.

Como se ya mencionó en el presente trabajo, la dependencia importa un aspecto técnico, otro económico y otro jurídico personal, y es la presencia de este último la que genera mayores debates.

V.1. Organización y dirección de la actividad por parte de la empresa

A diferencia de los argumentos expuestos en el apartado anterior, quienes entienden que existe una verdadera relación de trabajo dependiente fundamentan parte su teoría en que

(20) CONFALONIERI, Juan José, "Las Plataformas Digitales como instrumento de trabajo. La relación entre su titular y el prestador de servicios", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

(21) Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-692/19. Fecha 22/04/2020.

—aunque concurren ciertas notas de flexibilidad— es la empresa quien dirige y organiza la actividad de los trabajadores de plataformas.

a. Cumplimiento de franjas horarias, determinadas por la empresa: como se mencionó anteriormente, ocurre en la mayor parte de los casos que la empresa ofrece determinadas franjas horarias para trabajar, y es el trabajador quien de acuerdo con su preferencia opta por alguna de ellas. De todos modos, su elección estará sujeta a la confirmación de la empresa, no asignándoles en ciertos casos los turnos solicitados.

Esta determinación y decisión final de franjas horarias por parte de la empresa no debe ser pasada por alto, puesto que resulta determinante para el trabajador, quien no elige libremente en qué momentos trabajar y en cuales no hacerlo, pese a contar con cierta flexibilidad.

Adicionalmente, la flexibilidad en las jornadas laborales es una tendencia actual que acompaña las nuevas modalidades de teletrabajo y el "trabajo por objetivos", casos en los que la dependencia está totalmente fuera de discusión.

A mayor abundamiento, esta flexibilidad solo existe al momento de elegir la franja horaria, pero una vez tomada esta decisión desaparece, pudiéndosele asignar al trabajador tareas hasta el último minuto. En este sentido, el Juzgado de lo social de Valencia, al analizar la "sesión informativa" que la plataforma Deliveroo enviaba a sus nuevos repartidores transcribe: "Recuerda que tu turno finaliza a la hora que pone en Staffomatic. Por ejemplo, si tu turno finaliza a las 16:00 y a las 15:56 te entra un pedido, deberás aceptarlo y entregar el pedido, en ese caso el tiempo extra sí será abonado" **(22)**.

En la misma sentencia, el juzgado afirma "La empresa, con un cupo diario de *riders*, dentro de los elegidos por los repartidores, fija el horario de cada uno de ellos, eligiendo a unos u otros en función del orden de elección de estos y nivel de excelencia, y no asignándoles a veces algunos de los turnos solicitados".

Por último, la empresa en muchos casos ejerce cierta presión para que los trabajadores opten por determinadas franjas horarias, penalizando u ofreciendo beneficios a cambio. El Tribunal Supremo, Sala de lo Social de Madrid, ha dictado una sentencia de unificación de doctrina en la que hare conocido la existencia de contrato de trabajo entre un repartidor con la empresa Glovo. En ella, se afirmó: "En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución" **(23)**.

b. Posibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas: si bien, es cierto que el trabajador de plataformas puede aceptar o rechazar tareas encomendadas, también lo es que el hecho de rechazar puede traerle consecuencias negativas, como la baja en el número de pedidos asignados o hasta incluso la finalización de la relación que une a las partes, determinada unilateralmente por la empresa.

Respecto a este punto, el Tribunal Supremo ha dicho "Es cierto que en los hechos probados de autos se afirma que el trabajador podía rechazar pedidos sin penalización alguna. Pero también se declara probado que los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados (...). El desempeño del actor era evaluado diariamente. La percepción de ingresos del repartidor depende de si realiza o no servicios y de cuántos servicios realiza" **(24)**.

El Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Asturias, en un pronunciamiento similar afirma: "Tampoco la posibilidad de rechazar los encargos (cancelando pedidos) impide que pueda calificarse la relación como laboral, pues (...) aunque parece que el intérprete goza de gran libertad a la hora de acudir o no a prestar

(22) Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Valencia. Sección 6. Nro. de Recurso: 633/2017. Nro. de Resolución: 244/2018. Fecha 01/06/2018.

(23) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala de lo social de Madrid. Nro. de Recurso: 4746/2019. Nro. de Resolución: 805/2020. Fecha: 25/09/2020.

(24) Ibíd.

sus servicios, es lo cierto que, dada la relación establecida entre las partes, si no acude, corre el riesgo de que no se le vuelva a llamar" **(25)**.

c. Obligación de concurrir al lugar de trabajo designado por la empresa: los trabajadores de plataformas no tienen ningún tipo de libertad para decidir dónde prestar sus tareas, justamente porque la naturaleza de su trabajo requiere la presencialidad. Es la empresa quien, a través de la plataforma, le dice al trabajador de qué lugar a qué lugar debe dirigirse, una vez que este informa que "está a disposición".

De todos modos, aun cuando el trabajador pudiera prestar sus tareas desde el lugar que quisiera —cuestión que no concurre en el caso de los trabajadores de plataformas objeto del presente trabajo— esto no debería resultar un indicio determinante para decir que no existe dependencia. El claro ejemplo es el de los teletrabajadores, cuya dependencia está totalmente fuera de discusión, y tienen amplias facultades para decidir el lugar desde el cual prestan sus tareas.

d. Propiedad de las herramientas de trabajo: el Tribunal Superior de justicia, Sala de lo Social de Asturias ha definido de manera muy clara este argumento. Tiene dicho que si bien el trabajador puede aportar un teléfono inteligente y un medio de transporte para realizar la tarea, no es propietario de la aplicación, que es la principal herramienta, sin la cual sería imposible la prestación del servicio, y de la cual es propietaria la empresa: "Cierto es que la herramienta que utiliza para prestar el servicio, sobre todo si es un coche, es relevante económicamente, pero lo verdaderamente esencial, como se ha señalado, es la App" **(26)**.

e. Retribución variable, de acuerdo con las tareas efectivamente prestadas: este elemento carece de relevancia a la hora de determinar si la relación es de carácter dependiente, puesto que el art. 112 de la LCT prevé como opción para el abono de la remuneración el "salario a destajo" o por unidad de obra.

f. Inexistencia de asunción por parte del trabajador de los riesgos de la actividad: en línea con el punto anterior, y como bien expresa el Tribunal Supremo español "el hecho de no cobrar por el servicio si este no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra. Pero no supone que el trabajador responda de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo (...) cuando se pacta que el trabajador no perciba su comisión cuando la operación no tiene éxito o queda anulada, ello no supone que el empleado asuma la responsabilidad del buen fin de las operaciones" **(27)**.

g. Ausencia del requisito de exclusividad y posibilidad de trabajar con otra empresa, inclusive de la competencia: es cierto que este elemento está presente en la mayor parte de los contratos que suscriben los trabajadores de plataformas, pero esto no implica en absoluto descartar la laboralidad, dado que en ningún momento la Ley de Contrato de Trabajo exige que trabajador y empleador deban pactar la exclusividad. Por lo tanto, se trata de un argumento irrelevante para nuestro derecho.

Liliana Litterio, en su artículo: "Apreciaciones sobre la relación de los trabajadores plataforma-dependientes con las empresas" afirma que "[n]o está de más tener presente, asimismo, que la exclusividad no es una nota característica de la relación de dependencia laboral en nuestro derecho, motivo por el cual el hecho de que trabajen al mismo tiempo para más de una aplicación (lo cual suele ocurrir) o tengan otro trabajo autónomo o dependiente, no priva de laboralidad al vínculo de la empresa con el trabajador bajo demanda" **(28)**.

En igual sentido, el Tribunal Superior de Justicia de España ha dicho "No desvirtúa la laboralidad de la relación la no prestación de servicios

(25) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sala de lo social de Asturias (Oviedo). Sección 1. Nro. de Recurso: 1143/2019. Nro. de Resolución: 1818/2019. Fecha: 25/07/2019.

(26) Ibíd.

(27) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala de lo social de Madrid. Nro. de Recurso: 4746/2019. Nro. de Resolución: 805/2020. Fecha: 25/09/2020.

(28) LITTERIO, Liliana H., "Apreciaciones sobre la relación de los trabajadores plataforma-dependientes con las empresas", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

a tiempo completo, ni que no conste régimen de exclusividad" **(29)**.

h. Fijación del precio: otro argumento contundente en favor de la dependencia, íntimamente relacionado con el poder de dirección de la actividad, es el hecho de que el trabajador no tiene poder de decisión alguno sobre la retribución de su trabajo. Es la empresa la que fija el monto a abonarse por cada tarea realizada, quien además, lo cobra, y luego deriva un monto fijo al trabajador. "la empresa es la que fija los precios o tarifas del servicio. Es decir, el precio del trabajo no es negociado con el trabajador presuntamente autónomo, sino que era un 'o lo tomas o lo dejas' impuesto por el empresario" **(30)**.

i. Inserción en una organización ajena: este es uno de los argumentos más contundentes de esta tesis, que para quienes la sostienen deriva casi directamente en la comprobación de la dependencia jurídico personal, puesto que es el elemento de esencia de esta. El trabajador de plataformas se inserta en una organización ajena, sobre la cual no tiene poder alguno de decisión: se le dice qué aplicación descargarse, cómo dirigirse a los usuarios, cómo llevar a cabo las tareas, se le informa que debe tener determinado comportamiento porque es —tal y como lo indican las instrucciones remitidas a los trabajadores— "la cara de la empresa" **(31)**. No elige con qué usuarios ni con qué proveedores trabajar, no posee ningún tipo de acceso a la información o *big data* que recaba la empresa a través de su aplicación (uno de los mayores activos de las empresas que trabajan en la economía bajo demanda). Y por último, de su ajenidad con la organización también se deriva que no se beneficia en modo alguno de los frutos de la actividad, sino que percibe un monto fijo por las tareas que realiza.

V.2. Control y poder sancionatorio por parte de la empresa

Otro fuerte argumento de quienes se inclinan por esta teoría es el ejercicio de control y poder sancionatorio por parte de la empresa.

El control se evidencia en que el trabajador está constantemente monitoreado por un geo localizador, mediante el cual la empresa puede corroborar la modalidad en que el trabajador presta la tarea (qué ruta utiliza, cuánto demora, si toma algún desvío, etc.). El Tribunal Supremo español ha dicho: "La geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio (...) Glovo no se limitaba a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio sino que precisaba cómo debía prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación" **(32)**.

El poder sancionatorio, por su parte, se evidencia con el sistema de puntuación que tiene la empresa, mediante el cual el trabajador es generalmente evaluado por los usuarios del servicio, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda.

En la ya mencionada sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social de Asturias, se ha dicho que "la empresa se reserva la facultad disciplinaria en los términos precisos que se desglosan en la cláusula octava del contrato, añadiendo a las 8 causas de resolución previstas en el art. 15.1 de la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, hasta 13 motivos disciplinarios que van desde la transgresión de

(29) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sala de lo social de Asturias (Oviedo). Sección 1. Nro. de Recurso: 1143/2019. Nro. de Resolución: 1818/2019. Fecha: 25/07/2019.

(30) SIGNES, Adrián T., "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

(31) "Es muy importante vuestra actitud con los clientes, sois la cara de la empresa". Transcripción de las instrucciones emitidas a los trabajadores de Deliveroo, extraída de la Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Valencia. Sección 6. Nro. De Recurso: 633/2017. Nro. De Resolución: 244/2018. Fecha 01/06/2018.

(32) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala de lo social de Madrid. Nro. de Recurso: 4746/2019. Nro. de Resolución: 805/2020. Fecha: 25/09/2020.

la buena fe contractual o el retraso continuado en la prestación del servicio, a las ofensas verbales o físicas y causar perjuicio reputacional o de otro orden, etc., en claro paralelismo con las causas de despido censadas en el art. 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Más allá de la mención al derecho español, que para el presente análisis no es determinante, sí resulta relevante la práctica de esta empresa (Glovo) de incluir en el mismo contrato —cuyo carácter de laboralidad niega— causales de resolución por incumplimiento o faltas en el cumplimiento de las tareas por parte del trabajador.

Respecto a la inexistencia de la necesidad de justificar ausencias, que a criterio de quienes se inclinan por la autonomía es un indicio de que no se ejerce control y, por lo tanto, no existe dependencia, el hecho de que la empresa no exija esa justificación no puede interpretarse en contra del trabajador, dado que este —justifique o no— no cobrará por ese día o esas horas en que se ausente, y adicionalmente reiteradas ausencias pueden derivar en el descenso de su ranking y la consecuente "baja" de la aplicación del trabajador, equivalente a un despido.

V.3. Carácter personal e infungible de la prestación

Como se ha mencionado en el apartado anterior, es cierto que este es uno de los puntos más difíciles de sortear a la hora de argumentar en favor de la dependencia de los trabajadores de plataformas.

De todos modos, es importante aclarar que, en primer lugar, no todas las empresas permiten la sustitución de la persona del trabajador. En el caso de Glovo, por ejemplo, se incorpora una cláusula en el contrato que prohíbe la delegación de los servicios a terceros [lo cual queda evidenciado en la mención del contrato que hace el Tribunal español en el caso que resuelve con fecha 25/07/2019 **(33)**]. En estos casos este punto queda fuera de discusión: la prestación es personal e infungible.

En otros casos, si bien se permite la sustitución del trabajador, esta requiere previa autorización por parte de la empresa; y en ciertos casos la realización de entrevistas previas. En estos casos, la empresa claramente está interesada en la persona que realiza el trabajo, y no lo deja librado a la elección del trabajador.

En un caso como este, contra la plataforma Deliveroo, el Juzgado de lo Social de Valencia afirma: "La prestación personal del trabajo resulta incuestionable. Los contratos prevén en su pacto primero que "el servicio será prestado personalmente" por los actores como conductores habituales del correspondiente vehículo. La sustitución no es, además, práctica habitual y cuando tiene lugar se trata de supuestos, como la enfermedad, el descanso anual o las averías, en que normalmente no existe obligación de trabajo" **(34)**.

Por último, sí existen casos en los que el trabajador tiene permitida la subcontratación, pero la realización práctica es prácticamente nula en las plataformas objeto del presente estudio. En el estudio que ha realizado la OIT con CIPECC **(35)** se ha realizado una encuesta a 599 trabajadores de diferentes plataformas, de los cuales solo el 9,4% manifestó haber subcontratado en alguna ocasión. De todos modos, este porcentaje está compuesto mayoritariamente por plataformas que no son objeto del presente estudio (como Airbnb o Workana). De las plataformas en que un trabajador se pone a disposición para realizar un servicio de transporte de mercaderías o personas, nadie había sido sustituido en Glovo, ni Rappi; y solo un 3% de los trabajadores de Cabify y un 1,5% de los trabajadores de Uber lo habían sido.

Si bien este dato, por la magnitud de la muestra, es parcial; aporta un indicio de que la sub-

(33) "En el supuesto examinado, incuestionados el carácter voluntario de la relación que vinculaba a las partes y la naturaleza personal de la prestación, pues se incorpora una cláusula en el contrato que prohíbe la delegación de los servicios a terceros...". Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sala de lo social de Asturias (Oviedo). Sección 1. Nro. De Recurso: 1143/2019. Nro. De Resolución: 1818/2019. Fecha: 25/07/2019.

(34) Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Valencia. Sección 6. Nro. De Recurso: 633/2017. Nro. de Resolución: 244/2018. Fecha 01/06/2018.

(35) MADARIAGA, J. — BUENADICHA, C. — MOLINA, E. — ERNST, C. (2019), "Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?", CIPPEC-BID-OIT, Buenos Aires, 2019, p. 110.

contratación o la sustitución del trabajador no resulta frecuente en los trabajadores de plataformas objeto del presente trabajo. "La sustitución no es, además, práctica habitual y cuando tiene lugar se trata de supuestos, como la enfermedad, el descanso anual o las averías, en que normalmente no existe obligación de trabajo" **(36)**.

De todos modos, sí quedan unos pocos casos en los que se permite y se da en los hechos la subcontratación. En estos casos, podría argumentarse que la inclusión por parte de la empresa de esta cláusula —que lo beneficia— no puede volverse en contra de los derechos del trabajador. Esto está amparado por la Constitución Nacional, que en su art. 14 bis afirma " El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes".

V.4. Jurisprudencia argentina

En el corriente año Justicia Nacional del Trabajo se ha expedido en dos pronunciamientos en los que tuvo que resolver acerca de la reinstalación cautelar de trabajadores que habían sido "dados de baja" de las plataformas digitales; que podrían aportar indicios asimilables a la tesis expuesta en este apartado.

El pedido de los trabajadores era la reinstalación en su puesto de trabajo mientras se extienda la prohibición de extinguir vínculos laborales establecida mediante el DNU 329/2020; y en ambos casos fue concedida.

En la sentencia "Vázquez P., Eric c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", el Juzgado ha dicho: "Las constancias documentales y declaraciones testimoniales presentadas digitalmente bastan para considerar preliminarmente acreditado que el peticionario se desempeñó a órdenes de Repartos Ya SA y que a principios de abril de 2020 el actor experimentó el bloqueo de la aplicación mediante la cual se le derivan los viajes a realizar, lo que —en las particularidades de la actividad— importa el cese del vínculo, circunstancia corroborada por la información sumaria aportada" **(37)**.

Por su parte, en la sentencia "Sperk, Gonzalo A. A. c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", el juez ha dicho que: "el análisis de la verosimilitud del derecho invocado como requisito de procedencia de una medida cautelar no impone al tribunal la obligación de efectuar un examen jurídico riguroso, como sería necesario para resolver el pleito. Lo que se requiere es que el derecho alegado tenga apariencia de verdadero, a la vez que el peligro en la demora constituye un requisito que debe ser valorado y armonizado desde la perspectiva de la garantía cuya tutela se requiere" **(38)**.

Como se ha expuesto —si bien se trataba de medidas cautelares y no sobre la resolución de la cuestión de fondo— los jueces han entendido que concurrían en los hechos, tanto el peligro en la demora, como la verosimilitud en el derecho del trabajador por haber sido despedido de manera injustificada, lo cual implicaría presuponer que existe en los hechos una relación de trabajo en los términos de la LCT.

VI. El mercado de trabajo y los factores socioeconómicos

Afirmar que tanto la tesis que está por la autonomía como la que se inclina por la dependencia se basan en argumentos puramente objetivos y de derecho importaría reducir considerablemente la discusión.

El derecho se encuentra siempre condicionado, influenciado o modificado por la realidad social de un momento y lugar determinados, y no es ajeno a los factores económicos, sociales y culturales del lugar en que se aplica. Consecuentemente, la problemática de los trabajadores de plataformas no es ajena a las influencias socioeconómicas y culturales que tiene —en este caso— la Argentina, en este contexto histórico particular.

Según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDeC), en el segundo trimestre del 2020 el país cuenta con una tasa de desocupa-

(36) Ibíd.

(37) "Vázquez P., Eric c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo. Fecha: 03/07/2020. Consid. 3º.

(38) "Sperk, Gonzalo A. A. c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo Nº 60. Fecha: 06/11/2020.

ción del 13,1% **(39)**. Este indicador, que ya venía en alza, aceleró su crecimiento con la pandemia por el coronavirus (COVID-19) que irrumpió en prácticamente todo el mundo, haciendo que muchos países tomaran la decisión de imponer cuarentenas estrictas con una consecuente caída de la actividad económica de modo abrupto.

Adicionalmente, se suma a esta cuestión una preocupación que ya existía sobre la pérdida de puestos de trabajo por los avances tecnológicos. Al respecto, hay autores que se ubican en una tesis muy pesimista y señalan que "los efectos combinados de las múltiples nuevas tecnologías, como los sensores multifuncionales, la robótica de aprendizaje, Internet de las cosas o la impresión 3D, podrían generar profundos cambios, tan amplios, que tendrían como consecuencia una pérdida de empleos sin precedentes" **(40)**.

Otros, en cambio, afirman que a medida que determinados puestos de trabajo desaparecen, otros nuevos aparecen: "[E]n toda revolución industrial toda disrupción tecnológica, por su propia naturaleza de destrucción creativa, destruye puestos de trabajo y empresas en un lugar y los crea en otra. Estas mutaciones del mercado laboral son catalizadoras del fenómeno de *hollowing-out* y polarización del empleo, resultando en que los puestos de trabajo de alta y baja calificación se expandan mientras que, en contraposición, los de calificación intermedia se contraigan como consecuencia del impacto diferencial del cambio tecnológico" **(41)**.

Con este contexto, más allá de la calificación que pueda corresponderle a los trabajadores de plataformas en cuanto a la existencia o no de contrato de trabajo de acuerdo con los indicios de dependencia y autonomía mencionados —que claro está, es de suma importancia y son los argumentos que deben guiar la discusión desde el punto de vista jurídico—, hay quienes expresan su preocupación por el hecho de que si estas empresas se ven obligadas a registrar a todos sus trabajadores como dependientes, esto derivaría en el cierre de sus establecimientos en el país, y la finalización de la prestación de servicios; con la consecuente pérdida de puestos de trabajo que generan.

En este sentido, cabe preguntarse si los puestos de trabajo que crea la economía *on-demand* realmente incorporan nuevas personas al mercado laboral, que antes se encontraban fuera del sistema; o si incrementan la precarización laboral, despojando a los trabajadores de las garantías laborales de las cuales gozaban anteriormente.

Es difícil responder esta pregunta, puesto que no existen datos suficientes en el país que permitan afirmar con certeza que estas personas se incorporan al mercado de trabajo o que, por el contrario, perdieron un empleo registrado anterior y se vieron obligados a recurrir a la opción del trabajo en plataformas digitales.

De todos modos, sí puede realizarse una cierta aproximación a la respuesta. En primer lugar, como se dijo anteriormente las cifras oficiales indican que el desempleo ha crecido en la Argentina.

Otro dato relevante es que la gran mayoría de los trabajadores de plataformas contaban con otro trabajo antes de realizar esta actividad. El estudio de la OIT en conjunto con CIPECC afirma que "de la totalidad de los trabajadores de plataformas encuestados, solo el 1,8% lo reconoce como su primera actividad laboral. Resulta destacable que casi la totalidad de los encuestados posee o poseyó otra ocupación antes de comenzar a trabajar en la plataforma. En este sentido, se puede sostener que las plataformas no funcionan de manera significativa como puertas de entrada al primer empleo en Argentina" **(42)**.

(39) "Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH) Segundo trimestre de 2020", INDeC.

(40) "Cambios tecnológicos y laborales. Sus implicancias en el mercado de trabajo de Argentina", Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2018, p. 14.

(41) GONZÁLEZ CAO, Rodrigo, "Los trabajadores de plataforma y la evolución de las relaciones laborales", Trabajo de Investigación en el Ámbito del CEAT FCE-UBA, 2018.

(42) MADARIAGA, J. — BUENADICHA, C. — MOLINA, E. — ERNST, C. (2019), "Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?", CIPPEC-BID-OIT, Buenos Aires, 2019, p. 83.

Tanto el aumento del desempleo como el hecho de que una amplia minoría accede al primer empleo a través de estas plataformas da un indicio de que estas no son grandes generadoras de empleo; sino que por el contrario podrían ser agentes de precarización.

"Al considerar a estos trabajadores como 'independientes', reducen sus costos laborales y evitan pagar contribuciones, seguros, licencias, entre otras obligaciones que tienen los empleadores tradicionales. Claramente, más allá de sus especificidades, las características que comparten configuran modelos de negocios que afectan a los mercados de trabajo y, en muchos casos, alimentan una tendencia a la precarización que se ha manifestado en las últimas décadas a nivel global (Aloisi, 2016)" **(43)**.

Por otro lado, tampoco parece cierto que estas sean empresas que no pudieran afrontar los costos de tener a los trabajadores registrados como dependientes. A modo de ejemplo, las empresas Cabify y Rappi ingresaron en el año 2018 a la categoría de las llamadas "empresas unicornio" por estar valuadas en más de mil millones de dólares; y Glovo ingresó al mismo listado en el año 2019 **(44)**.

Estos deben ser considerados solo como elementos fácticos para derribar la "amenaza" de que las empresas dueñas de las plataformas digitales deben poder contratar como quieran, incluso a espaldas de las legislaciones locales, o si no se retirarán del país.

VII. Conclusiones

Luego de todo el análisis expuesto, considero que si bien puede resultar debatible la existencia de dependencia dadas ciertas notas novedosas del trabajo de plataformas, el análisis debe centrarse en los aspectos características de la relación, que es de clara subordinación, y en la que existe una inserción del trabajador en una organización ajena, que organiza, dirige y controla su actividad.

Partiendo de la protección del trabajo que prevé la Constitución Nacional y de la presunción de laboralidad del art. 23, LCT, considero que resultaría forzado afirmar que se trata de trabajadores autónomos.

Aun con la legislación actual, que no previó este tipo de trabajos solicitados a través de una plataforma digital, los casos analizados encuadran a mi criterio en el de una relación de trabajo dependiente en los términos de la LCT; y negar esto implicaría perpetuar y afianzar la precarización a la que se encuentran expuestos los trabajadores de plataformas, que no pueden acceder a una aseguradora de riesgos de trabajo, no están protegidos contra el despido arbitrario, no tienen un salario mínimo vital y móvil garantizado, ni mucho menos están protegidos por un convenio colectivo de trabajo, entre muchas otros aspectos en los que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y desamparados.

Esto no implica en absoluto tomar una postura en contra de las plataformas digitales ni de las empresas propietarias de las mismas, que ofrecen importantes soluciones para los usuarios, y están centradas en la velocidad y en el avance tecnológico. Pero estos beneficios no pueden ir en contra de la situación de quienes trabajan, porque su protección es un mandato al que el Estado se ha comprometido a través del texto de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

VIII. Bibliografía

VIII.1. Doctrina

"Cambios tecnológicos y laborales. Sus implicancias en el mercado de trabajo de Argentina", Oficina de País de la OIT para la Argentina, Buenos Aires, 2018.

CONFALONIERI, Juan José, "Las Plataformas Digitales como instrumento de trabajo. La relación entre su titular y el prestador de servicios", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

GONZÁLEZ CAO, Rodrigo, "Los trabajadores de plataforma y la evolución de las relaciones laborales", Trabajo de Investigación en el Ámbito del CEAT FCE-UBA, 2018.

(43) Ibíd., p. 128.

(44) https://www.cbinsights.com/research-unicorn-companies.

GRISOLÍA, Julio A., "Manual de Derecho Laboral", Ed. Abeledo Perrot, edición 2016.

LITTERIO, Liliana H., "Apreciaciones sobre la relación de los trabajadores plataforma-dependientes con las empresas", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

MADARIAGA, J. — BUENADICHA, C. — MOLINA, E. — ERNST, C. (2019), "Economía de plataformas y empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?", CIPPEC-BID — OIT, Buenos Aires, 2019, p. 83.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, "El Trabajo En Plataformas Digitales. Análisis sobre su Situación Jurídica y Regulación Futura", Ed. CISS, año de edición: 2018.

SIGNES, Adrián T., "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Revista Trabajo y Seguridad Social, 8, agosto de 2020.

VIII.2. Jurisprudencia Extranjera

"Uber France SAS con intervención de Nabil Bensalem (Asunto C-320/16)" del 10/04/2018. Tribunal Supremo de Justicia (Gran Sala).

"Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain SL (asunto C-434/15)" del 20/12/2017. Tribunal Supremo de Justicia (Gran Sala).

Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Valencia, Sección 6, Nro. de Recurso: 633/2017. Nro. de Resolución: 244/2018. Fecha 01/06/2018.

Sentencia del Juzgado de lo Social, sede Madrid. Sección 39. Nro. de Recurso: 1353/2017. Nro. de Resolución: 284/2018. Fecha: 03/09/2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sala de lo social de Asturias (Oviedo). Sección 1. Nro. de Recurso: 1143/2019. Nro. de Resolución: 1818/2019. Fecha: 25/07/2019.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, sala de lo social de Madrid. Sección 4. Nro. De Recurso: 195/2019. Nro. de Resolución: 715/2019. Fecha: 19/09/2019.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, sala de lo social de Madrid. Nro. de Recurso: 4746/2019. Nro. de Resolución: 805/2020. Fecha: 25/09/2020.

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso C-692/19. Fecha 22/04/2020.

VIII.3. Jurisprudencia local

"Rojas, Luis R. M. y otros c. RAPPIARG SAS s/ medida cautelar", CNTrab., sala IX. Fecha: 19/07/2019 TR LALEY AR/JUR/23666/2019.

"Vázquez P., Eric c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo. Fecha: 03/07/2020 TR LALEY AR/JUR/23874/2020.

"Sperk, Gonzalo A. A. c. Repartos Ya SA s/ medida cautelar", Juzgado Nacional de 1ª Instancia del Trabajo Nº 60. Fecha: 06/11/2020 TR LALEY AR/JUR/54349/2020.

Comentarios Jurisprudenciales

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Despido de una preceptora luego de conocerse en televisión abierta una relación sentimental con un egresado de la institución para la cual trabajaba. Exalumno mayor de edad. Planteos no evaluados por el Tribunal Superior local.

Con nota de Agustín C. Acosta

1. — La conducta del empleador que de algún modo restringe derechos del trabajador y que resulta motivada en aspectos de su vida privada, como la elección de una pareja, que no guardan relación con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, puede configurar un trato discriminatorio comprendido en el art. 1º de la ley 23.592, extremo que el tribunal de juicio tiene la obligación de analizar cuidadosamente en el caso (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

2. — Es arbitraria la sentencia que consideró que el despido de una preceptora en un colegio no era discriminatorio, toda vez que el tribunal soslayó considerar que existía un planteo serio sobre la existencia de una conducta discriminatoria del empleador, basado en que la desvinculación laboral fue simultánea a la difusión pública de la relación sentimental de la actora con un exalumno de la escuela y a las reacciones negativas que este hecho provocó en la comunidad educativa, en tanto al decidir de ese modo, a su vez, omitió ponderar que cualquier restricción del derecho a trabajar de un empleado, motivada en la valoración de aspectos de su vida privada que no guardan relación con las obligaciones que emergen del contrato de trabajo, puede configurar un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592 (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

3. — La ley 23.592 enumera como actos discriminatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas, pues aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley; así, todo tratamiento arbitrario que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del art. 1º de la norma (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

4. — La ley 23.592 contempla las acciones discriminatorias basadas en la ponderación negativa de conductas, hábitos, sentimientos o creencias, estado de salud, apariencia física, condiciones o características personales o formas familiares, que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal y deben quedar inmunes a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares, de modo que estos aspectos inherentes a la vida íntima del trabajador no pueden, prima facie, acarrear consecuencias jurídicas en la relación de empleo (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

5. — La Ley de Contrato de Trabajo, desde su sanción, contiene disposiciones dirigidas a preservar a los trabajadores de determinados comportamientos patronales que se reputan discriminatorios, precisamente por asignar consecuencias en la esfera contractual a actos que pertenecen a la vida privad, pretendiendo así evitar que la empresa someta a su propio juicio el proyecto de vida de quien trabaja bajo su dependencia económica o le imponga paternalmente modelos o estereotipos de conducta, pues, por más amplia que resulte la autoridad del empleador, las facultades de dirección deben ejercitarse con carácter funcional y la actividad de la empresa no puede utilizarse como excusa para la anulación de derechos constitucionales (arts. 65 y 68, LCT) (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

6. — Cuando se trata de un despido potencialmente discriminatorio, el examen debe conducir a indagar en la relación que media entre los aspectos de la esfera privada de la personalidad, valorados como antecedentes del distracto, y la prestación laboral que emerge del contrato en función de la organización del trabajo en la empresa. En el caso, el juzgador debió examinar si, más allá de que la empleadora no hubiere expresado la causa de la desvinculación de la actora, el despido pudo haberse producido como resultado directo de la difusión pública del vínculo afectivo entre aquella y un exalumno, mayor de edad, que no tenía a esa fecha nexo alguno con el establecimiento escolar, y si, en tal caso, una decisión basada en esos motivos tenía una justificación objetiva y

razonable (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

7. — Cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de la relación de empleo, dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, para la parte que afirma un motivo discriminatorio resultará suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo).

8. — La facultad de despedir sin causa reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio. Si se denuncia que una circunstancia prima facie discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo con la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. La necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial (del voto del Dr. Rosenkrantz).

CS, 10/06/2021. - Caminos, Graciela Edith c. Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/72063/2021]

CSJ 000754/2016/RH001

Dictamen del Procurador Fiscal:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba declaró formalmente inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Cuarta de la Cámara del Trabajo, que había rechazado la demanda deducida por Graciela Edith Caminos para obtener la declaración de nulidad del acto extintivo de la relación laboral —dispuesto por la accionada y calificado por aquella como discriminatorio—, la reinstalación en su puesto de trabajo y demás reparaciones pertinentes (fs. 277/278 y 234/251 de los autos principales, a los que me referiré salvo aclaración en contrario).

Señaló que la impugnación contenía un desarrollo genérico y no satisfacía las condiciones mínimas de fundamentación, pues si bien invocaba los dos motivos procesales que habilitan la vía recursiva intentada, carecía de la precisión técnica exigida para su tratamiento. Agregó que la insistencia de la actora en una interpretación distinta y favorable no resultaba hábil para revertir el resultado del litigio. Remarcó, además, que las circunstancias que rodearon el despido obedecieron al cumplimiento de obligaciones laborales en el desempeño de la función de la trabajadora de manera contraria a las directivas emanadas de su empleador. Arguyó que la recurrente, al plantear que la ruptura vulneraba derechos y garantías fundamentales reconocidas en la Constitución, solo había opuesto su criterio en disidencia prescindiendo de las circunstancias fácticas de la causa.

A su turno, la Cámara entendió que en el caso no se había configurado un supuesto de despido discriminatorio en los términos del artículo 1 de la Ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios. Si bien admitió que existía concomitancia entre el despido de la actora y la difusión pública de su relación sentimental, consideró que el derecho invocado como fundamento de su pretensión —el derecho a elegir pareja y expresarlo libremente— no se encontraba protegido por la cláusula antidiscriminatoria de la ley 23.592. Manifestó que, para que eso ocurra, la violación de derechos y garantías debe darse en un ámbito donde pueda compararse la situación de unos —los excluidos— respecto de otros —aquellos a quienes se concede o reconoce un derecho—. Desde esa premisa conceptual, razonó que la actora no había indicado ni demostrado que a sus compañeros de trabajo, en igualdad de circunstancias, les hubiere sido reconocido, o se les hubiere permitido ejercer, el derecho que alega vulnerado.

En tal sentido, el tribunal puntualizó que no hubo un trato diferenciado entre la actora y el resto de los empleados, ni se restringió, alteró o menoscabó el derecho a elegir pareja en el que aquella funda la demanda. Aseveró que, aun cuando el despido por pérdida de confianza pudiera producir un agravio moral en el perjudicado por implicar una ofensa a su dignidad, calificarlo de discriminatorio llevaría a asimilar cualquier acto arbitrario que desconozca derechos fundamentales con los actos prohibidos por la norma citada.

Por último, refirió que el despido se produjo luego de que la actora apareciera en el programa televisivo "Operación Triunfo", donde se hizo pública su relación de pareja con un exalumno de la institución educativa en la cual se desempeñaba como preceptora, de modo que el distracto laboral fue el resultado de sus propios actos, en tanto habiendo sido advertida

respecto de que no debía mantener una relación simétrica —sino asimétrica— con los estudiantes, desobedeció las directivas del empleador e incumplió, de esa manera, los deberes a su cargo. Agregó que, pese a ello, la demandada no intentó rescindir el vínculo con justa causa, sino que le propuso conservar el cargo con una modalidad de trabajo distinta a la que venía desarrollando, circunstancias que Caminos no aceptó; así como tampoco asumió el compromiso de modificar el modo de relacionarse con los alumnos, tal como le fuera solicitado por su empleador. Concluyó que la actora no era idónea para continuar desempeñando la función de preceptora dado que no acató las directivas de la institución para la que trabajaba, y que no era posible exigir a la demandada que tolerase dicha circunstancia.

-II-

Contra esa decisión la actora dedujo recurso extraordinario federal (fs. 280/302) que, contestado (fs. 305/309) y denegado (fs. 311/312), dio origen a la queja en examen (fs. 65/73 del cuaderno respectivo).

La recurrente se agravia con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad, pues sostiene que la sentencia en crisis no constituye una aplicación razonada del derecho vigente a las circunstancias comprobadas de la causa, carece de fundamentación suficiente y contradice fallos anteriores de ese mismo tribunal. Alega que la decisión impugnada vulneró sus derechos al trabajo, a la igualdad, a la propiedad y al debido proceso, así como el derecho a peticionar y los principios de legalidad y supremacía constitucional (arts. 14, 16, 17, 18, 19, 30 y 31, CN; arts. 7 y 23, incs. 2 y 3, DUDH; y art. 21, CADH).

En primer lugar, sostiene que el *a quo* convalidó una interpretación irrazonable de la ley 23.592, que desnaturalizaba su propósito al afirmar que para tener por configurado un acto discriminatorio era necesario acreditar que la demandada hubiera concedido o reconocido a otra persona, en la misma situación fáctica que la actora, el derecho que esta aducía negado en su caso. Explicó que conforme esta exégesis de la norma debió haber señalado y demostrado que a algún compañero de trabajo se le permitió ejercer el derecho a elegir pareja entre los exalumnos del colegio, lo que no se ajusta a las reglas de la sana crítica.

Además, manifestó que se le impuso la carga de probar la discriminación cuando correspondía al empleador desvirtuar la sospecha planteada, a raíz de la inmediatez entre su aparición televisiva —que identifica como la causa real del despido— y la extinción del vínculo laboral. Precisa que ello ocurrió debido a la publicitación del vínculo afectivo que la actora mantenía con un ex alumno de la institución, más de 25 años menor, y no por falta de idoneidad, por obrar contrario a las directivas de la institución empleadora o por no aceptar una nueva modalidad de trabajo. Agrega que, por el contrario, se trató de una represalia que la demandada pretendió encubrir mediante la figura del despido sin causa, a fin de imposibilitarle su rechazo o impugnación, y estima que, en tal razón, y con base en el principio de la carga dinámica de la prueba, aquella debía demostrar que la desvinculación obedecía a motivos objetivos, excluyendo toda vulneración de derechos.

Por otra parte, en cuanto a la propuesta de conservar su empleo bajo una modalidad distinta a la convenida, sin contacto con alumnos, afirma que tal circunstancia pone en evidencia la persecución y el trato discriminatorio que denuncia, pues con ello la demandada pretendía perfeccionar el acto discriminatorio ocultándola a la comunidad educativa.

-III-

A mi modo de ver, corresponde habilitar el remedio federal, pues si bien los pronunciamientos de los superiores tribunales provinciales que deciden acerca de los recursos de orden local no son, en principio, susceptibles de revisión por medio del recurso extraordinario por revestir carácter netamente procesal, procede admitir la excepción cuando, como en el *sub lite*, el examen de los requisitos de admisión se efectúa con injustificado rigor formal, y lo decidido soslaya el tratamiento de cuestiones decisivas oportunamente introducidas por las partes (Fallos: 326:1349, "Moslares", 339:1423, "Custet" y CSJ 770/2017/RH1 "Candia Acosta, Reina Teresa y otros y s/queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad en Echenique, Karolyn y otros s/procesos incidentales", 26 de febrero de 2019).

Desde esa perspectiva, al declarar mal concedido el recurso local, el tribunal prescindió de dar respuesta a los agravios de la actora que resultaban conducentes para la solución del litigio. A su vez, al actuar de ese modo, y sostener que el despido se produjo por el incumplimiento de obligaciones laborales a cargo de la trabajadora, el superior tribunal no solo afectó el derecho de defensa de la recurrente sino que convalidó la decisión sobre el fondo del asunto, dejando firme una interpretación de la ley 23,592 que frustra el remedio federal invocado y la garantía de igualdad y no discriminación (14 bis, 16, 17, 43 y 75, inc, 22, Constitución Nacional).

En su presentación ante el Superior Tribunal, la recurrente había individualizado con claridad que la exégesis de la ley 23.592 efectuada por la Cámara del Trabajo no se ajustaba a las reglas de la sana crítica racional, los convenios 111 y 158 de la OIT y la ju-

risprudencia del superior tribunal sobre el derecho a la no discriminación. Alegó también que se había desnaturalizado el propósito de la ley y desconocido los estándares probatorios estipulados en la LCT y en normativa procesal. En particular, como se dijo, destacó que el tribunal laboral había interpretado la ley 23.592 de forma tal que para que exista discriminación debe surgir un trato desigual entre circunstancias idénticas, en un marco en el cual se pueda comparar la situación de unos —los excluidos— con la de otros —aquellos a quienes se concede o reconoce el derecho—. De ese modo, afirmó, había partido de una premisa falsa que la obligaba a demostrar que a otro profesor se le toleró mantener una relación sentimental con un exalumno con el que tuviera una diferencia de edad, imponiéndole una prueba diabólica. Remarcó que la verdadera causa del distracto fue el hecho concreto de su aparición pública en un programa televisivo, donde se ventiló su relación sentimental con un joven egresado de la institución educativa aquí demandada. Puntualizó que en razón de ello le fue impedido ejercer su derecho constitucional a elegir pareja y expresarlo libremente.

En este contexto, al rechazar el recurso local, el máximo tribunal provincial no abordó suficientemente los agravios formulados por la actora (Fallos: 339:290, "S., D."; y 328:3067, "Lloveras") y mediante la invocación de una fórmula dogmática sostuvo que las alegaciones de la recurrente respecto de la violación de derechos y garantías constitucionales prescindieron de los presupuestos fácticos que rodearon el despido, respecto de lo cual valoró, en particular, el supuesto incumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de la actora, y la oferta que le efectuara la escuela de conservación de la relación laboral con otra modalidad de tareas.

Esta postura del tribunal, en mi entender, desconoce los estándares vigentes para analizar los supuestos de despido discriminatorio en los términos de la ley 23.592, que debe ser interpretada en consonancia con las normas constitucionales concordantes (Fallos: 308:647, "Municipalidad de Laprida", considerando 8°), tales como el artículo 16 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad (Fallos: 334:1387, "Pellicori", considerando 6°; 332:433, "Partido Nuevo Triunfo", considerando 6°, y 333:2306 "Alvarez", considerando 5°).

En primer lugar, el tribunal soslayó considerar que existía un planteo seno sobre la existencia de una conducta discriminatoria del empleador, basado en que la desvinculación laboral fue simultánea a la difusión pública de la relación sentimental de la actora con un exalumno de la escuela y a las reacciones negativas que este hecho provocó en la comunidad educativa. Al decidir de ese modo, a su vez, el qua omitió ponderar que cualquier restricción del derecho a trabajar de un empleado, motivada en la valoración de aspectos de su vida privada que no guardan relación con las obligaciones que emergen del contrato de trabajo, puede configurar un acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 1 de la ley 23.592 dispone que entre los actos discriminatorios "se considerarán particularmente" aquellos basados en una serie de motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. La norma enumera algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas pues, aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos, no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley. Así, todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado, impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo en cuestión.

En esa línea, la norma contempla las acciones discriminatorias basadas en la ponderación negativa de conductas, hábitos, sentimientos o creencias, estado de salud, apariencia física, condiciones o características personales o formas familiares, que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal y deben quedar inmunes a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; Fallos: 338:556, "D., M. A.", considerandos 19° y 20°; Y 308:2268, "Sejean", voto de Enrique Santiago Petracchi, considerando 14° y sus citas; Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica", sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrs. 142-143). Estos aspectos inherentes a la vida íntima del trabajador no pueden, *prima facie*, acarrear consecuencias jurídicas en la relación de empleo.

En tal sentido, cabe recordar que la LCT, desde su sanción, contiene disposiciones dirigidas a preservar a los trabajadores de determinados comportamientos patronales que se reputan discriminatorios precisamente por asignar consecuencias en la esfera contractual a actos que pertenecen a la vida privada (arts. 172, 178, 180 a 183, entre otros, dictamen de la Procuración General de la Nación, en autos CNT 57589/2012/1/RH1, "Puig, Fernando Rodolfo c. Minera Santa Cruz S.A. si despido", del 13 de noviembre de 2017). Esas disposiciones pretenden evitar que la

empresa someta a su propio juicio el proyecto de vida de quien trabaja bajo su dependencia económica, o le imponga paternalmente modelos o estereotipos de conducta pues, por más amplia que resulte la autoridad del empleador, las facultades de dirección deben ejercitarse con carácter funcional y la actividad de la empresa no puede utilizarse como excusa para la anulación de derechos constitucionales (arts. 65 y 68, LCT y Fallos: 333:2306, "Álvarez", considerandos 7° y 10°).

Lo expresado no implica desconocer la existencia de pautas éticas de conducta y deberes específicos para quienes prestan servicios en el ámbito educativo (v. arts. 67, segundo párrafo f), y 68 de la Ley 26.206 de Educación Nacional), pero la definición del alcance de esos deberes en un caso concreto es una labor que le corresponde realizar al juez, según las constancias probadas de la causa.

En suma, la conducta del empleador que de algún modo restringe derechos del trabajador y que resulta motivada en aspectos de su vida privada, como la elección de una pareja, que no guardan relación con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, puede configurar un trato discriminatorio comprendido en el artículo 1 de la ley 23.592, extremo que el tribunal tiene la obligación de analizar cuidadosamente en el caso.

En segundo lugar, el tribunal omitió ponderar que, de forma sostenida, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la regla interpretativa para establecer si en un caso existe trato discriminatorio no consiste en la realización de un examen comparativo referencial, sino en establecer si el trato cuestionado tiene una justificación objetiva y razonable. Ello implica evaluar si ese trato persigue fines legítimos y si es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos (dictamen de la Procuración General de la Nación, en autos S. 932 XLVI, "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L. y otros si amparo", del 24 de junio de 2013, resuelto de conformidad por esa Corte; y Fallos: 332:433, "Partido Nuevo Triunfo", considerando 60 y sus citas).

Cuando se trata de un despido potencialmente discriminatorio, como el caso de autos, ese examen conduce a indagar en la relación que media entre los aspectos de la esfera privada de la personalidad, valorados como antecedentes del distracto, y la prestación laboral que emerge del contrato en función de la organización del trabajo en la empresa. En particular, el tribunal debió examinar si, más allá de que la empleadora no hubiere expresado la causa de la desvinculación de la actora, el despido pudo haberse producido como resultado directo de la difusión pública del vínculo afectivo entre aquella y un exalumno, mayor de edad, que no tenía a esa fecha nexo alguno con el establecimiento escolar, y si, en tal caso, una decisión basada en esos motivos tenía una justificación objetiva y razonable.

En ese marco, el *a quo* debió merituar que la escuela accionada no argumentó que la difusión pública de esa relación pudiera afectar de manera directa e inmediata las obligaciones propias de la actividad laboral que prestaba la actora, más allá de la mención genérica a las repercusiones negativas que esta relación habría causado en la comunidad educativa y que bien podrían responder a otros factores, extraños a la actividad pedagógica, e influenciados por estereotipos, como la diferencia de edad entre ambos y el hecho de que se tratara de un exalumno de la escuela.

En consecuencia, a la luz del alcance de las garantías constitucionales en juego, el tribunal debió analizar si en el *sub examine* existió alguna circunstancia que justifique, de manera razonable, una intromisión o restricción de la esfera de privacidad de la trabajadora.

Por último, el tribunal superior hizo caso omiso de los estándares probatorios en la materia. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado que cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de la relación de empleo, dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, para la parte que afirma un motivo discriminatorio resultará suficiente con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (Fallos: 334:1387, "Pellicori"; considerandos 6° y 11° Y 337:611, "Sisnero", considerando 5°).

Esta pauta no fue aplicada por el tribunal *a quo* ni por la Cámara laboral, pese a que se tuvo por acreditado que la desvinculación se había producido de forma concomitante con la difusión pública de la relación, y luego de que la empleadora comunicara a la actora las repercusiones negativas de ese hecho en la comunidad escolar e hiciera gestiones para cambiarla de tareas. Es decir, en circunstancias que verosímilmente podían tener un móvil discriminatorio.

Ese era en ml entender el criterio probatorio que correspondía aplicar en el caso, en lugar de imponerle a la trabajadora, sin sustento legal alguno, la carga de acreditar que el trato recibido fue disímil del que la empleadora les habría otorgado a otros empleados en las mismas circunstancias. La imposición de esa prueba resulta absurda, no solo porque es improbable que la actora pueda acreditar una situación idéntica a

la suya, sino además porque si la conducta impugnada expresara una política de la institución dirigida a inmiscuirse por igual en aspectos de la vida íntima de todos los docentes y preceptores de la escuela, nada de ello alteraría su eventual naturaleza discriminatoria.

En conclusión, en el caso media relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48), en tanto la sentencia cuestionada no dio un adecuado tratamiento a las cuestiones planteadas, tornando inefectiva la tutela antidiscriminatoria que establece la ley federal (Fallos: 334:1387, cit., especialmente considerandos 3°, 4°, 5° y 11°).

-IV-

Por lo expuesto, estimo que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, dejar sin efecto la sentencia y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Buenos Aires, 11 de marzo de 2019. — *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 10 de junio de 2021

Considerando:

Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran adecuada respuesta en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, acumúlese la queja al principal y devuélvase el expediente a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto).

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

1°) Que los antecedentes de la causa se hallan adecuadamente reseñados en los puntos I y II del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que, tal como acertadamente señala dicho dictamen, el recurso extraordinario es procedente en tanto el tribunal *a quo* prescindió de dar respuesta a los agravios de la actora que resultaban conducentes para la solución del litigio (punto III, párrafos 1 a 2 del dictamen, a los que también se remite).

En efecto, la actora afirmó que la verdadera causa del distracto fue su aparición pública en un programa televisivo en el que se ventiló su relación sentimental con un joven egresado de la institución educativa demandada y señaló que ello constituía un trato discriminatorio en los términos del art.1° de la ley 23.592. A la hora de rechazar el recurso local, el superior tribunal sostuvo que esas alegaciones habían prescindido de los presupuestos fácticos que rodearon el despido, más precisamente, la oferta que se efectuara a la actora de conservación de la relación laboral con una modalidad de tareas diferente a la desempeñada hasta ese momento y el supuesto incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de la empleada.

Ese modo de resolver omite por completo tratar el planteo de la actora y, por lo tanto, es arbitrario. Ello es así por dos razones. Por un lado, el tribunal *a quo* supone que el hecho de que el colegio hiciera una oferta de cambio de modalidad de tareas bajo apercibimiento de rescindir el vínculo descarta la existencia de un proceder discriminatorio. Esa suposición es dogmática y deja sin tratar el agravio de la recurrente, quien precisamente afirma que su aparición en un programa televisivo en el que se hizo pública su relación sentimental con un exalumno, a la sazón mayor de edad, no puede conducir —ni directamente ni previa oferta de cambio de modalidad de tareas— a la rescisión de la relación laboral. El tribunal *a quo* debió examinar en consecuencia si, de acuerdo con las constancias de autos, el despido pudo haberse producido como resultado de dicha circunstancia *prima facie* discriminatoria y si, en tal caso, la empleadora demostró que el móvil fue ajeno a toda discriminación ("Pellicori", Fallos: 334:1387, y "Varela", Fallos: 341:1106).

Por otro lado, el tribunal *a quo* supone que la denuncia de incumplimiento de las obligaciones laborales de la actora efectuada por el colegio también descarta la existencia de un motivo discriminatorio. Ello es también dogmático y omite tratar adecuadamente el planteo de la empleada. En efecto, al contestar demanda, el instituto demandado sostuvo que decidió rescindir el contrato laboral con la actora porque tenía la potestad constitucional de hacerlo. Aclaró, de todos modos, que no se trató de una decisión discriminatoria por varias razones. En ese sentido, sostuvo respecto de la actora que "se le venía señalando desde hacía tiempo, en distintas ocasiones y desde distintos sectores (dirección del colegio, representante legal, sus propios compañeros preceptores) que debía tener más cuidado y sobriedad en el estilo de su relacionamiento con los alumnos, su vestimenta, e incluso salidas fuera del colegio con los mismos". También

destacó que la demandante "evitaba presentar los casos de alumnos con problemas al gabinete psicopedagógico, demostrando un grado de sobreprotección e involucramiento que no guardaba el nivel de asimetría" requerido (fs. 15 de los autos principales). Agregó inmediatamente después que "en cuanto al evento público que menciona la demanda, la presencia de la actora en el mismo generó en la comunidad educativa una honda preocupación que no empalidece por las circunstancias de que quien aparecía como novio de la Sra. Caminos fuera ya exalumno por haber egresado el año anterior, habida cuenta de que el hecho en sí constituye una exposición pública inadecuada e incompatible en relación a las funciones que cumple como preceptora" (fs. 15 vta.).

Como puede verse, según el propio colegio, la desvinculación obedeció a una combinación de motivos. Si bien algunos de ellos podrían contar como incumplimiento de obligaciones laborales en la medida en que existen pautas de conducta y de relacionamiento y deberes específicos cuyo cumplimiento el empleador puede legítimamente exigir —especialmente si se trata, como en el caso, de un colegio secundario—, el punto central para determinar si el despido pudo ser arbitrario consistía en establecer si la difusión de la relación sentimental de la actora con quien fuera un alumno del colegio tuvo también incidencia determinante en la decisión rescisoria y si, siendo ello *prima facie* discriminatorio, la empleadora logró probar que no lo fue. El tribunal *a quo* omitió examinar ese punto.

3°) Que lo anterior no implica desconocer la facultad constitucional de la empleadora de despedir sin causa. La garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar (arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional). La facultad de despedir sin causa, no obstante, reconoce límites en la ley 23.592 y, por consiguiente, no puede encubrir un trato discriminatorio. En particular, si se denuncia que una circunstancia *prima facie* discriminatoria fue determinante de la disolución del vínculo, pesa sobre el empleador la carga de acreditar que dicha circunstancia no fue el móvil del despido o que resulta ajena a toda discriminación y, en caso de que sostenga que la rescisión obedece a una combinación de motivos, el tribunal debe asegurarse de que, de acuerdo a la prueba rendida, ninguno de ellos sea efectivamente discriminatorio. La necesidad de establecer si hubo realmente discriminación es crucial.

En definitiva, en el caso media relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48) en tanto el pronunciamiento cuestionado no dio un adecuado tratamiento a las cuestiones planteadas. Ello impone su descalificación como acto jurisdiccional válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

Por ello, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada con el alcance indicado. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que se dicte, por quien corresponda, un nuevo pronunciamiento. Notifíquese. — *Carlos F. Rosenkrantz.*

Los "senderos" de la discriminación en la doctrina la CS (a propósito del reciente fallo "Caminos")

Agustín C. Acosta (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El reclamo y su derrotero judicial.— III. La sentencia de la CS.— IV. Reflexiones en torno a la doctrina de la CS.— V. ¿A dónde nos conduce "Caminos"?

I. Introducción

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) se ha expedido recientemente en los autos "Caminos, G.E. c/ Colegio N.S.D.L. s/ despido" **(1)**, revocando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que confirmaba la resolución del Tribunal de Merito, por la cual se rechazó el reclamo de la trabajadora, quien alegó que su despido obedeció a un acto discriminatorio motivado en la relación sentimental que mantuvo con un exalumno del instituto educativo de la patronal. El Tribunal Cimero mandó dictar una nueva resolución jurisdiccional, según las pautas valorativas demarcadas en su sentencia.

II. El reclamo y su derrotero judicial

A continuación realizaré una breve referencia a los diferentes estamentos judiciales por los que transitó la causa hasta el fallo de la CS objeto de comentario.

II.1 Contexto fáctico del caso

G.E. Caminos se desempeñó como preceptora para el Colegio Secundario demandado desde 05/03/2007 hasta el día 18/05/2009, fecha en que la patronal dispuso su desvinculación "sin justa causa". A la fecha del despido la actora tenía 46 años de edad.

La actora desde enero de 2008 mantenía una relación de sentimental con A. A. de 19 años, ex alumno de la institución demandada, y quien fuera participante en el programa televisivo Operación Triunfo 2009, que fue transmitido por el canal Telefe y por Canal 8 de provincia de Córdoba.

El 10/05/2009, Caminos viajó a la ciudad de Buenos Aires para presenciar en vivo la actuación de su pareja (exalumno del colegio) que participaba en el programa televisivo referenciado, haciéndose ostensiblemente notoria la relación afectiva por la repercusión que tuvo la televisación en la ciudad de Córdoba en ese programa.

Con fecha 12/05/2009 la Directora del colegio le notificó una licencia laboral paga por varios días. Vencida esta, con fecha 18/05/2009 la patronal le remite carta documento en donde se le comunica la prescindencia de sus servicios sin causa (art. 245, LCT), cobrando la trabajadora la indemnización por despido.

El 04/08/2009 (tres meses posteriores del despido) la actora impugna la desvinculación manifestando que esta es discriminatoria, pues

(*) Abogado litigante, Posgrado en Derecho Empresarial, Diplomado en Riesgos del Trabajo, Diplomado en Derechos de Daños y Responsabilidad Civil, integrante de grupos de investigación en materia laboral, U.N.C.

(1) A los fines de resguardar la intimidad de las partes, he optado por poner la abreviatura de las partes intervinientes en el litigio. CS, "Caminos, G. E. c. Colegio e Instituto N. S. de L. s/despido", 10/06/2021 TR LALEY AR/JUR/72063/2021

obedece a su aparición en el programa televisivo referido y fundamentalmente es segregacionista pues se rechaza su elección de vida, en especial de pareja (relación que mantiene con el ex alumno de la institución demandada). En su reclamo solicita el reintegro a sus tareas, salarios caídos, indemnización por daños y perjuicios y por daño moral.

La institución demandada, ya en instancia judicial, sostuvo que la actora no contradijo oportunamente el despido, que, este fue consentido porque cobro las indemnizaciones correspondientes sin formular reserva alguna. Manifestó que se le había señalado en distintas ocasiones y desde distintos sectores (dirección, representante legal, compañeros preceptores), que debía tener más cuidado y sobriedad en relacionarse con los alumnos, respecto a su vestimenta e incluso las salidas que realizaba fuera del colegio. Además la patronal sostuvo que la preceptora no guardaba el nivel de asimetría que la función de preceptora requería; que hubo quejas de padres y que se afectó la imagen de la institución. No obstante, afirmó que hizo uso de la opción constitucional de despido sin causa y que no hay discriminación alguna en su decisión.

II.2 La Sentencia del Tribunal de Merito

El Tribunal que resolvió la causa, dictó su sentencia con fecha 14/08/2014 (cinco años después del despido), rechazando la pretensión de declarar nulo el despido, de que se la reincorpore a la actora y que se le abonen salarios caídos e indemnizaciones por daños y perjuicios **(2)**.

El Tribunal al analizar si el despido sin causa obedeció a un acto discriminatorio, expuso que para exista discriminación en los términos que establece la ley 23.592, la violación de los derechos y garantías constitucionales debe darse en ámbitos donde pueda compararse la situación de unos para con otros. Por ello se sostuvo que no puede considerarse discriminatorio un acto si no se demuestra que existe otra persona o grupo al que sí le fueron reconocidos esos derechos; e indicó que en autos la actora no probó a que compañeros preceptores se le reconoce el derecho de elegir pareja entre el alumnado. En base concluyó que no se está frente a un caso de discriminación en que resulte aplicable la ley 23.592.

Para finalizar, la sentencia afirma que quien alega un derecho debe demostrar que de su parte cumplió con la totalidad de las obligaciones que correlativamente le eran exigibles para acceder a este; lo cual en el caso, la actora no hizo.

II.3. Sentencia del TSJ de Córdoba

La actora, luego que el Tribunal de sentencia denegara la admisión de su casación, debió interponer Recurso Directo ante el TSJ, denunciando que la sentencia incurría en "violación de las reglas de la sana critica racional" y "errónea aplicación legal".

La Sala Laboral del TSJ declaró formalmente inadmisible el recurso interpuesto **(3)**, ya que afirmaba que no se satisficieron las condiciones mínimas que requiere el código de rito, pues el remedio procesal resultó genérico sin puntualizar los vicios que se invocaban. En una brevísima resolución, el superior provincial, omitió ingresar al tratamiento del fondo de la cuestión, alegando falencias formales en la vía recursiva; quedando confirmada la sentencia de grado **(4)**.

III. La sentencia de la CS

Como ya se dijo con fecha 10/06/2021 CS dicta la resolución que está en comentario. El fallo fue suscripto por la totalidad de los miembros del Tribunal; los Ministros Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti votan asentados en la fundamentación del dictamen del Procurador Fiscal, mientras que el Ministro Rosenkrantz, elabora su voto concurrente con fundamentación ampliada.

En el dictamen del Procurador Fiscal se señala que el superior cordobés, al declarar mal con-

(2) CTrab., Córdoba, sala 4, "Caminos, G.E. c/ Colegio N.S.L. - Ordinario — Despido — Expediente Nº 141175/37", 14/08/2014.

(3) Conforme Ley de Procedimiento Laboral 7.987 de la Pcia. de Córdoba, en su art. 119 determina que el TSJ formará en su seno Salas para las resoluciones de los conflictos del trabajo, integrada por tres vocales, en el presente caso, el fallo fue resuelta por unanimidad por los tres integrantes.

(4) TS Córdoba, sala laboral, "Caminos, G. E. C/ Colegio E Instituto Nuestra Señora De Loreto - Ordinario — Despido", 10/12/2015.

cedido el remedio local, omitió dar respuesta a los agravios de la actora, afectando así el derecho de defensa y convalidando el fondo del asunto; desconociendo los estándares probatorios vigentes para analizar supuestos de despido discriminatorio en los términos de la ley 23.592, los que deben ser interpretados en consonancia con las normas constitucionales concordantes como el art. 16 de la CN y los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad según doctrina del Máximo Tribunal (Fallos: 334:1387, "Pellicori", considerando 6°; 332:433, "Partido Nuevo Triunfo", considerando 6°, y 333:2306 "Álvarez", considerando 5°).

Asimismo, expone que el Tribunal de Mérito (primer sentenciante de la causa) no ha tenido en cuenta lo que la CS sostenidamente viene señalando sobre las reglas interpretativas para establecer si existe trato discriminatorio, que ello no se consuma en la realización de un examen comparativo, sino en establecer si el trato que se cuestiona discrecional, tiene justificación objetiva y razonable. Se aclara que la doctrina de la Corte no supone la eximición de prueba para quien alega un acto discriminatorio, como así tampoco implica la inversión de la carga de la prueba, sino que le corresponde a aquel a quien se le atribuye la conducta discriminatoria, que pruebe el hecho que justifique descartar el *prima facie* acreditado.

La observación de la Procuración hace hincapié en que la Cámara y el Tribunal Superior del Córdoba omitieron valorar que en discusiones sobre tratos discriminatorios que tuvieren lugar en las relaciones de trabajo hay una notoria dificultad probatoria, y que basta con que quien alega hechos discriminatorios, los acredite para su evaluación; correspondiendo en cabeza del accionado la prueba de que esta no existió. Categóricamente se afirma que ese debió ser el criterio jurisdiccional de valoración probatoria que correspondía aplicar y no imponérselo a la trabajadora accionante.

Por su parte, el Ministro Rosenkrantz agrega, que la facultad que tiene la empleadora de despedir sin causa encuentra limites en la ley 23.592, no pudiéndose encubrir actos discriminatorios bajo el ropaje de despido "sin causa"; más aún, cuando se denuncia un acto discriminatorio que en principio fue el resultante para la disolución del vínculo laboral corresponde la carga de la prueba de desvinculación a la accionada. Revela que el Tribunal *a quo*, omitió examinar el punto central, que era determinar si el despido fue arbitrario al difundirse la relación sentimental entre la actora y el exalumno, y si ello tuvo incidencia en la rescisión del vínculo, y que si esto fuera así, la accionada debía probar que la recisión no obedeció a ello. Finalmente el Ministro Rosenkrantz descalifica el decisorio cordobés ya que falto a la valoración de la prueba y como tal trae aparejada la descalificación del acto jurisdiccional en los términos de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

IV. Reflexiones en torno a la doctrina de la CS

La sentencia a mi modo de ver tiene contornos constitucionales —tanto en su planteo de fondo como en sus vicisitudes procesales— que invitan a una reflexión que aborde las proyecciones de contenido constitucional/laboral que el caso plantea. Trataré de poner en foco algunas aristas o perfiles que se derivan de la propia dinámica del proceso judicial o de las fundamentaciones vertidas en la sentencia.

IV.1 La demacrada tutela judicial efectiva

Una y otra vez, como en tantas otras causas, al observar la línea temporal existente entre el punto de partida de su litigio y finalización, no podemos evitar invocar la tutela judicial efectiva; cuestionándonos si se ha cumplido aquel axioma constitucional de la tutela judicial efectiva que encuentra resguardo en el art. 18 de la CN **(5)**, art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos **(6)** y demás Tratados de

(5) "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos..."

(6) "Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley

DD.HH., unánimemente sostenido por la propia jurisprudencia de la CS y la doctrina especializada.

El presente caso es una muestra letal de este cuestionamiento. La causa, a la fecha de redacción del presente artículo **(7)**, aún no tiene resolución firme pues la causa ha sido remitida para que se resuelva con los lineamientos establecidos por la CS. Nótese que el despido tuvo lugar en el año 2009; que cinco años posteriores, en 2014, la Cámara dicta la primera resolución a la causa. Contra esa sentencia el TSJ cordobés se expide catorce meses posteriores a aquella, inadmitiendo la vía recursiva articulada por la actora. La CS se expide aproximadamente seis años posteriores a aquellos, pero no para dar por concluido al proceso, sino para estampar los lineamientos a seguir para lograr una sentencia fundada; habiéndose agotado hasta la feche doce años desde el distracto sin certezas judiciales.

Los tiempos transcurridos claramente denotan una palmaria contradicción con el axioma constitucional de la "tutela judicial efectiva y la resolución en tiempo razonable" el que implica insuperablemente que un justiciable obtenga una sentencia de fondo motivada y fundada en un tiempo razonable, más aún en un pleito como en el análisis el cual que no ha requerido una compleja colecta probatoria, o exigiera la realización de complicadas pericias técnicas que dilataran la extensión del proceso. Esta elongación injustificada, provoca mantos de incertidumbres y vacilaciones sobre los remedios procesales que la Carta Magna impone para una actuación judicial y si los mismos son n realmente asumidos y cumplidos por los operadores judiciales.

IV.2 "Caminos" profundiza el sendero demarcado por "Álvarez", "Pellicori", "Varela" y "Fontana"

A mi modo de ver, el fallo "Caminos" viene a ensanchar los estándares jurisprudenciales que nos dejaron los precedentes de la CS "Álvarez" **(8)**, "Pellicori" **(9)** "Varela" **(10)** y "Fontana" **(11)** que no deben escaparse de todo operador judicial al momento de fundar una sentencia y en especial en el sopeso probatorio que una denuncia de discriminación debe contener.

La Corte tiene dicho en "Álvarez" que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación tiene la máxima consagración y entidad, perteneciendo así al *ius cogens*, por lo que rige tanto en el derecho internacional aplicable a todo Estado como en su ordenamiento interno, sin excepción incluido el derecho del trabajo. El principio de prohibición a la discriminación genera obligación tanto para el Estado como los particulares; respecto a los Estados, además de que no se le impone el deber de no realizar violaciones a tal principio, se le exige asimismo la adopción de medidas que importen una reversión de esas conductas, es decir que no solo tiene una obligación pasiva de no hacer, sino también que tiene una obligación de hacer respecto a la creación de medidas que impliquen que la no violación al principio de no discriminación. Con "Álvarez" se incorpora como norma sustancial del derecho del trabajo la ley 23.592.

De esta manera, en lo que respecta a la aplicación de la ley 23.592 en el ámbito de la relaciones laborales, "Álvarez" tiene dicho que no hay nada en el espíritu de la ley que indique lo contrario, entendiendo que esta norma es necesaria en el ámbito laboral. La Corte entiende como un freno a las facultades discrecionales del empleador, dado que estas encuentran límite en la dignidad, igualdad y prohibición de discriminación.

Por su parte, en "Pellicori" la Corte estableció que la regla o pauta probatoria en materia de

o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales..."

(7) Mes de julio del año 2021.

(8) CS, "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", 07/12/2010 TR LALEY AR/JUR/77141/2010.

(9) CS, "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos: 334:1387

(10) CS, "Varela, José Gilberto c/Disco SA s/amparo sindical", 04/09/2018 TR LALEY AR/JUR/47017/2018.

(11) CS, "Fontana, Edith Fabiana c/ Cibie Argentina SA s/ juicio sumarísimo", 08/04/2021 TR LALEY AR/JUR/6753/2021.

discriminación será suficiente con la acreditación de los hechos que induzcan a la presunción de existencia de hechos amparados en la ley de actos discriminatorios. Remarca la CS, que su doctrina no presume la eximición de prueba para quien alega, como tampoco que ello conlleve la inversión de la carga de la prueba, sino que el accionado deberá desvirtuarlos con la prueba que desacredite aquello que hubiera el actor *prima facie* acreditado.

En "Varela" y "Fontana" se específica que este estándar de valoración probatoria se debe focalizar y profundizar si el interesado demuestra verisímilmente que el despido fue dispuesto por motivos discriminatorios, correspondiendo así a quien se le imputa la conducta reprochable, que acredite que el distracto se dispuso por otro motivo ajeno a cualquier acto discriminatorio. Es decir, se fortalece la inicial apertura probatoria de "Pellicori" pero con una severidad en cuanto a que no cualquier acto patronal por sí (como sería en el caso de "Varela" con el cumplimiento del Proceso Preventivo de Crisis) se torna arbitrario y discriminatorio.

En "Caminos", *prima facie*, surge de manifiesto la concordancia existente entre el despido y el hecho público y notorio que dio a conocer la relación sentimental entre la actora de 46 años y el exalumno; esto a primeras luces permite concluir que la conducta de la demandada fue consecuencia de la trascendencia pública en la comunidad educativa y estudiantil de la relación íntima. A más de ello, surge de las propias manifestaciones de la accionada, que la relación sentimental entre la dependiente y el exalumno al hacerse pública, no fue recibida con agrado entre los padres del alumnado y los propios profesores. Debido a ello, una primera conclusión permite suponer que el despido que ha dispuesto la accionada, ha sido en represalias a "la conducta" de la preceptora que se vinculara sentimentalmente con quien ha sido ex alumno de la institución 27 años menores.

En consecuencia, a razón de la temporalidad que señalamos (hecho público y distracto), los parámetros que ha fijado la CS a los fines del dictado de un nuevo pronunciamiento; permitiría concluir que aquel "despido sin causa" se tendrá como un acto discriminatorio encontrando sus fundamentos en la intromisión por parte de la patronal a la esfera íntima de la trabajadora, coartando así su soberano derecho a la libre elección de pareja.

IV.3. El derecho a la intimidad y su desenvolvimiento en el mundo laboral

En la normativa que regula las relaciones de trabajo, hallamos que la patronal cuenta con diversas facultades de dirección en lo que respecta al desenvolvimiento de su actividad comercial, pero no debe escaparse de que estas facultades concedidas se ven limitadas por la propia norma que rige las relaciones de trabajo (LCT 20.744), en un claro límite a la intromisión del empleador a la intimidad de los trabajadores.

Es así, que dicho cuerpo legal contempla ese freno a la intromisión de la esfera privada del trabajador/a, de modo que se establece en su art. 73 de la LCT, bajo el título "Prohibición. Libertad de expresión" que "[e]l empleador no podrá, ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vistas a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas."

Nadie podría dudar que hoy es totalmente invasivo —y por lo tanto ilegal— de la intimidad personal imponer limitaciones a los dependientes en cuanto a su orientación sexual, su exposición de vida de pareja o su actuación pública respecto a esta. Es decir, una patronal no podría entrometerse en una relación afectiva de su dependiente —sea cual fuera esa elección— y menos aún sancionarla o aplicar represalias por dichas actitudes.

En la presente causa, lo que tardíamente la patronal pretendió escudar es que —más allá de la elección de pareja de la actora y la edad de su compañero— la trabajadora incumplió sus deberes de Preceptora y no mantuvo la distancia jerárquica, humano y profesional que su función requería.

Debe dejarse en claro que tal situación de ser verificada, podría ser objeto de agravio patronal y quizás de justificación de despido causado, sin que tal decisión implicara una discriminación por elección sexual, sino que se configuraría en unos incumplimientos a los deberes del Trabajador/a.

No obstante, en la presente causa la patronal despidió sin causa es decir no denunció incumplimiento. En todo caso lo que tendría que haber expuesto y probado es que el despido sin causa fue una decisión patronal —mayormente fundada en una pérdida de confianza laboral ya generado con anticipación— y consumada al momento del despido.

V. ¿A dónde nos conduce "Caminos"?

Una vez más remarco que la causa aún no ha recibido su resolución final, pues lo que la CS ha resuelto, es un reenvío para que un Tribunal competente dictamine en función de los estándares probatorios de la doctrina que se deduce de "Álvarez", "Pellicori", "Varela" y "Fontana"

Algunas directrices que la nueva sentencia quizás pueda abordar se acercarían a estas preguntas: ¿la patronal al haber invocado un despido sin justa causa, tiene elementos más endebles —en cuanto a la discriminación— que si hubiera alegado un despido con justa causa?; ¿puede defenderse de la discriminación aduciendo que teniendo elementos para invocar causas laborales, decidió despedir sin causa?; ¿en rigor de verdad la patronal "discriminó" a la actora por su opción de vida de pareja (hecho que conocía desde un año antes del distracto que tolero y hasta acompaño)?; ¿motivó la extinción contractual la opción de vida de pareja de la actora conocida desde un año antes o su actitud de publicitar la misma a través de la televisión?; ¿es recriminatorio publicitar tal actitud o en verdad es el ejercicio de la intimidad/autonomía personal resguardada por la LCT y la Constitución Nacional?

Esperaremos el nuevo pronunciamiento por dictarse y observaremos como esos jueces aplican al caso concreto el sendero que desde hacer 15 años la CS viene demarcado respecto a la discriminación laboral.

Sin lugar a duda, a quien dicte el nuevo fallo no le espera una tarea sencilla.

PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO POR CAUSA DE MATRIMONIO

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

Con nota de Maricel Fandos

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

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

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

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

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

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

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

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

to a la hora de contraer enlace y asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico.

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

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

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

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

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

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

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

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

CNT 57589/2012/1/RH1

Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

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

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

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

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

- II -

Contra esa sentencia, el actor interpuso recurso extraordinario (fs. 184/204), que fue contestado (fs.

206/209) y cuyo rechazo (fs. 211) motivó esta presentación directa (fs. 33/37 del cuaderno de queja).

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

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

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

- III -

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

- IV -

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

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

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

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

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

Durante el último gobierno de facto se dictó la ley 21.297 que, con el propósito de eliminar ciertos "excesos" en la regulación laboral y de reestablecer "el

orden indispensable en la relación trabajo-empresa" (mensaje de elevación, 23 de abril de 1976), restringió ciertos derechos de los trabajadores. En ese marco, derogó la extensión al trabajador prevista en el artículo 299 de la LCT (art. 1).

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, el artículo 17, punto 4, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impone a los Estados la obligación de "tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adec-

uada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio". Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé que la acción estatal debe tender a "[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (art. 5, inc. a). A su vez, su artículo 16 estipula que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y como progenitores, en materias relacionadas con sus hijos (apartados e y d).

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

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

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

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

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

- V -

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

CNT 57589/2012/1/RH1

Buenos Aires, septiembre 24 de 2020.

Considerando:

1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de prim-

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

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

2°) Que, para así decidir, el a quo consideró que la pretensión había sido desestimada por el juez de origen, porque, aunque se había acreditado que la empleadora tomó conocimiento del matrimonio celebrado el día 18 de marzo de 2010, el actor no había logrado probar que el distracto se hubiera producido por dicha razón, toda vez que los testigos manifestaron desconocer el motivo de la desvinculación ocurrida el 25 de junio de 2010. Añadió que tampoco surgía de sus declaraciones que la empresa llevara adelante una "práctica discriminatoria" (arg. art. 1° de la ley 23.592), y no halló elementos que permitiesen tener por configurado un despido discriminatorio que autorizase a aplicar las pautas en materia de prueba establecidas por esta Corte en los precedentes sobre la materia (Pellicori y Sisnero, Fallos: 334:1387 y 337:611 respectivamente). Recordó que, según el fallo plenario N° 272 del fuero, dictado en autos "Drewes" —que debía entenderse vigente en virtud de lo establecido en la acordada 23/2013 de esta Corte— "En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182 de la LCT". Y señaló, con cita de un precedente propio, que si bien conforme a ese criterio la protección contra el despido por matrimonio se extiende al dependiente —pues sostener lo contrario afectaría el "principio de prohibición de discriminación"—, no es menos verdad que, en estos casos, es necesario que se acredite que tal circunstancia fue la que causó el despido pues, a diferencia de lo que ocurre con la trabajadora mujer, no opera la presunción "iuris tantum" que establece el art. 181 de la LCT. Esta circunstancia, subrayó, no resulta contraria a los derechos constitucionales invocados sino que está respaldada por las disposiciones de la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que consagran una protección especial de la mujer de manera que "No existe, en el caso, una distinción arbitraria por razón del sexo". Por el contrario, existe una realidad sociocultural —difícil de soslayar— y que busca(n) revertir y contrarrestar las normas legales…conformada por aquellas prácticas que agravan o perpetúan la posición de subordinación de grupos especialmente desventajados, como lo son las mujeres, sobre todo en el mundo del trabajo".

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

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

5°) Que es pertinente señalar que la disposición legal en cuestión integra, junto a otros dos artículos, el capítulo (III) de la LCT denominado "De la prohibición del despido por causa de matrimonio", inapropiadamente inserto —por lo que se verá a continuación— en el título (VII) referido al "Trabajo de Mujeres". El primero de los artículos del capítulo determina: "Nulidad. Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio" (art. 180). El segundo artículo establece: "Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notifi-

cación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados" (art. 181). Finalmente, el tercer artículo prevé: "Indemnización especial. En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245" (art. 182).

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

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

6°) Que los jueces de la causa, sobre la base de la doctrina plenaria del fuero, admitieron que tanto los empleados varones como las empleadas mujeres tienen derecho a la indemnización del art. 182 de la LCT —más arriba transcripto— en caso de despido por causa de matrimonio, pero sostuvieron que la presunción contenida en el art. 181 —también antes reproducido— solo se aplica a los supuestos de trabajadoras mujeres de manera que, para obtener el resarcimiento agravado, los varones deben "probar" que la desvinculación obedeció al hecho de haber contraído enlace.

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

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

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

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

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

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

otra que la del artículo 198" (diario de sesiones citado, p. 464).

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

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

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

Ciertamente, para sustentar su posición, la cámara puso de relieve la existencia de poderosas razones que justifican el otorgamiento de una especial protección legal a la mujer frente a la discriminación de la que comúnmente es objeto, especialmente en el terreno laboral. Así, se hizo eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector, particularmente dirigido a la mujer, en los términos aludidos en el considerando anterior. Empero, al centrarse solo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio. En efecto, el paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares.

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

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

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

Entre otros aspectos relevantes para el esclarecimiento de los puntos debatidos en este caso, los instrumentos internacionales mencionados —que gozan de rango constitucional según el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional— enfatizan que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (art. 17.1 de la Convención citada en primer término, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Asimismo, reconocen el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio (art. 17.2 de la Convención y 23

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cit. y establecen la obligación de los Estados de "tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo" (art. 17.4 de la Convención y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). La eliminación de "la discriminación contra la mujer" y, particularmente, en lo que atañe a "los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares" constituye uno de los objetivos primordiales a los que apunta la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2 y 16.1). Al efecto, la norma internacional prescribe que los estados deben adoptar todas las medidas adecuadas que aseguren "en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres "..." [e]l mismo derecho para contraer matrimonio", "[l]os mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución" y "[l] os mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial" (art. 16.1.a, c y d).

11) Que, es apropiado traer a colación, asimismo, que con similar orientación a la de la normativa reseñada en los considerandos precedentes, el Convenio 156 de la OIT, "sobre los trabajadores con responsabilidades familiares" (ratificado por la Argentina mediante la ley 23.451; B.O. 14 de abril de 1987), pone en cabeza de los estados miembros de la entidad internacional la obligación de incluir entre los objetivos de sus políticas nacionales "el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales". Todo ello "con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras" (art. 3°). El Convenio, además, determina expresamente que "la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo" (art. 8).

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

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

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

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

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

Voto del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

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

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

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

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

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

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

zación equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245".

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

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

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

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

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

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

Como puede verse, el miembro informante dice claramente que las normas protectorias, incluyendo la que establece la presunción, fueron modificadas teniendo en miras tanto a la mujer como al varón. Recuperaba así la regulación de la ley 12.383, que protegía a los dos cónyuges. Más aun, cuando el proyecto volvió a Senadores, el miembro informante de la Comisión volvió a dejar en claro que la protección alcanzaba a varones y mujeres. Sostuvo así que "El artículo 196 establece la prohibición absoluta del de-

spido por matrimonio. Muchas veces encontrábamos que la parte empresaria se enteraba de que un compañero o compañera trabajador iba a contraer matrimonio y procedía a despedirlo" (op. cit., p. 1695).

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

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

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

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

7°) Que, para concluir, conviene recordar que la propia LCT "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores", entre otros, "por motivo de sexo" (art. 17) y considera "trato desigual" al dispensado a los trabajadores por esa misma razón, entre otras (art. 81). Frente a tan claras directivas, la única interpretación que cabe efectuar de los artículos en cuestión es que sus disposiciones son aplicables indistintamente a hombres y mujeres. Por lo demás, la postura contraria resulta irrazonable porque la dificultad de acreditar que el despido obedece al matrimonio es tan significativa en el caso de la mujer como en el caso del cónyuge varón, con lo que la distinción es irrazonable y, a la postre, discriminatoria (art. 16 de la Constitución Nacional).

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

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

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

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando: 1°) Que la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al confirmar la sentencia de primera instancia, rechazó la demanda de indemnización especial por despido por causa de matrimonio (art. 182 de la Ley de Contrato de Traba-

jo, en adelante LCT), que fue promovida por el trabajador al ser desvinculado sin expresión de motivos por la empresa demandada dentro de los seis meses posteriores al acto nupcial; es decir, dentro del plazo en el que —a su criterio— según el art. 181 LCT, corresponde presumir que el despido sin invocación de motivos tiene por causa el matrimonio.

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

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

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

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

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

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

El recurrente sostiene que la decisión apelada no solo es arbitraria porque carece de la debida fundamentación, se basa en afirmaciones dogmáticas y no aplica el principio de equidad en materia de distribución de la carga de la prueba, sino que vulnera —entre otras— las garantías de igualdad y de no discriminación y resulta contraria al mandato constitucional de protección a la familia, consagrado en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional, 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

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

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

4°) Que los agravios del apelante suscitan la cuestión federal que habilita la instancia de excepción de este Tribunal, pues se sostiene que la interpretación realizada por el a quo respecto del art. 181 de la LCT es violatoria de garantías constitucionales, en particular de los derechos a la protección de la familia y a la igualdad, y la decisión apelada ha sido

contraria al derecho fundado en ellas (art. 14, inc. 3°, ley 48, doct. Fallos: 307:398; 329:5266, y sus citas).

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

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

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

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

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

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

8°) Que de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprende el principio de trato igualitario de los integrantes primarios de dicho núcleo social (Bidart Campos, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, T. I-B, p. 219), que recibe reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el art. 75, inciso 22, de la Norma Fundamental nacional.

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

En sentido similar, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), consagra en su art. 16 que "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y

mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; (...) f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

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

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

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

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

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

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

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

En 1974, la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) contempló la protección contra el despido por matrimonio tanto a trabajadores varones como mujeres (los arts. 196, 197 y 198 se encontraban ubicados en el mismo capítulo y título —"Trabajo de mujeres"— y presentaban una redacción similar a los actuales arts. 180, 181 y 182, reconociéndose un plazo mayor de presunción que el actual). Con específica referencia a los trabajadores varones, la legislación preveía la protección en el art. 299, en los siguientes términos: "lo dispuesto en el artículo 198 de esta ley podrá extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Despido por matrimonio del trabajador varón

Comentario al fallo "Puig" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y análisis del criterio de la Corte Suprema santafesina en el reciente fallo "Ledezma"

Maricel Fandos (*)

Sumario: I. Los hechos del caso "Puig".— II. Lo que resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones.— III. Los argumentos de la Corte Suprema.— IV. Análisis del tema discutido en el fallo. La presunción del art. 181 de la LCT.— V. El bien jurídico protegido.— VI. Un "guiño" de la Corte Suprema de Santa Fe en el reciente fallo "Ledezma" a la ampliación de derechos.— VII. Conclusión.

I. Los hechos del caso "Puig"

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido" **(1)** resolvió en fecha 24/09/2020 revocar la sentencia dictada por la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo por cuanto rechazaba el reclamo de la indemnización especial por despido por matrimonio del art. 182 de la LCT pretendida por un trabajador varón y resolvió que este se encontraba amparado dentro de la presunción del art. 181 del precitado cuerpo legal.

La desvinculación del trabajador sin expresión de motivos ocurrió dentro de los seis meses del acto nupcial, es decir dentro del plazo que según el art. 181 de la LCT corresponde presumir que el despido tiene por causa el matrimonio. Sin perjuicio de ello, la CNAT rechazó la pretensión del actor por entender que este no había podido probar que el despido obedeció a la causal en cuestión, es decir que había sido desvinculado por haber contraído matrimonio y por la inexistencia de elementos que pudieran tener por configurado un despido discriminatorio. Contra esa sentencia el actor interpuso un recurso extraordinario federal cuya denegación dio origen a la queja ante la CS.

II. Lo que resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones

Los jueces de la Sala VI de la CNAT sobre la base de la doctrina plenaria del fuero entendieron que tanto trabajadores mujeres como hombres tenía derecho a la indemnización especial y adicional del art. 182 de la LCT equivalente a un año de remuneraciones, pero sostuvieron que la presunción en cuestión solo era de aplicación a las trabajadoras mujeres, no así a los varones

(*) Abogada (UNR). Abogada Especialista en Derecho del Trabajo (UNR).

(1) CS, "Puig, Fernando Rodolfo vs. Minera Santa Cruz S.A. s. Despido", 24/09/2020, Rubinzal Online; 57589/2012, RC J 6128/20.

quienes debían probar que despido obedeció a haber contraído matrimonio.

Hace ya varios años la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el plenario "Drewes" **(2)** había sentado su postura al entender que en caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedeció a causas del matrimonio era procedente la indemnización agravada del art. 182 de la LCT, aunque no correspondía aplicarle a este la presunción del art. 181 del mismo cuerpo legal.

III. Los argumentos de la Corte Suprema

La CS en "Puig" revocó el fallo de la Sala VII de la CNAT aplicando la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por entender que el decisorio no era una derivación razonada de la aplicación del art. 181 de la LCT al caso.

Dentro de los argumentos invocados por la CS señalan:

Que los arts. 180/2 de la LCT que integran el Capítulo III ("De la Prohibición del despido por causa del matrimonio") se encuentran "inapropiadamente inserto" dentro del Título VII ("Trabajo de Mujeres"). Dice: "No hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT (...) elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón"... "ninguna de las tres normas antes mencionadas se refiere a la mujer trabajadora como exclusiva destinataria de la protección especial que consagran") y asimismo destacó que la propia ley "prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo".

El fallo se fundó en el principio de igual ante la ley y en la prohibición de efectuar discriminaciones fundadas en razón del sexo pero a su vez hizo especial consideración en el modo en el cual actualmente se desenvuelve la vida familiar donde los roles son compartidos por ambos integrantes del matrimonio.

El Máximo Tribunal sostuvo que la protección contra el despido por causa de matrimonio "reconoce su génesis" en el hecho de que los empleadores piensen, que la ante la asunción de responsabilidades familiares derivada de la unión conyugal por parte de los trabajadores, el cumplimiento de las obligaciones laborales y la capacidad laborativa de los mismos se vea afectada. Pero sostienen: "[E]l paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones en los últimos años orientándose hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se han cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares".

La Corte consideró que el fallo de Cámara había prescindido de los principios constitucionales e internacionales que, sin desmedro de propender al especial resguardo de la mujer, privilegian también la protección del matrimonio y de la vida familiar.

Por su parte del voto del ministro Rosatti resulta: "[E]n la actualidad, resulta imperativa una lectura dinámica y progresiva de la norma que superando los estereotipos culturales... procure su extensión a todos los trabajadores, con una hermenéutica de equidad de género".

IV. Análisis del tema discutido en el fallo. La presunción del art 181 de la LCT

A los fines de la comprensión del debate jurídico aquí planteado es útil la alusión a algunas consideraciones previas.

Del análisis de la normativa vigente es importante analizar que la disposición legal sobre la cual versó la cuestión: el art. 181 de la LCT.

La presunción legal conforme el artículo precitado en su texto actual, es la siguiente: "Art. 181. —Presunción. Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando este fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres meses anteriores o seis meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado su notificación fehaciente a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posteridad a los plazos señalados".

Durante mucho tiempo se discutió doctrinariamente si esa presunción legal era aplicable

(2) CNTrab., Fallo Plenario Nro. 272, "Drewes, Luis Alberto C/ Coselec SSCS S/Cobro de Pesos", 23/03/1990, LA LEY 1990- C, 466.

solamente a las trabajadoras mujeres o si también a los varones. En relación con este tema la doctrina se ha dividido en dos posturas, una corriente restrictiva y otra amplia.

La primera postura puede observarse en el fallo plenario "Drewes" en donde hace 30 años la CNAT sostuvo: "En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obedece a causas de matrimonio, es procedente la indemnización prevista en el art. 182, LCT (t.o. 1976)". Se le impuso al trabajador varón la carga de probar que el empleador lo había despido por causa de matrimonio. Señala Litterio: "el fallo plenario no se pronunció acerca la operatividad de la presunción legal respecto de los trabajadores del sexo masculino" **(3)**.

Respecto a la presunción legal prevista en el art 181 no existió doctrina fijada por dicho plenario, por lo que desde largo tiempo se viene discutiendo si esta ampara a ambos sexos o solamente a las trabajadoras mujeres.

Este criterio no coincidía con una postura más amplia como la sostenida por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires **(4)**, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán **(5)** y el Tribunal Supremo de Justicia de Santa Cruz **(6)**, quienes desde perspectiva más amplia sostiene que el bien jurídico protegido por los art. 180, 181 y 182 de la LCT es la familia, no únicamente la mujer, por lo que concluye que es aplicable la presunción legal en cuestión así como la totalidad de esas normas al trabajador varón; si la norma no efectúa distinciones de género no habría razón para realizarlas y por consiguiente la presunción resultaría aplicable tanto para la mujer como para el varón.

Debe advertirse asimismo que si bien los art. 180, 181 y 182 de la LCT integran el Capítulo III ("De la Prohibición del despido por causa del matrimonio") insertos dentro del Título VII ("Trabajo de Mujeres") de la LCT, pero lo cierto es que ninguno de ellos hace referencia alguna a que el sujeto objeto de la protección legal sea únicamente la mujer trabajadora.

La ley 12.383 de Prohibición del despido por causa de matrimonio de 1938, derogada posteriormente por la ley 20.744, estableció la prohibición de despidos fundados en dicha causal, haciéndolo de modo general, no hacía distinciones de sexo y fijaba una indemnización que "nunca será inferior al importe de un año de sueldos". El Poder Ejecutivo con asentimiento del Senado vetó el segundo párrafo del art. 2° del texto original que decía: "se presume, salvo prueba en contrario, que la cesantía es por causa de matrimonio si se produce dentro de los treinta días anteriores o de los doce meses posteriores a su celebración". El veto del PEN obligó a quien invocaba que el despido había sido fundado por causa del matrimonio a que lo demuestre, lo cual era de muy difícil realización práctica, restándole eficacia al articulado legal.

Posteriormente la ley 20.744 vino a evitar los inconvenientes que generaba el texto anterior y estableció en su art. 197 dentro del Título VII de "Trabajo de Mujeres" la presunción de considerar que el despido obedecía a la causal de matrimonio cuando no hubiera invocación de causa o no se probare la invocada, siendo que el distracto ocurriera dentro del plazo de 6 meses antes o 12 meses después de la celebración del matrimonio. No está de más recordar que el texto original de la LCT —sancionada en 1974— eran muy parecido al texto actual pero contenía una disposición complementaria, el art. 299, que disponía que el pago de la indemnización agravada del actual art. 182 (art. 198 en el texto original) podía "extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo". Esta disposición complementaria fue cuestionada severamente por la doctrina **(7)**.

(3) LITTERIO, Liliana Hebe "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada", OJEDA, Raúl Horacio (coord.), Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 563.

(4) SC Buenos Aires, "Molina, Gustavo c/ Algodonera Lavallol S.A. s/ Diferencia de indemnización", 12/05/1987, DT 1987- B, 1079.

(5) CSJT, "Santillán, José Luis vs. Ortega y Cía. S.A.C.I.F.I.A. s/ Cobro de australes", 25/02/1997 TR LALEY AR/JUR/2022/1997.

(6) TSJ de Santa Cruz, "Martínez, Roberto F c/ Empresa Dowell Scumberger SA", R. D. L. 2000-1, sum 75 a 79 citado en Digesto Práctico La Ley cit, sums 8686/90.

(7) "...cabe preguntarse ¿Cuáles son las pautas a las que habrán de recurrir los jueces para la aplicación del presente artículo? Y, en todo caso, y dada la naturaleza de

Posteriormente por la reforma de la ley 21.297 los plazos se redujeron a la mitad manteniéndose dicha redacción del art. 197 (actual 181) hasta nuestros días.

La cuestión debatida fue la aplicabilidad de las disposiciones en cuestión al trabajador varón.

Si la prohibición de despidos por causa de matrimonio a la que refiere la normativa desde 1938 con la ley 12.383 (art. 1°) y mantenida por la ley 20.744 en su redacción original (art. 196) y la posterior ley 21.297 cuyo texto llega a nuestros días (art. 180) y la consecuente nulidad de los actos y contratos se aplican a todo el personal (no solo a las mujeres), no media razón para realizar diferencias para el supuesto presuncional previsto en el art. 181 de dicho texto legal.

V. El bien jurídico protegido

La protección contra despido por causa de matrimonio tiende a la protección de las personas de constituyen la familia, este es el bien jurídico tutelado. Y lo es en un marco en el que ambos cónyuges asumen o tienden a asumir por igual las responsabilidades emergentes de la vida familiar.

Específicamente ha sostenido la doctrina: "En las últimas décadas el modelo tradicional de familia se fue desdibujando notablemente, los cambios sociales y culturales han provocado que en muy poco tiempo los patrones clásicos del modelo familiar (la familia decimonónica) se hayan visto modificados" **(8)**. La familia ha atravesado una profunda transformación en su estructura, en los roles y en las relaciones entre sus miembros.

En los nuevos modelos familiares ambos cónyuges asumen indistintamente roles, tareas y obligaciones domésticas y familiares **(9)**.

VI. Un "guiño" de la Corte Suprema de Santa Fe en el reciente fallo "Ledezma" a la ampliación de derechos

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en fecha 22/12/2020 dentro de los autos "Ledezma, Juan Marcelo c/ Drogueria Rosfar S.A. cobro de pesos- rubros laborales- s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad" **(10)** convalidó que la presunción establecida en el art. 181 de la LCT rige para todos los trabajadores sin distinción de género, lo cual marca una continuidad con el criterio sostenido por Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de los autos "Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido".

En el caso, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario había revocado la indemnización especial por despido por causa de matrimonio promovido por el trabajador varón tras ser desvinculado sin expresión de motivos. Contra dicha resolución el actor interpuesto un recurso de inconstitucionalidad cuyo rechazó motivó el recurso directo. Si bien la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe resolvió rechazar la queja impetrada por entender que el pronunciamiento de alzada no había puesto en crisis derechos constitucionales ni vulnerado pautas elementales de razonabilidad y logicidad en su fundamentación que ameritaran la apertura de la vía extraordinaria, lo valioso de este pronunciamiento es la lectura que se desprende de este en cuanto a la presunción del art. 181 de la LCT y su aplicación al caso de marras.

En realidad la Corte santafesina no lo hace a través de un análisis pormenorizado de la norma, todo lo contrario, ni siquiera cita al prece-

---

la cuestión ¿no significa esta norma poner en manos de los jueces una facultad de decisión excesiva y, en ocasiones, hasta peligrosa? Realmente no alcanzamos a comprender —en condiciones normales claro- el sentido de esta cláusula y hubiéramos preferido su no inclusión en el texto de la ley". ENSINCK, Juan, "Ley de Contrato de Trabajo Anotada", Ed. Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1974, p. 845.

(8) SEVERO, Matias - FARAVELLI, Sebastian, "Las cargas de familia del doscientos ocho", Micojuris, 12-feb-2020.

(9) "Actualmente, asistimos a una reestructuración de la familia. Es hoy muy frecuente ver que quien se encarga de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos son los padres en conjunto... Por este motivo, es que hoy pueden ser víctimas de la discriminación tanto hombres como mujeres..." SERRANO ALOU, Sebastián, "La discriminación por matrimonio y/o embarazo y los cambios culturales y legales", TR LALEY AR/DOC/2420/2009.

(10) TR LALEY AR/JUR/81956/2020.

dente "Puig" de la Corte nacional, pero refiere (muy escuetamente) a la aplicación de la presunción por causa de matrimonio para un trabajador varón que había sido despedido. Expresamente dice: "Es que, si bien el recurrente pretende atribuirle al Tribunal incongruencia y falta de fundamentación por haber omitido valorar la presunción de despido, por causa de matrimonio prevista en el art. 181 de la ley de contrato de trabajo, de la lectura del pronunciamiento impugnado surge expresamente el tratamiento brindado por la Alzada, al señalar que "de la presunción iuris tantum establecida en el art. 181 de la LCT, las constancias y particulares del caso de autos me convencen acerca de la recepción del agravio".

En este escenario, la Corte local confirmó que la presunción de despido por causa de matrimonio resulta aplicable también a los trabajadores hombres. En este sentido explicó —referenciando lo resuelto por la Sala— que la protección legal abarca tanto a trabajadores hombres como a mujeres siendo "la familia" el bien tutelado.

En el caso de marras el supremo tribunal provincial convalidó lo sostenido por el órgano de segunda instancia por cuanto las constancias de autos (específicamente la pericial contable y la absolución de posiciones del propio actor en oportunidad de la audiencia de trámite de art 51 del Código Procesal Laboral de Santa Fe) y las particularidades del caso, hicieron ceder la presunción iuris tantum del art. 181 de la LCT.

La importancia de este precedente radica en que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe entendió aplicable al caso de marras la aplicación de la presunción del art. 181 de la LCT para el trabajador varón despedido, aunque concluyera pronunciándose por la improcedencia de la indemnización especial por despido por matrimonio en el caso concreto.

VII. Conclusión

En mi opinión concuerdo con lo dictaminado por la Corte Suprema nacional y el criterio sentado por la Corte Suprema de Santa Fe, lo que responde a una lógica de efectiva ampliación de derechos. Los deberes y cuidados que la vida familiar conlleva no es una cuestión exclusivamente femenina. El considerar aplicable la presunción del art. 181 de la LCT únicamente a la trabajadora mujer conllevaría a recurrir a estereotipos propios de otros tiempos en donde se pensaba que el rol de la mujer en la familia era exclusivamente el de asumir el cuidado del hogar y de los hijos.

A medida que el tiempo y las sociedades avanzan, el derecho y la interpretación que debe hacerse sobre las normas legales deben modificarse y ajustarse a las necesidades de las actuales sociedades. El derecho debe adaptarse a las realidades en las que vive. Como sostuvo al fallar la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Puig": "[L]as leyes no pueden ser interpretadas solo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro y está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción…". Hoy, más que nunca, se pone en evidencia que la finalidad perseguida por la norma consistió en proteger a la institución del "matrimonio" y por consiguiente la tutela legal abarca a ambos cónyuges independientemente del sexo de estos.

Todo este proceso genera nuevos desafíos para el derecho del trabajo laboral contemporáneo el que deberá atender a una mayor apertura en términos de protección y tutela de la persona que trabajaba y de cuyos ingresos depende este y su grupo familiar.

TRANSFERENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO AL EXTRANJERO

Empleado bancario que firmó una "renuncia" en la sucursal argentina y comenzó a prestar servicios en la casa matriz de Nueva York. Reconocimiento de la antigüedad desde su ingreso en el país. Relación itinerante. Análisis de la prueba desde una óptica realista. Ley aplicable. Admisión de la demanda de despido contra la empresa extranjera. Disidencia.

Con nota de Sebastián Sirimarco

1. — La transferencia del lugar de ejecución del contrato laboral del actor de Argentina a Estados Unidos, entre sucursales, no cercena el derecho del actor del reconocimiento de su real antigüedad en los términos del art. 18, LCT.

2. — La transferencia transitoria del actor a EE.UU. (sin pago indemnizatorio) solo se explica a partir del reconocimiento de su antigüedad y demás derechos adquiridos desde su ingreso en 1991. Porque no habría otra explicación para fundamentar porque la empresa local no pagó indemnización alguna cuando el contrato fue transferible a la demandada. Todo indica que el traslado era temporario y que luego volvería a Argentina, computándose su antigüedad real (art. 18, LCT). Y ello parece desprenderse de su visa de trabajo que permite trabajar únicamente para el empleador que la pide y que cuando el trabajador se desvincula tiene que volver a su país de origen.

3. — La relación de trabajo habida entre las partes bien puede ser calificada como "itinerante". Y esta modalidad consiste en la prestación de la capacidad de trabajo en sucesivos lugares geográficos y sujeta a leyes distintas. Hay en ella una unidad de ejecución, por lo que no corresponde segmentar la relación laboral en virtud del traslado del trabajador de un destino a otro.

4. — Como en el presente caso la relación de trabajo puede ser calificada como "itinerante" al ser prestada en sucesivos lugares por el mismo empleador o grupo empresario, se impone la aplicación de la ley del lugar en que principalmente se han ejecutado las prestaciones. El art. 3° de la LCT determina la vigencia del orden jurídico argentino y erige como base normativa al principio de la *lex loci executionis* al consagrar la regla según la cual la LCT regirá todo lo relativo a la validez de derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato se haya celebrado dentro o fuera del país, siempre que mismo se ejecute en la República Argentina.

5. — Independientemente de la forma que adquiera una expatriación, la realidad es que, en el caso de los trabajadores expatriados, el vínculo inicial no sufre solución de continuidad, sino que se suspende y se superpone con la relación jurídica que nace en el extranjero (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

6. — La asignación a una unidad empresarial ubicada en otro país, incluso cuando se prolongue por años, es siempre temporaria y el empleado, cuando llega a su fin, en principio, tiene derecho a regresar y a que le sean asignadas labores en el lugar de origen o en otro diferente. Este derecho, que podría llamarse, "de repatriación" -que es, en definitiva, aquel en el cual el actor sustentó su despido indirecto de julio de 2007-, se basa, precisamente, en la permanencia de ese contrato laboral primigenio, pues, de haber cesado, también habría fenecido la obligación de la empleadora de otorgar tareas, en función de lo dispuesto por el art. 78 de la ley 20.744 (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

7. — El grupo económico no es un sujeto de derecho; el ordenamiento jurídico argentino no le concede personalidad jurídica y, por tal razón, no tiene capacidad para ser titular de un contrato de trabajo. En la legislación laboral nacional, la configuración de un grupo económico solo reviste relevancia como un supuesto de solidaridad; así, el artículo 31 de la ley 20.744 estipula cuáles son las condiciones en las que es posible extender responsabilidad en forma solidaria a una empresa distinta de la empleadora pero que constituye, junto con ella un "conjunto económico de carácter permanente" (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

8. — Puede darse el caso de que varias empresas actúen como empleador pluripersonal y, además, que se las considere solidariamente responsables en base a lo normado por el art. 31 de la ley 20.744; pero para eso no basta la constatación de la existencia de un conjunto económico, ni tampoco que una entidad distinta a la empleadora obtuviera un beneficio indirecto de la prestación laboral, sino que es indispensable la cabal demostración de que el trabajador se encontró sometido a la dependencia técnica, económica y jurídica de todas las personas a quienes calificó como titulares de su vínculo dependiente. Sin embargo, la existencia de un empleador pluripersonal ni

siquiera fue planteada en la demanda (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

9. — En el caso, no estamos en presencia de un trabajador expatriado sino de uno migrante —es decir, un sujeto que sencillamente se fue a cumplir tareas al extranjero, sin tener derecho, al retornar, a que su anterior empleadora le asigna labores— y que, además, el sujeto pasivo de este litigio es una empresa constituida en el extranjero (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

10. — No hay prueba que corrobore que la cesión de la relación laboral a la casa matriz y, por el contrario, sí está demostrado, de manera irrefutable, que el actor, antes de trasladarse al extranjero, puso fin a la relación laboral que lo unía con su empleador y, también, que formalizó en Estados Unidos un nuevo vínculo dependiente. Este nuevo contrato, celebrado de acuerdo con las leyes de la zona geográfica en el cual se desarrolló, no resultó alcanzado en modo alguno por la legislación de la República Argentina (art. 3°, ley 20.744). Por tal motivo, debe confirmarse el rechazo de la acción instaurada contra la casa matriz, con sede en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, que el accionante articulara con sustento en la legislación nacional (del voto en disidencia del Dr. Pesino).

CNTrab., sala VIII, 14/05/2021. - De Nevares Alejandro c. Citibank NA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/32193/2021]

Expte. n° CNT 045931/2009/CA001 - CA002

Buenos Aires, mayo 14 de 2021.

Considerando:

El doctor *Catardo* dijo:

I.- Las partes han apelado el pronunciamiento de la anterior instancia que no acogió el reclamo de la parte actora a mérito de los memoriales obrantes a fs. 1901/1904 (demandada) y fs. 1910/1938. A fs. 19138/1939 y 1940/1952 obran las réplicas.

Por su parte, disconforme con las regulaciones de honorarios estipuladas en grado se alzan la representación letrada del actor y de la demandada conforme los argumentos que exponen a fs. 1936 punto III.9 y fs. 1904 "otro si digo" respectivamente y el perito traductor se queja por sus emolumentos a fs. 1905/1909 por considerarlos bajos.

II.- Razones de buen método, imponen tratar en primer término los agravios formulados por la parte actora.

Una palabra liminar obliga a señalar que el accionante inició la presente acción reclamando el pago de indemnizaciones por despido y demás rubros que integraron la liquidación del inicio. Relató, en lo sustancial, haberse desempeñado para la Sucursal Citibank NA establecida en la República Argentina desde el 1ero. de enero de 1992 hasta julio de 1994, fecha en que se desvinculó de dicha Sucursal para el 1ero. de agosto de dicho año ingresar a trabajar como empleado de la empresa Citicorp Capital Markets S.A. hasta el 4 de enero de 2004, fecha en que renunció a dicho empleo. Dice que el 5 de enero de 2004 fue contratado por la aquí demandada para trabajar en los Estados Unidos de América (EEUU) hasta el 10 de junio de 2007 y que allí se extinguió la relación en aquél país. Al pretender retomar sus tareas en la Sucursal Argentina, la demandada sostuvo que el contrato de trabajo del accionante durante los años 2004/2007 lo fue con total independencia de su relación con aquél (años 1992/1994) habiéndose celebrado, ejecutado y extinguido el mismo en el exterior, es decir en EEUU.

El magistrado de la anterior instancia, parecer haber tomado convicción ya a partir de los considerandos de su fallo orientando su razonamiento a aspectos parciales de la secuela procesal para concluir, a mi juicio con argumentos más brillantes que sólidos, que la relación del actor y su desvinculación en la Ciudad de New York en junio de 2007, no lo legitimaba para reclamar por una relación laboral que había finalizado tres años antes por su propia voluntad. También le dio una virtualidad inusitada a la "renuncia" habida, y finalizó rechazando la demanda imponiendo las costas en el orden causado, seguramente en la inteligencia de que el actor pudo asistirse de mejor derecho para accionar como lo hizo.

a) Ahora bien, discrepo respetuosamente con los argumentos del pronunciamiento de grado y creo sin hesitación que corresponde analizar las pruebas aportadas desde una óptica más realista. Así, corresponde tener por suficientemente acreditado en la secuela procesal que el actor se desempeñó en la Sucursal Argentina desde el 1ero. de enero de 1992, según se consignó en la demanda, y que la relación se extinguió en julio de 1994. Desde el 1ero. de agosto de dicho año y hasta el 4 de enero de 2004 el accionante trabajó en la relación de dependencia del Citicorp Markets S.A. y aunque la demandada sostenga no tener con la misma relación alguna, acompañó una documental que daba cuenta de una suerte de "renuncia" del accionante en dicha fecha, para trabajar en forma casi inmediata con una nueva vinculación con la demandada en autos para cumplir funciones en EEUU. Aquí se impone memorar que la demandada

dijo que se trataba de una relación distinta a la fenecida en la Argentina, y que la misma se desarrollaba en la condición de empleado local y no empleado "expatriado" centrándose en sostener ello en su "renuncia" y por ende en la finalización de la actividad formalizada con su anterior empleadora.

En la causa "Willard" que ambas partes citan en sus memorias, originaria de esta Sala, en la cual el suscripto hizo consideraciones aplicables a la presente, aunque por otras motivaciones, se puntualizó por medio de la Excma. Corte Suprema de Justicia que las dos categorías de empleados que existe en New York son individualizadas como "empleados locales" y "empleados expatriados". Los primeros son aquellos que cuenta con ciudadanía estadounidense o bien, residencia o permiso de trabajo en los Estados Unidos y están excluidos en la nómina salarial del personal local. Por su parte, el personal "expatriado" es una Expte. Nº 45931/2009 categoría que está representada por empleados, normalmente de alto o medio nivel que han sido contratados para desempeñarse en el plantel permanente de la República Argentina y que luego han sido designados para cumplir funciones en el extranjero. Y esta modalidad, a no dudarlo, básicamente se caracteriza por la existencia de sucesivas situaciones conectadas entre sí, que constituyen una unidad del vínculo laboral. Y aunque la demandada haya sostenido con énfasis que la legislación aplicable sería la de Estados Unidos para no resultar correcto la existencia de una única relación laboral como la postula el actor, lo cierto es que la propia accionada admitió en su responde que informó al accionante sobre la discontinuidad de su posición a partir del 10 de junio de 2007 por razones de "reestructuración interna" ofreciéndole suscribir un "acuerdo de desvinculación" mediante un ofrecimiento económico (u$s 115.000) ello, dijo, aunque de conformidad con la legislación de los Estados Unidos no tenía derecho a dicha percepción atento la naturaleza "a voluntad" de su contrato de trabajo.

Y volviendo al tema "renuncia", creo firmemente que de manera alguna hubo una renuncia "consensuada" como sostuvo el sentenciante de grado, de acuerdo al propio responde que admitiera que a partir del 5 de enero de 2004, es decir un día después de extinguido el contrato laboral en Argentina por aquella "renuncia" la demandada asumía formalmente la condición de empleador, respetando la posición del Sr. De Nevares hasta ese momento en la demandada. Y corresponde hacer referencia a un argumento de la sentencia de grado que parece olvidar lo sostenido en el responde, en el sentido de que la relación laboral del actor con la Sucursal Argentina ya se había extinguido hacía más de 10 años... pero la documental de fs. 112 suscripta por el actor aparece dirigida a Citibank Argentina NA y es esta nota que acompaña la demandada donde puede leerse que el actor manifiesta que dejará de ser empleado en la Sucursal de Argentina, de gozar de los beneficios que derivan de esa condición, y que entiende y acepta que la demandada es otro empleador y, en consecuencia, no tendré derecho a reclamar de la Sucursal Argentina, cualquier otro rubro, diferencia o indemnización que se pueda originar con motivo o en ocasión de su relación laboral con Citibank NA Sucursal New York o la extinción de la misma. Se impone concluir que, si el actor ya no era empleado de la Sucursal Argentina hacía más de 10 años –como sostiene la demandada- no se entiende cuál es la finalidad por la cual le impusiera al actor emitir dicha comunicación, lo que parece haber ocurrido, a no dudarlo, es que el accionante seguía siendo como desde 1991, empleado del Citibank NA y aquella "renuncia" a Citicorp Capital Market SA, era una suerte de simulación impuesta por la real empleadora.... De ello dará cuenta sobradamente los testimonios de Fermo (fs. 1195/1201), Van Zandwege (fs. 1312/1316) y Elizalde (fs. 1408/1412), que son ausencia en el pronunciamiento en crisis. Puede leerse en dichos testimonios, que no fueron analizados en grado, que Citicorp era un vehículo societario que usaba el Banco Citibank de Argentina para suscribir bonos y acciones y para hacer "trading" de bonos y acciones... Citibank Argentina y Citibank New York eran un único Banco... esto quiere decir, sin embargo, que existe una unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas variando la figura del empleador de acuerdo a la Sucursal al que era derivado el accionante para prestar servicios, por lo que cabe concluir que entre el actor y el aquí demandado un solo contrato de trabajo inútilmente fragmentado en perjuicio del Sr. De Nevares, a fin de evitar las consecuencias legales pertinentes.

Aunque esto parecería un juego de alto contenido intelectual, se desprende que la transferencia transitoria del actor a EEUU (sin pago indemnizatorio) solo se explica a partir del reconocimiento de su antigüedad y demás derechos adquiridos desde su ingreso en 1991. Porque no habría otra explicación para fundamentar porque la empresa local no pagara indemnización alguna cuando el contrato fue transferible a la demandada, haciéndole suscribir la nota de fs. 112. Todo indica que el traslado era temporario y que luego volvería a Argentina, computándose su antigüedad real (art. 18 LCT). Y ello parece desprenderse de su visa de trabajo que permite trabajar únicamente para el empleador que la pide y que cuando el trabajador se desvincula tiene que volver a su país de origen.

Entonces, cabe concluir que la transferencia del lugar de ejecución del contrato laboral del actor de Argentina a Estados Unidos, entre Sucursales que integran, como conclusión, no cercena el derecho del actor del reconocimiento de su real antigüedad en los términos del art. 18 LCT.

Queda por determinar cuál es la jurisdicción en que debe resolverse este litigio, que por la secuela procesal antes descripta ya tiene una solución jurídica. La relación de trabajo habida entre las partes bien puede ser calificada como "intinerante". Y esta modalidad consiste en la prestación de la capacidad de trabajo en sucesivos lugares geográficos y sujeta a leyes distintas. Hay en ella una unidad de ejecución, por lo que no corresponde segmentar la relación laboral en Expte. Nº 45931/2009 virtud del traslado del trabajador de un destino a otro. En este hipotético supuesto, se impondría la aplicación de la ley del lugar en el que se producen los hechos que pueden considerarse relevantes al efecto. Las modalidades de la relación laboral que nos ocupa, corresponde encuadrarla dentro de la categoría de empleados "expatriados". Y como en el presente caso la relación de trabajo puede ser calificada como "intinerante" al ser prestada en sucesivos lugares por el mismo empleador o grupo empresario, hay evidentemente una unidad de ejecución por lo que me corresponde segmentar la relación laboral en virtud del traslado del trabajador de un destino a otro. Se impone, en consecuencia, la aplicación de la ley del lugar en que principalmente se ha ejecutado las prestaciones. Memoro que el art. 3 de la LCT determina la vigencia del orden jurídico argentino y erige como base normativa al principio de la "lex loci executionis" al consagrar la regla según la cual la LCT regirá todo lo relativo a la validez de derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato se haya celebrado dentro o fuera del país, siempre que mismo se ejecute en la República Argentina. Fundamenta lo expuesto el art. 1210 del Código Civil en cuanto aplica el derecho del lugar de ejecución, a los contratos celebrados en la República cuando deben tener su cumplimiento fuera de ella.

Conforme lo expuesto, entiendo que los incumplimientos que le imputó el actor a la demandada, revisten entidad suficiente para impedir la continuidad del vínculo y justifica la decisión rescisoria del trabajador en los términos de los arts. 242 y 246 LCT.

En consecuencia, de progresar mi voto, propongo revocar la sentencia apelada y hacer lugar a los rubros indemnizatorios reclamados con fundamento en la situación de despido incausado en que se colocara el accionante (arts. 245, 232 y 233 LCT, estos dos últimos con más la incidencia del SAC).

b) De igual modo, debe prosperar multa prevista en el art. 2 ley 25.323, puesto que la demandada ha incurrido en mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 LCT. Por su parte, el actor dio cumplimiento con la intimación fehaciente que requiere la norma como presupuesto formal de admisibilidad (TCL del 31/07/07 recibido el 1/08/07, v Correo Oficial a fs. 911 y 917), ello con resultado adverso pues debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro de las mismas, lo que torna procedente la sanción indemnizatoria.

Así lo dejo propuesto.

c) También resulta admisible la indemnización contemplada en el art. 1 de la ley 25.323. Efectivamente, conforme los fundamentos expuestos en el considerando II.b) del presente voto, quedó demostrado que el actor se encontraba incorrectamente registrado. Por ende, propicio la procedencia del rubro.

d) En este orden, corresponde admitir la indemnización establecida en el art. 45 de la ley 25.345 y a la entrega de los certificados previstos en el art. 80 LCT.

En la especie, se encuentra acreditado que Sr. De Nevares cumplió con los requisitos formales establecidos por el art. 3º del Dec. 146/01 pues la emplazó a la demandada en forma fehaciente para que entregue los certificados previstos en el art. 80 de la LCT (cfr. TCL del 31/07/09 recibida por la contraria el 3/08/09, v Correo Oficial a fs. 913 y 917 LCT, v informativa a fs. 913 y 917), con resultado adverso. El incumplimiento por parte de la empresa a dicho intimación, habilita la viabilidad del rubro reclamado.

Asimismo, dado que la empleadora no acompañó los correspondientes certificados establecidos en el art. 80 LCT, corresponde condenarla a su entrega en la oportunidad dispuesta por el art. 132 de la L.O. y en el plazo de diez días y bajo apercibimiento de astreintes (art. 666 bis Código Civil, actual art. 804 del CCyCN).

Así lo dejo propuesto.

e) El reclamo de la duplicación prevista en el art. 16 de la Ley 25561, será acogido. Al respecto, cabe señalar que rige el art. 4º de la Ley 25.972 que prorrogó la suspensión de los despidos sin causa justificada -dispuesta por el artículo 16 de la Ley 25561- hasta que la tasa de desocupación resulte inferior al 10%. En lo que interesa, la norma dispone que: "...en caso de producirse despidos en contravención a dicha suspensión, los empleadores deberán abonar a los trabajadores afectados el porcentaje adicional que fije el P.E.N. por sobre la indemnización que les correspondiera conforme a lo establecido en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo...". Ello de acuerdo a la doctrina del Fallo Plenario Nº 310 (Acta 2454 del 1/3/06) y toda vez que el despido decidido por el Expte. Nº 45931/2009 actor dentro del plazo de suspensión previsto en la citada norma y sucesivos decretos que prorrogaron su vigencia, resultó justificado.

Por ello, y de conformidad con las previsiones del Dto. 1433/05, vigente a la época del distracto, corresponde en el caso, limitar el recargo al 50% (Decreto 1433/05) de la indemnización del art. 245 LCT.

III.- Conforme lo dicho, a fin de fijar el monto correspondiente a cada uno de los rubros señalados tendré en cuenta las siguientes cuestiones: fecha de ingreso: 1/04/1991, fecha de egreso: 31/07/07 y el salario informado por el perito contador que asciende a $1.986 (fs. 739), el cual considero ajustado a derecho (cfr. 56 de la LCT y art. 56 de la L.O. y 165 del CPCCN).

Por lo tanto, el actor resulta acreedor los siguientes conceptos y montos, los que quedaran conformados de la siguiente forma:

Indemnización art. 245 de la L.C.T.	$322.274,04.-
Preaviso más SAC	$31.739,11.-
Art. 2 ley 25.323	$11.774,18.-
Art. 1 ley 25.323	$14.648,82.-
Art. 80 LCT	$3.780,34.-
ART. 4 ley 25.972	$7.324,41.-
TOTAL	**$640.913,44.-**

En concreto, de progresar mi voto, la accionada deberá abonar al actor la suma total de $ 640.913,14.- en el plazo y con más intereses desde que cada suma fue debida, que se calcularán a las tasas de las Actas 2601, 2630 y 2658 de esta Cámara, desde que cada suma fue debida hasta el efectivo pago.

IV.- A influjo de lo normado por el artículo 279 del CPCCN, corresponde revisar lo resuelto en materia de costas y honorarios, lo que torna de tratamiento inoficioso cualquier recurso interpuesto al respecto.

V.- Por las razones expuestas propongo en este voto: 1) Revocar la sentencia apelada y en su mérito hacer lugar a la acción entablada por De Nevares Alejandro contra Citibank y condenar a ésta última a pagar al actor, mediante depósito judicial, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación del art. 132 de la ley 18.345, la suma de $ 640.913,44.-, con más los intereses que se computaran desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, conforme las tasas de las Actas 2601, 2630 y 2658 de esta Cámara; 2) Dejar sin efecto la distribución de las costas y las regulaciones de honorarios efectuadas en la anterior instancia; 3) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida (art. 68 CPCCN); 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora (en conjunto), de la demandada (en conjunto) y de los peritos contador y traductor de inglés por sus actuaciones en primera instancia en el 15%, 12%, 6% y 6% todos sobre el monto de condena, con inclusión de intereses (artículos 6º, 7º, 19 de la ley 21.839, art. 38 de la L.O., art. 13 ley 24.432 y art. 3 Dec.Ley 16638/57); 5) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa.

El doctor *Pesino* dijo:

Disiento de la propuesta del doctor *Catardo*.

I.- Sostuvo el actor, en el escrito inicial, que ingresó a trabajar a las órdenes de Citibank NA el 1/4/1991, como "becario", que fue "efectivizado" en enero de 1992, sin que se le reconozca su verdadera antigüedad, que en agosto de 1994 fue transferido a Citicorp Capital Markets SA, empresa creada por el grupo "Citibank" para funcionar como agente de mercado abierto y que, luego transitar diversas posiciones, alcanzó en abril de 2003 el puesto de "Regional Investors Head in Latin America". Explicó que, a fines de 2003, la persona a quien reportaba, Kurt Vogt, le sugirió que se trasladara a Nueva York, Estados Unidos, para continuar su función desde allí, en tanto el "management de Salomon Smith Barney" con quien interactuaba constantemente, se encontraba allí; fue así que, en enero de 2004, "a instancias de [su] empleador" se mudó a Nueva York en "calidad de expatriado". Relató que en junio de 2007, con motivo de una reestructuración a nivel mundial, se dispuso su cese en Estados Unidos, que se rehusó a firmar el "Separtion Agreement and Release" que le proponía la entidad; que, tras regresar al país, el 2/7/2007, se puso a disposición de Citibank NA y le solicitó que le asignara un nuevo puesto de trabajo y que, ante la negativa de la compañía -que adujo carecía de legitimación para solicitar que le asignara labores-, el 30/7/2007, se colocó en situación de despido.

Citibank NA, casa matriz de Citibank NA (de Argentina), con domicilio en la Ciudad de Nueva York, Estados Unidos, refirió, Expte. Nº 45931/2009 en su responde, que el señor De Nevares se desempeñó a sus órdenes en el marco de un contrato de trabajo celebrado, ejecutado y finalizado en el extranjero, desde el 5/1/2004 al 10/6/2007; previa comunicación, con una antelación de 60 días, fue desvinculado con motivo de una reducción forzosa de personal. Adujo que el pretensor no era un trabajador "expatriado", sino que se postuló al empleo de manera directa y que, por eso, fue siempre un empleado local de la casa matriz ubicada en Nueva York y

refirió que desconocía las características del vínculo que el accionante mantuvo con anterioridad con la sucursal argentina y con la compañía Citicorp Capital Markets SA.

II.- Accionó, el señor De Nevares, contra la casa matriz de Citibank NA, ubicada en la ciudad de Nueva York (ver fs. 439 vta.), la misma entidad que, como lo reconociera, fue quien determinara su cese en Estados Unidos, en junio de 2007. En este sentido, fue claro el pretensor, en su demanda, al señalar que la entidad accionada debía notificarse en los términos del artículo 122, inciso b), de la ley 19.550 y, para más, consintió la providencia de fecha 25/2/2010 (fs. 57) que, tras el planteo efectuado por Citibank NA, sucursal argentina, dispusiera que, para correr el traslado de la presentación inaugural, debía estarse a lo dispuesto por la referida directiva del artículo 122 de la ley de Sociedades Comerciales, relativa al emplazamiento de una entidad en el extranjero.

El hecho de que el señor De Nevares accionara de tal modo (cosa que hizo con el pretexto de que la sede argentina no era -ni es- una entidad independiente, sino una simple sucursal de la misma empresa, ubicada en el extranjero), tiene dos consecuencias en este juicio: la primera, que el despido indirecto, que el pretensor adoptara en julio de 2007 y que comunicara a la sucursal argentina del banco, fue inválido; la segunda, la desestimación del carácter de trabajador con derecho a repatriación, que el reclamante asegura haber mantenido desde enero 2004 en adelante.

En efecto, independientemente de la forma que adquiera una expatriación, la realidad es que, en el caso de los trabajadores expatriados, el vínculo inicial no sufre solución de continuidad, sino que se suspende y se superpone con la relación jurídica que nace en el extranjero. La asignación a una unidad empresarial ubicada en otro país, incluso cuando se prolongue por años, es siempre temporaria y el empleado, cuando llega a su fin, en principio, tiene derecho a regresar y a que le sean asignadas labores en el lugar de origen o en otro diferente. Este derecho, que podría llamarse, "de repatriación" -que es, en definitiva, aquel en el cual el señor De Nevares sustentó su despido indirecto de julio de 2007-, se basa, precisamente, en la permanencia de ese contrato laboral primigenio, pues, de haber cesado, también habría fenecido la obligación de la empleadora de otorgar tareas, en función de lo dispuesto por el artículo 78 de la ley 20.744.

Si, como se afirma en la crítica -y como señalara al demandar-, el señor De Nevares siempre fue empleado de la casa matriz del Citibank NA -incluso cuando se desempeñó en la sucursal de argentina-, la decisión rupturista adoptada por quien fuera su empleadora en Estados Unidos, en junio de 2007, de la cual no se desprende que el actor tuviera derecho a que le otorgaran tareas al retornar a la Argentina (ver fs. 223/28), fue plenamente eficaz para extinguir el contrato de trabajo. De ahí que la desvinculación indirecta comunicada por el reclamante en julio de 2007 resultó inválida y carente de relevancia jurídica, pues nadie puede disolver un contrato que ya ha terminado.

El hecho de que el señor De Nevares reclamara y reclame, a la casa matriz del Citibank NA, el pago de las indemnizaciones derivadas del distracto -que guarda sentido con su posición inicial, relativa a que se trata de una única empresa-, reafirma esta conclusión. Y ello es así porque, si el despido indirecto comunicado por él, en julio de 2007, a la sucursal argentina de Citibank NA, desde su postura, implicó la extinción del vínculo dependiente y la activación del deber de la casa matriz de pagarle las indemnizaciones, no hay razón alguna para quitarle ese efecto extintivo a la disolución dispuesta por la propia casa matriz de Citibank NA en Estados Unidos un mes antes.

Por otro lado, al demandar como lo hizo, De Nevares admitió tácitamente que la relación jurídica que lo uniera con la compañía que, según dijo, habría transferido su contrato de trabajo a la casa matriz con sede en Nueva York (Citicorp Capital Markets SA), feneció con anterioridad a su desplazamiento. Es que, de otro modo, hubiera accionado contra ella y no contra Citibank NA, con sede en Estados Unidos.

El grupo económico no es un sujeto de derecho; el ordenamiento jurídico argentino no le concede personalidad jurídica y, por tal razón, no tiene capacidad para ser titular de un contrato de trabajo. En la legislación laboral nacional, la configuración de un grupo económico solo reviste Expte. Nº 45931/2009 relevancia como un supuesto de solidaridad; así, el artículo 31 de la ley 20.744 estipula cuáles son las condiciones en las que es posible extender responsabilidad en forma solidaria a una empresa distinta de la empleadora pero que constituye, junto con ella un "conjunto económico de carácter permanente".

No se me escapa que puede darse el caso de que varias empresas actúen como empleador pluripersonal y, además, que se las considere solidariamente responsables en base a lo normado por el artículo 31 de la ley 20.744; pero para eso no basta la constatación de la existencia de un conjunto económico, ni tampoco que una entidad distinta a la empleadora obtuviera un beneficio indirecto de la prestación laboral, sino que es indispensable la cabal demostración de que el trabajador se encontró sometido a la dependencia técnica, económica y jurídica de todas las personas a quienes calificó como titulares de su vínculo dependiente (arts. 21 y 26 de la ley 20.744). Sin embargo, la existencia de un empleador pluripersonal ni siquiera fue planteada en la demanda.

Por eso fue inválido que, el señor De Nevares, al regresar al país en julio de 2007, le solicitara a Citibank NA (argentina) que le asignara tareas. Y ello porque, no sólo el contrato de trabajo que la uniera con ella había fenecido un mes antes en Estados Unidos, sino, sencillamente, porque hasta enero de 2004, no fue dependiente de la sucursal argentina del Citibank NA sino de Citicorp Capital Markets SA, empresa que, aunque es evidente que pertenece al mismo grupo económico transnacional, es un sujeto de derecho diferente de Citibank NA. Al no haber el actor intimado a esta empresa por el cumplimiento el deber de ocupación (art. 78 de la ley 20.744), tácitamente admitió que, en julio de 2007, ya no lo unía con ella un contrato de trabajo y, por ende, que esta relación jurídica había fenecido con anterioridad, cuando se desplazó a Estados Unidos.

Atada a la falta de subsistencia del contrato, que uniera al señor De Nevares con Citicorp Capital Markets SA, va la consiguiente inexistencia del derecho a repatriación que se alegara en la presentación inaugural, en tanto más allá de que las propias características del vínculo habido en Estados Unidos, al retornar el pretensor al país, luego de ser desvinculado de la casa matriz de Citibank NA en junio de 2007 -lo cual repito fue plenamente válido y eficaz-, el deber de ocupación previsto en el artículo 78 de la ley 20.744 cesó. Y, en definitiva, ese supuesto -e inexistente- derecho de repatriación, cuando De Nevares volvió al país, no tenía sujeto pasivo.

Agrego, que no soslayo lo que se plantea en el memorial, acerca de que, para poder trabajar en Estados Unidos, al señor De Nevares, a instancia del Citibank NA, se le otorgó una visa de trabajo L1, es decir un permiso orientado para que ejecutivos o gerentes de una misma empresa puedan trabajar a las órdenes de ese único empleador. Empero, el hecho de que Citibank NA patrocinara la visa LI, que autorizara al actor a trabajar en Estados Unidos, en modo alguno hizo nacer una suerte de derecho de repatriación ni, por ende, importó una promesa a futuro de parte del banco, a volver a emplear al accionante en la República Argentina. Además, bien podría el pretensor haber convertido esa visa en una H-1B, para "Profesionales con Trabajos Especializados", sin siquiera consultar a la entidad patrocinante y sin dejar territorio estadounidense (ver: https://www.uscis.gov).

III.- Dado que, en el caso, no estamos en presencia de un trabajador expatriado sino de uno migrante -es decir, un sujeto que sencillamente se fue a cumplir tareas al extranjero, sin tener derecho, al retornar, a que su anterior empleadora le asigna labores- y que, además, el sujeto pasivo de este litigio es una empresa constituida en el extranjero, la cuestión central a dilucidar es, entonces, si Citibank NA, casa matriz, debe responder en los términos de la ley argentina por la desvinculación del señor De Nevares, que dispusiera en junio de 2007. Adelanto que mi opinión es desfavorable a la parte actora.

Dispone el artículo 3 de la ley 20.744 que, sin importar si el vínculo dependiente se celebró en el país o no, lo que determina la aplicación de la ley nacional, es que esa relación laboral se haya ejecutado en la República Argentina.

El status de trabajador migrante no conlleva, necesariamente, el nacimiento de una nueva relación laboral en el extranjero. Si bien esto puede acontecer, también puede suceder que la adquisición de dicho status se produzca como consecuencia de una cesión del contrato de trabajo, de parte de una entidad nacional a otra extranjera. En este caso, y dado que para el derecho argentino se trataría de un único vínculo laboral, resultaría de aplicación la legislación nacional en función de la regla contenida en el referido artículo 3 de la ley 20.744. Expte. Nº 45931/2009

De acuerdo al principio rector contenido en el artículo 377 del CPCCN, era deber del señor De Nevares demostrar que comenzó a trabajar a las órdenes de la casa matriz del Citibank NA, con motivo de una cesión de su contrato de trabajo dispuesta por Citicorp Capital Markets SA, es decir, por la empresa para la cual se desempeñara entre 1994 y fines de 2003.

Cinco fueron los testigos que declararon a propuesta del señor De Nevares: Diego Augsburger (5/6/201), Julio Fermo (6/6/2012), Hernán Van Zandweghe (18/10/2012), Carlos Elizalde (15/2/2013) y Santiago González Pini (18/2/2013).

El primero, explicó que trabajó junto con el actor hasta que "pasó a trabajar en la oficina de Nueva York", "entre segunda mitad de 2003 y comienzos de 2003", que el pretensor "se fue a trabajar desempeñando las mismas funciones y trabajando para la misma persona, con su mismo jefe", que "la prestación del actor en Estados Unidos era temporal, fue por una cantidad de años con la intención de volver a otra posición interesante en la argentina", que tenía conocimiento de ello por hablarlo "con la gente que formaba parte de ese equipo" y, además, porque "el actor era mencionado para diversas posiciones" en el país.

Fermo, a su turno, relató que "en el año 2004 el actor se [fue] a trabajar a New York con la misma posición, con el mismo reporte, pero con un asiento allí, que es donde está el management del Citibank" y, con el tiempo, pasó a reportar a "un funcionario más senior llamado Braga Jorge", porque el pretensor fue "creciendo en su posición". Afirmó que "en el año 2007, vuelve el actor a Argentina, [porque] se había abierto una posición muy importante en la sucursal, la de tesorero en la sucursal Citibank Buenos Aires y los rumores eran que esa posición la iba a ocupar el

actor" y finalmente no la ocupó. Señaló que el traslado a Nueva York era un "premio".

Van Zandweghe sostuvo que, al igual que él con anterioridad, el actor fue trasladado a Nueva York en 2003, que por eso coincidieron poco en Argentina, que De Neveres cumplió en ambos lugares la misma función, y que era "costumbre en aquella época" que se respetaran las condiciones de trabajo en Nueva York, por ser un período "transitorio".

Elizalde, en su oportunidad, relató que en "2002/2001 el actor [fue] a una posición regional y (...) le ofrec[ieron] trabajar [en] Estados Unidos", y se contactó con él porque el año anterior le había sucedido lo mismo. Explicó que, para el traslado, el banco ayudaba "sacando la visa, daba una serie de beneficios, pagaba la mudanza, y hacían renunciar al banco por un potencial riesgo laboral"; remarcó que, en su caso, cuando tuvo que trasladar a su equipo de trabajo, compuesto por 13 personas, el banco les pidió que renunciaran para ser dados de alta en Miami, que "ahí tuvo una diferencia con la gente de recursos humanos, porque otros vehículos del banco que hacían decidido sacar a sus equipos de argentina y trasladarlos a otra parte del mundo como Chile, Puerto Rico, habían optado por pagarles una indemnización al momento de su renuncia al vehículo argentino; [que] en el caso concreto de su unidad, la instrucción que recibió del equipo de recursos humanos de Nueva York fue la de no pagar indemnización, cosa que el equipo (...) regional no estaba de acuerdo"; que posteriormente, "el actor lo llam[ó] para consultarlo respeto de su caso porque (...) el equipo del actor tampoco había sido indemnizado". Afirmó, asimismo, que le constaba que el movimiento de "local to local, tanto de recursos humanos argentina como recursos humanos regional solicitaban e pago de una indemnización para evitar reclamos futuros".

González Ini, por último, explicó que "el actor tuvo que renunciar a la sucursal Buenos Aires y fue transferido a la de Nueva York bajo una visa de trabajo L1", utilizada "para transferencias intercompañías", que el banco usaba -y usa- "la figura (...) local to local", es decir, el "empleado de la sucursal argentina renuncia y luego es empleado de la sucursal extranjera, y adicionalmente le cubren a uno todos los gastos de la mudanza", que tenía conocimiento de la mecánica porque, antes del actor, también él había sido enviado a Estados Unidos, que a diferencia del pretensor, a él le otorgaron ciertos beneficios de expatriado, como ser "alquiler de la casa y (...) algunos pasajes para visitar a la familia".

A mi modo de ver, de las declaraciones sucintamente reseñadas supra no se desprenden circunstancias que conlleven a tener por acreditado que Citicorp Capital Markets SA cedió el contrato de trabajo a Citibank NA Nueva York. Más allá de las referencias efectuadas por los testigos respecto de la mecánica de trabajo, de cómo el señor De Nevares continuó en contacto con la sucursal argentina desde Nueva York, y de que, en principio, no se modificaron sus tareas -lo que es dudoso, en tanto, la mayoría de ellos dijeron Expte. Nº 45931/2009 que, desde Estados Unidos, el pretensor comenzó a tener influencia en otros mercados, como ser el de México-, referencias que considero descriptivas de la operatoria y de la actividad propia de un grupo financiero transnacional que, por lógica, está interconectado en todos los niveles; lo cierto es que ninguno de los dicentes ofreció datos que siquiera me lleven a suponer que Citicorp Capital Markets SA hubiera decidido ceder la relación laboral que la unía con De Nevares a Citibank NA.

Por el contrario, a mi juicio, es claro que el señor De Nevares recibió una propuesta laboral desde Estados Unidos -muy posiblemente efectuada por uno de los sujetos a los que reportaba desde Argentina-, que entendió que era una oportunidad, un "premio", como lo describió Julio Fermo y que, para poder concretarla, como condición, debió finalizar su vínculo laboral con Citicorp Capital Markets SA, tal como lo explicó Carlos Elizalde, cuyo relato, en este punto, es esclarecedor. Repárese en que Elizalde señaló que, en algunos casos, se indemnizaba a quienes dejaban su actividad en la República Argentina para ir a trabajar a otros destinos, lo que es confirmatorio de que lo que mediaba, en realidad, era una extinción del vínculo dependiente y no una cesión. No paso por alto que, en todo caso -y como también se alude en el memorial- el señor De Nevares no fue indemnizado; empero, esa circunstancia, por si sola es insuficiente para catalogar como simulada a la renuncia y para quitarle efecto extintivo.

En esta ilación, obra a fs. 113, el original de la renuncia que el pretensor reconoció haber suscripto y enviado a Citicorp Capital Markets SA, en la que se lee: "Renuncio a partir del 4 de enero de 2004 a mi posición activa para incorporarme a Citibank New York (...)". Además, luce glosado a fs. 112, un instrumento, también reconocido como auténtico por el señor De Nevares, en el cual explicó a Citibank NA, sucursal argentina, que le habían "ofrecido ingresar como funcionario local en Citibank, N.A., Sucursal Nueva York", que estimaba que ese trabajo era "más ventajoso para [sus] intereses", que la aceptación implicaba dejar "de ser considerado empleado de Sucursal de Citibank N.A., establecida en la República Argentina y de gozar de los beneficios que deriva[ban] de esa condición", que tenía pleno conocimiento de que no se le efectuarían aportes en el país, de que el tiempo de prestación de servicios en el extranjero no sería considerado a ningún efecto legal "para las leyes argentinas", que su "aceptación a ingresar como personal local en Citibank, N.A., Sucursal Nueva York implica]ba] que estar[ía] sujeto exclusiva y excluyentemente a la

subordinación jurídica, económica y técnica de Citibank, N.A., Sucursal Nueva York y a las disposiciones, normas y regulaciones del lugar en donde prestar[ía] efectivamente servicios", que entendía y aceptaba que "Citibank, N.A., Sucursal Nueva York [era] otro empleador y[que], en consecuencia, no tend[ría] derecho a reclamarle a Sucursal de Citibank, N.A., establecida en la República Argentina cualquier rubro o diferencia o indemnizcación que se pu[diera] originar con motivo o en ocasión de [su] relación laboral con Citibank N.A., Sucursal Nueva York o la extinción de la misma".

Ambos documentos, de los cuales no existe elemento de juicio alguno que demuestre, siquiera de manera indiciaria, que fueran suscriptos mediante intimidación, error, dolo o violencia, ni de que, al momento de celebrarlos, la voluntad del señor De Nevares se hubiere encontrado viciada (arts. 944 y 954 del Código Civil derogado y 259, 260 y 261 del Código Civil y Comercial de la Nación) -sin dejar de señalar que no es verosímil que el pretensor, que ocupaba un puesto del más alto nivel y es un individuo con una gran capacitación y poseedor de elevados conocimientos, no supiera el alcance de lo que suscribía-, demuestran, de manera irrefutable que Citicorp Capital Markets SA no cedió ni transfirió de ningún modo el contrato de trabajo que lo uniera con el reclamante, sino que el actor, de manera voluntaria y porque, insisto, lo consideraba "más ventajoso para sus intereses", decidió dar por finalizada la relación laboral en Argentina y sumarse a las órdenes de otro empleador, en Estados Unidos, en el marco de un nuevo vínculo jurídico.

En función de lo apuntado en el memorial, agrego que el hecho de que el señor De Nevares debiera remitir una nota explicativa a la sucursal argentina de Citibank NA -me refiero a la de fs. 112, anteriormente transcripta en sus partes principales-, no sólo no es llamativo ni indicativo de que, al 15/12/2003, cuando la firmó, lo unía con ella una relación laboral, sino que es lógico, en el contexto de que dicha compañía, miembro del mismo grupo económico transnacional que su empleadora, había cedido el vínculo dependiente en 1994 y, por ende, era solidariamente responsable de todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que lo unía con Citicorp Capital Markets SA (art. 229, in fine, de la ley 20.744). Expte. Nº 45931/2009

Considero, en definitiva, que no hay prueba que corrobore que Citicorp Capital Markets SA, cediera la relación laboral a Citibank NA, casa matriz, en 2004 y, por el contrario, que sí está demostrado, de manera irrefutable, que el señor De Nevares, antes de trasladarse al extranjero, puso fin a la relación laboral que lo unía con esa compañía y, también, que formalizó en Estados Unidos un nuevo vínculo dependiente (ver, en este mismo sentido, lo declarado por Mariana Cores, a fs. 1680/96, mediante exhorto diplomático en la Ciudad de Londres, Reino Unido).

Este nuevo contrato, celebrado de acuerdo a las leyes de la zona geográfica en el cual se desarrolló, no resultó alcanzado en modo alguno por la legislación de la República Argentina (art. 3 de la ley 20.744). Por tal motivo, voto por confirmar el rechazo de la acción instaurada contra Citibank NA, casa matriz, con sede en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, que el señor De Nevares articulara con sustento en la legislación nacional.

Propongo, en definitiva, rechazar íntegramente la apelación deducida respecto del fondo de la cuestión, lo que torna abstracto el análisis del resto de los agravios que articula el pretensor.

IV.- Citibank NA, se agravia por la forma en que fueran impuestas las costas. Toda vez que ningún derecho le asistió al actor para accionar del modo en que lo hizo, considero desacertado lo resuelto al respecto, por lo que propicio imponer las costas de primera instancia a cargo del señor De Nevares (art. 68, 1º párrafo, del CPCCN).

Atento al mérito, extensión y calidad de las tareas desplegadas en la etapa previa y el monto razonablemente involucrado en el pleito, considero que la cuantía de los honorarios regulados en favor de los abogados de Citibank NA y del perito traductor, luce reducida; por ello propongo elevarlos a $ 600.000 y $ 150.000, respectivamente (arts. 38 de la LO., 6, 7, 9, 19 y 39 de la ley 21.839 y decreto ley 16.638/57).

V.- De prosperar mi voto auspicio se confirme la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios, con excepción de las costas que se imponen al actor; se eleven los honorarios profesionales de la parte demandada y del perito traductor a las sumas de $ 600.000.- y $ 150.000.-, respectivamente, a valores actuales; se impongan las costas de Alzada a la parte actora (art. 68, CPCC) y se regulen los honorarios de los profesionales intervinientes, en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda percibir por su actuación en la etapa previa.

La doctora *González* dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto del doctor *Catardo*, por análogos fundamentos.

Por todo ello, el tribunal *Resuelve:*

1) Revocar la sentencia apelada y en su mérito hacer lugar en lo principal a la acción entablada por DE NEVARES ALEJANDRO contra CITIBANK NA y condenar a ésta última a pagar al actor, mediante depósito judicial, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación del art. 132 de la ley 18.345, la suma de

$ 640.913,44.- con más los intereses que se computaran desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, conforme las tasas de las Actas 2601, 2630 y 2658 de esta Cámara.

2) Dejar sin efecto la distribución de las costas y las regulaciones de honorarios efectuadas en la anterior instancia.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida en lo principal.

4) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora (en conjunto), de la demandada (en conjunto) y de los peritos contador y traductor de inglés por sus actuaciones en primera instancia en el 15%, 12%, 6% y 6% todos sobre el monto de condena, con inclusión de intereses.

5) Regular los honorarios de los profesionales que suscribieron los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/13 del 21/05/13 y oportunamente, devuélvase. *— Luis A. Catardo. — Víctor A. Pesino. — María D. González.*

Fraude a la ley laboral argentina en el contrato internacional de trabajo

Sebastián Sirimarco (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Hechos y antecedentes.— III. Análisis de la cuestión.— IV. Palabras finales.

I. Introducción

A través del fallo en comentario **(1)** se suscita el análisis de cuestiones atinentes al derecho aplicable a una acción por cobro de las indemnizaciones derivadas del despido de un trabajador que invocó la realización de su prestación laboral en diferentes países, sin solución de continuidad y para un mismo empleador, aunque enmarcada en contratos de trabajo *prima facie* autónomos, celebrados sucesivamente entre el trabajador accionante y dos personas jurídicas diferentes.

Asimismo, la controversia ventila cuestiones vinculadas al fraude a la ley laboral argentina mediante la instrumentación de contratos en el extranjero y la interposición o sustitución de empleadores con carácter internacional.

La decisión en particular (como las opiniones sobre la temática en general), no se encontró exenta de polémicas, pues la posición de los magistrados intervinientes estuvo dividida. Así, el juez de primera instancia rechazó la acción, mientras que la alzada revocó el anterior pronunciamiento por mayoría y con un voto en disidencia, haciendo lugar a la demanda intentada.

Una curiosidad anecdótica es que el *leading case* **(2)** citado por ambas partes para fundar

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

(1) CNTrab., sala VIII, "De Nevares, Alejandro c/ Citibank NA c/ despido", 14/05/2021, aclarado mediante sentencia de esa misma Sala del 3/6/2021.

(2) Cfr. CS, Fallos: 334:1018, "Willard, Michael c. Banco de la Nación Argentina s/despido", 13/09/2011.

sus respectivos planteos, resultó originario de esa misma Sala, por lo que el debate doctrinario dado entre los colegas del tribunal fue realizado con auténtico "conocimiento de causa".

II. Hechos y antecedentes

El Sr. De Nevares comenzó a trabajar para la sucursal argentina del CITIBANK NA desde el 01/04/1991 hasta julio de 1994. A partir de agosto de 1994 se desempeñó a favor de otra compañía denominada Citicorp Capital Market SA, también con asiento en este país, hasta que renunciara en enero de 2004 para empezar a prestar tareas en Citibank NA NEW YORK, en la ciudad de Nueva York, NY, EE.UU., lugar donde celebró un nuevo contrato y finalmente fuera despedido el 11/04/2007.

Ante ello, De Nevares regresó a la República Argentina donde intimó a la demandada (Citibank NA) para el otorgamiento de tareas en el país ("repatriación") bajo apercibimiento de considerarse despedido, decisión que finalmente efectivizó el 31/07/07 ante la negativa que le comunicara la accionada.

El juez de primera instancia consideró válida la renuncia del actor a Citicorp Capital Market SA y que, por lo tanto, su desempeño para Citibank NA New York no lo autorizó a reclamar por una relación laboral extinguida tres años antes.

En la alzada, el Dr. Pesino —en minoría— propuso confirmar el rechazo de la acción, al estimar que correspondió diferenciar el vínculo habido en los EE.UU. de sus anteriores, lo que impediría la aplicación al caso de la legislación argentina (art. 3°, LCT). En su fundamento estimó que la renuncia de marras resultó válida y efectiva y que tampoco se habría demostrado una cesión del contrato de trabajo (art. 229, LCT), una situación de empleador pluripersonal (art. 26, LCT), ni la solidaridad prevista para los conjuntos económicos de carácter permanente que hubieran realizado maniobras fraudulentas o conducción temeraria (art. 31, LCT) **(3)**. *Obiter dictum* señaló que, a todo evento, la fecha de extinción del vínculo a considerar sería la de su despido directo materializado en los EE.UU. (11/04/2007) y no la de la denuncia del contrato efectuada en la Argentina (31/07/07), pues el actor al demandar como titular del vínculo al propio Citibank NA, mal pudo desconocer luego la operatividad de la decisión de su empleador.

El voto de la mayoría fue elaborado por el Dr. Catardo, quien indicó la unidad del vínculo laboral por todo el periodo denunciado por el actor, pues habría sido brindado a favor de una aparente pluralidad de personas. En ese orden, determinó que Citicorp Capital Market SA era un mero vehículo societario utilizado por la demandada para operar bonos y acciones en el mercado y que la relación laboral fue fragmentada en perjuicio del actor para evitar las consecuencias legales que el ordenamiento jurídico argentino prevé. En ese orden, descalificó la renuncia por involuntaria y simulada, en tanto el demandante comenzó a desempeñarse en forma casi inmediata a favor de la accionada, pero en la sucursal foránea de mención y por la existencia de una nota dirigida a Citibank NA, en lugar de Citicorp Capital Market SA, donde expresó que en virtud de su desvinculación nada más tendría por reclamar a la primera. Asimismo concluyó que la transferencia del actor a los EE.UU. tuvo carácter transitorio, pues su visa de trabajo se encontró condicionada desde un principio a la vigencia de su relación laboral con dicha sucursal extranjera, con obligación de retornar a su país de origen ante su eventual finalización.

III. Análisis de la cuestión

III.1. Competencia territorial

Para dilucidar las cuestiones de competencia material y territorial es preciso atender, de modo principal, a la exposición de los hechos de la demanda **(4)** y, en la medida que se adecue a ellos, al derecho invocado como fundamento de la pretensión **(5)**.

(3) Los fundamentos de este voto guardan apego con lo expresado por Natalia de Diego en "Expatriados. Deslocalización temporaria. Contrato ejecutado en Italia. Aplicación de la ley laboral argentina", DT2017 (agosto), 1561

(4) Arts. 4 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 67 de la Ley 18.345 (en adelante, LO).

(5) Cfr. CS, Fallos: 305:1453; 306:1053, 308:2230; 320:46; 324:4495.

En el orden nacional, la L.O. señala el carácter improrrogable de la competencia territorial del fuero con asiento en la CABA cuando lugar del trabajo, el de celebración del contrato o el del domicilio del demandado se ubiquen en esa jurisdicción, a elección del demandante.

Ello así, según se desprende de los hechos de la demanda, el vínculo se originó y desarrolló sin solución de continuidad en gran parte en el territorio de la ciudad de Buenos Aires y la demandada posee domicilio en esa misma jurisdicción, por lo que la competencia del fuero nacional del trabajo estuvo adecuadamente planteada y admitida, más allá del parecer que pudiera asumirse acerca de lo decidido en cuanto al fondo de la cuestión planteada.

III.2. Derecho aplicable

La elucidación del derecho aplicable a la controversia posee sus propias reglas y, a diferencia de lo que sucede con el establecimiento de la competencia territorial y material para conocer en el asunto, no debe determinarse *ab initio* y en función de las meras invocaciones fácticas o normativas vertidas en la demanda, sino luego de la sustanciación del proceso y, con base en la integralidad de las constancias probatorias y alegaciones incorporadas a la causa, según la convicción a la que acceda el magistrado de conformidad con las reglas de la sana crítica **(6)**.

En ese orden, "...cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de las normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción", pero es en definitiva el juez de la causa quien debe calificar la forma jurídica apropiada a los hechos alegados y comprobados y a las pretensiones deducidas por las partes, aunque ello diste del encuadramiento normativo efectuado por ellas **(7)**.

Sobre el particular el art. 3°, LCT, determina la operatividad de sus previsiones cuando el contrato de trabajo se ejecute en el territorio nacional, más allá del lugar en el que hubiera sido celebrado.

Esta regulación guarda correspondencia con lo otrora dispuesto por el art. 1210 del Cód. Civil **(8)** y con el criterio general previsto en los instrumentos multilaterales de derecho internacional privado **(9)**.

La cuestión no resulta menor si se considerara que el último contrato de trabajo celebrado guardó autonomía de sus anteriores y fue ejecutado por las partes en el Estado de Nueva York, EE.UU., pues nos llevaría a la aplicación del derecho foráneo, donde el régimen general laboral es *at will*. Es decir que, salvo previsión contractual en contrario o violación del orden público local, las partes pueden extinguir un contrato de trabajo pautado por tiempo indeterminado en cualquier momento de la relación, sin obligación de indemnizar **(10)**.

La interpretación que cabe acordar al lugar de ejecución del contrato tiene también sus bemoles, especialmente ante supuestos de prestaciones trasnacionales. Vale decir, en casos donde el trabajador se desempeña en un país distinto al del asiento de su empleadora, en tanto el contrato de trabajo prevé prestaciones recíprocas entre las partes.

Al respecto, por el criterio más extendido se sostiene que debe estarse a la localización de la prestación principal del contrato, entendida como aquella donde se ejecuta la dación laboral efectuada por el trabajador (o su puesta disposición), más allá de dónde se encuentre radicado su empleador **(11)**.

(6) Cfr. CPCyCN arts. 163, inc. 6°, 377 y 386.

(7) *Ibidem.*

(8) Vigente al momento de la extinción del vínculo laboral, actual art. 2652 del Cód. Civ. y Com.

(9) Cfr. CALVO COSTA, Carlos A., CASTRO, Verónica A., GONZÁLEZ, Victoria, GRAFEUILLE, Carolina E., MAGLIO, María Claudia, MARINO, Abel E., URBINA, Paola Alejandra, YUBA, Gabriela, "Comentario al art. 2652 del Cód. Civ. y Com.", Legislación premium, La Ley Online, disponible el 09/06/2021.

(10) Cfr. WILLBORN, S. L., SCHAWB, S. J., BURTON, J. F. Jr. y LESTER, G. L. L., "Employment Law. Cases and materials", Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2017, 6a ed., ps. 65-194.

(11) Cfr. GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar, "El contrato de trabajo internacional. El impacto del Código Civil y Comercial", LA LEY 15/06/2018, 1; CALVO COSTA, ob. cit.

Sin embargo, la jurisprudencia también ha considerado el lugar en el que se ubica la beneficiaria de la prestación laboral a tales efectos **(12)**.

Esta última línea hermenéutica parecería ser la más polémica, si se tiene en cuenta que el principio territorial del art. 3°, LCT, tiene también como finalidad asegurar el cumplimiento del orden público en el territorio argentino mediante la realización de inspecciones de la Autoridad de Aplicación laboral o el control del desempleo con la reciente prohibición de despidos o la duplicación de las indemnizaciones, el financiamiento de las asignaciones de la seguridad social, entre otras cuestiones que exceden el mero interés de las partes y que no tendrían el mismo sentido y eficacia en jurisdicciones extrañas **(13)**.

Empero, dicha línea de pensamiento encuentra mayor razonabilidad en situaciones donde el trabajador se desplaza frecuentemente a destinos ocasionales o de poca permanencia, siendo la nota constante y principal referencia de la relación laboral el lugar donde habitualmente reporta.

Por su parte, Krotoschin propuso como razonable la aplicación del derecho del lugar de celebración del contrato, para estos casos de rotación internacional frecuente del trabajador **(14)**.

Sin embargo, el Tribunal cimero ha precisado que aun en casos donde el empleador tenga domicilio en el territorio argentino, puede resultar aplicable el derecho foráneo, si la prestación característica (débito laboral) se ejecutó en el exterior **(15)**.

Ahora bien, de estimarse para el caso la unidad del vínculo laboral sin solución de continuidad, nos hallaríamos frente a un supuesto donde las prestaciones del trabajador tuvieron un lugar de cumplimiento múltiple, habido entre los EE.UU. y la República Argentina.

Ante ello, la pauta interpretativa aplicable más clara sería la del lugar principal de ejecución **(16)**.

Esta idea directriz conlleva luego a desentrañar el modo de determinar el carácter "principal" precedentemente enunciado, si lo es en función del lugar donde se desarrollaron las tareas más importantes en términos cualitativos, del cómputo del tiempo transcurrido por el trabajador en uno u otro destino **(17)** o en una armonización de ambos factores en virtud de las particulares modalidades prestacionales que se presenten en cada caso.

---

(12) Cfr. CNTrab., sala V, "Carrillo Ricardo César c. Inversora de Eventos SA y otros s/ despido", 18/5/2010, citada y analizada por ESPINILLO, Nahuel, "Interpretación del art. 3° de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual", DT, 2019 (mayo), 1057 y por GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar, "El contrato de trabajo internacional. El impacto del Código Civil y Comercial", LA LEY 15/06/2018, 1.

(13) "el fundamento de la localización del contrato de trabajo es la protección del trabajador y el cumplimiento de las políticas públicas del lugar de ejecución del trabajo, que hacen a intereses generales de orden social y económico" (CS, Fallos: 325:586). Mediante el Dictamen 205/14 de la DGAJ del MTEySS tuvimos oportunidad de observar la designación del lugar de celebración del contrato de trabajo como regla para la determinación del derecho aplicable a las relaciones laborales que habrían de ejecutarse en el territorio nacional en el marco del acuerdo de cooperación con la República Popular de China para la construcción, establecimiento y operación de una estación de espacio lejano en la provincia del Neuquén para el programa chino de explotación de la luna, por su apartamiento a la regla del art. 3°, LCT, y los inconvenientes que podrían generarse en el ejercicio del poder de policía laboral de esa Autoridad de Aplicación para el aseguramiento del orden público nacional a dichos trabajadores. Dicha actuación administrativa fue analizada por el Dr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Convenios de cooperación con la República Popular China. Aspectos laborales y previsionales involucrados", LA LEY, 30/12/2015, 1. Ver también: MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Derecho aplicable al contrato multinacional de trabajo", LA LEY del 09/11/2011, 8.

(14) Cfr. KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", t. I, p. 80, citado por Álvarez de Magliano, María Cristina en "Apuntes sobre la transferencia de personal en las empresas multinacionales", DT 1981-B, 873.

(15) Cfr. CS, Fallos: 334:1018; Adrogué, Javier, "El fallo "Willard" de la Corte Suprema", DT2012 (febrero), 207.

(16) Cfr. CS, Fallos: 334:1018; Espinillo, Nahuel, "Interpretación del art. 3°...", ob. cit.

(17) Cfr. CNTrab., sala III, "Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S.A.", 21/02/83, DT XLIII-A, 391, analizado por LATTANZI, María en "Contrato de trabajo internacional", DT 2010 (abril), 796.

Según el pronunciamiento en comentario, la pauta temporal —mayormente seguida por la jurisprudencia— arrojaría que durante trece de los dieciséis años del vínculo laboral total, el señor De Nevares se desempeñó desde la Argentina, mientras que la importancia de la función tal vez podría conducirnos a los EE.UU. donde ejerció su cargo más alto, desconociendo en qué jurisdicción desarrolló los negocios más rentables para la compañía y cuál habría sido eventualmente su incidencia personal para la concertación de estos.

Finalmente, existe consenso en que las partes del contrato de trabajo podrían elegir el derecho aplicable en ejercicio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no se encuentra afectado el orden público laboral y las condiciones foráneas resulten más favorables que las locales para el trabajador **(18)**.

Sin embargo, esta parece ser una cuestión que no tuvo incidencia en el pleito, pues no ha sido traído a colación en el fallo, aun cuando se transcribió una nota del actor dirigida a la demandada donde reconoció que, a partir de la aceptación de la posición en NY, deberá estarse como derecho aplicable "a las disposiciones, normas y regulaciones del lugar en donde prestar[ía] efectivamente servicios".

Este aspecto no resulta menor si se tiene en cuenta que las partes podrían modificar el derecho aplicable a la relación no solo a su inicio, sino también durante la ejecución del contrato de trabajo, con las salvedades antes apuntadas.

Sin perjuicio que no se hubiera efectuado un análisis en tal sentido, entendemos que no habría una afectación puntual a la consistencia del decisorio y que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos que se presenten, sino los dirimentes para la elucidación de la controversia **(19)**.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación además de precisar la aplicación de la ley del lugar donde principalmente se han ejecutado las prestaciones, agregó también aquel donde se producen los hechos que pueden considerarse relevantes al efecto **(20)**.

Ese último aspecto podría conducirnos al lugar donde se perfeccionó el despido, si se lo estima como un hecho relevante al efecto del proceso **(21)**.

Sobre el particular, tal como fuera apuntado precedentemente, existió también una diferencia de opiniones respecto a si el trabajador fue despedido en los EE.UU. por su empleadora o si la ruptura del contrato se materializó por la denuncia efectuada aquí en la Argentina, como agudamente criticó el Dr. Pesino en su disidencia.

III.3. Evaluación del derecho extranjero a la luz del orden público nacional

Como puede apreciarse del fallo, la determinación del derecho aplicable requirió de una exégesis previa, relativa a la delimitación relación laboral dirimente para la resolución del caso con base a las pruebas arrimadas por las

(18) Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia, "La prueba del derecho extranjero: Una pesada rémora en materia de contratos internacionales laborales", publicado en Feldstein de Cárdenas, Sara L. (dir.), Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración, La Ley, 2004, Buenos Aires, p. 311; LATTANZI, María en "Contrato de trabajo internacional", DT 2010 (abril), 796; GONZÁLEZ PEREIRA, Oscar "El contrato de trabajo internacional. El impacto del Código Civil y Comercial", LA LEY del 15/06/2018, 1; ESPINILLO, Nahuel N., "Interpretación del art. 3° de la Ley de Contrato de Trabajo en la jurisprudencia actual", DT 2019 (mayo), 1057; PRIORE, Claudia A., "El derecho del trabajo y el principio *lex loci executionis en la jurisprudencia de la Corte Suprema Comentario al fallo de la Corte Sup., "Willard, Michael v. Banco de la Nación Argentina s/despido", RDLSS 2012-4, 15/02/2012.*

(19) Cfr. CS, Fallos: 300:522, 1163; 301:602; 302:1191.

(20) Cfr. CS, Fallos: 334:1018.

(21) El despido ha sido referido como el "momento crítico de la controversia" por el Dr. Simon con cita de Goldschmidt en CNTrab., sala X, "Del Puerto del Río, Evelio F. c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina", 28/06/2004. Ver también ESPINILLO, Nahuel, "Interpretación del art. 3°...", ob. cit.; KELLY, Diego S. y Guala, Martín E. "Prestaciones transnacionales y teletrabajo", Suplemento Especial Régimen del Teletrabajo, LA LEY 14/04/2021, 16. En CNTrab., sala II, "Plavnik, Saúl vs. YPF S.A. s. Despido", 17/11/2011, Boletín de Jurisprudencia de la CNAT, RC J 1117/12, prevaleció la aplicación del derecho local cuando la prestación laboral aconteció en territorio argentino, aun cuando el despido se perfeccionó en el exterior.

partes al proceso y su subsunción en la regla del art. 3°, LCT.

Desde el punto de vista formal en el que fue enmarcada la contratación, se advierte que el actor renunció a su puesto en Citicorp Capital Market SA y, además, envió una comunicación a la sucursal argentina de Citibank NA haciendo saber que su nuevo trabajo en NY era "más ventajoso para [sus] intereses", que dejaba de ser considerado empleado de dicha sucursal, por lo que no se le efectuarían aportes en el país, que nada más tendría para reclamar por su relación anterior y que su nuevo vínculo se sujetaría a las disposiciones, normas y regulaciones del lugar en donde prestaría efectivamente servicios.

Todos ellos actos jurídicos *prima facie* válidos **(22)**.

Para desactivar esta clara manifestación de la voluntad, parecería que el tribunal aplicó lisa y llanamente los mecanismos antifraude que la propia LCT prevé para garantizar su aplicación, como son el principio de la primacía de la realidad sobre las formas y la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

Es decir, como si hubiera sido necesaria la implementación de los dispositivos previstos por la LCT para considerar que la LCT resultó aplicable al caso, cual si fuera prácticamente una proposición tautológica de corte estrictamente laboral y local.

Sin embargo, esto sería solo una reducción de lo sucedido, pues según las reglas básicas del derecho internacional privado consagradas para la determinación del derecho aplicable, los jueces competentes deben desestimar los actos efectuados con el único propósito de eludir el cumplimiento de derechos no disponibles para las partes **(23)**.

Tal proceder fue receptado por el art. 1207 del Cód. Civil **(24)** en cuanto preveía la noción del fraude a la ley argentina mediante la instrumentación de contratos hechos en país extranjero, aun cuando estos no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado, sancionando dicho accionar con la aplicación de la ley que se procuró evadir.

En tal virtud, los magistrados debieron realizar un cotejo previo entre los potenciales efectos que la implementación del derecho foráneo invocado por la defensa habría producido al contexto fáctico verificado en autos, con las consecuencias jurídicas que las disposiciones imperativas que la LCT establece, para así desactivar las formalidades adoptadas por las partes que conllevarían a la violación de preceptos indisponibles por conducto de la autonomía de la voluntad, según lo establecido como de orden público (laboral) a nivel nacional **(25)**.

Si bien no se halla en el fallo un desarrollo *in extenso* sobre esta cuestión, podemos interpretar que esta valoración se hizo *in pectore*, teniendo en consideración la referencia efectuada a la contestación de demanda en cuanto se habría manifestado: "[D]e conformidad con la legislación de los Estados Unidos no tenía derecho a dicha percepción atento la naturaleza "a voluntad" de su contrato de trabajo" **(26)**.

---

(22) Más allá que la validez de los actos jurídicos se presume, cierta doctrina nacional y norteamericana ha considerado como válida la posibilidad de instrumentar la desvinculación del trabajador local en forma previa a su transferencia al exterior (Cfr. CARCAVALLO, Esteban, "Extranjeros: incorporación a la empresa con fines formativos. Transferencias de personal. Cuestiones migratorias", Informe Especial, TR LALEY AR/DOC/3312/2008; DOWLING, Donald C. Jr., "Structuring Employment Contracts for Border-Crossing Employees", International Law News 46 , 2017, 17-19 y "Advising Clients with Globally Mobile Workforces: Going Beyond Immigration Law", 21/08/2018, disponible en https://www.americanbar.org/groups/international_law/publications/international_law_news/2018/spring/advising-clients-globally-mobile-workforces-going-beyond-immigration-law/)

(23) Cfr. MENICOCCI, Alejandro Aldo, "Derecho aplicable al contrato multinacional de trabajo", LA LEY del 09/11/2011, 8; LEAL FADEL, María Isabel, "Las oscilaciones de la remuneración del trabajador repatriado", DT 2018 (noviembre), 2467.

(24) Actual art. 2598 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

(25) Cfr. ROMUALDI, Emilio E., "Las reglas de aplicación al trabajador expatriado y la modificación del Código Civil y Comercial", RDLSS 2015-22, 27/11/2015, 2284.

(26) "la legislación más favorable al trabajador (...) sin duda alguna, es la argentina, si se tiene en cuenta que la vigente en el Estado de Nueva York no contempla —como regla general— compensación ni reparación alguna a favor del subordinado para los casos de disolución del vínculo sin culpa de este" (PISARENCO, Jorge D., "Los

En esta inteligencia, la determinación del fraude a la ley puede verificarse cuando se efectúa una instrumentación internacional artificiosa para evadir el cumplimiento de la norma imperativa local que hubiera perjudicado los intereses de ambas o alguna de las partes. En el caso: el reconocimiento de la antigüedad laboral del actor, el pago de las indemnizaciones por despido, la realización de las cotizaciones a la seguridad social y la entrega de los certificados de trabajo.

Esta determinación del fraude internacional a la ley laboral debe realizarse aun cuando se estuviere frente a un conjunto de actos que, separadamente considerados, pudieran ser reputados como válidos, en la medida que desde una perspectiva holística se verifique una vía elíptica al cumplimiento de las obligaciones legales de orden público de este país **(27)**.

Si bien el fraude a la ley exige asimismo la presencia de un elemento subjetivo de parte de su autor, la intención de eludir la norma puede presumirse por la correlación temporal de los hechos y actos jurídicos en los que se enmarca, la falta de una motivación sustancial para sustraer el vínculo contractual del territorio nacional y la consideración de los beneficios y perjuicios que esa importación normativa genera a las partes y al orden público que se procura tutelar **(28)**.

Ante ello, resultó una carga procesal de la demandada formar convicción en los magistrados acerca de la razonabilidad, funcionalidad y adecuación de los fundamentos que la impulsaron instrumentar la relación laboral verificada en autos en tales términos.

Dicho control judicial se encontraría plasmado en el fallo al señalarse que "no habría otra explicación para fundamentar porqué" se formalizó la extinción y continuidad de la relación laboral de la manera planteada por la accionada.

Cabe también memorar lo señalado por el Dr. Simon en relación con el principio de irrenunciabilidad: "[E]l mismo '...consiste en la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio...'" y ha sido plasmado "...en distintas normas de la Ley de Contrato de Trabajo, tales como los arts. 7°, 12, 13 y 58, según los cuales, se veda la posibilidad de suprimir o reducir derechos, no solo mediante "convención de partes" sino también mediante un acto unilateral del trabajador" **(29)**.

A la luz de dicho pensamiento, la renuncia del actor como la contratación extranjera carecerían de validez para segmentar el vínculo, dando cuenta de la unidad contractual habida por todo el periodo de la relación laboral denunciada en la demanda **(30)**.

Del mismo modo, esta valoración *in pectore* precedentemente reseñada conduciría a invalidar la potencial elección del derecho foráneo que hubieran efectuado las partes.

En efecto y tal como se dijo anteriormente, la autonomía de la voluntad tiene su límite en el orden público, por lo que al no resultar la norma extranjera más beneficiosa al trabajador, procedería también descartarla **(31)**.

Los comentarios efectuados no procuran indicar una omisión judicial, pues es sabido que los jueces no están obligados a tratar todos los argumentos de las partes, sino los conducentes para la resolución del caso **(32)**.

---

alcances del principio *lex loci executionis", RDLSS 2012-3, 01/02/2012, 233).*

(27) Cfr. LÓPEZ, Justo, "Algunas figuras de la simulación ilícita laboral", Legislación del Trabajo, t. XVII, p. 1073 y sigtes; Calvo Costa et al, comentario al art. 2598 del Cód Civ. y Com. de la Nación, op. cit.

(28) *Ibidem.*

(29) CNTrab., Sala X, "Del Puerto del Río, Evelio F. c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina", 28/06/2004.

(30) Cfr. CNTrab., sala VII, "Argento, Sergio Hugo c. YPF S.A. s. despido", 16/12/15.

(31) Cfr. Moreno Calabrese, María Verónica y MÉNDEZ, María B., "La identificación del empleador ante las nuevas formas de organización empresaria. Dificultades en el orden internacional", DT 2009 (junio), 617; WEINBERG de ROCA, Inés M., "Contrato de trabajo internacional", 01/11/1996, Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, El Derecho, t. 1996, 946; BRONSTEIN, Arturo S., "La aplicación de la ley nacional y de la ley extranjera en el derecho individual del trabajo: el caso de los empleados de empresas multinacionales", Revista Legislación del Trabajo, XXXIII, 1985, p. 663.

(32) Cfr. CS, Fallos: 300:522, 1163; 301:602; 302:1191.

III.4. Fragmentación del contrato de trabajo

Tal como fuera reseñado, la jurisprudencia ha descalificado la fragmentación artificiosa del vínculo laboral dirigida a eludir el cumplimiento de la ley laboral argentina, decretando en tales casos la unidad contractual **(33)**.

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la modalidad laboral itinerante, "que consiste en la prestación de la capacidad de trabajo en sucesivos lugares geográficos y sujeta a leyes distintas (...) está caracterizada por una unidad de ejecución, por lo que no corresponde segmentar la relación laboral en virtud del traslado del trabajador de un destino a otro" **(34)**.

Sobre el particular, compartimos la opinión que indica que la interpretación dada al art. 3°, LCT por el Tribunal cimero no estriba en la unidad contractual detectada, ni en la categoría asignada por el propio empleador a sus dependientes ("expatriados" o "locales"), sino en el efectivo lugar de ejecución del contrato y por ello resolvió la aplicación del derecho foráneo a un trabajador cuando las prestaciones laborales acontecieron principalmente en el extranjero, pese a que su empleador tiene domicilio y el asiento de las autoridades centrales en la República Argentina **(35)**.

III.5. Empleador múltiple

La doctrina ha señalado las dificultades que conlleva la identificación del empleador ante las diferentes formas y posibilidades de estructuración empresaria, especialmente en el ámbito transnacional **(36)**.

En ese orden, fueron relevadas las variantes jurídicas mayormente adoptadas por la jurisprudencia para extender la responsabilidad laboral a los distintos sujetos involucrados en el rol de empleador a nivel internacional, ya sea juzgando la presencia de un grupo de empresas en términos del art. 31, LCT, una relación de trabajo única pero con empleador plural (art. 26, LCT) y la posible cesión del contrato de trabajo (art. 229, LCT) **(37)**.

El fallo en análisis parece discurrir entre las dos últimas hipótesis de mención (arts. 26 y 229, LCT), sin embargo, los elementos de cargo allí considerados permitirían también considerar el supuesto del art. 31, LCT.

Ello por cuanto no se encuentra discutido que se estuvo frente al menos de dos personas jurídicas diferenciadas **(38)**, Citibank NA (con dos sucursales NY y Argentina) y Citicorp Capital Market SA, y que estas corresponden a un conjunto económico de carácter permanente. Por lo que, de considerarse verificada la comisión de una maniobra fraudulenta, en este caso mediante una segmentación artificiosa de la relación laboral en fraude a los derechos y obligaciones emergentes de la legislación argentina, el art. 31, LCT podría resultar aplicable.

Cabe señalar que el principio de la primacía de la realidad cristalizado en el art. 14, LCT, no es patrimonio exclusivo del derecho laboral.

(33) Cfr. CS, Fallos: 334:1018; CNTrab., sala X, "Del Puerto del Río, Evelio F. c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina", 28/06/2004.

(34) Fallos: 334:1018

(35) Cfr. CS, Fallos: 334:1018; Adrogué, Javier, "El fallo "Willard" de la Corte Suprema", DT 2012 (febrero), 207.

(36) Cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "La identificación del empleador como problema judicial derivado del fenómeno de la globalización", DT 2005 (setiembre), 1257; MORENO CALABRESE y MÉNDEZ, ob. cit.

(37) Cfr. DE VEDIA, Gabriel, "El régimen de los expatriados. Perspectivas en los derechos laboral, de la seguridad social y fiscal", LA LEY del 15/11/2011, 1; LATTANZI, María, "Contrato de trabajo internacional", DT 2010 (abril), 796; MORENO CALABRESE y MÉNDEZ, ob. cit.

(38) Cabe recordar que, a diferencia de una filial, la sucursal carece -en principio- de personalidad jurídica propia (Cfr. ESPECHE, Miguel Ángel, "Actuación de las sociedades extranjeras en nuestro país", Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Capital Federal; ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada", La Ley, Buenos Aires, 2006, t. III, p. 792). Referimos que "en principio" pues en materia de entidades financieras, las regulaciones específicas permitirían cierto grado de igualación jurídica en ese aspecto (Cfr. BLANCO GRANADA, María Sol, "La responsabilidad de las filiales y sucursales de entidades financieras de capital extranjero", 22/8/2014, disponible en: https://abogados.com.ar/la-responsabilidad-de-las-filiales-y-sucursales-de-entidades-financieras-de-capital-extranjero/15078

Así, el Tribunal cimero ha reseñado que a pesar de la autonomía jurídica que una sociedad local pueda presentar desde lo formal respecto de su casa matriz foránea, en casos de situaciones de control o dominación empresaria se puede encontrar comprometido el aspecto volitivo respecto a los procedimientos seguidos por la sociedad dependiente y, por lo tanto, corresponde invalidar el negocio jurídico celebrado sin una genuina libertad de elección **(39)**.

Con lo cual, podría haberse entendido también que si existió una relación de subordinación jurídica o económica de las sociedades locales a su principal en el extranjero que viciara la voluntad de las primeras, la instrumentación interna que hubieran compartido en el grupo empresario carecería de efectos jurídicos para autorizar un eventual deslinde de responsabilidad frente al trabajador, más allá de "las compensaciones y ajustes que puedan ser requeridos dentro del grupo económico" **(40)**.

Del mismo modo, la jurisprudencia tiene dicho: "[S]i se aceptara que entre la sociedad extranjera y la sociedad local existe una absoluta separación determinada por la distinta personería jurídica de una y otra, se caería en una ficción que debe ser levantada para penetrar en la realidad y hacer efectivas las responsabilidades patrimoniales y hacer soportar los actos consiguientes por dicho capital que, en definitiva, es el que se beneficia de la gestión de todo el grupo económico..." **(41)**.

Las tareas efectuadas por el trabajador a favor del grupo empresario, la inmediación y contemporaneidad de las sucesivas contrataciones, el intercambio de documentación del trabajador entre las distintas sucursales, el patrocinio de la visa migratoria y que todas ellas comparten casi la misma denominación social, parecen dar cuenta de esa indisoluble unidad de acción juzgada por la mayoría respecto de la relación laboral **(42)**.

Esta herramienta antifraude encuentra su específica recepción en el art. 14, LCT, pero es también concordante con el otrora artículo 54 de la ley 19.550 en cuanto preveía el corrimiento de todo velo societario que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o frustrar los derechos de terceros (trabajadores) y permite imputar la responsabilidad en forma directa y solidaria a sus socios y controlantes que hicieron posible dicha actuación *contra legem*, amén de las otras consecuencias jurídicas que conlleve el desbaratamiento del negocio fraudulento en concreto **(43)**.

En esta línea de pensamiento, el Ministerio Público Fiscal también ha repudiado aquellas hipótesis donde el empleador "se vale de una persona de existencia ideal extranjera que aporta un elemento meramente técnico, en base al cual se intenta desplazar nuestro régimen normativo" **(44)**.

Ahora bien, no debe confundirse la posibilidad de determinar una unidad de acción para identificar al sujeto empleador responsable y

(39) CS, Fallos: 286:97, citado por MORENO CALABRESE y MÉNDEZ, ob. cit.

(40) CNTrab., sala VI, "Muller Klaus c. Casa Denk Aceros Boehlerit SACeI", 30/09/1985, citada por el Dr. Simon en su voto en CNAT, Sala X, "Del Puerto del Río, Evelio F. c. Geoservices S.A. Sucursal Argentina", 28/06/2004.

(41) *Ibidem. En sentido contrario, ver: DE DIEGO, Natalia, "Expatriados. Deslocalización temporaria. Contrato ejecutado en Italia. Aplicación de la ley laboral argentina", DT* 2017 (agosto), 1561.

(42) "[E]l sistema normativo admite la creación de una ficción dentro de la ficción, como son las personas jurídicas. Los mismos términos de la contestación de demanda traía implícita esta ficción cuando se reconocen hechos vinculados a otras personas jurídicas no demandadas en autos. En ese marco ficcional de la realidad que se fracciona de lo real — un empleador global que establece las reglas y toma las decisiones de sus filiales integrantes del grupo— a lo ficcional —distintas personas jurídicas conforme el país de prestación de servicios..." (Trib. Trab. Nº 6 San Isidro, "García Maglione, Martín O. c. Nestlé Argentina SA s/ despido", 16/09/2014).

(43) Cfr. ZUNINO, Jorge Osvaldo, "Régimen de Sociedades Comerciales Ley 19.550", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, 23ª ed., ps. 116-117. Actualmente el precepto legal fue trasladado al art. 144 del Cód. Civ. y Com. de la Nación con un efecto claramente expansivo, pues al sustraerlo del régimen de sociedades comerciales y hacerlo aplicable a toda persona jurídica más allá del tipo, permite su operatividad a un universo mucho más amplio de supuestos.

(44) Cfr. Dictamen del Fiscal Gral. CNAT transcripto en el dictamen PGN del 30/03/2000 en autos: "Federación Argentina Sindical del Petróleo y Gas Privados y otro c/ Total Austral Sociedad Anónima y otro".

establecer los alcances y extensión de la relación laboral, con la obligación del intérprete de seguir la pauta establecida en el art. 3°, LCT, para elucidar el derecho aplicable, cual es delimitar el lugar de ejecución del contrato **(45)**.

En ese orden, la *ratio* que se desprende del fallo es que, al desactivarse una fragmentación artificiosa e infundada del contrato de trabajo, así como la variación simultánea y permanentemente coordinada de las personas jurídicas que asumieron el rol de empleador, pudo incluirse en el análisis del derecho aplicable los hechos que corresponden al segmento de la prestación laboral que fue ejecutado en el territorio de la República Argentina y no la correspondiente a los EE.UU. en forma aislada como pretendía la demandada, para así concluir —luego— en la aplicación del ordenamiento jurídico nacional a fin de dirimir el fondo de la controversia.

III.6. Derecho de repatriación y extinción del vínculo

Una cuestión tal vez secundaria para la resolución del nudo central de la contienda, pero que pudo haber tenido injerencia en la delimitación de los rubros de condena si hubiera sido receptada por la mayoría, tiene que ver con la aguda observación efectuada por el Dr. Pesino respecto a la fecha de extinción del vínculo.

En efecto, a través dicho voto expresado en disidencia, se puntualizó que el hecho de que el actor demandara por "despido indirecto" contra la misma entidad que previamente dispuso su "despido directo" enrostrándole la titularidad del vínculo laboral, le quitaría cierta consistencia a la acción judicial incoada.

Máxime si se tiene en cuenta que no fue planteada (ni tampoco tratada) una eventual nulidad o inoponibilidad del primero de los actos jurídicos de mención.

De modo tal que de haberse estado a la efectividad del despido efectuado por Citibank NA en 10/06/2007, la denuncia del contrato de trabajo realizada por el actor en 31/07/07 habría carecido de virtualidad.

Amén de su posible impacto en la antigüedad en el empleo, el devengamiento de salarios y cotizaciones a la seguridad social considerados, la observación podría suscitar otro tipo de análisis.

El primero de los pensamientos estaría vinculado a la existencia de un derecho de repatriación, el cual no tiene expresa recepción en el ordenamiento jurídico **(46)** y tampoco parecería evidenciarse de las formas adoptadas por las partes (renuncia, nota del actor dirigida a Citibank NA —suc. Argentina— y contrato "autónomo" celebrado y ejecutado en EE.UU.).

Tal vez podría inferirse si se compartiera que la transferencia del actor al exterior tuvo carácter temporario, aunque ello no resultaría claro de las pruebas rendidas, ni de los comportamientos de las partes durante su ejecución.

En contra de esta expectativa de repatriación se erigirían no solo las claras manifestaciones vertidas en la instrumentación formal efectuada por las partes, sino también en la falta de mención de adicionales salariales, reembolso de gastos y pago de beneficios sociales habituales para un trabajador transferido al exterior con carácter no permanente (*expat compensation packages*), como podrían ser: pasajes (*air tickets allowance*), gastos de mudanza (*relocation expenses*), habitación (*housing allowance*), mayor costo de vida (*cost of living allowance - foreign assigment allowance*), educación familiar (*education*), automóvil (*automobile*), pasajes de visita al país de origen (*home travel*), asesoramiento para confeccionar declaraciones tributarias e indemnidad de salario neto frente a descuentos fiscales (*tax assistance and equalization*), ingreso de cotizaciones al sistema de seguridad social de origen para la futura jubilación del trabajador (*payroll benefits*), etc. **(47)**.

(45) Cfr. ADROGUÉ, Javier, "El fallo "Willard" de la Corte Suprema", DT 2012 (febrero), 207.

(46) Salvo ante hipótesis de teletrabajo, si se diera una modificación de la prestación presencial a una remota en el extranjero (Cfr. art. 8°, ley 27.555) o un ejercicio abusivo del ius variandi (art. 66, LCT), cuestiones no ventiladas en autos.

(47) Cfr. BRADSHAW, Hall, "What to Expect in Your Expat Compensation Package", disponible en https://www.bluesteps.com/blog/what-expect-your-expat-compensation-package; DOWLING, Donald C. Jr., "Structuring Employment Contracts for Border-Crossing Employees", International Law News 46 , 2017, 17-19 y "Advising

El punto de contacto sería el patrocinio de la visa, que sin dudas da cuenta de la unidad de acción del grupo empresario, pero no resulta claro que dote de provisionalidad al traslado al exterior, pues el trabajador podría tener sus propias intenciones de no retornar al país y no figura pautada una obligación de retorno **(48)**.

Asimismo es sabido que, aun en contratos por tiempo indeterminado (como sería del caso), siempre existiría la posibilidad de las partes de extinguir el vínculo (con o sin pago de la indemnización según corresponda) *ante tempus*, con la consecuente libre disponibilidad del trabajador de gestionar su permanencia, retornar a su país de origen o dirigirse inclusive a un tercer lugar.

En ese sentido entendemos también que las condiciones de permanencia en un estado exceden el marco de disponibilidad de las partes de un contrato de trabajo, pues se rigen por normas del derecho público del país del que se trate y, por lo tanto, les resultan ajenas **(49)**.

A favor de la expectativa de repatriación obran incorporadas algunas declaraciones testificales respecto de una supuesta costumbre de la compañía y de un rumor de ofrecimiento al actor de un puesto de tesorero en la Argentina, deposiciones minuciosamente analizadas y criticadas por el magistrado *a quo*, bajo cuyo control se celebraron las audiencias y fue quien tuvo el conocimiento primario y directo de tales expresiones.

Cabe señalar que la jurisprudencia ha otorgado especial deferencia al criterio judicial accedido en la instancia donde se produjeron las pruebas, desactivándolo solo en casos de manifiesta arbitrariedad **(50)**.

Consecuentemente, de considerarse que no le asistió al actor un derecho específico de repatriación y la consecuente obligación patronal de reubicarlo en el país, la intimación efectuada en términos del art. 78, LCT para que se le dieran tareas aquí, podría no tener respaldo legal. Especialmente si se tiene en cuenta que la acción que le asiste al trabajador para reclamar el restablecimiento de las condiciones alteradas en términos del art. 66, LCT y de eventualmente considerarse despedido sin causa ante la negativa del empleador pudo haberse encontrado prescripta (art. 256, LCT).

Por otra parte, estos reparos no solo podrían haber tenido una incidencia en la determinación de la fecha de finalización del vínculo, sino también en el cálculo de la base salarial a considerar a los efectos indemnizatorios, del ingreso de cotizaciones a la seguridad social nacional y de la imposición de multas o agravamientos indemnizatorios de ley.

Ello por cuanto también existe polémica jurisprudencial y doctrinaria en este tipo de "casos internacionales" acerca de las partidas y compensaciones que pudieran considerarse remuneratorios a tales fines **(51)**.

Clients with Globally Mobile Workforces: Going Beyond Immigration Law", 21/08/2018, disponible en https://www.americanbar.org/groups/international_law/publications/international_law_news/2018/spring/advising-clients-globally-mobile-workforces-going-beyond-immigration-law/; Álvarez de Magliano, María Cristina, "Apuntes sobre la transferencia de personal en las empresas multinacionales", DT 1981-B, 873.

(48) Cfr. CS, Fallos: 335:1972.

(49) Aunque -detalle menor- no compartimos precisamente la alternativa sugerida en el fallo respecto a la posibilidad de obtención de una visa H-1B pues esta también requiere del esponsoreo de un empleador, amén de resultar muy específica atento se aplica a las personas que quieren prestar servicios en un campo especializado, servicios de gran mérito y aptitudes distinguidas para los proyectos de desarrollo o investigación cooperativa con el Departamento de Defensa (DOD) o como modelo de alta costura o para publicidad. La alternativa más lógica sería una visa de inversión, pues solo requiere para su tramitación de la iniciativa y acreditaciones del propio beneficiario, cuyo análisis de cualquier modo excede el marco del presente trabajo.

(50) Cfr. T.C.P. Pcia. de Bs. As, SalaI, 6/7/2000, causa Nro.781,"Herrera", causa 3097, "Pan, Roberto G s/ Recurso de Casación, 7/12/2000; S.C.B.A.,31/3/81,"D.J.B.A.", t.120, p.381; 10/5/77, "A.yS." t.1977-I, p.1209; 15/3/1977, "A.yS."t.1977-I, p.411.

(51) Cfr. ETALA (h.), Juan José, "Trabajadores expatriados", DT 2012 (julio), 1723; ÁLVAREZ de MAGLIANO, María Cristina, "Apuntes sobre la transferencia de personal en las empresas multinacionales", DT 1981-B, 873; CNTrab., sala II, "Bardessono, Guillermo Marcelo c. HSBC Bank Argentina SA s/ despido", 23/03/2017; sala VIII, "Mazzei, Humberto R. c. ENDESA Internacional SA y otros s/ despido", 26/12/2012.

En ese orden de ideas se ha resuelto en un caso de aristas particulares: "A fin de determinar la base de cálculo de la indemnización por despido de un trabajador que prestó servicios de manera temporaria en el exterior —expatriado—, no puede hacerse una proyección lisa y llana de una sumatoria basada en estándares nacionales sino que es imperioso determinar el salario que se habría devengado de haber cumplido órdenes en favor de la filial local al finalizar su contratación con la filial extranjera, ello dadas las especiales características que presentan los conceptos que le son abonados" **(52)**.

Si bien, como se dijo, estos temas no fueron objeto de debate, desconocemos si se debió simplemente a que no existió el pago de partidas específicas vinculadas al traslado del trabajador o porque al interpretarse que la contratación tuvo vocación de permanencia según los términos en los que fue instrumentada, se descartó la temporalidad de tales conceptos y cualquier menoscabo a la noción de habitualidad que exige el art. 245, LCT.

Si bien la determinación del lugar del despido puede llegar a ser considerada para la determinación del derecho aplicable, no advertimos en este caso que constituya un hito de relevancia tal, como para desplazar los argumentos seguidos para resolver el conflicto de encuadramiento normativo planteado.

(52) CNTrab., sala II, "Bardessono, Guillermo Marcelo c. HSBC Bank Argentina SA s/ despido", 23/03/2017.

IV. Palabras finales

Conforme se ha referido en el introito, el caso en comentario transita institutos laborales y del derecho internacional privado sumamente interesantes que ameritan su repaso a la luz del criterio jurisprudencial emanado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por ser la máxima intérprete de nuestra Constitución Nacional y cabeza del Poder Judicial que cogestiona las acciones y responsabilidades de gobierno de la República Argentina a nivel local e internacional, junto con los restantes poderes del estado.

Desconocemos si será intentada por las partes la revisión extraordinaria del pronunciamiento ante el tribunal cimero, empero consideramos que solo sería posible de considerarse la invalidez del fallo por conducto de la doctrina de la arbitrariedad, pues las diferencias de criterio versan sustancialmente en cuestiones de hecho y prueba, sobre los que se han propuesto razonamientos lógicos, eventualmente opinables, pero no *prima facie* descalificables por arbitrarios.

EMPLEADOS NO DECLARADOS

Ministros en una Iglesia. Ausencia de base jurídica para una condena por violación a las normas previsionales.

Con nota de Stella Maris Chiti

1. — La sentencia que ratificó las actas de inspección e infracción por empleados no declarados en una Iglesia debe revocarse, pues, atento a las referencias dadas por los declarantes —tener actividad autónoma, integrar una comunidad que busca captar feligreses—, no existe base jurídica suficiente para una condena por violación a las normas previsionales. Sus declaraciones, que son precisas y concordantes, han alterado la presunción de legitimidad que emana de las actas labradas por los inspectores del organismo actuante en cumplimiento de su tarea.

2. — Cuando un religioso trabaja para una orden no media un contrato de trabajo, pues es otro el espíritu que reina entre las partes; y aun cuando por ello pudiera recibir un estipendio, este no tiene carácter de salario. Las tareas que realiza son parte de las obligaciones contraídas con la orden al ingresar en ella. Los servicios que presta el trabajador en templos y en lugares consagrados al culto no tienen carácter laboral, en el sentido de su protección por la legislación del trabajo. Esta conclusión no está referida a un determinado culto, ni es óbice para llegar a ella el hecho de que se halle determinada la religión del Estado.

3. — La declaración del testigo es reveladora cuando señala que la tarea que desarrolla en la Iglesia la hace a título de ministro voluntario del culto. He allí patentizada con nitidez la libertad de poder manifestar su creencia religiosa, lo cual irroga para el Estado, en el caso la AFIP, la de no interferir en dicha vocación. Ocurre que la libertad de profesar o de manifestar el culto, emplazada en cada persona como derecho subjetivo, correlativamente implica o significa la de no interferir en su desarrollo. No escapa a la presunción que contiene el art. 23 LCT. Sin embargo, hay una presunción más alta, de neta raigambre constitucional, que señala que cualquier restricción al culto debe ser tenida como inicialmente sospechosa en su validez (del voto del Dr. Carnota).

CFed. Seg. Social, sala II, 26/03/2021. - Iglesia de Scientology de Argentina c. Administración Federal de Ingresos Públicos s/ impugnación de deuda.

[Cita on line: AR/JUR/4246/2021]

Expte.160457/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 26 de 2021.

La doctora *Dorado* dijo:

Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de la Sala en virtud de un recurso interpuesto por la Iglesia de Scientology de Argentina contra la Resolución N° 617/2017, que al confirmar una anterior ratifico las actas de inspección e infracción labradas en el marco de la OI 1412869 por empleado no declarado con relación a los trabajadores Ángel Ariel Destefani y Juan Gounaris.

Sostiene la apelante tener una finalidad religiosa y que las personas detectadas no realizan tareas bajo su dependencia por ser feligreses y ministros integrantes de la comunidad que agrupa, encontrándose sus prestaciones personales tuteladas por la ley 21.745, es decir fuera del ámbito de aplicación de la ley 24.241.

Desde el punto de vista formal corresponde proceder a la apertura de la instancia judicial por cuanto se ha satisfecho el depósito previo que la legislación vigente impone como presupuesto insoslayable para conocer el planteo articulado (ver fs. 278).

En cuanto al fondo del tema sometido a juzgamiento entiendo que asiste razón a la asociación impugnante.

La emplazada se encuentra inscripta como entidad religiosa autorizada para actuar en el territorio nacional en los términos establecidos por el artículo 1° de la ley 21.745 (ver fs. 268/9).

Ahora bien, tanto el Sr. Destefani como el Sr. Gounaris han negado ser dependientes de la Iglesia de Scientology de Argentina presentándose como simples feligreses y ministros voluntarios de la orden. Explican que sus prestaciones las realizan en servicio a la comunidad con un fin no lucrativo ya que cuentan con sus propios ingresos —Destefani manifestó ser sereno en un edificio, Gounaris como agente inmobiliario, ver fs. 58/9 y 66/7— sin que la circunstancia de que perciban un rédito económico por sus servicios —reconocen que se les abonan viáticos— pueda servir de base para considerar que son dependientes de la entidad religiosa que integran en su condición de fieles.

La legislación vigente establece que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo su dependencia (art. 21 LCT) pero la manda legal no excluye la existencia de otras prestaciones —como las benevolentes que puede realizar una per-

sona en beneficio de otra por razones de vecindad o afecto— las familiares —realizadas por integrar una misma comunidad de vida— y hasta las religiosas que son las que nos ocupan en autos y que, en realidad, están dirigidas a la comunidad de fieles.

El Superior Tribunal de la Nación ha descalificado decisiones similares a la que nos ocupa por haber tipificado como relación de trabajo la prestada por una voluntaria social en beneficio de una entidad dedicada a combatir adicciones (CSJN. 24/04/2018, "Correcher Gil, Dolores c. Remar Argentina Asociación Civil" Fallos: 341:416) y la doctrina ha señalado que, por regla, tampoco quedan comprendidos en el ámbito de aplicación material de la LCT los trabajos realizados por los religiosos por ser actividades vinculadas con el rito que claramente no pueden configurar un vínculo laboral, ni las prestadas en beneficio de la comunidad o congregación, salvo que los servicios sean prestados para una empresa ajena a la congregación (Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T. I ps. 654/7, citado por Pirolo —dir.— "Derecho del Trabajo Comentado" T. I p. 1059; ídem. Vázquez Vialard —dir.— "Tratado de Derecho del Trabajo" T. III p. 447) que no es el supuesto que nos ocupa.

Se ha precisado, en tal sentido, que cuando un religioso trabaja para una orden no media un contrato de trabajo, pues es otro el espíritu que reina entre las partes y aun cuando por ello pudiera recibir un estipendio, este no tiene carácter de salario. Las tareas que realiza son parte de las obligaciones contraídas con la orden al ingresar en ella (Ruprecht, "Contrato de Trabajo, Empleo y Desocupación" ps. 345/6) habiéndose puntualizado que los servicios que presta el trabajador en templos y en lugares consagrados al culto no tienen carácter laboral, en el sentido de su protección por la legislación del trabajo. Esta conclusión no está referida a un determinado culto, ni es óbice para llegar a la misma el hecho que se halle determinada la religión del Estado (Cabanellas, Guillermo, "Tratado de Derecho Laboral" T. II, volumen 1° p. 230).

No olvido que ni Destefani ni Gounaris han hecho votos de pobreza y/u obediencia, pero tales requisitos son exigidos solo en ciertas religiones y puede afirmarse que, atento las referencias dadas por los declarantes —tener actividad autónoma, integrar una comunidad que busca captar feligreses— no existe base jurídica suficiente para una condena por violación a las normas previsionales. Sus declaraciones que observo precisas y concordantes han alterado, a mi juicio, la presunción de legitimidad que emana de las actas labradas por los inspectores del organismo actuante en cumplimiento de su tarea (arts. 386 y 456 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El sentido de mi voto determina que las costas se impongan al organismo conforme principio contenido en el artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Con relación a los honorarios, teniendo en cuenta la calidad de la labor realizada, la facultad que otorga al magistrado el artículo 1255 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y lo establecido por el Superior Tribunal de la Nación en ocasión de votar la causa "Las Marías SACIFA c. Misiones Provincia de s/ acción declarativa" sent. del 04/09/2018 en cuanto a que el nuevo régimen legal de honorarios previsto por la ley 27.423 no resulta aplicable respecto a la labor desarrollada durante etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria 24.432, o que hubiera tenido principio de ejecución, propiciaré se regulan los honorarios de representación letrada de la parte actora en ... uma ($...) y los correspondientes a la de la demandada en ... uma ($...) conf. CSJN: Ac. 36/2020.

Por lo expuesto propongo se declare la apertura de la instancia revisora, revocar la resolución recurrida ordenando al ente de control la devolución del depósito efectuado en el plazo de 15 días a partir de la recepción de las presentes actuaciones en sede administrativa. Las costas se impondrán a la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regular los honorarios de representación letrada de la parte actora y de la parte demandada en $17.555 y $10.533, respectivamente.

El doctor *Carnota* dijo:

Concuerdo con el voto que antecede, al que vengo a adicionar fundamentos propios convergentes.

En su memorial recursivo, la quejosa plantea —como cuestión federal— la incidencia en la presente litis de la libertad de cultos. Ello, a criterio del suscripto, habilita especialmente a indagar acerca de la atinencia de la cláusula del artículo 14 CN en esta controversia.

En nuestro sistema constitucional, "la libertad religiosa se desglosa en dos aspectos fundamentales: a) la libertad de conciencia; b) la libertad de culto" (conf. Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T. I-B, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 34). Como se sabe, el segundo aspecto, el más conocido, es reconocido explícitamente por el art. 14 CN, cuando consigna como derecho de todo habitante del territorio de la Nación, el de "profesar libremente su culto". En sentido complementario, tal como lo ordena el art. 75.22 del plexo de base, debemos examinar las directivas análogas que surgen del llamado "bloque de constitucionalidad". Allí en-

contramos, entre otras reglas con jerarquía constitucional, las del art. 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que, en lo que aquí interesa, prescribe "la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza". La libertad religiosa, y concretamente la de cultos, reconoce variadas "extensiones", entre ellas, "la cuestión de las normas laborales aplicable a los ministros del culto" (Orrego Sánchez, Cristóbal y Saldaña Serrano, Javier, "Extensiones del derecho fundamental de libertad religiosa", en "Cuestiones Constitucionales", número 6, enero-junio de 2002, p. 108). Cabe recordar que, en su momento, esta Sala sostuvo que "la situación concreta de la religiosa cuyo desempeño tuvo como objetivo favorecer la concreción de la finalidad para la cual se creó el establecimiento dedicado a la enseñanza de niños sordos, que está bajo la égida de la comunidad que ella integra, no puede calificar un vínculo de trabajo dependiente, ya que tales servicios fueron propios de su misión como religiosa"(Sentencia del 20 de febrero de 1992, "Trabajo y Seguridad Social", mayo de 1993, p.62). La Alzada laboral capitalina ha expresado, en similar línea, que "la realización de algún servicio a favor de una entidad religiosa (en el caso, Monasterio de Carmelitas Descalzas de Corpus Christi y San Juan), producto de la colaboración por profesar determinada fe, no resulta eficaz para presumir que dicha colaboración se derivara de un contrato de trabajo" (CNAT, Sala VIII, "Enríquez, Diego Germán", sentencia del 20 de mayo de 2010).

La proyección tributario-previsional de esos servicios, agrupados bajo un rótulo genérico de "trabajos religiosos", es, precisamente, lo que acontece en el caso de autos.

La declaración testimonial del Sr. Á. A. D. es reveladora cuando señala que la tarea que desarrolla la hace a título de ministro voluntario del culto y sino, de feligrés (ver fs. 58 vta.). Similarmente, el Sr. J. G. (fs. 66 vta.). He allí patentizada con nitidez la libertad de poder manifestar su creencia religiosa, lo cual irroga para el Estado, en el caso la AFIP, la de no "interferir" en dicha vocación. Ocurre que la "libertad de profesar" o de "manifestar" el culto, emplazada en cada persona como derecho subjetivo, correlativamente implica o significa la de no interferir en su desarrollo. En este punto, el extenso dictamen número 65/2017, que sirve de sustento a la resolución denegatoria en sede administrativa, no se hace cargo de este argumento introducido por los sujetos relevados.

Ocurre que "en un Estado democrático de derecho, la existencia de la teoría del poder tributario en manos del Estado, que lo habilita para exigir el pago de los tributos, debe tener necesariamente como contrapartida el respeto a los principios constitucionales que operan como protecciones para la otra parte de la relación jurídica, que es el contribuyente" (Schafrik, Fabiana Haydee, "Breves reflexiones acerca de un fallo alentador en la aplicación de principios constitucionales en materia tributaria", LA LEY 1999-E, p. 66). El legislador se ha mostrado, incluso sensible al fenómeno religioso, con exenciones a los cultos en la Ley de Impuestos a las Ganancias y en la del IVA (Aut. cit., "La libertad de cultos y la tributación", *Revista Jurídica de Buenos Aires,* 2001-559).

No se me escapa la presunción que contiene el art. 23 LCT. Sin embargo, hay una presunción más alta, de neta raigambre constitucional como se ha visto precedentemente, que señala que cualquier restricción al culto debe ser tenida como inicialmente sospechosa en su validez. En fecha reciente, ha dicho nuestro más Alto Tribunal Federal que "una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general" ("Lencina, Ramona M.", sentencia del 4 de febrero de 2021, considerando segundo del voto de la mayoría de la Corte). Es esa interpretación armónica, conciliadora conforme con directivas cimeras, la que me lleva a revocar la resolución apelada. Así lo voto.

El doctor *Fantini Albarenque* dijo:

Adhiero a la solución propiciada por mis colegas de Sala. Por lo expuesto el Tribunal resuelve: 1. Decretar la apertura de la instancia revisora. 2. Revocar la resolución recurrida y ordenar al ente de control la devolución del depósito efectuado en el plazo de 15 días a partir de la recepción de las presentes actuaciones en sede administrativa. 3. Imponer las costas a la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). 4. Regular los honorarios de representación letrada de la parte actora y de la parte demandada en $17.555 y $10.533, respectivamente. — *Walter F. Carnota. — Nora C. Dorado. — Juan A. Fantini Albarenque.*

Un caso de prestación de servicios ajeno al ámbito laboral

Stella Maris Chiti (*)

Sumario: I. La situación planteada.— II. Los fundamentos de la sentencia.

I. La situación planteada

Las actuaciones que motivan el presente comentario llegaron a conocimiento de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social como consecuencia de un recurso interpuesto por la Iglesia de Scientology de Argentina contra la res. 617/2017 que ratificara las actas de inspección e infracción labradas por la AFIP al considerar que dicha Iglesia contaba con los servicios dependientes no registrados de los Señores Ángel Ariel Destefani y Juan Gounaris.

En virtud de tal infracción a la obligación de registrar los contratos de trabajo de ambas personas, el organismo recaudador concluyó que se hallaba incumplido el deber de efectuar los aportes y contribuciones correspondientes con destino a la seguridad social, e impuso a la Iglesia, el pago de las sumas que estimaba adeudadas por tales conceptos.

La medida fue impugnada por la pretendida empleadora con el argumento de que, debido a su finalidad religiosa, ambos colaboradores prestaban sus tareas en carácter de "feligreses" y "ministros" integrantes de la comunidad y no de "trabajadores" como considerara la AFIP.

Sus prestaciones de servicios, a su entender, se hallaban tuteladas por la ley 21.745 y por lo tanto, excluidas del ámbito de aplicación de la ley 24.241, lo que determinaría la ausencia de todo incumplimiento por no hallarse obligada a registrar tales vínculos ni a realizar, en consecuencia, el pago de aportes ni contribuciones.

Las dos personas respecto de las cuales la AFIP reclamaba la realización de aportes y contribuciones, por considerar que revestían el carácter de dependientes de la entidad religiosa inspeccionada, declararon en calidad de testigos, sosteniendo en forma coincidente que sus tareas eran desempeñadas en forma voluntaria por ser ministros y feligreses de esta. Es decir, ambos desconocieron que la relación hubiera sido de naturaleza laboral.

II. Los fundamentos de la sentencia

La Sala II consideró por unanimidad que asistía razón a la entidad religiosa apelante, expresando fundamentos dos de sus vocales, la Dra. Nora Carmen Dorado y el Dr. Walter F. Carnota.

Los diferentes argumentos esgrimidos fueron fundados en normas de jerarquía constitucional (art. 14 y bloque de constitucionalidad incorporado por el art. 75, inc. 22 de la CN) y en principios contenidos en la Ley de Contrato de Trabajo.

A continuación se efectuará un desarrollo de estos.

II.1. Libertad de culto

Fue el Dr. Carnota quien, luego de adherir al voto de la Dra. Dorado, sumó como fundamento propio, la garantía constitucional de libertad de culto contenida en el art. 14 de la CN y en el bloque de constitucionalidad incorporado a esta por su art. 75, inc. 22.

El análisis efectuado por dicho camarista partió del reconocimiento de que nuestro sistema constitucional garantiza la libertad de culto

(*)Abogada Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Docente de la materia Régimen Indemnizatorio Laboral, en la Facultad de Derecho de la UBA.

(como uno de los aspectos fundamentales de la libertad religiosa).

Así se desprende en forma explícita de la lectura del art. 14, CN:

"Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio... el de "profesar libremente su culto".

Esta norma, afirma, es complementada a su vez por el art. 75, inc. 22 de la CN, que al reconocer su propia jerarquía a una serie de tratados internaciones que integran el denominado "bloque de constitucionalidad", incorporó a nuestro ordenamiento "la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza" (art. 18 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

En su desarrollo analítico de esta garantía, el camarista recordó que esta reconoce, por un lado, "la cuestión de las normas laborales aplicable a los ministros del culto" y grafica esta faceta de la garantía de libertad de culto, con la cita de un precedente de la misma sala: "[L]a situación concreta de la religiosa cuyo desempeño tuvo como objetivo favorecer la concreción de la finalidad para la cual se creó el establecimiento dedicado a la enseñanza de niños sordos, que está bajo la égida de la comunidad que ella integra, no puede calificar un vínculo de trabajo dependiente, ya que tales servicios fueron propios de su misión como religiosa" (Sentencia del 20/02/1992, "Trabajo y Seguridad Social", mayo de 1993, p. 62 subrayado agregado).

Dicha interpretación, señala, es asimismo compartida por la jurisprudencia del fuero laboral respecto de la naturaleza de los servicios prestados en un contexto como el de autos **(1)**.

Es decir, que la libertad religiosa, y concretamente, el ejercicio de la libertad de culto, no excluyen *per se* la vigencia del derecho del trabajo ni su proyección sobre las relaciones que se entable entre una entidad religiosa (en este caso, la Iglesia de Scientology de Argentina) y las personas que presten servicios en su favor. Se deberá indagar la naturaleza de tales servicios.

En su análisis, el Dr. Carnota continúa destacando que al haber manifestado tanto el Sr. Ángel Ariel Destefani como el Sr. Juan Gounaris que sus tareas eran desarrolladas a título de ministros voluntarios del culto y si no, de feligreses, debían ser encuadradas en la libertad de ambos, de poder manifestar sus creencias religiosas, derecho subjetivo que irroga para la AFIP como organismo del Estado, el deber de no interferir en dicha vocación.

En tal inteligencia, y considerando el basamento constitucional de la garantía de profesar libremente el culto, cualquier limitación a esta (incluso desde el punto de vista tributario) debería ser apreciada en forma restrictiva en cuanto a su validez. En este sentido, recuerda el camarista que la Corte Suprema ha afirmado que "una interpretación situada, coherente y que no pierda de vista los objetivos centrales de los mandatos constitucionales, exige asumir con convicción, pero sin fanatismo, la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general" ("Lencina, Ramona Magdalena", sentencia del 04/02/2021, considerando segundo del voto de la mayoría de la Corte).

Es así como, frente a las claras manifestaciones de ambos testigos respecto del carácter con que prestaron servicios para la entidad religiosa sancionada, cobró prevalencia la normativa constitucional en cuestión por encima de la normativa laboral (art. 23 de la LCT) cuya aplicación literal, podría haber llevado a una solución diferente.

En efecto, cabe recordar que, desde el punto de vista del derecho del trabajo, la prestación de servicios permite presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o las causas que los motiven, se pudiera concluir lo contrario.

(1) "La realización de algún servicio a favor de una entidad religiosa (en el caso, Monasterio de Carmelitas Descalzas de Corpus Christi y San Juan), producto de la colaboración por profesar determinada fe, no resulta eficaz para presumir que dicha colaboración se derivara de un contrato de trabajo" (CNTrab., sala VIII, "Enríquez, 20/05/2010).

Los mencionados testimonios permiten, en el presente caso, encuadrar las prestaciones de servicios en cuestión fuera del ámbito del derecho laboral; tanto por las relaciones existentes entre las personas que los prestaban y la entidad religiosa (feligreses), como por la causa que motivó tales servicios: la libre profesión del propio culto religioso.

Cobran así relevancia, aunque no se haya argumentado explícitamente en la sentencia, el objeto y la finalidad del contrato de trabajo. Cabría afirmar que en un caso como el de autos y en una relación de naturaleza verdaderamente laboral, el primero de ellos coincide: la prestación de servicios, la actividad productiva y creadora del hombre. Es sin embargo, la segunda, la finalidad de la prestación, la que resulta diferenciadora ya que, en el marco de un contrato de trabajo, la relación de intercambio se encuentra caracterizada por el fin económico (conf. art. 4° de la LCT), ausente en el caso planteado.

A todo ello cabe agregar que el carácter de orden público del ordenamiento laboral en virtud del cual sus disposiciones protectorias no pueden ser reducidas por debajo de sus mínimos inderogables, se halla establecido en beneficio de la persona trabajadora, no del organismo fiscalizador. Por lo tanto, si los sujetos protegidos por las normas laborales sostuvieron libremente hallarse fuera del ámbito de aplicación de estas invocando una finalidad que las trasciende (el ejercicio de su libertad de culto), no cabe al Estado avanzar sobre esta última invocando un encuadre jurídico de la relación que los propios sujetos que la integran desconocieron. Máxime porque ello implicaría el desconocimiento liso y llano del ejercicio de una garantía constitucional.

II.2. Inexistencia de carácter oneroso de las prestaciones

Otro de los argumentos esgrimidos para revertir el decisorio apelado (aunque íntimamente ligado al analizado precedentemente), fue la ausencia de onerosidad en las prestaciones efectuadas por los Sres. Destefani y Gounaris en favor de la Iglesia de Scientology de Argentina.

Como se dijo, ambos afirmaron ser simples feligreses y ministros voluntarios de la orden y como tales, sus prestaciones fueron realizadas como un servicio a la comunidad con un fin no lucrativo, contando, a su vez, con ingresos propios provenientes de actividades laborales ajenas a la Iglesia.

La ausencia del fin económico de las prestaciones de servicios constituye un elemento definitorio al momento de caracterizar la relación entablada entre las partes.

Cabe resaltar en este punto, que la exclusión de la finalidad económica se halló expresamente reconocida por los dos sujetos a los que la AFIP endilgaba la calidad de trabajadores.

Esta circunstancia resulta esencial a la luz del principio protectorio que, como ya resaltara, impera en materia laboral. Una de las múltiples aristas de este se encuentra en la presunción de onerosidad del contrato de trabajo (conf. art. 115 de la LCT).

En virtud de este, la prestación de servicios dependientes no se presume gratuita. Por el contrario, la mera puesta a disposición de la fuerza de trabajo a favor de la parte empleadora implica el devengamiento de la contraprestación salarial, generando un derecho adquirido en cabeza del dependiente.

Sin embargo, el ordenamiento laboral carece, a pesar de su carácter de orden público, de la potestad para avanzar sobre la voluntad de la persona trabajadora, quien, en ejercicio pleno de sus garantías constitucionales, y en particular, de la de profesar libremente un culto, conserva la libertad de ejecutar actos en beneficio de otra persona sin esperar una contraprestación a cambio y por lo tanto, sin generar derecho a una remuneración.

En este sentido, destacó la Dra. Dorado: "La legislación vigente establece que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo su dependencia (art. 21, LCT) pero la manda legal no excluye la existencia de otras prestaciones —como las benevolentes que puede realizar una persona en beneficio de otra por razones de vecindad o afecto— las familiares —realizadas por integrar

una misma comunidad de vida— y hasta las religiosas que son las que nos ocupan en autos y que, en realidad, están dirigidas a la comunidad de fieles".

De este modo puede apreciarse que se ha reconocido a la persona humana en su más amplia acepción, trascendiendo la faz laboral, la cual, aunque protegida por una normativa tutelar, no excluye, sino, por el contrario, admite otras facetas que redundan en la titularidad de diversos derechos de máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico en general.

II.3. Carácter no remunerativo de los viáticos

La circunstancia de que ambos feligreses hubieran reconocido percibir viáticos de la Iglesia apelante, no obsta a considerar que sus prestaciones fueran ajenas al derecho del trabajo.

En este sentido cabe recordar que, aun cuando en la sentencia se los identifica como "un rédito **(2)** económico por sus servicios", lo cierto es que los viáticos carecen de naturaleza remuneratoria en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes (art. 106 de la LCT), caso en el cual, no acarrean ventaja patrimonial alguna para la persona trabajadora.

En el caso analizado, las sumas percibidas por ambos feligreses tenían por finalidad cubrir sus gastos de traslado, no la de retribuir los servicios prestados, y he ahí la verdadera diferenciación con las sumas remuneratorias entendidas como contraprestación en el marco de un contrato bilateral y oneroso como es el de trabajo.

Los viáticos abonados por la Iglesia no constituían una ganancia o lucro para los feligreses, sino simplemente, una compensación tendiente a evitar erogaciones propias con motivo de la prestación de servicios.

Consecuentemente, las sumas abonadas en concepto de viáticos no fueron consideradas elemento suficiente para desvirtuar la verdadera naturaleza de la relación habida, ajena al ámbito laboral y por lo tanto, ajena también al régimen de aportes y contribuciones en el que la AFIP pretendía incluirla.

(2) Definido por la Real Academia Española como "renta, utilidad o beneficio renovable que rinde un capital".

Jurisprudencia Anotada

EMPLEO PÚBLICO

Medida cautelar innovativa. Solicitud de reinstalación en el puesto de trabajo. Acción que denuncia un despido discriminatorio. Necesidad de análisis de cuestiones de hecho y prueba.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Si bien una empleada pública cuestiona la constitucionalidad del dec. 156/2020 y del art. 6° del dec. 624/2020, en el acotado marco de cognición que propone una cautelar no corresponde ingresar en el análisis de la constitucionalidad de dichas disposiciones, en tanto constituye una cuestión de fondo.

2. — No se observa alcanzada la verosimilitud necesaria a partir del argumento relativo al supuesto carácter discriminatorio del despido por razones políticas, ya que, en gran medida, el abono de la tesitura apuntada lo constituyen las citas periodísticas —de tintes generales— de las que se desprendería un complejo entramado cuyos alcances excederían a la demandante, proyectándose por sobre todo aquel que no perteneciera a la agrupación a la que se refiere; todo lo cual bien podría exceder el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la temática ventilada.

3. — El despido ventilado en el caso y cuya ilegitimidad el actor sustenta en las disposiciones del dec. 329/2020 fue dispuesto el 05/11/2020, es decir, ya vigentes los decs. 624/2020 y 761/2020 que exceptúan de la prohibición de despidos al personal del Sector Público Nacional, con independencia del régimen jurídico al que se encuentren sujetos.

4. — Frente al debate sobre el fondo que exige el análisis de la legitimidad del despido que se señala como discriminatorio, se puede visualizar claramente que el tratamiento de la reincorporación peticionada por la actora conduce a ubicar la incidencia en un análisis que excede los límites de la cautela peticionada (del voto del Dr. Stornini).

5. — La cautelar innovativa que ordenó la reincorporación de una empleada pública debe ser confirmada, pues se trata de una trabajadora despedida en época de pandemia y de aislamiento social preventivo y obligatorio, sin otra fuente de recursos; y estas circunstancias fácticas configuran lo que se entiende como presupuesto de peligro en la demora, en el marco de un derecho que se advierte con suficiente verosimilitud (del voto en disidencia del Dr. Pompa).

6. — Se tiene por configurado el *fumus boni iuris* ante la prevalencia, sobre sus facultades de organización y de dirección, de las normas legales constitucionales y supralegales contra la discriminación. En la carta-documento que comunicó la desvinculación la demandada no invocó elementos que permitan justificar —siquiera sumariamente— que hubo una razón objetiva que diera cabida a su decisión de poner fin al contrato, lo cual es cuando menos insuficiente frente a la dimensión de la situación de emergencia que motivó normas protectoras en materia sanitaria y ocupacional de los sectores más vulnerables de la población (del voto del Dr. Pompa).

CNTrab., sala II, 05/03/2021. - G., M. F. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados s/ acción de amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5243/2021]

COSTAS

Ambas instancias en el orden causado.

Expediente NRO.: 27.329/2020

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

El doctor *Guisado* dijo:

La actora solicitó el dictado de "una medida cautelar autónoma o autosatisfactiva contra el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) (...) en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, la ley 16.986 y el DNU 329/2020, con el fin de obtener con carácter de urgente la tutela jurisdiccional soslayando la conducta lesiva de la demandada, que lesiona, altera y amenaza con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta derechos personalísimos de indiscutible raigambre constitucional, declarándose la nulidad absoluta e inconstitucionalidad de la Resolución RESAP-2020-274-INSSJP DE#INSSJP de la Dirección Ejecutiva del INSSJP de fecha 29/10/2020 que resuelve despedirme "sin invocación de causa en los términos del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo"; se ordene la inmediata y definitiva reinstalación de la Sra. G., M. F. a sus tareas desempeñadas en ese Instituto y, correlativamente, se condene a la accionada al pago de los salarios caídos desde la fecha del acto resolutorio hasta la efectiva reincorporación, con más los intereses".

"Todo en los términos de los artículos 14, 14 bis, 17, 75 inc. 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; Convenios OIT 87, 98 y documento "Las normas de la OIT y el COVID-19 (Coronavirus)" del 23/03/2020; artículos 7, 8, 12, 17, 247 y ss. y cctes., artículo 1 de la Ley 23.592, Ley 27.541, DNU 329/2020 y del artículo 195 y ss. y 230 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso" (ver escrito de inicio).

La sentenciante de grado, mediante la resolución de fecha 27/11/2020, admitió la medida solicitada y contra tal decisorio se alza la demandada en los términos y con los alcances que explicita en su memorial recursivo.

La índole de la cuestión debatida motivó que se diera intervención en la causa al Ministerio Público Fiscal y el señor Fiscal General Interino se expidió en los términos de que da cuenta el dictamen N° 209 del 17/02/2021 que comparto y doy por reproducido en honor a la brevedad.

En primer lugar, cabe señalar, tal como lo hace el señor Fiscal General Interino, que la medida solicitada, debe ser clasificada como "cautelar innovativa", ya que no tiende a mantener la situación existente sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente al momento de su dictado (conf. Peyrano, Jorge W., "Medida cautelar innovativa", p. 13 y ss.; Raimundín, "Prohibición de innovar como medida cautelar", p. 91 y ss., citado en CNCiv., Sala de feria 08/01/1987, "Ayala Jorge fs. c. SADAIC") y resulta proponible en nuestro sistema normativo de conformidad con lo previsto en el art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Nación (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", T. I, p. 743).

Desde esa perspectiva, como reiteradamente lo explicara el ex Fiscal General ante esta CNAT, Dr. Eduardo O. Álvarez, no puede soslayarse que una medida de carácter "innovativo" es una decisión excepcional porque altera el estado de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (CSJN, 24/08/1993, LA LEY, 1994-B, 131).

En ese orden de ideas, resulta conveniente referir que, en casos excepcionales, pueden admitirse medidas cautelares innovativas que coincidan total o parcialmente con lo que es o puede ser motivo de debate en una acción principal y ello toda vez que, a partir del caso "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros" (sentencia del 07/06/1998 JA 1998-I-465), la Corte Suprema ha dejado claramente dicho que la decisión que pudiera recaer al respecto no implica prejuzgamiento y que, cuando la tutela efectiva de los derechos así lo requiere, es admisible viabilizar medidas de carácter anticipatorio o "autosatisfactivas". Sin embargo, para poder viabilizar un planteo como el deducido deben verificarse en forma suficientemente clara los presupuestos que hacen a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora (CSJN, 29/08/2017, "Barrera Echavarría, María y otros c. Lotería Nacional Soc. del Estado s/ Acción de amparo", Fallos: 340:1136, entre muchos otros).

En virtud de los términos en que se apoya la pretensión de marras, cabe recordar, además, que Peyrano define las medidas autosatisfactivas como soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, despachables, "inaudita et altera pars" y mediante una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles. Las mismas importan una satisfacción definitiva de los requerimientos de los postulantes ("Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas", LA LEY, 1998-A, 968).

Por ello, en cuanto a los requisitos para la procedencia de las clásicas medidas cautelares, en el caso de las autosatisfactivas cabe puntualizar que el grado de conocimiento para disponer la tutela es la existencia de una fuerte probabilidad cercana a la certeza y no la simple verosimilitud y es siempre necesario que exista un peligro en la demora consistente en la necesidad impostergable de tutela judicial inmediata de manera que en caso contrario se frustre el derecho invocado, recaudo que deriva del carácter urgente del proceso autosatisfactivo.

En presentes actuados, en que la actora persigue el mantenimiento de un contrato que la demandada consideró fenecido, considero que no se encuentran alcanzados dichos niveles de exigencia.

En efecto, las circunstancias relatadas y los elementos probatorios acompañados por la actora no permiten inferir, de manera clara, la conducta antijurídica que se le atribuye a la accionada si se tiene en cuenta que subyace, en el terreno fáctico, un planteo que involucra la constatación de una situación de hecho y de derecho que se vincula a un conflicto que implica y exige incluso el análisis de la constitucionalidad de las normas involucradas.

En el *sub lite* la petición cautelar implica avanzar sobre el análisis de circunstancias de hecho y prueba y cuestiones de derecho que por su complejidad exceden por mucho el ceñido marco precautorio y deben valorarse en una sentencia definitiva luego de un proceso de conocimiento pleno, aunque sea de trámite abreviado (como lo es el proceso sumarísimo).

Ello así puesto que el despido ventilado en autos y cuya ilegitimidad el actor sustenta en las disposiciones del decreto 329/2020 fue dispuesto el 05/11/2020, es decir, ya vigentes los decretos 624/2020 y 761/2020 que exceptúan de la prohibición de despidos al personal del Sector Público Nacional, con independencia del régimen jurídico al que se encuentren sujetos.

Tal como claramente destaca el señor Representante del Ministerio Público, "en el *sub discussio*, debe puntualizarse, el distracto se habría formalizado —de estar a las consideraciones de ambas partes— el 05/11/2020, detalle no menor puesto que, con fecha 24/09/2020, se hubo de publicar el decreto 761/2020. En aquel, si bien se prorrogó "la prohibición de efectuar despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días contados a partir del vencimiento del plazo establecido por el Decreto N° 624/2020", expresamente se dispuso que "las prohibiciones previstas en este decreto no serán de aplicación en el ámbito del Sector Público Nacional definido en el artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificatorias", aclarando a continuación —y en la oportunidad lo resalto— "con independencia del régimen jurídico al que se encuentre sujeto el personal de los organismos, sociedades, empresas o entidades que lo integran". La circunstancia en cuestión, como mínimo, permitiría poner en tela de juicio la intensa verosimilitud del derecho exigible por la tipología de la medida pretendida ("media autosatisfactiva por nulidad de despido"; ver *nomen iuris* inserto en el encabezado del libelo inicial)".

Si bien el actor cuestiona la constitucionalidad del decreto 156/2020 y del art. 6 del decreto 624/2020, considero que, en el acotado marco de cognición que propone una cautelar no corresponde ingresar en el análisis de la constitucionalidad de dichas disposiciones, en tanto constituye una cuestión de fondo (en igual sentido ver si del 15/07/2020 dictada en autos "García Mucciolo, Aymara E. y otros c. ACC Group SA s/ acción de amparo", Expte. N° 9958/2020).

Tampoco observo alcanzada la verosimilitud necesaria a partir del argumento relativo al supuesto carácter discriminatorio del despido por razones políticas ya que, como bien señala el señor Fiscal, "en gran medida, el abono de la tesitura apuntada lo constituye las citas periodísticas —de tintes generales— de las que se desprendería un complejo entramado cuyos alcances excederían a la demandante, proyectándose por sobre todo aquel que no perteneciera a la agrupación a la que se refiere; todo lo cual, no es ocioso advertir, bien podría exceder el estrecho marco de conocimiento que ofrece el estudio de la temática aquí ventilada".

Por lo demás, "La Procuración General de la Nación tiene dicho, en cuanto al recaudo del peligro en la demora que se exige para dictar este tipo de medidas, que "el examen de su concurrencia requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso"; puntualizando que "el carácter alimentario de la remuneración mensual no basta para obviar el tratamiento de otras facetas que resultan determinantes para la desestimación de la medida innovativa (doctrina de Fallos: 316:1833)", (dictamen de fecha 22/10/2013, *in re* C. 59, L. XLIX "Claro, Miguel Á. c. Estado Nacional s/ apelación medida cautelar")".

Y el "carácter alimentario del crédito del accionante carecería de la relevancia que intenta este atribuirle, si se repara que, en general, todos os reclamos que se ventilan ante esta Justicia Nacional del Trabajo poseen idéntica característica" (ver entre otros Dictamen N° 58.530 del 01/10/2013 "Cubillas Bellido, Tania c. Temporaria SA s/ medida cautelar", Expte. N° 25.423/2013 del registro de la Sala VII y Dictamen de Feria N° 1 del 20/07/2011 en autos "Lemes, Bibiana C. c. Estado Nacional Administración Nacional de la Seguridad Social ANSeS s/ medida cautelar").

En esta línea de razonamiento, debe además considerarse que, para la viabilización de una medida como la requerida resulta insuficiente la mera probabilidad de un perjuicio. En efecto, tal como lo ha explicado la más autorizada doctrina, el dictado de una resolución anticipatoria requiere la acreditación de la denominada "urgencia pura" que se configura cuando existe una muy fuerte posibilidad de que el justiciable sufra un daño irreparable si no obtiene una respuesta jurisdiccional inmediata. No se trata de un *periculum in mora* sino *in danni* (conf. Peyrano, Walter, en "Procesos cautelares urgentes y tuitivos de la ley" en LA LEY 14/05/2009) que, en el caso de autos, no surge evidenciado.

En síntesis, la validez y eficacia del despido decidido requiere el análisis de cuestiones de hecho y prueba y de derecho que deben valorarse en la sentencia definitiva luego de un proceso de conocimiento pleno, aunque sea de trámite abreviado (como lo es el proceso sumarísimo.

Por ello, en el estricto marco cautelar y anticipatorio en el que se ha efectuado el planteo, corresponde revocar la resolución recurrida, sin que ello implique, claro está, adelantar opinión alguna sobre las cuestiones que deben ser decididas en la sentencia definitiva en el marco de un proceso de conocimiento.

Las costas de ambas instancias deberán imponerse en el orden causado, atento la naturaleza de la cuestión debatida (art. 68, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

El doctor *Pompa* dijo:

Discrepo respetuosamente con mi distinguido colega preopinante.

Luego de analizar las constancias obrantes en la causa, concluyo que en las presentes actuaciones se encuentran debidamente configurados los extremos necesarios para la procedencia del reclamo cautelar, es decir la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

La actora promueve la presente acción de medida cautelar autosatisfactiva, tendiente a lograr su reinstalación en el mismo puesto y condiciones de trabajo, por haber sido despedida violentando el DNU 329/2020 que expresamente lo prohíbe y, además, porque la decisión rupturista habría sido adoptada por motivaciones de índole política y discriminatorias.

Del acotado marco de análisis precautorio surge que la señora G. se desempeñó bajo la dependencia del instituto demandado a partir del día 11 de octubre de 2019, en las condiciones que detalla, y que habría sido notificada de su desvinculación mediante la misiva del 05/11/2020, "sin invocación de causa, en los términos del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo", luego del dictado de una resolución por parte del instituto accionado que instruyó a la Gerencia de Recursos Humanos que revise las designaciones efectuadas durante los cuatro años anteriores a su dictado.

Ahora bien, a partir de las constancias obrantes en autos, considero que la actora ha aportado indicios de un actuar *prima facie* discriminatorio por parte de la demandada a la luz de la doctrina "Pellicori" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la despide sin causa luego de dictar una resolución que manda a analizar la totalidad de los nombramientos dispuestos durante un lapso.

Dicho contexto permite tener por configurado el *fumus boni iuris* ante la prevalencia, sobre sus facultades de organización y de dirección, de las normas legales constitucionales y supralegales contra la discriminación.

Ello es así, porque en la carta documento que comunicó la desvinculación la demandada no invocó elementos que permitan justificar —siquiera sumariamente— que hubo una razón objetiva que diera cabida a su decisión de poner fin al contrato, lo cual es cuando menos insuficiente frente a la dimensión de la situación de emergencia que motivó normas protectoras en materia sanitaria y ocupacional de los sectores más vulnerables de la población. A partir de ello, y con la provisoriedad de la medida que se trata, no se advierten —en este estado de la causa— motivos para desestimar el reclamo y de tal manera convalidar una vulneración de derechos constitucionales de la demandante.

En orden a lo dicho, se verifica que se trata de una trabajadora despedida en época de pandemia y de aislamiento social preventivo y obligatorio, sin otra fuente de recursos. Estas circunstancias fácticas configuran lo que se entiende como presupuesto de peligro en la demora, en el marco de un derecho que se advierte con suficiente verosimilitud.

En mi opinión, dejar librada la cuestión para el fondo puede generar un daño de una magnitud muy difícil de modificar, siempre resaltando el carácter provisorio de la medida.

Como se explicó en la resolución del 11 de noviembre de 2020, dictada en la causa N° 11.041/2020, "Esquivel Martínez, Fulvio J. c. Constructora Bilbao SA y otros s/ medida cautelar, del registro de la Sala IX de la CNAT y en la del 4 de febrero de 2021, dictada en el expediente 25.787/2020, "Feccia, Adrián N. c. Grupo Online SA s/ medida cautelar", del registro de esta Sala II de la CNAT; en la valoración de situaciones como la presente debe tenerse muy presente que el trabajador es sujeto de "preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 —2004—; "Aquino", Fallos: 327: 3753, 3770 y 3797 —2004—; "Pérez, Aníbal R. c. Disco SA", cit., p. 2055) y, por tanto, debe gozar de la "protección especial" del Estado, según lo expone la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (art. 2.a); la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascua", Fallos: 333:1361,1369/1370 —2010—). Y, además, que la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento —titulado "Las normas de la OIT y el COVID-19 (Coronavirus)"— que revela la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo; en tanto ha resaltado, en numerosas oportunidades, la importancia de la "seguridad económica" (ver, muy especialmente, la *Declaración de Fines y Objetivos* de dicha institución, del 10 de mayo de 1944, llamada *Declaración de Filadelfia*).

En ese marco, la solución favorable a la pretensión configura la solución congruente con la urgencia propia de este tipo de asuntos y la intensa verosimilitud del derecho invocado, por lo que, de prosperar mi voto, habrá de confirmarse la decisión recaída en la anterior instancia.

Como es sabido, en esta clase de decisiones la solución que se propicia no implica sentar criterio acerca del conflicto que se narra en el escrito de inicio, ni causa estado, y siempre reviste carácter meramente provisional, circunstancia que habilita a ponderar en todo tiempo y ante nuevos requerimientos, todas aquellas facetas que alteren en forma trascendente el cuadro, ya sea fáctico o bien jurídico tenido en consideración en la presente oportunidad.

Por tales motivos propongo confirmar la sentencia dictada en la anterior instancia.

Las costas de Alzada deberán ser impuestas en el orden causado ante la ausencia de controversia, difiriéndose la regulación de honorarios para la instancia en que se determinen los correspondientes a la acción de fondo.

El doctor *Stortini* dijo:

En el estricto marco de la medida cautelar solicitada por la actora cuyo análisis motiva la disidencia de mis distinguidos colegas, sin que esto implique adelantar aquí solución alguna con respecto a las cuestiones que deben ser analizadas en la sentencia definitiva, adhiero a las conclusiones del voto del doctor *Guisado*, por análogos fundamentos.

Es que, en orden a la incidencia suscitada es menester aclarar de comienzo que aquí y ahora solo corresponde pronunciarse sobre el requerimiento cautelar, aunque no sobre la cuestión de fondo. Por tanto, cabe atenerse pura y exclusivamente a la admisibilidad o no de la cautelar rechazada en grado.

Con esa previa aclaración, es evidente que en este incidente, en lo que hace a la pretendida reinstalación, se aleja la presencia de "verosimilitud del derecho" como uno de los recaudos insoslayables de todo requerimiento cautelar.

Y ello es así, porque, ante el planteo formulado por la actora, se desprende que resolver —al momento actual— importaría un prejuzgamiento en tanto que constituiría un adelantamiento de la solución final de la contienda.

En otras palabras, frente al debate sobre el fondo que exige el análisis de la legitimidad del despido que se señala como discriminatorio, se puede visualizar claramente que el tratamiento de la reincorporación peticionada por la actora, conduce a ubicar la presente incidencia en un análisis que excede los límites de la cautela peticionada.

Autorizada doctrina remarca que son inadmisibles las medidas cautelares cuyo objetivo coincide en definitiva con la cuestión principal (Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", T. II, p. 272; entre otros).

La opinión del Alto Tribunal es coincidente con ello al explicitar que la prohibición de innovar constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho al tiempo de su dictado e implica en concreto un anticipo de jurisdicción favorable en orden a la sentencia final de la causa (CSJN, fallo del 24/08/1993, "Bulacio Malmierca, Juan C. y otros c. Banco de la Nación Argentina", DT. 1994, p. 777).

Y la referida doctrina ha sido recientemente reiterada por la Corte Suprema al remarcar que son inadmisibles las medidas precautorias que anticipan la solución de fondo ya que la decisión judicial, en tal caso, implicaría equipararla a la definitiva (CSJN, sentencia del 04/06/2020, causa "Laurenzo, Juan M. c. Unión Platense SRL").

En consecuencia, como adelanté, adhiero al voto del doctor *Guisado*.

Por lo que resulta del acuerdo precedente, de conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal resuelve: 1. Revocar la resolución recurrida de fecha 27/11/2020, sin que tal resolución implique pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo; 2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado; 3) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1° de la Ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvanse. *— Daniel E. Stortini. — Roberto C. Pompa. — Héctor C. Guisado.*

Empleo público y alcance de medidas cautelares

Alejandro Gabet (*)

La actora presenta una acción de medida cautelar autosatisfactiva a fin de lograr ser reinstalada en su puesto de trabajo en condiciones similares a las que tenía ante del despido sin causa.

Si bien el resultado en alzada por dos votos a uno resulta perdidoso para la actora interpretamos que el voto en minoría del Dr. Pompa se aproxima a un pronunciamiento ajustado a la realidad de los hechos.

Atento a ser tratada una medida cautelar respecto al empleo de un trabajador vale reseñar que fue despedido sin mencionar motivo o causa, es decir lo que se denomina un despido incausado.

Podemos observar que en los votos primero y tercero se realizó una verdadera defensa de la esencia de las medidas cautelares y que cualquier debate sobre el fondo que exige el análisis de la legitimidad del despido excede los límites de la cautelar solicitada.

Dicho pronunciamiento podría ser correcto en la mayoría de los casos, pero en una cuestión de estabilidad laboral, donde el despido es la última ratio a la que se debe llegar, interpretamos que el voto de la mayoría es ajeno a la realidad de las relaciones laborales.

En efecto, debemos recordar que el estado empleador al momento de proceder a la desvinculación por medio de una misiva sin invocación de causa realiza una acción amparada en su autoridad pública pero vacía de legalidad.

Asimismo, surge que el despido deviene luego del dictado de una resolución por parte del instituto que instruyó a la Gerencia de Recursos Humanos que revise las designaciones efectuadas durante los cuatro años anteriores a su dictado.

Recordemos que a las partes de una relación laboral se le exige actuar bajo el principio de buena fe, y el estado empleador no puede ser ajeno a ello.

Y en un proceso judicial las partes también deben colaborar con el juez para dilucidar la verdad material. Y en procesos de crisis bien vale la frase que no solo hay que ser sino también parecer.

Por ello en la presente causa dejar librada la cuestión para cuando se trate el fondo del asunto, puede generar un daño muy difícil de reparar.

Y como señala el Dr. Pompa debemos tener en cuenta lo provisorio de la medida, esta no causa estado.

En efecto podemos observar la existencia de un peligro en el retraso o la mora, (*periculum in mora*), basta analizar los anales de jurisprudencia para encontrar situaciones similares en los que a pesar de obtenerse fallos favorables, el transcurso del tiempo tornó de imposible cumplimiento a estos.

Interpretamos que el voto en minoría del Dr. Pompa, quien señaló especialmente respecto a la transitoriedad de la medida y el daño a producirse, se ajusta plenamente a derecho, especialmente en una relación laboral y con más razón en casos de empleo público.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

EXCLUSIÓN DE LA TUTELA SINDICAL

Competencia. Emplazado que trabaja y vive en extraña jurisdicción.

Con nota de Emiliano Gabet

> El juicio sumarísimo iniciado por la empleadora contra un trabajador con objeto de lograr una sentencia declarativa de exclusión de la tutela gremial discernida por ley 23.551 no puede llevarse a cabo ante la Justicia Nacional del Trabajo, toda vez que el emplazado vive y trabaja en ajena jurisdicción, esto es la provincia del Chaco, la directiva aplicable es el art. 5°, inc. 3°, del CPCC, ya que no resulta operativo el lugar de contratación para lograr un desplazamiento de la jurisdicción territorial.

CNTrab., sala VI, 12/07/2021. - Operadora Ferroviaria Soc. del Estado c. Morán, Juan Ramón s/ juicio sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109809/2021]

Expte. n° CNT 025792/2019/CA001

Buenos Aires, julio 12 de 2021.

Considerando:

El doctor *Pose* dijo:

La empresa accionante entiende arbitrario e incorrecto que el magistrado de grado se haya declarado incompetente por razones territoriales pero no advierto que le asista razón.

Paso a explicarme: el artículo 24 de la L.O. establece una triple opción en beneficio del trabajador, autorizando su reclamo ante los tribunales laborales en los supuestos en que la relación haya tenido lugar en sede capitalina, el empleador se domicilie dentro de Capital Federal o, en su caso, el contrato de trabajo se haya celebrado en dicho ámbito y, al hacerlo, sobredimensiona innecesariamente el ámbito de competencia de la Justicia Nacional del Trabajo al aceptar que un factor trivial –lugar de celebración del contrato laboral–, incida en las reglas de atribución de competencia con vulneración del principio de inmediación (así un juez laboral de la Capital Federal, puede verse obligado a estudiar un conflicto laboral existente en las provincias del Neuquén, Chubut o Catamarca).

Pero tal fenómeno tiene una explicación política ya que lo que el legislador busca es posibilitar que los tribunales, ante los cuales se sustancia el proceso, se encuentren a una razonable proximidad del domicilio del trabajador interesado – del dictamen del Procurador General– (CSJN, 4/4/00, "Cosentino, Marcelo Daniel c/Asociación Argentina de Telegrafistas, Radiotelegrafistas y Afines", Fallos 232:718; íd. 13/6/06, "Ballarini, Edgardo c/Transportes Depego SRL", Fallos 329:2253; 1/9/15, "Cardozo c/La Segunda ART SA").

En el caso, nos encontramos ante un juicio sumarísimo iniciado por la empleadora contra un trabajador con objeto de lograr una sentencia declarativa de exclusión de la tutela gremial discernida por ley 23.551 y como el emplazado vive y trabaja en ajena jurisdicción, esto es la Provincia del Chaco, la directiva aplicable es el art. 5, inc.3, del CPCC, ya que no resulta operativo el lugar de contratación para lograr un desplazamiento de la jurisdicción territorial.

Por ello, en concordancia con la postura del Fiscal General Adjunto, es que entiendo corresponde: Confirmar la resolución recurrida, sin costas.

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal General Adjunto Interino, el Tribunal *Resuelve:* I) Confirmar la resolución recurrida. II) Sin costas.

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013.

Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Carlos Pose.* — *Luis A. Raffaghelli.*

Exclusión de tutela sindical: apostilla sobre la competencia de los tribunales

Emiliano A. Gabet (*)

Un empleador inició ante la Justicia Nacional del Trabajo la acción de exclusión de tutela sindical contra un trabajador que vivía y trabajaba en la provincia del Chaco. Fundamentaría la no instauración de la demanda en la Justicia de la citada provincia el hecho de que la contratación se había llevado adelante en la Ciudad de Buenos Aires.

En el decisorio, los vocales de la Sala VI confirman la declaración de incompetencia decidida en la instancia de grado con fundamento en el art. 5º, inc. 3º del CPCC el cual reza: "[C]uando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación...".

Se destaca correctamente en la sentencia que lo que el legislador ha buscado es posibilitar que los tribunales, ante los cuales se sustancie el proceso, se encuentren a una razonable proximidad del domicilio del trabajador.

La opción del "lugar del contrato" no resulta operativa atento que el trabajador no se encuentra en él y, la propia norma citada, deja constancia que ello impide la operatividad de esta.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

DESPIDO

Actividad hotelera. Cobertura de ausencias del personal permanente.

Con nota de Alejandro Gabet

Del informe presentado por el perito contador no surge dato alguno que permita considerar que los servicios prestados por el actor hubiesen respondido a necesidades operativas de carácter eventual ni extraordinario, y en definitiva sí quedó acreditado que habitualmente el actor trabajaba cubriendo personal permanente que se ausentaba por francos, vacaciones y/o licencias por enfermedades, extremos habituales en cualquier lugar de trabajo, que no resultan asociados a las características especiales de la actividad hotelera como pretende la accionada.

1. — De la pericia contable surge que el actor trabajó en forma ininterrumpida durante distintos días y horarios que eran rotativos, pero que en su mayoría cumplía jornadas de 8 horas durante varios días al mes, en la mayoría de los meses laborados, realizando tareas normales y habituales de la actividad hotelera, propias de la empresa, cubriendo en definitiva las ausencias del personal permanente, y no necesidades operativas de carácter eventual ni extraordinario propias de la actividad.

CNTrab., sala VI, 25/02/2021. - Vilouta, Francisco Jose c. Hotel Presidente SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7730/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expediente N° : CNT 13504/2015

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 25 de 2021.

La doctora *Craig* dijo:

La sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción entablada, viene apelada por la parte demandada a tenor de la presentación efectuada en el sistema Lex 100 el día 05/08/2020, mereciendo la réplica de fecha 13/08/2020.

Con relación a los honorarios, a fs. 310/312, el perito contador recurre sus emolumentos por considerarlos reducidos. Por su parte, la demandada, en la presentación antes referida, apela por altos la totalidad de los honorarios regulados.

La demandada se agravia por la procedencia de la acción. Concretamente cuestiona la modalidad contractual reconocida en el pronunciamiento y critica la interpretación que la Magistrada efectúa del art. 68 inc. c) del CCT 362/03, sosteniendo que la contratación del actor bajo la modalidad de tiempo indeterminado con prestación discontinua lo fue conforme a derecho.

Analizadas las constancias de autos, adelanto que en mi opinión el recurso no puede prosperar.

El debate principal de la causa estuvo centrado en la modalidad contractual del vínculo laboral en análisis y en este sentido la sentenciante juzgó probado que el vínculo que unió a las partes era por tiempo indeterminado de carácter permanente ya que el accionante desempeñó durante toda la relación laboral tareas normales y habituales en forma continua y que hacían a giro normal de la accionada.

Para así decidir tuvo en cuenta que los testigos que declararon en autos corroboraron que el actor trabajó durante todo el vínculo laboral —que duró más de tres años— realizando tareas de maletero durante determinados días y horarios que eran rotativos, que las jornadas generalmente eran de 8 horas —extremo avalado por la pericial contable y fichas reloj acompañadas— y que concurría habitualmente todas las semanas dependiendo de los días en que lo convocase la accionada.

Asimismo, para sustentar su decisión la Sra. Jueza "*a quo*" refirió, luego de analizar lo dispuesto por el CCT 362/03 en su art. 68, que la demandada no resultó precisa en la contestación de la acción respecto de los motivos que habrían justificado la modalidad de contratación que alega y no se acreditó que el desempeño del actor se hubiese requerido para cubrir exigencias transitorias y extraordinarias de la firma empleadora. Sostuvo que del informe presentado por el perito contador no surgía dato alguno que permitiera considerar que los servicios prestados por Vilouta hubiesen respondido a necesidades operativas de carácter eventual ni extraordinario de la firma que recibió los servicios en cuestión, ya que en definitiva habitualmente el actor trabajaba cubriendo personal permanente que se ausentaba por francos, vacaciones y/o licencias por enfermedades, extremos habituales en cualquier lugar de trabajo, más allá del caudal de pasajeros que concurriesen al hotel.

Sobre este aspecto la demandada sostiene que el art. 68 se encuentra dentro del capítulo III "Condiciones Particulares del Trabajo de la actividad", por

lo que puede advertirse que el Convenio contempla que, en general, la actividad hotelera tiene condiciones particulares distintas de otras, y que en definitiva el Convenio, no considera a los empleados encuadrados dentro del inc. c) como personal eventual, por lo que respecto de los mismos, no se le deben aplicar ni exigir los requisitos que aquel tipo de contrato si exigen, y que se encuentran regulados en los incs. a y b del mentado art. 68.

Sin embargo, lo que la quejosa soslaya es que en definitiva la modalidad de contratación que sostuvo con el accionante, no deja de ser una variedad del contrato de trabajo de duración indeterminada y de prestación continua, con lo cual no hay dudas que correspondía a su parte acreditar las circunstancias que prevé el Convenio Colectivo N° 362/03 para recurrir a este tipo de contratación diferenciada.

En efecto, como bien lo señala la quejosa, el Convenio considera las características de la actividad hotelera como particulares, refiriéndose así en el inc. b) del art. 68 a las "...características extraordinarias y especiales de la actividad hotelera y gastronómica, en la cual se intercalan a la actividad ordinaria convenciones, banquetes, reuniones de distinta naturaleza, picos extraordinarios de turismo, etc...." para luego remitir a las mismas en el inc. c) al regular la contratación por tiempo indeterminado de prestación discontinua, señalando que "...Dadas las mismas características ya señaladas de la actividad hotelera y gastronómica, y cuando la Empresa pudiera prever que la eventualidad y/o variabilidad del trabajo puede convertirse en algún porcentaje de ocupación en un trabajo constante, la misma podrá optar por contratar a trabajadores por medio de la modalidad de un contrato por tiempo indeterminado de prestación discontinua...".

Sin embargo, del informe presentado por el perito contador no surge dato alguno que permita considerar que los servicios prestado por el actor hubiesen respondido a necesidades operativas de carácter eventual ni extraordinario, y que en definitiva si quedó acreditado que habitualmente el actor trabajaba cubriendo personal permanente que se ausentaba por francos, vacaciones y/o licencias por enfermedades, extremos habituales en cualquier lugar de trabajo, que no resultan asociados a las características especiales de la actividad hotelera como pretende la accionada.

Ello así, y en tanto, como bien señala la Magistrada, de la pericia contable surge que el actor trabajó en forma ininterrumpida durante distintos días y horarios que eran rotativos, pero que en su mayoría cumplía jornadas de 8 horas durante varios días al mes, en la mayoría de los meses laborados, realizando tareas normales y habituales de la actividad hotelera, propias de la empresa, cubriendo en definitiva las ausencias del personal permanente, y no necesidades operativas de carácter eventual ni extraordinario propias de la actividad, corresponde confirmar que la situación formal del actor debió reputarse como de tareas continuas, sin las obvias limitaciones salariales entonces impuestas por la empleadora y utilizadas en fraude a la ley, en tanto el convenio colectivo celebrado por la empleadora fue utilizado para tergiversar la realidad contractual del trabajador en su perjuicio y en contradicción al principio de vocación de continuidad laboral establecido en los arts. 10 (Conservación del contrato) y 90 (Indeterminación del plazo) de la LCT, porque la prestación del accionante no fue esporádica o extraordinaria.

En consecuencia, por todo lo expuesto, propongo en definitiva desestimar el agravio en cuestión y confirmar lo resuelto en primera instancia.

La solución propuesta sella la suerte adversa de los cuestionamientos formulados por la apelante respecto de la multa prevista en el art. 80 LCT así como con relación al acogimiento del incremento que dispone el art. 2 de la ley 25.323, cuyos argumentos tienen sustento en el agravio tratado precedentemente.

A continuación, la demandada se queja por la fecha que se ha tomado como de extinción de la relación laboral, pero desde ya adelanto que este segmento del recurso tampoco habrá de tener favorable acogida.

En efecto, en la causa se tuvo por acreditado que el despido se produjo con la comunicación de fecha 04/12/2013, misiva que el accionante recibió y respondió en fecha 17/12/2013.

Ello así, por cuanto si bien la accionada invocó una anterior comunicación de fecha 27/11/2013 — respecto de la cual el correo dejó aviso de visita el 30/11/2013—, asiste razón a la actora en torno a que la misma no fue dirigida al correcto domicilio del accionante en la calle ..., sino que en ella se consignó la calle "...". Esta circunstancia, que no se encuentra controvertida por la apelante, sella la suerte de la cuestión, por cuanto no habiendo podido entregarse la misiva referida, por los motivos que fueran, encontrándose mal dirigida, no puede predicarse respecto de la misma que tenga efectos la comunicación.

Finalmente, en atención a la extensión e importancia del trabajo realizado, valor económico del litigio y pautas arancelarias de aplicación estimo que los honorarios regulados en autos resultan ajustados a derecho, por lo que propongo su confirmación, a excepción de los regulados en favor del perito contador los que advierto reducidos, por lo que propongo ele-

varlos al 8% del monto de condena —capital e intereses—. (cfr. art. 38, LO y normas concordantes).

Por lo hasta aquí expuesto, las costas de Alzada estimo que deben ser soportadas por la demandada vencida (conf. art. 68, Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Nación) a cuyo efecto se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en la alzada en el 30% de lo regulado en la instancia anterior (conf. art. 14, ley 21.839).

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Que adhiero al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la LO) el Tribunal resuelve: 1) Confirmar el pronunciamiento en lo principal que decide y fuera materia de recurso y agravio; 2) Elevar los honorarios correspondientes al perito contador al 8% del monto de condena —capital e intereses—; 3) Imponer las costas de Alzada a la demandada; 4) Regular los honorarios de Alzada de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que les corresponda por su actuación en la instancia previa. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJNN° 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Graciela L. Craig.* — *Luis A. Raffaghelli.*

Despido y modalidad de contrato de trabajo en la actividad hotelera

Alejandro Gabet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Modalidades de contratación en la CCT 362/03.— III. Características de la contratación del art. 68, inc. c.— IV. Conclusión.

I. Introducción

La sentencia en comentario encuentra su origen en el agravio de la demandada ante la procedencia de la acción en la primera instancia, más concretamente por la modalidad contractual reconocida en el pronunciamiento atacado.

Además, realiza una crítica a la interpretación que se realiza del art. 68 de la CCT 362/03, ya que la contratación del actor bajo la modalidad de tiempo indeterminado con prestación discontinuo lo fue, a su entender, conforme a derecho.

Así las cosas, pasaré a analizar las cuestiones tratadas en un decisorio por demás interesante y que, con base en la actividad involucrada —en un país en el que el turismo es uno de sus pilares económicos— deviene relevante en gran parte de las jurisdicciones.

II. Modalidades de contratación en la CCT 362/03

Resulta necesario acercarnos a la Convención reguladora de la actividad para intentar develar los requisitos en la modalidad de contratación de la actividad y su relación con la LCT.

La CCT del título en su Capítulo III, Condiciones Particulares del Trabajo de la Actividad, art. 68 nos refiere al personal extra o eventual.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

Nos detalla las siguientes categorías y modalidades a saber:

II.1. Extra común (parte pertinente)

*E*s el trabajador contratado al solo efecto de prestar servicios transitorios originados en necesidades operacionales extraordinarias y ocasionales o en ausencias temporarias de personal permanente. En esas condiciones podrá acumular en el tiempo reiteradas prestaciones para el mismo empleador, en igual o disímil categoría, sin que ello signifique habitualidad y/o permanencia, y sin que pueda considerárselo personal permanente. Por lo tanto, una vez concluidas las causas por las que fuera contratado, cesará la relación laboral. Estos trabajadores serán siempre contratados por escrito, con expresión de la causa que justifique el régimen o mención del personal efectivo transitoriamente reemplazado, según el caso.

II.2. Extra especial (parte pertinente)

Dadas las características extraordinarias y especiales de la actividad hotelera, en la cual se intercalan a la actividad ordinaria convenciones, banquetes, reuniones de distinta naturaleza, picos extraordinarios de turismo, etc., se determina esta categoría y régimen especial de trabajo, que es aplicable al trabajador contratado al solo efecto de atender estos eventos o circunstancias que tengan lugar en una o más jornadas. Se inserta esta posibilidad de contratar personal por tiempo determinado para determinadas circunstancias especiales, dado que la actividad hotelera de los establecimientos comprendidos en este convenio incluye también una actividad y un mercado variable de banquetes o eventos en sus instalaciones, sin que ello pueda determinarse como una actividad previsible y/o constante.

Cumplido cada evento para el que fue contratado, cesa de pleno derecho el contrato de trabajo del extra especial.

De ninguna manera y en ningún caso la mayor o menor habitualidad de esos eventos y de las contrataciones que a los efectos de cubrirlos se efectúen podrán transformar estos contratos eventuales en uno por tiempo indeterminado, siendo que las pautas que aquí se siguen lo son en función de particulares características de la actividad, y por ello se reconoce en la forma de cómputo de jornada, y de pago de salarios una especial compensación al trabajador así contratado, habiendo encontrado las partes y habilitado esta metodología para beneficio mutuo de la empresa y de los trabajadores así contratados.

II.3. Tiempo indeterminado de prestación discontinua (parte pertinente)

Dadas las mismas características ya señaladas de la actividad hotelera, y cuando la Empresa pudiera prever que la eventualidad y/o variabilidad del trabajo puede convertirse en algún porcentaje de ocupación en un trabajo constante, esta podrá optar por contratar a trabajadores por medio de la modalidad de un contrato por tiempo indeterminado de prestación discontinua.

Dicho contrato deberá celebrarse por escrito, y deberá contener los siguientes lineamientos:

- Se trata de un contrato por tiempo indeterminado.

- La prestación es discontinua.

- Se garantizará a cada trabajador así contratado un porcentaje del salario mensual del Convenio conforme su categoría (incluyendo básico y los adicionales de convenio), el que no podrá ser inferior al 25% (veinticinco por ciento), lo que cubrirá el equivalente al mismo porcentaje de horas mensuales garantizadas, teniendo en cuenta una jornada mensual de 200 horas. En caso de no cubrirse estas horas con trabajo efectivo, el trabajador percibirá el garantizado como si las hubiera laborado.

- Los contratos a firmar entre la empresa y cada trabajador podrán establecer la flexibilidad horaria de entrada y salida de cada trabajador, siempre y cuando se respeten los descansos entre jornada y jornada y el descanso semanal de 36 horas consecutivas. Los horarios serán fijados por las partes de común acuerdo y en función de la disponibilidad horaria que determine cada trabajador, sin que se excedan los topes diarios y semanales de jornada establecidos en la ley 11.544.

- Cada jornada diaria nunca podrá ser inferior a 4 horas.

- Este contrato deberá efectivizarse por escrito, debiéndose allí establecer todas las circunstancias arriba reflejadas.

Esta modalidad podrá aplicarse sin perjuicio de la aplicación alternativa o simultánea de cualquiera de las otras modalidades contractuales establecidas; siempre y cuando la empresa, conforme su criterio, entienda que puede prever un nivel de actividad eventual que lo justifique, o que la extraordinariedad de determinadas tareas puedan repetirse de manera tal que pudiera establecerse un piso que permita este tipo de contrataciones. Para esta modalidad especial se aplicará sin excepción alguna la totalidad de las normas de la presente convención.

III. Características de la contratación del art. 68, inc. cSe observa claramente que la contratación del trabajador debe obedecer a una repetición de eventos y necesidades operativas que indudablemente varían según circunstancias no previsibles en el tiempo.

Ahora bien la CCT de la actividad regula la contratación, ante situaciones como la señalada en el párrafo anterior, a fin de poder trabajar con cierta habitualidad, sin que ello implique una actividad plena durante un período prolongado de tiempo.

Y es esta última característica, (inexistencia de una actividad plena en un periodo prolongado de tiempo) la que debe prevalecer a fin de poder sostener lo continuo o discontinuo de una tarea.

En el presente caso, además de no haber presentado la demandada suficiente prueba respecto a la modalidad de contratación, no tuvo en cuenta el requisito de la temporalidad y extraordinariedad de determinadas tareas y su cobertura por el mismo agente.

La misma convención colectiva nos señala que las tareas son discontinuas, y ello significa claramente temporalidad intermitente en la actividad del trabajador. Pero además nos indica en el último párrafo del inc. C del art 68 CCT 362/03 que la modalidad de tiempo indeterminado de prestación discontinua se puede aplicar alternativa o simultáneamente con las otras modalidades. Siempre que la empresa entienda que puede ofrecer un nivel de actividad eventual.

IV. Conclusión

A modo de conclusión, destacamos que no se puede afirmar que existiera durante la relación laboral un uso indebido de la CCT para perjudicar al trabajador, pero ante la existencia del principio de continuidad laboral, prima la necesidad de maximizar las medidas de análisis ante cada contratación y en este caso respecto a la existencia de verdaderas eventualidades.

REPARTIDOR MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES

Despido en la pandemia. Medida cautelar innovativa. Pedido de reinstalación. Discusión acerca de la naturaleza del vínculo. Rechazo. Disidencia.

Con nota de Emiliano A. Gabet

1. — El dictado de una medida cautelar tendiente a reinstalar al accionante en su puesto de trabajo requiere, necesariamente, por sus características y fundamento jurídico, una calificación de la relación que vinculó a las partes, extremo que no puede ser resuelto en el prieto marco de actuación propuesto, sino que, indefectiblemente requiere un mayor debate, con la intervención de la accionada y la producción de los elementos probatorios que así permitan concluir **[1]**.

2. — La medida cautelar innovativa tendiente a que se reincorpore al actor en su puesto de trabajo debe desestimarse, toda vez que las pruebas arrimadas impiden afirmar —al menos hasta el momento— que entre las partes hubiere existido un vínculo subsumible bajo la égida de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo.

3. — La pretensión cautelar consistente en la reincorporación del trabajador en su puesto de trabajo se encuentra indisolublemente unida a una calificación jurídica. Resulta prematuro efectuar dicha calificación en el marco de los elementos con que se cuenta en el estado actual de este proceso, naturalmente apreciados con la amplitud que requieren las normas constitucionales en materia de derechos humanos del trabajo, aunque con el límite de cognición que impone una cautelar como la pretendida (del voto del Dr. Fera).

4. — Más allá de las aristas vinculadas con el tipo de contratación por el que se han vinculado las partes, el hecho mismo de la prestación de los servicios del accionante, no aparece nítidamente discutido por la accionada, extremo que permite, enfatizar en que las sumas percibidas como contraprestación de sus tareas, constituyen el sustento económico de aquél y que, por lo tanto, la interrupción de esa labor conlleva a la consecuente pérdida de ingresos (del voto en disidencia del Dr. Pompa).

5. — El DNU 329/2020 ha puesto el foco en impedir la consumación de desvinculaciones durante el curso del momento social actual, que indudablemente no puede ser despojado del análisis de las consecuencias económicas que implica, y que según la propia finalidad de las normas dictadas durante la emergencia, lo que se intenta paliar es precisamente, el advenimiento de mayores consecuencias degradantes en el plano socio económico, que las que naturalmente ha producido el fenómeno actual que ha justificado su dictado (del voto en disidencia del Dr. Pompa).

6. — El peligro en la demora aparece nítidamente configurado, si se repara que, de no modificarse la situación actual en el caso del aquí actor, la privación de ingresos durante el curso de las actuales y reñidas circunstancias socio económicas, podría implicar consecuencias de difícil —e incluso, imposible— reparación ulterior (del voto en disidencia del Dr. Pompa).

7. — Es obligación del tribunal garantizar la protección de los derechos de la persona trabajadora en la emergencia sanitaria y compelir a que ello se cumpla en la exacta medida en que el marco normativo nacional e internacional lo exige (del voto en disidencia del Dr. Pompa).

CNTrab., sala IX, 16/07/2021. - Solis, Miguel Fernando c. Repartosya SA s/ medida cautelar.

[Cita on line: AR/JUR/112532/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX "Rojas Luis, Roger Miguel y otros c. Rappi Arg. SAS s/ medida cautelar", 19/07/2019, AR/JUR/23666/2019.

Causa N° 31.570/2020

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

El doctor *Pompa* dijo:

I. Las presentes actuaciones que llegan a esta Sala con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte actora con fecha 08/03/2021 dirigido a cuestionar la resolución dictada con fecha 30/12/2020, mediante la cual la Sra. Juez "*a quo*" desestimó la medida cautelar autónoma solicitada en autos.

Requerida la opinión del sr. Fiscal General Interino ante esta Alzada, este se expidió a tenor del dictamen que luce incorporado al registro digital de actuaciones de fecha 28/05/2021.

II. Que, tal como se desprende del cotejo de las presentes actuaciones, el actor inicia la presente acción cautelar autosatisfactiva en los términos de lo normado por el art. 195 y ccdtes. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, a fin de obtener el dictado de un pronunciamiento que disponga la "urgente reincorporación del actor en su puesto de trabajo", y el pago de los salarios caídos desde el mes de agosto de 2020 a la fecha del pronunciamiento, a cuyo fin denuncia accionar fraudulento de la empresa accionada, consistente en recurrir, para la contratación del actor, a la figura de la locación de servicios cuando —según señala— ha mediado entre las partes una relación de carácter laboral.

Invoca que comenzó a prestar tareas a las órdenes de la demandada con fecha 19/02/2019 como "mensajero repartidor", para lo cual contaba con una motocicleta y un teléfono celular, ambos de su propiedad, y con la instalación de una aplicación de la empresa, denominada Road Runner. Sostiene que se desempeñaba de lunes a domingos de 12.30 a 21.00 horas y que percibía por ello una remuneración que rondaba los $45.000 mensuales.

Indica que, con fecha 22/08/2020 le fue negado el acceso a la plataforma a la que ingresaba para la realización de sus tareas, razón por la cual con fecha 30/11/2020 intimó a su dador de trabajo a fin que proceda a regularizar situación laboral y registrar correctamente el vínculo que los ligara y que, en respuesta a esa intimación, la accionada negó la existencia de cualquier vínculo dependiente con su parte, alegando que la relación habría sido desde el inicio, de origen comercial.

Frente a ello, inicia la presente acción autosatisfactiva tendiente a obtener un pronunciamiento judicial que ordene la reinstalación en su puesto de trabajo y el reconocimiento del carácter laboral del vínculo que lo ligó con la empresa aquí accionada.

III. Aclarado el marco fáctico que motiva la intervención de este Tribunal, anticipo que discrepo —muy respetuosamente— con las conclusiones y fundamentos vertidos por el Sr. Fiscal General Interino en el dictamen que precede, ello por las razones que seguidamente expondré.

Previo a todo, cabe señalar que la medida solicitada —y denegada en primera instancia—, debe ser clasificada como "cautelar innovativa" ya que no tiende a mantener la situación existente sino a alterar el estado de hecho o de derecho vigente al momento de su dictado (conf. Peyrano, Jorge W., "Medida cautelar innovativa", p. 13 y ss.; Raimundín, "Prohibición de innovar como medida cautelar", p. 91 y ss., citado en CNCiv., Sala de feria, 08/01/1987, "Ayala, Jorge F. c. SADAIC"), la cual resulta proponible en nuestro sistema normativo a través de la previsión establecida en el art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (conf. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", T. I, p. 743).

En tal contexto, se impone recordar que, en casos excepcionales, pueden admitirse medidas cautelares innovativas que coincidan total o parcialmente con lo que es o puede ser motivo de debate en una acción principal y ello toda vez que, a partir del caso "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros" (sentencia del 07/06/1998 - JA 1998-I-465), la Corte Suprema ha dejado claramente dicho que la decisión que pudiera recaer al respecto no implica prejuzgamiento y que, cuando la tutela efectiva de los derechos así lo requiere, es admisible viabilizar medidas de carácter anticipatorio o "autosatisfactivas", ello sin prescindir de los requerimientos propios de toda cautela, vinculados con la acreditación de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora (CSJN, 29/08/2017, "Barrera Echavarría, María y otros c. Lotería Nacional Soc. del Estado s/ acción de amparo", Fallos: 340:1136, entre muchos otros).

De acuerdo con ello, y conforme es sabido, corresponde señalar que las medidas autosatisfactivas, como la que aquí se pretende, se presentan como una solución jurisdiccional urgente, autónoma, y dispuesta "inaudita parte" que se justifica cuando el transcurso del tiempo en la situación que se intenta modificar, a la espera del trámite propio del proceso de cognición amplio y la decisión final de la Litis, pudiera arrojar resultados gravosos y de imposible reparación ulterior, óptica desde la cual habré de formular el análisis del presente caso.

IV. Formuladas las precedentes aclaraciones previas, no soslayo que en el supuesto particular de autos, se encuentra puesta en tela de juicio la existencia misma de un vínculo de carácter dependiente entre el actor y la empresa accionada, extremo que —"ab initio"— y conforme una primera aproximación, permitiría concluir en sentido coincidente con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Interino y lo que ha sido expuesto en el decisorio recurrido. No obstante, en mi opinión y, poniendo énfasis en las circunstancias expuestas en el escrito introductorio y, en especial, las consecuencias que se derivarían de sostener la situación en su estado actual, analizado todo ello a la luz del espíritu de las diversas y sucesivas normas que se han dictado durante el curso de la pandemia declarada por Covid-19, justifican una decisión distinta de la arribada en la sede de origen.

Previo a fundar el anticipo, estimo preciso recordar que conforme la actual redacción del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en su art. 1°, el legislador ha dispuesto

"...Los casos que este Código rigen deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derechos...".

Del propio texto legal, se desprende que se ha producido un cambio trascendental del paradigma en lo hace a las fuentes del derecho y, en especial, en cuanto a la interpretación de su contenido y finalidad. El enriquecimiento de los textos constitucionales bajo el paradigma de la inviolabilidad de la persona, su nueva concepción como norma jurídica fundamental, paulatinamente los ha hecho adquirir fuerza vinculante, aplicación inmediata, operatividad, y de allí se desprende la pauta de "aplicación conforme a la Constitución": según la cual, para arribar a la solución del conflicto sometido a jurisdicción, ya no resulta suficiente la aplicación exclusiva de la regla específica prevista en el sistema para afrontarlo, sino que es necesario "...interpretar dicha regla en confrontación con los principios y valores plasmados en la Constitución Nacional...".

En idéntica línea argumental, cabe reseñar lo dispuesto en el art. 2 del Cód. Civ. y Comercial en cuanto dispuso "...la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.....".

Del texto citado anteriormente, se extrae una imposición legal, según la cual la norma debe ser interpretada (y por lo tanto aplicada) de acuerdo a su finalidad actual, lo que implica —necesariamente— tener en cuenta la transformación de las necesidades sociales y económicas, conforme a las circunstancias contemporáneas y lleva a adecuar el contenido de la disposición normativa a las circunstancias sociales del momento en que se la interpreta para su aplicación al caso particular (ver "Hacia un Cambio en la Práctica Jurídica: Notas sobre el capítulo 1 del Título Preliminar del Cód. Civil y Comercial" de Carlos Emilio Depetris, pub en www.infojus.gov.ar id SAIJ DACF 150652 del 01/06/2015).

He formulado estas consideraciones previas, para introducir la perspectiva desde la cual se abordará el análisis de los extremos que constituyen objeto de pronunciamiento en esta causa y a su respecto, estimo preciso recordar criterios ya expuestos por el suscripto en ocasiones previas, en las que he realizado puntual referencia a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada como Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador (art. 2.a); la cual ampara a los trabajadores "de toda clase" y sirve para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Ascua", Fallos: 333: 1361,1369/1370 —2010—).

Además, la Organización Internacional del Trabajo, el 23 de marzo de 2020, ha emitido un documento —titulado "Las normas de la OIT y el Covid-19 (Coronavirus)"— que revela la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo; en tanto ha resaltado, en numerosas oportunidades, la importancia de la "seguridad económica" (ver, muy especialmente, la Declaración de Fines y Objetivos de dicha institución, del 10 de mayo de 1944, llamada Declaración de Filadelfia);

Al respecto, se ha plasmado incluso en la redacción del decreto 345/2021 no sólo la pauta emergente del documento de la OIT referido en el párrafo previo, sino también la importancia de tener presente la Recomendación 166, que subraya "que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados".

Todo esfuerzo en época de crisis, como ha puesto de resalto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las diversas observaciones generales (v.gr. 2, 5, 6, 14, entre otras), obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables", cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, "deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" al art. 14 bis de la Constitución Nacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo de sus Relatorías Especiales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales y sobre Libertad de Expresión, en ejercicio de su mandato, ha adoptado una resolución "... con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro, el pleno respeto de los derechos humanos....La pandemia del Covid-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el Co-

vid-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad...." Y seguidamente destacó que se impone "...Proteger los derechos humanos, y particularmente los DESCA, de las personas trabajadoras en mayor situación de riesgo por la pandemia y sus consecuencias. Es importante tomar medidas que velen por asegurar ingresos económicos y medios de subsistencia de todas las personas trabajadoras, de manera que tengan igualdad de condiciones para cumplir las medidas de contención y protección durante la pandemia, así como condiciones de acceso a la alimentación y otros derechos esenciales...".

Desde esta óptica de enfoque, se impone a mi ver, señalar que en el caso bajo análisis y más allá de las aristas vinculadas con el tipo de contratación por el que se han vinculado las partes— el hecho mismo de la prestación de los servicios del Sr. Solís, no aparece nítidamente discutido por la accionada en el intercambio cablegráfico cursado y que ha sido acompañado al escrito inicial, extremo que permite, además, enfatizar acerca de la postura expuesta en la demanda, en cuanto el actor afirma que las sumas percibidas como contraprestación de sus tareas, constituyen el sustento económico de aquél y que, por lo tanto, la interrupción de esa labor, conlleva a la consecuente pérdida de ingresos. En esencia, no existen dudas que en el caso bajo análisis, subyace un indiscutible vínculo entre el aquí actor y la empresa accionada que, más allá de las connotaciones jurídicas de esa relación, se traduce en la prestación de servicios por parte de Solís, a cambio de una contraprestación por aquellos servicios.

Partiendo de lo reseñado en el párrafo previo como premisa fáctica de análisis, examinado todo ello a la luz de las menciones formuladas anteriormente en relación a las disposiciones del propio Cód. Civ. y Com. de la Nación en torno al modo en que deben ser interpretadas las normas legales vigentes para la aplicación a la solución de las diversas hipótesis de conflictos, encuentro muy relevante mencionar lo dispuesto por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación mediante Resolución N° 219/2020, que en su art. 3°, dispuso que "Están incluidos dentro del concepto de trabajadores quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio reguladas por el Decreto N° 1109 del 28 de diciembre de 2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo y las pasantías, como así también las residencias médicas comprendidas en la Ley N° 22.127 y los casos de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios.."

Y, en idéntico sentido, el art. 3° de la Resolución N° 279/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que señala que "Están incluidos dentro del concepto de trabajadores y trabajadoras quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio...".

En consecuencia, si a lo dicho se añade que la resolución antes referida dispone además, en su art. 8°, que "Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social", considero —luego de un pormenorizado análisis de las pautas legales reseñadas— que la asimilación de contratos de distinta naturaleza que la resolución efectúa a sus efectos, desplaza los obstáculos que el debate sobre la naturaleza del vínculo impone, al menos para decidir —vale la pena reiterarlo— una cuestión en el marco de una acción cautelar que, como es sabido no causa y estado y puede ser revisado e incluso modificado, frente a la incorporación de nuevos elementos a la causa que así lo ameriten.

Así las cosas, y reiterando que, del análisis del intercambio cablegráfico cursado entre las partes, no se verifica debatida la vinculación en sí misma, sino su naturaleza y, existiendo una disposición que asimila las distintas posibilidades a los efectos de la percepción de las retribuciones, considero que los extremos descriptos permiten concluir que en el caso, y lo reitero, en el marco de la decisión precautoria, se alcanza el nivel de verosimilitud requerido para la admisión de la cautela, todo ello —claro está— sin perjuicio de lo que, oportunamente corresponda decidir, al tiempo del análisis del caso para resolver el fondo del asunto sometido a debate.

V. En relación a las particulares aristas del caso, no soslayo lo resuelto por este mismo Tribunal al resolver en un supuesto que guarda matices análogos con el presente (ver sentencia de fecha 19/07/2019 en autos "Rojas, Luis R. M. y otros c. Rappi Arg. SA s/ medida cautelar" Expte. N° 46.618/2018), sin embargo, cabe precisar —en aras de fundamentar las divergencias que suscitan la presente resolución con lo allí decidido— que en el caso *sub examine*, nos encontramos frente al cese de una vinculación (más allá de sus connotaciones jurídicas) dispuesta durante la vigencia del Decreto 329/2020, extremo que no se verifica en el precedente citado y que, claramente modifica el enfoque del análisis, pues no puede perderse de vista que tanto la norma aludida como la totalidad de las dictadas en su consecuencia, han puesto el foco en impedir la consumación de desvinculaciones duran-

te el curso del momento social actual, que indudablemente no puede ser despojado del análisis de las consecuencias económicas que implica, y que —se reitera— según la propia finalidad de las normas dictadas durante la emergencia, lo que se intenta paliar es precisamente, el advenimiento de mayores consecuencias degradantes en el plano socio económico, que las que naturalmente ha producido el fenómeno actual que ha justificado su dictado.

Al respecto, resulta ilustrativo mencionar el informe que —en relación a nuestro país— ha elaborado la OIT en el mes de diciembre de 2020 titulado "Delivery en Pandemia. El trabajo de las plataformas digitales de reparto en Argentina. Nota técnica" (según Oficina de País de la OIT para Argentina), en el que puntualmente y con una gran información estadística se ha formulado una investigación estrechamente vinculada con el tipo de prestaciones que el aquí actor desarrollaba antes de ser dejado fuera de su ejercicio.

Me permito aquí señalar, la reciente intervención del Sumo Pontífice —Papa Francisco— en la 109ª reunión de la conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), oportunidad en la que llamó a dar prioridad, en las políticas públicas, a las personas que se encuentran en los márgenes del mundo del trabajo, como son quienes están poco cualificados, los jornaleros, el sector informal, los trabajadores migrantes y los refugiados, de modo de "garantizar que todos obtengan la protección que necesitan según sus vulnerabilidades", todo ello luego de reclamar que "el modo de llevar adelante la economía tiene que ser diverso, también tiene que cambiar", y advertir que existe "un virus peor aún que el Covid-19: el de la indiferencia egoísta", que "se propaga al pensar que la vida es mejor si es mejor para mí, y que todo estará bien si está bien para mí, y así se comienza y se termina seleccionando a una persona en lugar de otra, descartando a los pobres, sacrificando a los dejados atrás en el llamado 'altar del progreso'...".

VI. A mérito de la totalidad de las consideraciones expuestas, las que han merecido especial enfoque de análisis a través de la finalidad misma de la normativa dictada durante el curso de las muy particulares circunstancias actuales, y poniendo especial hincapié en que, tal como lo tiene dicho nuestro máximo Tribunal de Justicia, la persona humana y, en especial, la persona trabajadora se ha erigido en sujeto de "preferente tutela constitucional" ("Vizzoti", Fallos: 327:3677, 3689 y 3690 —2004—; "Aquino", Fallos: 327: 3753, 3770 y 3797 —2004—; "Pérez, Aníbal R. c. Disco SA", cit., p. 2055), anotación que han merecido expresa mención en la redacción del Decreto N° 345/2021, considero que se verifican en el caso los presupuestos de procedencia de la cautela requerida, en cuanto, la verosimilitud del derecho debe entenderse configurada desde la perspectiva de análisis efectuada anteriormente y, en su mérito, el "periculum in mora" aparece nítidamente configurado si se repara en que, de no modificarse la situación actual en el caso del aquí actor, la privación de ingresos durante el curso de las actuales y reñidas circunstancias socio económicas, podría implicar consecuencias de difícil —e incluso, imposible— reparación ulterior.

Cabe memorar, al respecto, que tal como lo tiene reiteradamente dicho este Tribunal, los requisitos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora "...se hallan de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, no cabe ser tan exigente respecto de la gravedad e inminencia del daño y, viceversa, cuando existe el riesgo de una lesión de extrema gravedad e irreparable, el rigor de la apreciación acerca del derecho se puede atenuar..." (CNAT, Sala III, "Combres, Héctor c. PEN s/ acción de amparo", sent. del 30/09/1996, citado en "Derecho Procesal del Trabajo. Actuación ante la justicia Nacional y Federal", Pirolo, Miguel Angel, Murray, Cecilia M., Otero, Ana M., Pinotti, Mónica M. I., Ed. Astrea, Bs. As., 2017, p. 214);

Por ello y, atendiendo a la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual este tipo de medidas innovativas, se encuentran dirigidas a evitar la producción de perjuicios que podría producir la inactividad jurisdiccional, tornando de difícil o imposible reparación ulterior el daño que por su omisión se provoque y, sumado a ello que no puede desconocerse el grave contexto configurado por la emergencia de la Salud Pública generada por la propagación del Covid-19 y consecuente aislamiento social preventivo y obligatorio declarada por el DNU 297/2020 que en materia laboral repercutió en el dictado del DNU 329/2020, entre otras, concluyo —con las muy particulares circunstancias reseñadas, que se verifican los presupuestos de admisibilidad de la medida cautelar interpuesta, atendiendo al innegable carácter alimentario que reviste el ingreso patrimonial del aquí accionante.

Por último, no está de más añadir que, no puede perderse de vista que la acción intentada en esta contienda, se traduce en una medida cautelar autónoma y autosatisfactiva por lo que, a los fines de dirimir la cuestión que actualmente nos convoca, no se verifica otro escenario más idóneo para atender la cuestión suscitada. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que oportunamente corresponda decidir en el marco de la cuestión que se someta a consideración posterior en una acción de fondo entre las mismas partes.

A influjo de todo lo expuesto, considero —en suma— que corresponde tener por acreditado el escenario de "verosimilitud en el derecho y peligro en la demora" requeridos para una medida como la impul-

sada por el apelante, pues es obligación del tribunal garantizar la protección de los derechos de la persona trabajadora en la emergencia sanitaria y compelir a que ello se cumpla en la exacta medida en que el marco normativo nacional e internacional ya reseñado lo exige (cfr. Arts. 75 inc. 22 y 23 CN);

Por consiguiente, sin que ello implique adelantar opinión respecto del fondo del asunto en relación a la acción que eventualmente se inicie, dentro de los estrictos límites de la naturaleza jurídica de la acción incoada, admitiré el recurso interpuesto y, en su mérito, sugiero revocar el pronunciamiento apelado disponiendo que, en su consecuencia, se deberá proveer al aquí actor la herramienta informática "Road Runner" en las mismas condiciones que las que la utilizaba con anterioridad al mes de agosto de 2020 y, con idéntica consideración, deberá admitirse el reclamo incoado con el fin de obtener el pago de los importes que ha dejado de percibir desde aquél momento y hasta la fecha de su efectiva reinstalación en las mismas condiciones que las realizadas con anterioridad a su misiva de intimación.

Que por último, corresponde destacar que los fundamentos a los que se ha hecho referencia a lo largo del presente lo han sido al sólo efecto de decidir una medida precautoria, y que en modo alguno significa emitir opinión respecto al fondo mismo de la contienda, que será resuelto en el trámite procesal pertinente.

Por lo expuesto, y oído el Sr. Fiscal General Interino ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, propongo: 1) Admitir el recurso interpuesto y, en su mérito, revocar la decisión recurrida disponiendo que la aquí demandada deberá re— habilitar al aquí actor —de modo precautorio— en el registro y utilización de la herramienta informática "Road Runner" correspondiente a la empresa, en las mismas condiciones que las que la utilizaba con anterioridad al mes de agosto de 2020 y, abonar al demandante las sumas que ha dejado de percibir desde aquél momento y hasta la fecha de su efectiva reinstalación en las mismas condiciones que las realizadas con anterioridad a su misiva de intimación, todo ello bajo apercibimiento de aplicar astreintes que serán fijadas en la instancia de grado; 2) Sin costas atento a la ausencia de réplica y contradictorio; 3) Diferir la regulación de los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, para la oportunidad de estimare sus emolumentos al tiempo de la decisión definitiva.

El doctor *Balestrini* dijo:

I. Discrepo respetuosamente con mi distinguido colega preopinante, ello en virtud de las consideraciones que seguidamente expondré y en consonancia con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General en su dictamen N° 1353/2021, cuyos términos comparto y los cuales deberán considerarse parte integrante del presente voto.

II. En primer lugar estimo propicio señalar que si bien no soslayo las sólidas argumentaciones en las que sustenta su voto el Dr. Roberto C. Pompa, las cuales —en esencia y, en lo atinente a la finalidad de las normas que han sido dictadas en el marco de la emergencia sanitaria, económica y social motivada por el impacto de la pandemia declarada a nivel mundial por Covid-19— comparto y considero muy atendibles, advierto que, las particulares aristas que reviste la cuestión sometida a consideración de esta Alzada, impiden —a mi ver y en este estadio procesal— admitir la medida cautelar autosatisfactiva en los términos que ha sido peticionada.

III. Me explico. Más allá de resaltar que la presente se dicta en el marco de provisionalidad propia de las medidas cautelares y que, por tal, no causa estado, lo cierto y relevante es que, de lo actuado hasta el momento y según las constancias con las que se cuenta en el expediente, del análisis de los extremos invocados en el escrito inaugural del proceso y las probanzas que han sido arrimadas, no advierto reunidos los presupuestos de procedencia de la acción incoada, en especial, la verosimilitud del derecho invocado como fundamento de la pretensión cautelar.

Digo ello pues, en mi opinión y, en el prieto marco de actuación que ofrece la medida bajo análisis, las circunstancias fácticas expuestas en el escrito de inicio y los extremos que se desprenden del intercambio telegráfico cursado entre las partes —que ha sido adunado como prueba instrumental a este proceso—, impiden afirmar —al menos hasta el momento— que entre las partes de esta Litis hubiere existido un vínculo subsumible bajo la égida de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo.

No soslayo la argumentación de mi distinguido colega preopinante, en cuanto señala que el hecho mismo de la prestación de los servicios del Sr. Solís, no habría sido objeto de negativa por la demandada en oportunidad de replicar la intimación que le fue cursada, sin embargo y, lo reitero, en este estadio procesal, esa sola circunstancia no permite acceder a la cautela solicitada desde que, en esencia, es la propia calificación de la naturaleza del vínculo, lo que se encuentra pendiente de ser resuelto, ya no en esta instancia cautelar, sino en el marco de una acción de conocimiento pleno, con la debida intervención de la contraparte, a fin de decidir el fondo del asunto objeto de debate.

En ese contexto y, frente a esta invocada falta de certeza acerca de la calificación que corresponde atri-

buir al vínculo que ha mediado entre las partes, considero que admitir la pretensión precautoria implicaría un inadecuado anticipo de jurisdicción.

En este sentido, recuerdo que, con relación a la admisión de innovaciones cautelares, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado una tesis muy restrictiva respecto del adelanto precautorio de lo que sólo podría llegar a decidirse en un juicio contencioso bilateral, considerando a "la medida cautelar innovativa como una decisión excepcional toda vez que, altera el estado de hecho o de derecho existente en el tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, se justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (Fallos: 320:1633 y sus citas).

Este criterio jurisprudencial, al que adhiero, cobra mayor virtualidad en un supuesto como el que aquí nos convoca, pues en esencia, no existe hasta el momento ningún extremo que permita sostener —con cierto nivel de certeza— que la relación entre el aquí actor y la empresa accionada, deba ser calificada como dependiente o de índole laboral, más allá de lo que oportunamente corresponda resolver a su respecto, luego de sustanciado el debate entre todos los actores pasivos y activos del litigio.

En tal contexto, considero que corresponde adoptar idéntico criterio al que ha sostenido este Tribunal al decidir en el caso citado por mi distinguido colega preopinante (ver sentencia de fecha 19/07/2019 en autos "Rojas, Luis R. M. y otros c. Rappi Arg. SA s/ medida cautelar" Expte. N° 46.618/2018), toda vez que el dictado de una medida cautelar como la solicitada requiere, necesariamente, por sus características y fundamento jurídico, una calificación de la relación que vinculó a las partes, extremo que no puede ser resuelto en el prieto marco de actuación propuesto sino que, indefectiblemente requiere un mayor debate, con la intervención de la accionada —o al menos su posibilidad de intervenir en el caso— y la producción de los elementos probatorios que así permitan concluir.

Por otra parte, considero relevante señalar que la presente acción ha sido iniciada como una medida cautelar "autosatisfactiva", y no en modo accesorio y/o concomitante con la pretensión de fondo, circunstancia que obliga a evaluar con mayor estrictez aún los recaudos del caso.

IV. Desde la precitada óptica de enfoque considero que, corresponde, por el momento, confirmar el temperamento adoptado en la instancia de grado, no por contradecir los argumentos de mi distinguido colega preopinante, sino —y hago especial hincapié en ello— por cuanto, en el actual escenario fáctico, no encuentro reunidos los presupuestos necesarios para admitir una cautela como la solicitada. Todo ello, lo reitero, sin perjuicio de lo que eventualmente pudiera decidir, en la oportunidad en que la accionada tenga oportunidad de intervenir en el debate.

Lo expuesto, en modo alguno implica desconocer la importancia y urgencia de los derechos invocados hasta ahora; por el contrario, procura que a partir de lo aquí resuelto puedan encauzarse debidamente las pretensiones de las partes para su adecuado debate y decisión judicial plena.

V. Que, por lo tanto, y sin efectuar a esta altura ningún tipo de calificación jurídica sobre la naturaleza de la relación que subyace, ni sus eventuales alcances respecto del mantenimiento del vínculo, es decir, sin que ello implique en modo alguno pronunciarse sobre la cuestión de fondo en este momento —dada la limitación que impone al Tribunal el fundamento mismo en el que se apoya la pretensión cautelar del actor—, sugiero confirmar, en este marco provisorio la decisión recurrida y, en su mérito, desestimar la medida cautelar pedida.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Interino ante esta Cámara, propongo: 1) Confirmar la resolución recurrida; 2) Sin costas de Alzada atento la ausencia de réplica y sustanciación.

El doctor *Fera* dijo:

Discrepan mis distinguidos colegas respecto de la posibilidad de acceder en autos a la pretensión cautelar "autosatisfactiva" en examen. Anticipo que comparto la propuesta confirmatoria —de la sentencia de primera instancia— efectuada por el doctor *Balestrini*, según los argumentos que desarrolló, con los que coincido en lo sustancial y en cuanto se apoyan en lo resuelto por esta Sala en un caso de características asimilables al presente.

Solo estimo pertinente precisar, tal como surge del relato efectuado en el primer voto, que la pretensión cautelar en examen se encuentra indisolublemente unida a una calificación jurídica. Y estimo que resulta prematuro efectuar dicha calificación en el marco de los elementos con que se cuenta en el estado actual de este proceso, naturalmente apreciados —como no puede serlo válidamente de otro modo— con la amplitud que requieren las normas constitucionales en materia de derechos humanos del trabajo, aunque —también, necesariamente— con el límite de cognición que impone una cautelar como la pretendida.

Las circunstancias fácticas incorporadas en el escrito inicial de este proceso judicial, dadas sus características, requieren —en mi opinión— su integración con las que pueda presentar la contraparte, en resguardo del legítimo derecho de defensa; y a partir del contradictorio quedará abierto el cauce para que esta decisión, que no causa estado, quede sujeta a las vicisitudes procesales para determinar la viabilidad de eventuales pretensiones que las partes puedan formular y contestar, y cuyo resultado no es posible anticipar.

En razón de ello y lo concordemente dictaminado por el señor Fiscal General interino y lo desarrollado en el voto anterior, sin abrir mayor juicio que el que requiere el rechazo de la pretensión cautelar actual tal como llega a conocimiento de esta instancia revisora, estimo que corresponde confirmar lo resuelto en la instancia anterior.

Por lo expuesto, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Interino ante esta Cámara, el Tribunal, por mayoría, resuelve: 1) Confirmar la resolución recurrida; 2) Sin costas de Alzada atento la ausencia de réplica y sustanciación. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — Álvaro *E. Balestrini. — Roberto C. Pompa. — Mario S. Fera.*

Reinstalación en el puesto de trabajo durante la pandemia

Emiliano A. Gabet (*)

Ha transcurrido un año y medio desde que se declaró la pandemia por COVID-19. A lo largo de estos meses, se han tomado muchas medidas —con períodos de mayor o menor restricción— a fin de tratar de contener la expansión del virus y, principalmente, la saturación de la terapia intensiva de los hospitales y clínicas del país.

El derecho del trabajo no fue ajeno a la pandemia. La crisis que generó en el empleo las medidas citadas llevó a que casi desde un inicio se dictaran normas que restringen la decisión del empleador de extinguir el contrato de trabajo.

Destaco que estamos ante una restricción —más allá de la redacción de la normativa— desde el momento que no se puede compeler a un empleador a que mantenga una relación laboral cuando, por ejemplo, debe cerrar su empresa o negocio como consecuencia de una pandemia cuyo acaecimiento era posible pero, para quienes no revestimos el carácter de médicos especialista en epidemias, de dudosa previsibilidad.

Ahora bien, ante un escenario en el que se extingue un contrato de trabajo —sin que existan fundamentos para apartarse de la limitación— el trabajador o trabajadora afectada puede requerir la reinstalación en el puesto de trabajo.

El fallo en comentario resulta muy interesante en cuanto, quien requiere la reinstalación, no se encontraba registrado como empleado en relación de dependencia. La disidencia planteada gira en torno a si es necesario para dictar la cautelar estar ante una relación laboral o, de encontrarse discutida la calificación de la relación, es suficiente que se acredite la prestación de servicios.

Coincido con el criterio dado por quienes requieren que se encuentre ante una relación de trabajo. El marco cognoscitivo en el dictado de una medida cautelar es muy limitado y resulta insuficiente para ingresar al análisis de la caracterización del vínculo laboral. Además, queda claro que se corre el riesgo de adelantar criterio en cuanto al fondo de la cuestión a resolver.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

Jurisprudencia Nacional

PROCEDIMIENTO LABORAL

Notificación. Domicilio donde prestaba tareas el actor. Esfera del conocimiento del demandado. Validez

1. — Es válida la notificación del traslado de la demanda, ya que la accionada no ha desconocido que el actor prestaba tareas en el domicilio donde la notificación cuestionada fue dirigida y que fue diligenciada con resultado positivo.

2. — Si bien no se soslaya que la contestación de demanda es la carga procesal del demandado más relevante del proceso, y que se encuentra vinculada de manera esencial con la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, lo cual lleva a apreciar con criterio riguroso el cumplimiento de las formalidades a las que se encuentra sujeta la notificación de la demanda, en el presente caso se encuentran acreditadas circunstancias que llevan a tener por probado que el acto llegó a la esfera de conocimiento de la demandada, pues se encuentran reunidas condiciones que llevan a aplicar lo previsto en el art. 50 LO, segunda parte, disposición que descarta la posibilidad de admitir la nulidad por sí misma.

3. — El planteo de la nulidicente fue efectuado en formato digital dentro de los tres días establecidos por el art. 59 de la LO y no en la indicada por la juzgadora, que es aquella en la que el escrito fue incorporado al sistema informático Lex 100 para ser proveído.

4. — El nudo argumental del planteo de la accionada radica en la cuestión relativa a la falta de notificación en su domicilio legal, pero no desmiente ni desconoce que el domicilio al que fue dirigida la cédula mediante la cual se le notificaba la demanda le pertenecía y era en donde trabajaba el aquí demandante, siendo pacífica la jurisprudencia de este fuero en el sentido de que si bien el art. 32 de la LO establece que la demanda debe ser notificada en el domicilio real, son válidas las notificaciones practicadas en el lugar de trabajo, dado que no es exigible a los trabajadores que conozcan o averigüen el domicilio particular de sus empleadores.

CNTrab., sala V, 08/07/2021. - Otazu Hermosilla, Alfredo c. Pecam SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/102686/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. n° CNT 047601/2019/CA001

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

Considerando:

1°) Contra la sentencia interlocutoria dictada en fecha 9/3/2021 que desestimó el planteo de nulidad articulado por la parte demandada, la nulidicente planteó revocatoria con apelación en subsidio mediante el memorial de fecha 11/03/2021. La Sra. jueza de grado desestimó la revocatoria y concedió el recurso de apelación, que fue replicado por la parte actora mediante presentación digital de fecha 30/3/2021.

2°) La Sra. jueza de grado desestimó el planteo de nulidad formulado por la parte demandada contra la notificación del traslado de la demanda —y de todos los actos jurídicos posteriores a esta— por considerar que no se verificaba cumplido el recaudo de temporaneidad que exige el art. 59 de la LO. Para así decidir consideró la juzgadora la fecha invocada como de toma de conocimiento del vicio alegado y la de la deducción del planteo de nulidad.

Tal decisión motiva el recurso de apelación de la accionada quien sostiene que el escrito mediante el que introdujo su planteo de nulidad no fue presentado en la fecha indicada en la resolución recurrida —1/2/2021— sino que lo fue en fecha 23/12/2020, por lo que su presentación habría sido efectuada dentro de los tres días de haber tomado conocimiento del hecho objeto de su planteo —momento que ubicó en el 18/12/2020—, sin haber consentido los actos viciados.

3°) En primer término cabe señalar que si bien las resoluciones que en etapa de prueba desestiman el planteo de nulidad no se encuentran comprendidas entre las excepciones previstas en el art. 110 L.O., el tribunal considera que la esencia del planteo articulado, que se vincula con la traba de la litis, aconseja el tratamiento del recurso en cuestión en esta etapa del proceso, habida cuenta del dispendio jurisdiccional que provocaría una resolución de alzada contraria al criterio sostenido por la Sra. magistrada que me precede que se dictara con posterioridad a la sentencia definitiva de primera instancia.

4°) Sentado ello, llega firme e incuestionado a esta alzada que la parte demandada tomó conocimiento del supuesto vicio procesal alegado en fecha 18/12/2020 mediante una comunicación dirigida a su parte por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires en la

que se le informaba la traba del embargo decretado en autos.

Sin embargo la Sra. jueza *a quo* sostuvo que resultaba "extemporáneo el incidente de nulidad presentado vía *web* por la parte el día 1/02/2021, esto es en exceso del plazo de tres días previsto en el art. 59 de la LO".

Tal como se sostiene en el memorial en análisis dicha apreciación resulta errada a poco que se advierta que el planteo de la nulidicente fue efectuado en formato digital en fecha 23/12/2020 –esto es, dentro de los tres días establecidos por la citada norma legal— y no en la indicada por la juzgadora (1/2/2021), que es aquella en la que el escrito fue incorporado al sistema informático *Lex 100* para ser proveído.

5°) Que determinado de este modo que la nulidad fue interpuesta dentro del plazo previsto por el citado art. 59 L.O., cabe analizar si la notificación del traslado de la demandada cumple con los requisitos de validez o finalidad a la que estaba destinada, esto es, si la notificación cursada en la causa llegó o pudo haber llegado a conocimiento de la demandada, lo que se adelanta que tendrá una respuesta afirmativa.

En efecto, el planteo de la nulidicente se centra en que la notificación del traslado de la demanda no fue efectuada en el domicilio legal ni fiscal de la empresa, ni en el que consta en los recibos de haberes acompañados a la causa por la propia parte actora.

Ahora bien, analizadas las constancias de la causa, se advierte que la accionada no ha desconocido que el actor prestaba tareas en el domicilio ubicado en la calle Orma Nº ... de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se encuentra fuera de discusión que la notificación cuestionada fue dirigida al domicilio antes indicado y que fue diligenciada con resultado positivo.

En efecto ello se extrae de la constancia del oficial notificador que da cuenta que el día 27/2/2020 se constituyó en el domicilio indicado dejando aviso de ley para el día siguiente, oportunidad en que se hizo presente nuevamente y entregó la cédula a un empleado que dijo que la demandada vivía allí, sin que resulte relevante que no haya identificado al mismo pues conforme el art. l53 de la Resolución 188/07 del Consejo de la Magistratura —que incorporó las modificaciones a la Acordada l9/80 de la CSJN—, el oficial notificador debe entregar una cédula con domicilio denunciado, si se responde a sus llamados y el requerido habita en dicho lugar, a cualquier persona de la casa mayor de 18 años, sin que esté obligado por norma alguna a identificar a la persona que la recibe.

Atento que dicha notificación no fue redargüida de falsedad (cfr. art. 395 CPCCN) —por el contrario, la propia nulidicente dijo no cuestionar la validez de dicho instrumento público sino solo el domicilio a donde fue efectuada la diligencia—, lo allí informado hace plena fe de su contenido entre las partes y respecto de terceros (cfr. art. 296 del CCCN).

En dicho contexto, si bien no se soslaya que la contestación de demanda es la carga procesal del demandado más relevante del proceso, y que se encuentra vinculada de manera esencial con la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos, lo cual lleva a apreciar con criterio riguroso el cumplimiento de las formalidades a las que se encuentra sujeta la notificación de la demanda, en el presente caso, se encuentran acreditadas circunstancias que llevan a tener por probado que el acto llegó a la esfera de conocimiento de la demandada, pues se encuentran reunidas condiciones que llevan a aplicar lo previsto en el art. 50 L.O., segunda parte, disposición que descarta la posibilidad de admitir la nulidad por la nulidad misma.

Ello así pues tal como se señaló precedentemente, el nudo argumental del planteo de la accionada radica en la cuestión relativa a la falta de notificación en su domicilio legal, pero no desmiente ni desconoce que el domicilio al que fue dirigida la cédula mediante la cual se le notificaba la demanda le pertenecía y era en donde trabajaba el aquí demandante, siendo pacífica la jurisprudencia de este fuero, en el sentido que si bien el art. 32 de la L.O establece que la demanda debe ser notificada en el domicilio real, son válidas las notificaciones practicadas en el lugar de trabajo, dado que no es exigible a los trabajadores que conozcan o averigüen el domicilio particular de sus empleadores.

Frente a ello, dado que todas las nulidades procesales son relativas y subsanables por el transcurso del tiempo, cabe concluir que la nulidicente tuvo o debió tener conocimiento del acto supuestamente viciado, por lo que el planteo articulado deviene extemporáneo, por lo que por las razones expuestas, corresponde confirmar la resolución apelada.

6°) Las costas de alzada serán impuestas a cargo de la parte demandada vencida (cfr. art. 37, LO), regulando los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en esta instancia en el 30%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir por las tareas efectuadas en la etapa anterior por la incidencia (cfr. art. 30, ley 27.423).

Por ello, el tribunal *resuelve:* 1) Confirmar la resolución apelada. 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la parte demandada vencida y regular los honorarios de la representación letrada de las partes intervinientes en esta instancia en el 30%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir por las ta-

reas efectuadas en la etapa anterior por la incidencia. 3) Regístrese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 y punto 4 de la Acordada CSJN 15/13 y devuélvase. Se deja constancia que la Dra. Graciela Liliana Carambia no vota en virtud de lo dispuesto por el art 125, LO. — *Beatriz E. Ferdman. — María D. González.*

SANCIÓN CONMINATORIA EN MATERIA LABORAL

Presupuestos fácticos contemplados en el art. 132 bis LCT. Rechazo de la pretensión.

1. — La reclamante en su demanda se limitó a transcribir el art. 132 bis, LCT, y a señalar que, en virtud de haber realizado la intimación del art. 1º del dec. 146/2001, resulta procedente la imposición de la sanción que prevé el mencionado artículo, pero con ello no puede concluirse válidamente que haya sido invocado concretamente el presupuesto fáctico exigido por la norma; esto es, que la demandada haya retenido aportes y no los haya ingresado a los organismos de la seguridad social pertinentes, circunstancias ambas que tampoco surgen de las constancias de autos.

2. — Antes de analizar si se han configurado los presupuestos fácticos contemplados en el art. 132 bis, LCT, es ineludible dilucidar si el trabajador ha dado cumplimiento a la intimación exigida por el art. 1º del dec. 146/2001 y, contrariamente a lo afirmado por la recurrente en su planteo, no cabe tener por satisfecho dicho requisito formal, en tanto se desprende de la lectura de la comunicación enviada por la actora que allí en ningún momento se intimó de manera fehaciente a la demandada para que dentro del término de 30 días corridos a partir de la recepción del emplazamiento proceda a ingresar los aportes adeudados, sino que el único requerimiento que formalizó la actora fue que le entreguen en el plazo de 48 horas el certificado de trabajo y de aportes previsionales establecido en el art. 80, LCT, bajo apercibimiento de la aplicación de la indemnización allí prevista.

CNTrab., sala V, 28/06/2021. - Longo, Gabriela Roxana c. Agrupación Grupo RHUO Servicios compartidos y otros s/ otros reclamos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/100647/2021]

Expte. n° CNT 018180/2019/CA001

2a Instancia.- Buenos Aires, junio 28 de 2021.

Considerando:

La doctora *Ferdman* dijo:

I) La sentencia definitiva de primera instancia, dictada en formato digital el 07/05/2021, ha sido apelada por la parte actora conforme surge del memorial recursivo articulado el 10/05/2021, el cual no ha merecido réplica de la contraria. Asimismo, el Dr. Norberto Marcos Lucente, por su propio derecho, apeló sus honorarios por estimarlos bajos.

II) El planteo revisor de la parte actora se circunscribe a cuestionar el rechazo de la sanción conminatoria contemplada por el art. 132 bis, LCT, y a pesar de las manifestaciones vertidas en el planteo considero que corresponderá confirmar el rechazo dispuesto en la instancia anterior.

En ese aspecto de la controversia la magistrada anterior expresó: "No tendrá favorable andamiaje la sanción prevista en el art. 132 bis LCT, toda vez que la pretensora no acreditó el presupuesto de admisibilidad material previsto en la norma; esto es la retención de aportes y su no destino a los Organismos de la Seguridad Social. Una sanción conminatoria que tiene como presupuesto de viabilidad una retención indebida de recursos de la seguridad previamente descontados al trabajador, importa un ilícito (art. 43 ley 25.345 y art. 9 ley 24.769), y, por ende, no se encuentra alcanzada por la presunción de marras (art. 71 LO).

La accionante debió solicitar un informe al ANSeS o producir pericia contable para demostrar la existencia de la conducta tipificada en el art. 132 bis LCT (...)".

El actor cuestiona esta decisión porque, a su entender, la presunción del art. 71 de la L.O. solo se desvirtúa por prueba en contrario y esta última situación no fue producida en autos por la demandada. Sostiene que la falta de contestación de la demanda determina que se presuma la veracidad de los hechos normales, posibles y verosímiles, según las características de la relación concreta invocada por la parte demandante y en el presente caso la demandada no ha ofrecido prueba, razón por la cual, cabe tener por ciertos los hechos invocados en el escrito inicial.

Dadas las particulares circunstancias del presente caso, estimo infundada la pretensión recursiva del accionante, y en tal inteligencia me explicaré.

El art. 132 bis de la L.C.T. (texto según art. 43, ley 25.345) reza: "Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajado-

res en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal".

En este marco, y -reitero- dadas las particulares circunstancias del presente caso, estimo que no cabe atender al agravio de la parte actora tendiente a controvertir el argumento esencial del fallo en este aspecto. Me explico.

Previo a analizar si se han configurado los presupuestos fácticos contemplados por la norma, es ineludible dilucidar si el trabajador ha dado cumplimiento con la intimación exigida por el art. 1º del decreto 146/2001 y, contrariamente a lo afirmado por la recurrente en su planteo, estimo que no cabe tener por satisfecho dicho requisito formal, en tanto a poco que se lea la comunicación enviada por la actora a la demandada el 05/12/16, transcripta a fs. 7, primer párrafo, se advierte que allí en ningún momento se intimó de manera fehaciente a la demandada para que dentro del término de 30 días corridos a partir de la recepción del emplazamiento, proceda a ingresar los aportes adeudados. En dicha misiva el único requerimiento que formalizó la actora fue a que le entreguen en el plazo de 48 horas el certificado de trabajo y de aportes previsionales establecido en el art. 80, LCT, bajo apercibimiento de la aplicación de la indemnización allí prevista.

En virtud de lo expresado, al no encontrarse cumplida la intimación a la cual la norma reglamentaria condiciona la procedencia de la sanción prevista en el citado art. 132 bis LCT es indudable que la pretensión basada en esa disposición legal (art. 43 ley 25345) debe ser desestimada.

A mayor abundamiento cabe señalar que no obsta a tal conclusión la situación de rebeldía en que se encuentra incursa la demandada, pues la presunción de veracidad establecida por el art. 71, L.O. no se proyecta sobre los presupuestos formales exigidos por la normativa de aplicación ni tampoco sobre hechos que no han sido expresamente invocados. Digo esto último porque lo cierto es que en ningún tramo del relato fáctico efectuado en la demanda se invocó que la demandada hubiera retenido los aportes con destino a la seguridad social, como tampoco se denunció expresamente que frente a ello y a la omisión de ingresarlos a los organismos de la seguridad social correspondientes, la actora haya intimado a su ex empleadora para que los integre y que esta última no lo haya hecho.

En este aspecto de la controversia la reclamante en su demanda se limitó a transcribir el artículo 132 bis LCT y a señalar que en virtud de haber realizado el día 05/12/16 la intimación del art. 1 del decreto 146/2001, resulta procedente la imposición de la sanción que prevé el mencionado artículo, pero con ello no puede concluirse válidamente que haya sido invocado concretamente el presupuesto fáctico exigido por la norma, esto es que la demandada haya retenido aportes y no los haya ingresado a los organismos de la seguridad social pertinentes, circunstancias ambas que tampoco surgen de las constancias de autos.

Por todas las consideraciones efectuadas, corresponderá desestimar el agravio de la parte actora y confirmar el rechazo dispuesto en la instancia de origen, declarándose las costas por su orden (conf. art. 68, 2º CPCCN).

III) Tomando en consideración la importancia, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, el monto involucrado en el proceso, las etapas procesales efectivamente cumplidas y las pautas arancelarias vigentes a la fecha de los trabajos que se retribuyen (ley 27.423), considero que los honorarios fijados a favor de la representación y patrocinio letrado de la parte actora resultan suficientemente retributivos y por ello postulo su confirmación.

La doctora *Carambia* dijo:

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

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes. 2) Costas y honorarios de alzada conforme lo propuesto en el primer voto del presente acuerdo. 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 los señores jueces por ante mí, que doy fe Se deja constancia que el Dra. María Dora González no vota en virtud de lo dispuesto por el art 125 LO. — *Beatriz E. Ferdman. — Graciela L. Carambia.*

DESPIDO INDIRECTO

Causales. Falta de entidad recursiva.

1. — La causal de despido esgrime la parte actora carece de la entidad recursiva exigida por el art. 116 de la LO, y dista de la objeción concreta y razonada que requiere dicha norma, en tanto resulta ser una mera expresión de disconformidad de la apelante —quien se limita a esbozar un parecer discrepante con lo resuelto en el fallo apelado—, carente de argumentos serios y fundados que permitan coincidir con la abstracta apreciación tendiente a poner de relieve el incorrecto rechazo decidido en la anterior instancia, por lo que la crítica articulada en el punto resulta ineficaz a los fines de advertir el desacierto de la decisión cuestionada y, por ende, lograr su revisión ante la alzada (del voto de la Dra. Craig).

2. — La trabajadora se consideró injuriada exclusivamente por negativa empresaria a regularizar el vínculo y la denuncia siniestral efectuada en dicha comunicación fue al sólo efecto de imputar responsabilidad objetiva a la empresa en los términos del art. 1113 del Cód. Civil pero no como razón rupturista, lo que sella la suerte del reclamo en lo que hace a las pretensiones indemnizatorias por extinción del vínculo, multa del art. 2º de la ley 25.323 y reproche de responsabilidad solidaria contra las personas físicas emplazadas.

3. — La solitaria e imprecisa declaración del testigo no puede servir para tener acreditado lo pretendido, esto es dos horas extras diarias con más adicional por trabajo nocturno ya que, incluso, la declarante afirma que la actora trabajaba en un horario diferente al denunciado.

CNTrab., sala VI, 13/07/2021. - Sosa, Romina Andrea c. Franval SA y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/109023/2021]

COSTAS

Se imponen a la recurrente.

Expte. n° CNT 026447/2015/CA001

Buenos Aires, julio 13 de 2021.

Considerando:

El doctor *Pose* dijo:

La trabajadora vencida en lo sustancial del proceso pide la habilitación de instancia judicial por entender que el juzgador confundió la causa del autodespido y solicita se condene a su oponente al pago de las indemnizaciones tarifadas, puniciones reglamentadas por los arts. 2º de la ley 25.323 y 80 de la LCT y liquidación final por extinción del vínculo. Cabe aclarar que en el proceso laboral rige el art. 106 de la LO y no el 242 del CPCC y que, en el caso, lo decidido por el magistrado de primera instancia sería revisable porque la recurrente pide la condena solidaria de Graciela Gaspari y Natalia Ferrari y el citado art. 106 de la L0 establece que, en caso de litisconsorcio, se debe sumar el valor cuestionado por o contra todos los declarantes. Ahora bien, el primero de los agravios de la dependiente no es viable: el art. 243 de la LCT establece que tanto el despido con justa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo que hiciera el trabajador fundado en justa causa deberán comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato siendo que, ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

La trabajadora se consideró injuriada exclusivamente por negativa empresaria a regularizar el vínculo (ver telegrama rupturista transcripto a fs. 8 del escrito de inicio) y la denuncia siniestral efectuada en dicha comunicación fue al sólo efecto de imputar responsabilidad objetiva a la empresa en los términos del art. 1.113 del Código Civil pero no como razón rupturista, lo que sella la suerte del reclamo en lo que hace a las pretensiones indemnizatorias por extinción del vínculo, multa del art. 2º de la ley 25.323 y reproche de responsabilidad solidaria contra las personas físicas emplazadas.

El juzgador condenó a la empresa al pago de la punición reglamentada por el art. 80 de la LCT y de liquidación final por despido por lo que el agravio vertido en la materia no satisface el principio de congruencia y es dable destacar que el mes de abril no fue objeto de reclamo (ver escrito de inicio, fs. 9vta./10): las facultades conferidas por el art. 56 de la ley 18.345 sólo permiten al juez del trabajo fallar "ultra petita" y no extra petita (CNTr. Sala V, 26/3/03, "Paredes c/Total Agro", LNL 2003-373; Sala X, 20/11/03, "Roble c/Sistemas Médicos Integrados") y puesto que, admitir la te-

sis contraria, implicaría violación del principio constitucional de defensa en juicio (art. 18 Constitución Nacional; Falcón, Enrique, "Tratado de Derecho Procesal Laboral", t. I, p. 323; crit. CSJN. 17/11/87, "Buzzi c/Domínguez", DT 1988-A-600; CNTr. Sala II, 29/8/13, "Staldeker c/ Galdstreck"; Sala III, 30/111/07, "Ortiz c/Nadelimp SRL", DLSS 2008-319; Sala V, 30/5/94, "Cisneros c/Elma SA", DT 1994-B-2142; 30/9/20, "Ruiz c/Berkley International ART SA"; Sala VI, 19/11/20, "Sosa c/Antual SRL"; SCMendoza, Sala II, 23/12/05, "Zgaib c/YPF Gas SA", DT 2006-A- 419).

Cabe señalar, a mayor abundamiento, que la solitaria e imprecisa declaración de Oura no puede servir para tener acreditado lo pretendido, esto es dos horas extras diarias con más adicional por trabajo nocturno ya que, incluso, la declarante afirma que Sosa trabajaba de lunes a viernes en el horario de 15,30 a 22 y no en el horario denunciado: 12,30 a 22,30 (ver escrito de inicio, fs.7).

Por ello, ajustándose a derecho lo decidido en materia de costas, entiendo corresponde: 1) Confirmar el fallo recurrido con costas a la recurrente y 2) Fijar los honorarios de alzada en el 30% de la suma regulada en la instancia anterior.

La doctora *Craig* dijo:

Adhiero al voto de mi distinguido colega, el Dr. Pose y agrego que, en opinión de la suscripta, el planteo que sobre la causal de despido esgrime la parte actora carece de la entidad recursiva exigida por el artículo 116 de la L.O., y dista de la objeción concreta y razonada que requiere dicha norma, en tanto resulta ser una mera expresión de disconformidad de la apelante (quien se limita a esbozar un parecer discrepante con lo resuelto en el fallo apelado), carente de argumentos serios y fundados que permitan coincidir con la abstracta apreciación tendiente a poner de relieve el incorrecto rechazo decidido en la anterior instancia, por lo que la crítica articulada en el punto resulta ineficaz a los fines de advertir el desacierto de la decisión cuestionada y, por ende, lograr su revisión ante esta alzada(cfr. art. 116 de la L.O.).

En este sentido, la queja bajo examen no se respalda ni asienta en este aspecto en ningún argumento de rigor científico que permita invalidar las conclusiones del sentenciante de grado anterior en este sentido. Destaco que el Magistrado "a quo" rechazó las diferencias salariales reclamadas. A tal efecto, advirtió que la actora no aportó prueba alguna en aval de su posición ni testimonios que respaldaran los dichos del escrito de demanda, en orden las mismas. Analizó, a tal fin, la declaración de la única testigo María de los Ángeles Oura (fs. 84/85) y al no hallarse acreditados los hechos invocados por la actora para justificar la resolución del contrato de trabajo, juzgó que el despido "indirecto" del caso careció de justa causa en los términos de los arts. 242 y 246 de la L.C.T. Por tanto, rechazó las reclamaciones indemnizatorias fundadas en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y en el art. 2º de la ley 25.323, ley 24.013. El recurrente, en vez de revertir su desfavorable situación y cuestionar la valoración de la prueba efectuada en origen, intenta modificar la causal de despido invocada, lo cual, es improcedente.

Destáquese el principio de invariabilidad de la causa de despido según el cual "Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada" en la comunicación resolutoria, lo cual se conjuga con la necesidad de autosuficiencia de esta última ya que, una vez invocada, no puede luego modificarse ni ampliarse. Cabe agregar que estos recaudos son estrictamente necesarios, debido a que se hallan dirigidos a salvaguardar el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de la parte a la cual se comunicó la decisión resolutoria. Por lo demás, resulta inadmisible la pretensión de salvar a través de la presentación bajo examen las falencias del escrito inicial que en el marco del art. 65 de la L.O. puso de manifiesto la juez de grado anterior, en lo que atañe a la omisión de precisión y detalle del reclamo (conf. art. 277 del CPCCN, según art. 155 de la L.O.).

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Que adhiere al voto de la doctora Craig.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el tribunal Resuelve: I) Confirmar el fallo apelado, con costas a la recurrente. II) Regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30%, respectivamente, de la suma fijada en la instancia anterior. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013. Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Graciela L. Craig. — Carlos Pose. — Luis A. Raffaghelli.*

INDEMNIZACIÓN

Despido. Premios e incentivos. Telefonía celular. Viáticos. Plan de medicina prepaga. Imposibilidad de aplicar las disposiciones de los viajantes de comercio.

1. — Si bien es cierto que los montos percibidos por el actor en concepto de premios e incentivos variaban mes a mes, lo cierto es que dicho ru-

bro ha sido devengado de manera mensual y habitual **[1]**.

2. — Acreditada la utilización de un equipo celular sin restricciones para el actor, toda vez que la accionada no demostró haberle impuesto limitación alguna en su uso, o abonar únicamente las llamadas de uso laboral, debe colegirse el carácter remunerativo de esa prestación.

3. — No cabe incluir en la base remuneratoria el concepto de viáticos, ya que los empleados debían rendir cuentas respecto de los gastos que debían realizar visitando clientes.

4. — La accionada abonaba la diferencia entre el monto que se le descontaba al actor por obra social y la cuota del plan médico contratado, y que esa brecha, al ser cubierta por el empleador, debe considerarse que resulta una remuneración en especie que la empresa le otorgaba en virtud de su contrato de trabajo y que representaba una ocasión de ganancia para el demandante ya que le permitió contar con un plan médico con mejor calidad de prestaciones, sin tener que abonar el costo que representaba la contratación de un plan superior.

5. — No resulta atendible el planteo de la accionada respecto al "silencio" del actor durante un periodo prologando de tiempo, pues a la luz de lo normado por los arts. 12 y 58, LCT, la eventual pasividad que hubiera mantenido no puede entenderse como una renuncia a sus derechos, considerando la situación de hiposuficiencia en la que se encuentra en trabajador con relación a su patrón.

6. — Asistía al actor el deber de acreditar que sus tareas debían encuadrarse en el estatuto del Viajante y no lo ha logrado, ya que todos los testigos ubicaron al accionante en las oficinas de la empresa demandada por lo que no se encuentra acreditado el traslado permanente y la prestación de tareas diariamente fuera del ámbito de la empresa, notas típicas del instituto pretendido.

7. — Si bien es cierto lo manifestado por la apelante respecto de que los deponentes tienen juicio pendiente en su contra, dicha circunstancia no obsta a descalificarlos, toda vez que todos trabajaron en la misma época que el actor y bajo las mismas circunstancias declarando sobre hechos que transcurrieron bajo la óptica de sus sentidos, por lo que cabe otorgar eficacia probatoria a sus dichos, sin perjuicio de que los mismos deban ser evaluados de manera más estricta.

CNTrab., sala VII, 25/06/2021. - Cohen, Pablo c. Telefónica Argentina SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/93043/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en "Brandi, Roberto A. c. Lotería Nacional S. E.", 05/10/2000, TR LALEY AR/JUR/3880/2000 dispuso que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales.

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CNT 031500/2016

Buenos Aires, junio 25 de 2021.

Considerando:

La doctora *Carambia* dijo:

I.- El pronunciamiento de grado que hizo lugar a la demanda incoada, viene apelado por el accionante mediante el recurso glosado a fs. 358/364, que mereciera réplica del contrario a fs. 389/394.

También hay recurso de la demandada Telefónica de Argentina S.A., que se encuentra incorporado a fs. 365/383 y que mereció réplica por parte del actor a fs. 385/388.

Asimismo, la representación letrada del actor critica los estipendios fijados en su favor por considerarlos bajos.

Por su parte, la accionada cuestiona los emolumentos regulados en favor representación letrada del actor y del perito contador por considerarlos elevados.

Por razones de índole metodológica, abordaré los agravios vertidos en la forma en que se exponen a continuación.

II.- Previo a todo análisis, resulta oportuno destacar que no existe controversia en el hecho de que el despido se produjo por voluntad del empleador, sin justa causa, el día 17/10/2013.

En este sentido, cabe resaltar que los aspectos que llegan discutidos a esta instancia giran en lo principal en torno a las diferencias indemnizatorias que reclama el actor en el caso de marras.

Previo a todo análisis, cabe resaltar en primer lugar que no resulta atendible el planteo de la accionada respecto al "silencio" del actor durante un periodo prologando de tiempo, pues a la luz de lo normado por los arts. 12 y 58 LCT, la eventual pasividad que hubiera mantenido, no puede entenderse como una renuncia a sus derechos, considerando la situación de hiposuficiencia en la que se encuentra en trabajador conrelación a su patrón.

III.- Sentado lo expuesto supra, corresponde abocarme al tratamiento de los agravios vertidos por ambas partes respecto del salario tomado como base por la sentenciante para calcular los montos indemnizatorios que le corresponden al actor por el despido de autos.

El actor se agravia por considerar que la magistrada a quo habría valorado erróneamente la prueba producida en autos, por lo cual consideró que no debía incluírse en la base utilizada para el cálculo indemnizatorio el concepto de "viáticos".

Por su parte la accionada critica que la judicante de grado haya considerado procedentes las diferencias indemnizatorias reclamadas por el actor, estimando una "mejor remuneración" que sería muy superior a la que considera que correspondería aplicar.

En este sentido, la accionada critica que la Sra. Juez a quo haya considerado como mejor remuneración normal y habitual la suma de $ 58.726,30, por cuanto sostiene que la misma contenía premios y conceptos variables que no deberían ser tenidos en cuenta como habituales.

Sostiene que dichos conceptos eran incentivos por cumplimiento de objetivos y que eran otorgados a por la empresa "...a sus dependientes de forma mensual, trimestral o anual, de acuerdo al periodo, respondiendo individualmente a cada empleado conforme objetivos."

Asimismo, destaca que las sumas en concepto de incentivo eran variables y sujetas a objetivos y productividad y que si bien reconoce que tal como informa el perito contador, en el mes de febrero de 2013 el actor habría percibido en concepto de incentivo la suma de $ 44.018,72, también expone que surge del mismo informe que en los periodos previos habría percibido importes mucho menores.

Cabe destacar que si bien es cierto que los montos percibidos por el actor en concepto de premios e incentivos variaban mes a mes, no puedo soslayar que dicho rubro ha sido devengado de manera mensual y habitual. En consecuencia, encontrándose reconocido por la accionada todo lo dicho anteriormente, así como también los datos que surgen del informe presentado por el perito contador, y siendo de aplicación al caso de marras lo resuelto en el Fallo Plenario Nro. 298 del 5/10/2000, "Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional S.E. s/ Despido", que establece que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, considero que corresponde desestimar la queja vertida en el punto y confirmar la mejor remuneración normal y habitual determinada por la a quo en uso de las facultades conferidas por el art. 56 LCT.

Otro aspecto que agravia a la demandada es el referido a la determinación como de naturaleza remuneratoria a la provisión del teléfono celular.

Refiere que se otorgó una línea de telefonía celular al accionante para fines exclusivamente laborales, y el eventual uso del mismo para fines personales por parte de Cohen resultaba ilegítimo y contrario a la buena fe contractual. Y que por ello obsta a otorgar carácter remuneratorio a tal eventual uso personal del celular.

En el punto, esta sala ya ha dicho con fundamentos similares a los de la sentenciante que acreditada la utilización de un equipo celular sin restricciones para el actor, toda vez que la accionada no demostró haberle impuesto limitación alguna en su uso, o abonar únicamente las llamadas de uso laboral, debe colegirse el carácter remunerativo de esa prestación.

En este orden, y según lo establecido por los arts. 1 y 4 del Convenio 95 de la OIT, salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuera su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

A la luz de este criterio, estimo que no puede dudarse que el gasto del teléfono celular -elemento otorgado por la empresa al actor- integra la remuneración en los términos del art. 103 y 105 de la L.C.T. Es por ello que contrariamente a lo sostenido por la accionada, el actor usaba ese beneficio incluso para su vida diaria (es inverosímil pensar que si se pagaba el servicio de internet y de telefonía móvil, no los utilizase en su propio beneficio si no se demuestra la

exclusividad argumentada por la apelante), fuera de lo que era específicamente la faz laboral, de modo tal que no puede dudarse acerca de su integración a su modo de vida.

Respecto de la decisión de la sentenciante de grado de no incluír en la base remuneratoria el concepto de viáticos, de lo cual se queja el accionante, cabe decir que no prosperará, toda vez que coincido con el análisis efectuado por la a quo por cuanto surge cabalmente de la prueba testimonial que los empleados debían rendir cuentas respecto de los gastos que debían realizar visitando clientes, tal como surge del testimonio del Sr. Santiago Agar (fs. 227/229), y que "había una fórmula en una planilla que cargabas los kilómetros y eso representaba un monto" como expuso el testigo Mario Bitar (fs.230/232).

Por otra parte, en relación a la queja vertida por la demandada respecto del carácter remunerativo otorgado por la judicante de grado a la suscripción al plan de medicina prepaga que gozaba el actor, cabe decir que más allá del esfuerzo argumental desplegado por la quejosa, corresponde desestimar el agravio vertido en el punto, pues no advierto que en su extenso relato se encuentre debidamente rebatido el argumento central que tuvo en miras la a quo para resolver de la manera que lo hizo, cual lo es que del informado por Galeno Argentina S.A. a fs. 198I/201I surge que la accionada abonaba la diferencia entre el monto que se le descontaba al Sr. Cohen por obra social y la cuota del plan médico contratado, y que esa brecha, al ser cubierta por el empleador, debe considerarse que resulta una remuneración en especie que la empresa le otorgaba en virtud de su contrato de trabajo y que representaba una ocasión de ganancia para el demandante ya que le permitió contar con un plan médico con mejor calidad de prestaciones, sin tener que abonar el costo que representaba la contratación de un plan superior.

En función de todo lo expuesto hasta aquí, deviene abstracto el planteo vertido por la accionada respecto de la procedencia de las diferencias indemnizatorias respecto de lo abonado sobre los arts. 232, 233 y 245 LCT.

Tampoco podrá prosperar el agravio que articula la demandada acerca del monto de la remuneración base tomada por la sentenciante y la omisión de aplicar el topeestablecido por el art. 245 LCT, habida cuenta de que se limita a cuestionar que la judicante de grado se haya apartado de los lineamientos de la mentada normativa, pero no se hace cargo de los fundamentos de tal decisión.

En este sentido, concuerdo con el análisis efectuado en grado respecto de que, tratándose de un trabajador fuera de convenio, la demandada era quién debía denunciar el convenio colectivo aplicable a su actividad y demostrar que el resarcimiento que percibía el actor superaba el mencionado tope, lo que no ha ocurrido en autos.

En este sentido, entiendo que corresponde la desestimación del agravio vertido, toda vez que la accionada se limitó a solicitar en su contestación de demanda la aplicación del tope establecido por la norma mencionada supra, pero sin establecer sobre qué parámetros efectuar dicho cálculo, por lo que considero que el análisis de las argumentaciones que introduce en su memorial en el punto se encuentra vedado por lo dispuesto por el art. 277 del CPCCN, en tanto no resulta posible que esta Alzada se expida sobre capítulos no propuestos a la decisión de la Sra. Jueza de anterior instancia (cfr. arg. arts. 163, inc. 6º y 271 "in fine" del cuerpo legal citado).

Así lo creo, por cuanto acceder a lo solicitado implicaría afectar el principio de congruencia, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 18 de la Ley Fundamental. En igual sentido, lo ha declarado nuestro más Alto Tribunal, al establecer que comporta agravio a la garantía de defensa tanto las sentencias que omiten el examen de cuestiones propuestas oportunamente por las partes que sean conducentes para la decisión del pleito, como aquellas que se pronuncian sobre pretensiones o defensas no articuladas en el proceso (doct. Fallos 307:948; 312:696 y 313:983; etc.).

Asimismo, debe recordarse que la mera invocación de doctrina y jurisprudencia tampoco constituye de por si un agravio, por cuanto las citas que de ella haga la parte, no incide en la suerte del recurso, en tanto se trata de cuestiones de hecho y menos aun cuando –como en el presente- no explica qué relación tienen con el tema que se discute en la causa, es decir, su relación concreta con los hechos de la misma.

Finalmente, se agravia el actor por la forma de calcular las indemnizaciones establecidas en los arts. 232 y 233 de la LCT por parte de la sentenciante de grado. Sin embargo, su queja tampoco prosperará, pues no advierto en el tópico que el apelante haya vertido una crítica concreta y eficaz para modificar lo resuelto en grado, toda vez que se limita a manifestar una mera disconformidad pero sin aportar argumentos conducentes que permitan considerar que la sentenciante habría incurrido en un error al decidir como lo hizo.

En este sentido, sabido es que las mentadas indemnizaciones deben ser calculadas sobre la expectativa que puede tener el trabajador respecto de lo que hubiera ganado en el plazo del preaviso omitido (criterio de la normalidad próxima).

En base a todas las consideraciones vertidas a lo largo del presente considerando, de prosperar mi voto, propongo confirmar lo decidido en grado al respecto.

III.- Por otra parte, se agravia el actor respecto del rechazo de la pretendida calidad de viajante de comercio.

Sostiene que la sentenciante habría efectuado una valoración errónea de la prueba testimonial rendida en autos, la cual reproduce en lo que considera sustancial y cita jurisprudencia que respalda su postura.

Sin embargo, entiendo que no le asiste razón.

Digo ello por cuanto, más allá del esfuerzo argumental desplegado por el letrado en el agravio, remarcando las características de un viajante de comercio, y señalando que la sentenciante habría llegado a una conclusión errada, no advierto que traiga a consideración de esta Alzada elementos que resulten idóneos para revertir el fallo de grado en este punto que le resultó adverso.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que el art. 1 de la Ley 14.546 expresamente dice: "...Quedan comprendidos en la presente ley los viajantes, exclusivos o no, que haciendo de ésa su actividad habitual y en representación de uno o más comerciantes y/o industriales, concierten negocios relativos al comercio o industria de su o sus representados, mediante una remuneración...".

No obstante que el propio texto de la ley realiza sólo una enumeración de requisitos a los efectos de la admisión del carácter de viajante sin una definición concreta, la jurisprudencia y la doctrina han armado un andamiaje imprescindible para la determinación del encuadre de la relación en el estatuto particular.

La actividad del viajante de comercio, básicamente se centra en la información y persuasión de la clientela, a fin de lograr la obtención de un pedido de un producto ya existente o la introducción de uno nuevo y en la búsqueda e incorporación de nuevos clientes. El viajante de comercio es un sujeto que actúa como intermediario entre la oferta y la demanda de bienes y servicios y se encuentra vinculado con la empresa a través de un vínculo de dependencia laboral.

Generalmente, dependientes con la modalidad de cumplimiento de las funciones de venta fuera de la sede de la empresa y, a veces, invitando a la concurrencia de la misma a los efectos del perfeccionamiento de la operación.

Es decir que, una interpretación razonable y discreta de lo establecido en el art. 1º de la ley 14.546 me conduce a sostener que se no encuentran comprendidas las tareas que realizaba el accionante.

En este sentido, cabe destacar que si bien es cierto que los testigos declarantes en autos refieren que debían salir a visitar y contactar clientes y que sus tareas consistían en vender servicios de comunicación, telefonía móvil, datos, internet; y atención a la cartera de clientes proporcionada por Telefónica de Argentina S.A., no surge de sus declaraciones las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrían dichas visitas, así como tampoco se aprecian concretamente descriptas en la demanda ni acreditadas mediante ninguna prueba producida en la causa.

Por otra parte, cabe resaltar que todos los declarantes fueron contestes en afirmar que el Sr. Cohen era "Ejecutivo de cuentas senior" y que lo saben porque eran compañeros de trabajo y todos realizaban las mismas tareas y tenían la misma categoría.

En este sentido cabe recordar que, conforme las reglas del onus probandi, quien alega un hecho lleva en su cabeza la carga procesal de probarlo, por lo que asistía al actor el deber de acreditar en autos que sus tareas debían encuadrarse en el estatuto del Viajante y el CCT 308/75, y considero que no lo ha logrado, ya que todos los testigos ubicaron al accionante en las oficinas de Telefónica de Argentina S.A., por lo que concuerdo con el análisis efectuado por la a quo respecto de que no se encuentra acreditado en autos el traslado permanente y la prestación de tareas diariamente fuera del ámbito de la empresa, notas típicas del instituto pretendido, por lo que propicio confirmar lo resuelto en el punto.

IV.- Por otra parte, se queja Telefónica de Argentina S.A. por cuanto sostiene que la Sra. Juez a quo no habría considerado adecuadamente las impugnaciones vertidas respecto de las declaraciones de los testigos propuestos por el accionante.

Adelanto que, analizadas las constancias de la causa, así como los términos del recurso, en mi opinión, la queja intentada no puede prosperar pues sabido es que en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LO el recurso debe bastarse a sí mismo, lo cual no se aprecia cumplido en la presentación de marras, dado que la recurrente se limita a sostener en forma genérica que los testigos no serían hábiles para declarar por poseer juicio pendiente en su contra.

Cabe aclarar que si bien es cierto lo manifestado por la apelante respecto de que los deponentes tienen juicio pendiente en su contra, dicha circunstancia no obsta a descalificarlos, toda vez que todos trabajaron en la misma época que el actor y bajo las mismas circunstancias declarando sobre hechos que transcu-

rrieron bajo la óptica de sus sentidos, por lo que cabe otorgar eficacia probatoria a sus dichos, sin perjuicio de que los mismos deban ser evaluados de manera más estricta (art. 90 LO y 386 CPCCN).

En consecuencia, considero que el recurso es inidóneo con miras al fin que se propone, por lo que voto por confirmar la sentencia apelada en el punto.

V.- Cuestiona el actor que la Sra. Juez a quo rechazó la indemnización prevista por el art. 1 de la Ley 25323.

A mi juicio, más allá del esfuerzo argumental desplegado por la apelante, su agravio en el punto no podrá prosperar, pues entiendo que si bien existen diferencias indemnizatorias que surgen de considerar el carácter salarial de dos prestaciones en especie, cuya naturaleza se encuentra al menos controvertida, lo cierto es que ello no resulta suficiente para afirmar que, como exige la mentada normativa, al momento del despido la relación se hubiera encontrado registrada de modo deficiente. En este sentido, se ha resuelto que no procede el incremento indemnizatorio establecido por el art. 1 de laLey 25323 en el caso de remuneraciones en especie como el uso del automóvil o del celular, ya que no es factible su inclusión en los registros laborales o en los recibos de haberes del trabajador, como para sostener que se está frente a una relación laboral incorrecta o deficientemente registrada en los términos de la norma citada, o para ser más precisos, en las condiciones establecidas por el art. 7 de la Ley 24013, porque una cosa es su cuantificación (conf. art. 107 L.C.T.) a los fines pertinentes (por ejemplo art. 155 inc. d, 208, 232, 233, 245 L.C.T.), y otra que se está en presencia de un supuesto de los previstos por el art. 10 de la Ley 24013, o sea, que el empleador hubiera consignado en la documentación laboral una remuneración menor que la percibida por el trabajador" (ver fundamentos a fojas 338/339 del fallo, arts. 116 L.O. y 386 del Cód. Procesal).

En efecto, el decisorio se muestra debidamente fundado en la ponderación de las pruebas sustanciadas y que llevan a la Sra. Juez a quo a la conclusión que agravia a la recurrente, quien tampoco señala mínimamente argumento idóneo alguno que permita sospechar algún error en lo decidido, por lo que su agravio no logra conmover lo ya resuelto en la instancia de grado (arts. 386 y 477 del Cód. Procesal, art. 116 L.O.).

Propicio así confirmar la sentencia en este aspecto.

VI.- Por otra parte, no prosperará el reproche erigido por Telefónica de Argentina S.A. en relación a la condena de la indemnización prevista en el art. 2º de la ley 25.323, pues advierto en el caso que se encuentran reunidos los supuestos detallados en la norma: 1) la demandada fue oportunamente intimada a abonar las sumas correspondientes a indemnización por despido; y 2) el trabajador se vio obligado a litigar judicialmente para perseguir el cobro de las indemnizaciones referidas debido a la conducta de reticencia a abonar dichos conceptos asumida por la accionada (en igual sentido, esta Sala en autos: "Parra, María Gabriela c/ Siembra AFJP SA s/ Despido", S.D. 37.090 del 29.10.03), además de que no se advierte ninguna causa que justifique la morigeración o hasta eximición que prevé el segundo párrafo de la norma referenciada.

En función de lo expuesto, propongo confirmar la aplicación de la multa correspondiente dispuesta en la sentencia de grado.

VII.- Con respecto a los certificados previstos por el art. 80 de la L.C.T., expresa la demandada que fueron puestos a disposición del actor y éste no concurrió a retirarlos (ver telegrama de fs. 15/16).

Cabe destacar que la circunstancia de que la demandada hubiese puesto a disposición del actor los referidos instrumentos, no resulta suficiente para tener por cumplida la obligación, pues, en el caso, no surge que los hubiera confeccionado y mucho menos entregado, ya que ni siquiera los acompañó a la causa.

Por último, resalto que la entrega de los certificados mencionados es una obligación que debe ser cumplida en oportunidad de la extinción de la relación laboral de forma inmediata a la desvinculación, esto es en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección, debiendo constar en ellos las reales características de la relación laboral habida.

En tales circunstancias, también resulta procedente la multa del art. 45 de la ley 25.345 y por lo hasta aquí expuesto, voto por que se confirme el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la demandada a abonar al actor la referida multa, así como a hacer entrega de los correspondientes certificados de trabajo.

Respecto a la imposición de astreintes considero que este punto del agravio es de tratamiento abstracto, en cuanto a que las mismas sólo corresponden para el caso en que se incurriese en incumplimiento y las mismas serán cuantificadas por la magistrada a quo en caso que se configure el incumplimiento en la entrega de los certificados, tal como ha sido establecido en la sentencia de grado (art. 804 CCC y art. 37 del CPCCN).

VIII.- También se agravia el actor en cuanto no se hizo lugar a la indemnización por temeridad y malicia.

Sin embargo, la crítica del actor no cumple con el recaudo de admisibilidad formal que establece el art. 116 de la L.O., ya que la queja constituye una mera discrepancia dogmática con lo dispuesto en la anterior instancia que, como tal, no cabe más que desestimar por infundada. Por ende, voto por confirmar el decisorio apelado en cuanto a este punto.

IX.- La demandada también se agravia de la tasa de interés cuya aplicación se dispuso en el fallo sobre el monto de condena, mas no le asiste razón en su planteo pues, en mi opinión, el accionante debió acudir a la instancia judicial para que se le abone las indemnizaciones correspondientes, circunstancia que hace nacer la obligación de pagar intereses desde el momento en que aquel se vio privado de disponer libremente de su indemnización.

En efecto, los intereses constituyen el reconocimiento de la privación que sufre el damnificado por no disponer del capital desde que naciera la deuda; lo contrario implicaría ciertamente un perjuicio para el trabajador, quien vería disminuido el valor de su crédito por el mero transcurso del tiempo.

Sobre el particular, considero que el concepto de mora está referido a la dilación o tardanza en cumplir la obligación, por parte del deudor, es decir es la indemnización que debe pagar el deudor ante el cumplimiento tardío de su obligación de dar una suma de dinero.

Entonces entiendo que el acreedor (en este caso el trabajador) ha sido privado de la capacidad de elegir el destino de los fondos que no ha recibido en tiempo oportuno, y el mecanismo de aplicación de intereses no debe generarle perjuicio ni menoscabo patrimonial, sino justamente evitar el deterioro del crédito reconocido cumpliendo de esa forma con la manda constitucional que garantiza la integridad del crédito laboral.

En este contexto, entiendo que la justa indemnización al trabajador ante el cumplimiento tardía de la obligación por parte el deudor se encuentra resarcido con la aplicación de la tasa nominal anual para préstamos personales libre desino del Banco Nación conforme las facultades conferidas por el artículo 767 del Código Civil y Comercial de la Nación con los alcances del Acta 2601 y el Acta 2630 del 27/04/2016, desde la fecha establecida en grado, y hasta el 30/11/2017, así como que a partir del 1/12/2017, conforme Tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa del Banco nación (cfr. Acta CNAT Nro 2658 pto 3 del 8/11/2017).

En consecuencia, corresponde desestimar este aspecto del recurso.

X.- Finalmente, comparto el criterio adoptado por el Sr. Juez a quo respecto de la imposición de costas a cargo de la demandada, en tanto ha resultado vencida en lo principal (art. 68 CPCCN), por lo que propongo su confirmación.

XI.- Las argumentaciones vertidas brindan adecuado sustento al pronunciamiento, razón por la que se omite el análisis de las demás cuestiones que se hubieran planteadoen tanto resulten inconducentes para la solución del litigio, o bien devienen abstractas por haber sido evacuadas en el tratamiento de otros agravios. En tal sentido la C.S.J.N. ha señalado que “los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio” (conf. Fallo del 30.4.74 en autos “Tolosa Juan C. C/ Cia. Argentina de Televisión S.A:” pub. En La Ley, Tomo 155 pag. 750 número 385).

XII.- Con relación a los honorarios que llegan a esta instancia cuestionados, cabe señalar que considerando el mérito, extensión de la labor desarrollada, el monto del juicio, la naturaleza del litigio y demás pautas arancelarias, juzgo que los emolumentos regulados en grado en favor de la representación letrada del actor, así como también los fijados para el perito contador, lucen adecuados, por lo que propongo su confirmación (Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13º de la ley 24.432 (DL 16.638/57) y demás normas arancelarias vigentes).

XIII.- De tener favorable adhesión mi voto y en función de la suerte que han corrido cada uno de los planteos esgrimidos, sugiero que las costas de la alzada sean soportadas en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN) y sugiero se fijen los emolumentos para cada una de las representaciones letradas intervinientes, por las labores realizadas en esta instancia, en el 30% (treinta por ciento) de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen. (arts. 16 y 30 ley 27.423).

La doctora *Ferdman* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor *Guisado* no vota (art. 125 de la ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal *Resuelve:* 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fuera materia de recurso y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68 segundo párrafo del CPCCN). 3) Regular los honorarios por las tareas de Alzada para cada una de las representaciones letradas intervinientes, por las labores realizadas en esta instancia, en el 30%

(treinta por ciento) de lo que les corresponda percibir por su actuación en origen. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro. 15/2013.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Graciela L. Carambia. — Beatriz E. Ferdman.*

SUBCONTRATACIÓN

Responsabilidad solidaria. Actividad normal y específica propia del principal. Registración laboral

1. — La codemandada es responsable por vía solidaria en la condena impuesta en la instancia de grado, ya que se desprende su activa participación e injerencia de la actividad desplegada en el establecimiento donde prestaba servicios la actora, como así también la supervisión de la operatoria del establecimiento y en el que, además, se exhibía material publicitario de la primera.

2. — Puede aceptarse válidamente que la actividad objeto de la contratación en este específico caso quedó enmarcada en la conceptualización de "normal y específica propia" de la codemandada, a poco que se considere que la operación del servicio del sistema desplegada en el establecimiento del empleador directo perfeccionó un concreto tramo de la unidad técnica de ejecución y contribuyó al logro de la finalidad perseguida por la primera.

3. — No se advierte que se hubiera verificado en el caso ninguno de los supuestos de falta de registro o deficiente registración contemplados por la ley 24.013. Ello es así, porque si bien arriba firme a esta etapa la procedencia de las diferencias reclamadas con base en la incorrecta categorización laboral de la trabajadora y la inferior remuneración abonada según las disposiciones de la norma convencional aplicable, ello no constituye un presupuesto que habilite la aplicación de la norma en cuestión en los términos antes mencionados.

CNTrab., sala X, 22/06/2021. - Ramallo, Herminia Beatriz c. Malecek, José Enrique y otro s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/95321/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expte. n° CNT 081762/2015/CA001

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

Considerando:

El doctor *Stortini* dijo:

1°) Vienen estos autos a la alzada con motivo de los recursos que contra el pronunciamiento de fs. 199/206vta. interpusieron la actora y la codemandada Servicio Electrónico de Pago S.A. mediante las presentaciones efectuadas en formato digital los días 15/5/2020 y 2/6/2020 respectivamente, los cuales fueron replicados con fecha 12 y 13 del mes de octubre del año 2020.

2°) Por una razón de método iniciaré por el tratamiento del recurso de la accionante.

Se agravia la parte acerca del rechazo del incremento indemnizatorio reclamado con sustento en el art. 1º de la ley 25.323.

Al respecto, memoro que adhiero a la tesitura doctrinaria que entiende que para interpretar los conceptos de "relación no registrada" y "registrada de modo deficiente" referidos en el art. 1º de la ley 25.323, cabe remitirse a las definiciones contenidas en la ley 24.013 (conf. Etala, Carlos Alberto; "Las nuevas normas de la ley 25.323", en DT 2000-B, pág. 2085 y ssgtes.).

En tal sentido, el autor citado ha sostenido que: "En cuanto a los conceptos de relación no registrada o registrada de modo deficiente, aunque la ley no los define, debemos remitirnos a este respecto a la ley 24.013, por lo que se deberá considerar una relación laboral no registrada la determinada en el art. 7 de dicha ley y relación laboral insuficientemente registrada o registrada "de modo deficiente" —como lo expresa literalmente la ley en comentario— aquella en la que se consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real" (art. 9, ley 24.013) o "una remuneración menor que la percibida por el trabajador" (art. 10, misma ley)".

Desde esta perspectiva, no se advierte que se hubiera verificado en el caso ninguno de los supuestos de falta de registro o deficiente registración contemplados por la norma aludida. Ello es así, porque si bien arriba firme a esta etapa la procedencia de las diferencias reclamadas con base en la incorrecta categorización laboral de la trabajadora y la inferior remuneración abonada según las disposiciones de la norma convencional aplicable (ver fallo anterior a fs. 203vta.), ello no constituye un presupuesto que habilite la aplicación de la norma en cuestión en los términos antes mencionados.

En consecuencia, propongo confirmar en este aspecto el pronunciamiento apelado.

3°) Es turno ahora de ocuparse del recurso de la codemandada Servicio Electrónico de Pago S.A.

Critica la litigante la condena solidaria impuesta con fundamento en el art. 30 de la LCT.

En torno de la cuestión suscitada he sostenido reiteradamente que la solidaridad emergente del citado art. 30 corresponde determinarla en cada caso concreto en función de las circunstancias fácticas que circunscribieron la pertinente cesión, contratación o subcontratación. Para ello es menester interpretar la exigencia de la norma legal referente a "trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia" en armonía con el concepto de "establecimiento" que prevé el art. 6º de la ley laboral en cuanto establece que es "la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa a través de una o más explotaciones"

Desde la precitada óptica de enfoque, considero que en este particular caso la ahora recurrente es responsable por vía solidaria en la condena impuesta en la instancia de grado.

Obsérvese, que de la postura asumida por la ahora recurrente en su escrito constitutivo de la presente "litis" se despende que la actividad desarrollada por la parte consiste en la operación de un sistema electrónico denominado "Pago Fácil" a través de cual se efectúa el cobro de servicios o facturas de empresas contratantes del mencionado sistema. También surge de su relato, que la litigante se vinculó con el empleador de la actora (el aquí coaccionado José Enrique Malecek) mediante un contrato de "agencia" para la operación del mencionado sistema "Pago Fácil" (ver escrito de responde de Servicios Electrónicos de Pago S.A. a fs. 40vta. y fs. 41, peritaje contable a fs. 168vta. y fallo a fs. 204vta.).

En tal contexto, cabe tener en cuenta que la apelante no rebate mediante una crítica eficaz (art. 116 L.O.) los diversos fundamentos brindados por la magistrada que me ha precedido en el sentido que, de la prueba testifical producida en la causa, se desprende la activa participación e injerencia que la empresa recurrente tenía en la actividad desplegada en el establecimiento del codemandado Malecek —en el que prestaba servicios la actora— y en el marco de la contratación comercial de ambas partes, al efectuar la capacitación del personal destinado a cumplir tareas en dicha actividad —incluida la accionante—, como así también la supervisión de la operatoria del establecimiento y en el que, además se exhibía material publicitario de la primera (ver declaraciones testimoniales de D. y D. M. obrantes a fs. 152/vta. y fs. 178/vta. respectivamente y fallo a fs. 204vta./205).

En efecto, más allá de señalar que -a diferencia de lo argüido por la recurrente- no se desprende de las constancias de la causa —y ni siquiera fue invocado por la parte al contestar la acción: art. 356 inciso 2° del CPCCN— que la actividad "principal" del establecimiento donde laboraba la actora fuese la prestación del servicio de cabinas telefónicas y/o de internet (ver relato fáctico formulado al demandar fs. 4/6, rebeldía procesal en la que quedó incurso el codemandado Malecek en los términos del art. 71 de la L.O.: fs. 96, peritaje contable a fs. 160/171 y los aludidos testimonios de fs. 152/vta. 178/vta.). Es menester considerar, que las merituadas declaraciones testimoniales dieron cuenta del desempeño laboral de la accionante como "cajera de Pago Fácil" y no se desprende de los términos en los que fue articulado el escrito recursivo: art. 116 L.O., elementos de juicio que posibiliten concluir que la prestación laboral de la actora -en particular- hubiese estado dirigida al cumplimiento de tareas vinculadas a alguna de las actividades que ahora menciona la apelante.

De acuerdo con lo dicho, puede aceptarse válidamente que la actividad objeto de la contratación en este específico caso quedó enmarcada en la conceptualización de "normal y específica propia" de la codemandada Servicios Electrónicos de Pago S.A. a poco que se considere que la operación del servicio del sistema "Pago Fácil" desplegada en el establecimiento del codemandado Malecek perfeccionó un concreto tramo de la unidad técnica de ejecución y contribuyó al logro de la finalidad perseguida por la primera (conf. arts. 6º y 30 LCT).

Lo hasta aquí expuesto, adunado a los sólidos fundamentos brindados por la magistrada de grado, determina que se encuentran configurados los presupuestos que prevé la precitada normativa para activar la extensión solidaria de la condena en los términos establecidos en dicho pronunciamiento.

4°) Similar reflexión cabe efectuar en orden al progreso del agravante del art. 2° de la ley 25.323 e incluso de la indemnización del art. 80 de la LCT (cfr. art. 45 de la ley 25.345).

Repárese, en que no fue rebatido mediante una crítica razonada (art. 116 L.O.) el segmento de la sentencia de grado en el sentido que el cese contractual fue dispuesto por el codemandado Malecek y de modo injustificado (art. 242 de la LCT) y la actora dio cumplimiento con la intimación exigida por el citado art. 2° de la ley 25.323 al pago de las indemnizaciones emergentes del despido (arts. 232, 233 y 245 de la LCT) y se vio obligada a iniciar las presentes actua-

ciones a fin de procurar su cobro (ver fallo a fs. 202/ vta.). Además, no se verifican circunstancias objetivas en la causa que justifiquen la exención y/o reducción de la responsabilidad con fundamento en el segundo párrafo de la mencionada norma.

Lo propio acontece con la indemnización del art. 80 de la LCT.

Ello es así, porque este tramo de la crítica (art. 116 L.O.) gira en orden a la circunstancia que la parte no fue "la empleadora" de la actora -argumento este con el que también se intenta cuestionar el progreso del incremento del art. 2° de la ley 25.323-, pero es menester considerar que la solidaridad que establece nuestro régimen legal (art. 30 LCT), se encuentra referida a las obligaciones contraídas con los trabajadores y la seguridad social, con motivo de la contratación o subcontratación de tales servicios, entre las que se encuentran las obligaciones cuyo incumplimiento sancionan las mencionadas normas, todo lo cual conlleva sin más a desechar las pretensiones recursivas en tratamiento.

Para concluir, considero menester remarcar que los jueces no tienen obligación de expedirse sobre todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes, sino solo sobre las que resulten conducentes para la dilucidación del pleito. En este sentido, el máximo Tribunal ha señalado que no resulta necesario seguir a las partes en todas y cada una de sus argumentaciones, bastando hacerse cargo de las que resulten conducentes para la decisión del litigio (Fallos 272:225, 274:113, 276:132, 280:320). Desde dicha perspectiva, no encuentro eficaces las demás argumentaciones vertidas en el memorial recursivo para rebatir la valoración antes realizada.

5°) Respecto de los honorarios regulados a la representación y patrocinio letrado de las partes e incluso al perito contador, no se no se aprecian irrazonables en atención a la labor profesional cumplida por cada uno en la etapa anterior, por lo que impulso su confirmación (art. 38 de la L.O.).

6°) Las costas de alzada se imponen a la demandada al resultar vencida en lo sustancial de la cuestión debatida en esta etapa (art. 68, primer párrafo del CPCCN)

Por lo expuesto, de prosperar mi voto correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios por la representación y patrocinio letrado de las partes en esta etapa en el 30% para cada una de ellas que se calculará sobre lo que les corresponde percibir por su actuación en primera instancia (art. 38 de la L.O.)

El doctor *Corach* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Ambesi no vota (art. 125 L.O.).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal *resuelve:* 1) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que decide y fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios por la representación y patrocinio letrado de las partes en esta etapa en el 30% para cada una de ellas que se calculará sobre lo que les corresponde percibir por su actuación en primera instancia (art. 38 de la L.O.). Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la acordada de la CSJN Nº 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach.* — *Daniel E. Stortini.*

Novedades Legislativas

DECRETO 494

Coronavirus (COVID-19) – Medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención de contagios – Prórroga de la vigencia del dec. 274.

Fecha: 06/08/2021

Publicación: BO 07/08/2021

Síntesis: Se establece el marco legal para enfrentar la emergencia de COVID-19, que regirá hasta el día 01 de octubre de 2021 inclusive, disponiéndose, entre los aspectos más relevantes, los parámetros para definir situaciones de alarma epidemiológica y sanitaria, las medidas sanitarias para todo el territorio nacional y las medidas adicionales que regirán en los aglomerados, departamentos o partidos en situación de alarma epidemiológica y sanitaria.

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

RESOLUCIÓN 434 (M.T.E. y S.S.)

Secretaría de Trabajo – Creación del "Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales".

Fecha: 26/07/2021

Publicación: BO 28/07/2021

Síntesis: Se crea el "Programa de Fortalecimiento del Liderazgo de las Mujeres y Diversidades Sexuales en las Organizaciones Sindicales", en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo.

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

RESOLUCIÓN 91 (S.G.E.P.)

Administración Pública Nacional – Retorno a la actividad laboral presencial de trabajadores vacunados contra el COVID-19 – Derogación de la res. 62 (S.G. y E.P.).

Fecha: 13/08/2021

Publicación: BO 17/08/2021

Síntesis: Se establece que las y los agentes deberán prestar servicios en modalidad presencial programada, conforme las adecuaciones que los titulares de cada Jurisdicción, Organismo y Entidad de la Administración Pública Nacional contempladas en el art. 8 de la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional, realicen a fin de dar cumplimiento al "Protocolo Covid-19" aprobado por la "Comisión de Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo" (CyMAT) o al protocolo que resulte aplicable según la normativa vigente. Asimismo, se dispone que serán convocables al retorno a la actividad laboral presencial las y los trabajadores que hubieren recibido al menos la primera dosis de cualquiera de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el COVID-19 autorizadas para su uso en la República Argentina, independientemente de la edad y la condición de riesgo, transcurridos catorce días de la inoculación.

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

RESOLUCIÓN 6 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)

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

Fecha: 06/07/2021

Publicación: BO 07/07/2021

Síntesis: Se modifica la Resolución 4/2021 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.), a efectos de fijar para todos los trabajadores comprendidos en el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley 20.744 (t.o. 1976), en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos del Estado Nacional que actúe como empleador, un salario mínimo, vital y móvil, excluidas las asignaciones familiares, y de conformidad con lo normado en el art. 140 de la Ley 24.013, de $ 27.216,00.- y $ 136,08.- a partir del 1 julio de 2021, de $ 28.080,00.- y $ 140,40.- a partir del 1 de agosto de 2021, y de $ 29.160,00.- y $ 145,80.- a partir del 1 septiembre de 2021, para mensualizados y jornalizados, respectivamente.

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

Dossier

El pensamiento de Estela Milagros Ferreirós: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social y procesal

Emiliano A. Gabet (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría.— III. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente dossier analizaremos el pensamiento de la Dra. María Estela Ferreirós **(1)**. La cita de los artículos de doctrina abarca en gran parte aquellos que se encuentran publicados en la base online de la editorial.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

(1) Obituario de la Dra. Ferreirós redactado por los Dres. Julio Armando Grisolia y María Elena López (ver en https://www.erreius.com/actualidad/2/laboral-y-de-la-seguridad-social/Nota/176/hasta-siempre-querida-estela) "Hasta siempre, querida Estela": Resulta muy difícil evocar la figura de Estela Milagros Ferreirós en momentos tan cercanos a su partida sin que la tristeza aparezca y la emoción nos embargue. Pero es precisamente todo lo que ella representa, el sendero por ella recorrido, sus enseñanzas, su ejemplo, lo que convierte en una necesidad imperiosa rendir un homenaje y, en ese intento, repasar su vasta trayectoria. La doctora Estela Ferreirós, como todos sabemos, fue una gran jurista, una jueza con mayúsculas, una docente de raza y una querida amiga, quien ha dedicado su vida al Derecho del Trabajo. De personalidad inquieta y firme en sus convicciones, fue desde el inicio de su carrera una mente brillante y luminosa; como estudiante, egresó de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (UCA) con diploma de honor y a su vez fue el mejor promedio de su promoción. Luego de ello, ejerció la profesión de abogada, ámbito en el siempre relataba anécdotas de situaciones diversas donde su creatividad e ingenio la destacaron e hicieron que no pasara inadvertida por aquellos a quienes prestó sus servicios profesionales. En el año 1974, ingresó al Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, cuando ya era docente en su querida Universidad Católica Argentina en la materia de Derecho Civil. Como asesora de menores, actuó de manera comprometida y valiente en los momentos difíciles por los que atravesó nuestro país en aquella época. Luego fue Jueza provincial del Trabajo al integrar el Tribunal del Trabajo Nº 2 de San Isidro, donde fue querida y respetada por el foro sanisidrense, del cual viejos y queridos amigos la acompañaron durante estos días hasta su partida. Hasta sus últimos días, fue una jueza destacada, miembro de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de la cual también fue su presidenta. Docente de grado y de posgrado en las materias Derecho del Trabajo y Derecho Civil, y titular desde hace muchos años de la cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires (UBA), donde fue acompañada por adjuntos, jefes de trabajos prácticos y ayudantes, quienes conformaron una gran familia académica y desde la que formó discípulos y especialistas. Magíster, Doctora en Derecho, Previsión Social y Derechos Humanos y oradora como pocas, despertó en sus auditores emociones y gran admiración: fue aplaudida y admirada por sus alumnos y por especialistas, ya que, su oratoria tenía un encanto especial que maravillaba a propios y ajenos. Publicó infinidad de artículos en revistas especializadas de derecho en Argentina y en el exterior y especialmente en la Editorial Errepar, donde fuera colaboradora permanente en la revista Doctrina Laboral. Fue, además, autora y coautora de diversos libros; entre ellos: "El Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires", "Constitucionalidad de la LRT", "Cláusula Penal y Astreintes", "Accidentes de Trabajo", "Enfermedades del Trabajo", "Encargados de Casas de Renta", "Servicio Doméstico", "El fraude en el Derecho

En lo personal, la lectura de los trabajos doctrinarios de la Dra. Ferreirós me llevaron a sus exposiciones magistrales en Congresos y cursos a los que tuve el placer de asistir. Al sistematizarlos, iba tomando forma como un rompecabezas todas las cuestiones que siempre ella destacaba.

La importancia de los principios del derecho, el vínculo del derecho del trabajo con las demás ramas jurídicas, el derecho constitucional e internacional como esa base dura que no se puede soslayar, su preocupación por la protección del trabajador autónomo y la importancia del derecho de daños a la luz de los principios que rigen nuestra materia entre otras cuestiones fundamentales o, mejor dicho, fundacionales. Su visión transversal del derecho es un ejemplo por seguir cuando se trata de analizar o estudiar un tema. El derecho del trabajo no puede concebirse como una isla, es parte de un sistema totalmente interrelacionado.

El presente dossier es un homenaje a una jurista que siempre fue fiel a sus principios y convicciones con las que marco un camino. Se podía estar o no de acuerdo con sus posturas, pero siempre estas encontraban amplios fundamentos que, desde ya, generaban un debate interdisciplinario que resultó fundamental para enriquecer el estudio del derecho del trabajo en nuestro país.

II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

II.1. Constitución y principios generales

II.1.a. Constitucionalismos laboral

La necesidad de la irradiación de la igualdad, la libertad, la solidaridad y la justicia social en las instituciones propias del derecho del trabajo, no significa desprecio alguno por nuestro nunca suficientemente ponderado art. 14 bis, pero también es cierto que no podemos quedar acorralados en la mezquindad de los políticos que lo recortaron entre gallos y medianoche, ni por la misma mezquindad de quienes, a regañadientes y buscando otros objetivos, "tiraron" los tratados internacionales de los derechos humanos como un bloque anexo a la Constitución Nacional. De tal manera, y para entrar en el meollo de la cuestión, digamos que resulta necesario estampar en su texto, los principios fundamentales del derecho del trabajo. Se podrá afirmar que no encontramos una enumeración de los principios de otras disciplinas, pero también es cierto que, de disciplinas milenarias, como el derecho civil o el derecho comercial, no existen necesidades fundamentales, como en nuestro joven derecho del trabajo, donde, si bien es cierto que se ha entendido que el encabezamiento del art. 14 bis con la protección del trabajo en sus diversas formas enuncia el principio protectorio, también lo es que está referido

Civil, Comercial y Laboral", "El Derecho Constitucional del Trabajo. Art. 14 bis", "Colección de Jurisprudencia". Recibió diversos premios; entre ellos, fue condecorada por el Gobierno de la República Federativa de Brasil, en la ciudad de Brasilia, con la Orden Judicial en Grado de Comendador por la actuación judicial y académica en agosto de 1984. Fue conferencista en universidades nacionales e internacionales, entre ellas, la Universidad de Sevilla y París XIII en 1992. Integró el Comité Académico de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales y del Doctorado en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF) y fue docente destacada de ambos posgrados, como asimismo, de las Diplomaturas en Derecho Individual y Colectivo del Trabajo y la Seguridad Social de IDEIDES (UNTREF)-ARTRA. Recorrió el país enseñando y compartiendo sus conocimientos, hasta hace algunos años, de la mano de su fiel e inseparable compañero, el doctor Jesús María Olavarría. Siempre dispuesta, siempre con vocación de enseñar, hasta en el lugar más recóndito. Como presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), fue una conductora tenaz que intensificó la actividad de la institución en brindar formación a sus miembros. Fue organizadora de múltiples congresos, jornadas y eventos llevados a cabo en los últimos veinte años. En el Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo (SADL-ARTRA-UNTREF) de Puerto Madryn de setiembre 2017, realizado en su honor, recibió el homenaje brindado por los socios de la SADL, por los miembros de la Maestría de UNTREF y de las diplomaturas de IDEIDES-ARTRA, y por los integrantes de su cátedra de la Facultad de Derecho de la UBA. Como jueza, fue una luchadora incansable en defensa de aquellos que fueron su preocupación desde siempre, los trabajadores, apelando en todo momento a la reflexión con relación a la importancia de los vínculos y de las relaciones humanas y defendiendo la dignidad del hombre que trabaja y su necesidad de protección. Sus sentencias, sus ponencias, sus publicaciones y conferencias, y sus enseñanzas de vida harán que siga presente en el mundo jurídico inspirando y orientando a las generaciones que vienen. Persona de bien, amiga fiel, protectora de sus afectos, generosa en sus vínculos; fuerte, tenaz, combativa. Su partida deja un enorme vacío en todos los que la queremos y supimos valorarla en su verdadera esencia.

a "todo" el trabajo y que dicho principio sin el acompañamiento debido de muchos otros, no es más que un molde vacío, muy difícil de concretar. El principio de irrenunciabilidad, el de progresividad, el de gratuidad, el de no discriminación, el de continuidad del contrato de trabajo, el de indemnidad, el de justicia social, el de buena fe laboral, el de equidad, el de facilitación de la prueba, el del debido proceso laboral, y el de la necesaria intervención de jueces especializados en el proceso laboral, etcétera. Cuando se reformó la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, esto se comprendió bien y se redactó su art. 39, donde se consignaron algunos de los principios fundamentales; empero, tal decisión no tiene, obviamente, el alcance que le daría su inclusión en la Constitución Nacional.

FERREIRÓS, Estela M., "Constitucionalismo laboral en América y en el mundo", RDLSS 2013-3, 217, cita online: TR LALEY AR/DOC/4844/2013

II.1.b. Crisis y derecho del trabajo

Como es fácil advertir la crisis en la que nos encontramos no es solo la crisis del derecho, y menos aún la crisis del derecho del trabajo. Empero, es importante observar que la transformación a la que me he referido reiteradamente en este trabajo y que nos zamarrea desde el peligro hasta la oportunidad y viceversa, la mayoría de las veces y en cualquier lugar del mundo, contradice los sistemas jurídicos con detrimento de los derechos individuales y sociales. Hay tres aspectos que se han destacado en toda crisis del derecho a la que se llega inexorablemente desde la crisis social, y ellos son la crisis de legalidad, la inadecuación de las formas del Estado y la alteración del sistema de fuentes que debilita la Constitución (LA 1995-A-26). La crisis no resuelta conduce a un estado de emergencia crónica y esta impide superar la crisis. Esta alteración del sistema jurídico conlleva a un sistema de alto grado de peligrosidad, porque en tiempos de emergencia y de crisis se hace necesaria la concentración de poder en manos del Estado dándole una mayor intensidad y abarcabilidad. La emergencia también tiene sus reglas para que no se caiga en exceso de poder con la excusa de salir de ella, y por eso, tengo dicho desde antes, que la crisis genera una lucha entre el derecho y el poder; solo si esa pulseada la gana el primero viviremos en estado de derecho y en democracia, ya que, si la gana el segundo perderemos la libertad. Nada más acertado que fundamentar la declaración de la emergencia en el principio del esfuerzo compartido, como lo hace la ley 25.561. En rigor de verdad, ese es uno de los principios del derecho del trabajo que no se menciona con frecuencia; y es bueno destacar que se trata de un principio altamente ligado a otro como es el principio de nivelación social, ya que, no es posible la vigencia del principio de igualdad, de rango constitucional, si no existe una adecuada equivalencia entre las prestaciones contractuales que son consecuencia de las diferencias de poder entre las personas, como así también en lo atinente a la distribución de la riqueza, ambas íntimamente vinculadas a la distribución del trabajo que permite acceder a los bienes materiales e inmateriales. El principio de nivelación social, derivado del principio de igualdad, se complementa con la idea de proporcionalidad, que implica tratar desigual en proporción a la desigualdad. Se avizora en los últimos tiempos la utilización de una antigua herramienta que siempre da buenos frutos y que es la concertación social; a través de ella se puede alcanzar, seguramente la integración con pacificación y la integración jurídica en el orden social. Después de todo, no debemos olvidar que uno de los bienes más preciados es la paz social y que a ella se llega a través de otros bienes que la crisis nos quiere arrebatar.

FERREIRÓS, Estela M., "La crisis y el derecho del trabajo", JA, cita online: TR LALEY 0003/400035

II.1.c. Principio protectorio

Cuando el art. 14 bis comienza señalando: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes", está dando jerarquía constitucional al principio protectorio. En rigor de verdad, es necesario recordar que antes aún, abarcando ese espectro más amplio y menos específico, se encuentran los principios generales del derecho, que constituyen una fuente reconocida expresamente por nuestro derecho civil en el art. 16, Cód. Civil. En tal sentido, por principio general del derecho se ha de entender una idea rectora o un pensamiento director de una regulación existente o posible. Para un iusnaturalista se trata, en general, de los principios

del derecho natural; para un positivista son los principios básicos del ordenamiento vigente. Claro está que no es imposible combinar ambos conceptos. En el campo propio del derecho del trabajo, donde debido a su autonomía viven principios específicos, tal como el protectorio enunciado, no solo son verdadera fuente de la disciplina, sino que a la vez detentan una función interpretativa e integradora, que sin lugar a duda marca tanto al legislador como al intérprete el límite dentro del cual han de realizar su tarea. La existencia y consecuente enumeración de los principios no tiene por qué ser estática; es más, debe mantener cierto dinamismo acorde con el devenir de los tiempos, y es debido a ello que vengo sosteniendo la existencia de nuevos principios del derecho del trabajo. En tal sentido, el principio protectorio indica para algunos el eje alrededor del cual gira toda la normativa laboral; empero, tengo para mí que ese girar es, en realidad, una consecuencia del porqué de la existencia de este. La relación jurídica individual de estirpe laboral, diferenciada de las demás relaciones jurídicas individuales simétricas, tales como la relación comercial o la civil, requiere, por su propio desnivel, una atenuación de su tensión; atenuación que, por otra parte, aparece como consecuencia de la debilidad de los hiposuficientes en la dinámica relacional. Tal vez lo dicho pueda graficarse imaginándose al legislador ubicado frente al mundo tridimensional de Goldschmidt. Ese mundo en el cual el estamento más bajo representa el estamento de las conductas, donde nos encontramos todos nosotros desarrollándolas; el segundo estamento se encuentra por arriba del primero, donde observamos la presencia de las normas que regulan las conductas que se hallan por debajo; y finalmente, y por encima, se halla el tercer estamento, que corresponde al mundo de los valores, que son los que iluminan las normas para que no sean violados. En ese mundo jurídico tridimensional, hoy, podemos observar que los más débiles ya no se encuentran en el estamento fáctico desarrollando las conductas de todos, sino que se han caído y están a punto de quedar fuera de dicho mundo. Es por ello, que el legislador, frente a ese panorama, debe bajar su mano profundizando hacia abajo la realidad y rescatar a los débiles, entre los cuales están los trabajadores. ¿Cómo lo hace? Atenuando la relación jurídica asimétrica con el principio de protección, y lo lleva a cabo utilizando para ello la discriminación inversa, que es la que permite restablecer la igualdad de oportunidades. Así, siendo la relación jurídica el marco en el cual se insertan los derechos y deberes jurídicos de sus protagonistas, dicha inserción debe estar atenta a la atenuación señalada. En ese andarivel encontramos también la elaboración de otros principios, caros a diversas disciplinas. Así, el *favor debitoris*, el *in dubio pro-reo,* el "abuso de la posición dominante", etc. Por su parte, Alterini hace referencia al *favor debilis.* Este principio central del derecho del trabajo deviene de su autonomía, ya que, de no poseer la relación jurídica laboral esa naturaleza diversa, nada justificaría su razón de ser, y, por otra parte, tampoco se generaría el principio expuesto. Aparece este como una necesaria directiva orientada a mantener la igualdad entre las partes, de manera tal que incluso previene contra la violación del orden público laboral y advierte al legislador acerca de su imposibilidad de generar normas que lo afecten; y al juez, acerca de la aplicación del derecho con respeto de una aplicación subordinada a esta protección especial. En suma, este principio protectorio está orientado a proteger la dignidad del trabajador en su condición de persona humana, devolviéndole, debido a las diferencias que genera la realidad fáctica, la igualdad de oportunidades que se pierden en el seno de una relación asimétrica y que debe atenuar el vínculo a efectos de restituirle la simetría propia de otras relaciones.

FERREIRÓS, Estela M. "El derecho constitucional del trabajo y el principio protectorio", JA, cita online: TR LALEY 0003/401613

II.1.d. Principio de irrenunciabilidad

No es el principio protectorio el único que funciona como columna sostenedora de la disciplina, ni tampoco el principio exclusivo de protección legal que se alza frente a la asimetría de la relación. Es evidente que no resultaría suficiente el esquema que genera la protección legal antedicha si junto a ella no se alzara el principio de irrenunciabilidad, ya que, si el trabajador pudiera abdicar de los derechos reconocidos en las normas a su favor, de nada serviría la regulación legal protectoria. Es por ello, que esta imposibilidad abdicativa resulta una técnica complementaria que quita eficacia jurídica a la

expresión de voluntad de un dependiente que se priva de los derechos reconocidos. Si nosotros observamos el territorio del Derecho Civil, podemos apreciar claramente que el orden público que en él impera abarca una parte no tan extensa de este, tal como resulta ser el derecho de familia, los temas de capacidad, etc. Empero, en el Derecho del Trabajo la constante asimetría de la estructura obligacional conlleva necesariamente un extenso ámbito indisponible, que se convierte en una verdadera protección. Se trata de una forma de garantía de los derechos de los dependientes que se encuentra contemplada en el art. 12, LCT. (t.o. 1976, ALJA 1976-A-128) y que puede hallarse también en los arts. 7º, 13, 15 y 58 del mismo cuerpo legal. La renuncia, como forma de extinción de las obligaciones, enunciada por el Código Civil en su art. 724, es un acto de abandono o abdicación voluntaria de un derecho, que se lleva a cabo por medio de un acto jurídico; y tanto es así, que es consecuencia de lo expuesto que quien renuncie debe poseer capacidad para hacerlo, pero además el acto jurídico consagratorio debe encontrarse, obviamente, carente de vicio alguno. Esto, que es así en cualquier rama del derecho, requiere especial atención y cuidado en un ámbito donde campea la irrenunciabilidad. El señalado art. 12 dispone: "Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción". La disposición nos adentra en el mundo de la ineficacia de los actos jurídicos, y lo hace de manera tal que retira de la escena jurídica el pacto fulminado, reemplaza la situación por lo que corresponde según la disciplina y lo suplanta por lo que debe ser. Así, la sustitución se produce de pleno derecho, impidiendo concretar una disponibilidad jurídica que no está permitida. El art. 7º, LCT. se hace cargo de lo expuesto, y en tal sentido expresa: "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 estas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley".

FERREIRÓS, Estela M., "El principio de irrenunciabilidad", JA, cita online: TR LALEY 0003/401773

II.1.e. Principio de buena fe

La LCT (t.o. 1976, ALJA 1976-A-128) hace referencia a la buena fe en el art. 11, cuando se refiere a los principios de interpretación y aplicación de la ley; empero, donde se aborda concretamente es en el art. 63, en el cual se señala: "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo". En rigor de verdad, el art. 11 es más bien una directiva de aplicación del principio en el momento de interpretación y aplicación de la ley, que puede compararse, aunque no son idénticos, con el art. 16 , Cód. Civil. Por su parte, el art. 63 nos proporciona el ámbito temporal de aplicación del principio, que no es taxativo, ya que, no se agota con su imposición en la celebración, ejecución y extinción, sino que abarca también la etapa precontractual. En esta última los protagonistas del contrato deben brindarse la información del negocio y cumplir acabadamente, entre otras cosas, con el posterior silencio de los hechos a los que hayan podido acceder en las negociaciones. Nace así una responsabilidad precontractual, también en el contrato de trabajo, que genera también en esa etapa, al igual que en las señaladas, un deber de conducta entre los contratantes. Este principio de la bona fide de los romanos ya estaba dirigido, entre ellos, al "hombre medio" como standard que enlaza lo ético y lo jurídico. En ese sentido, se suele afirmar que existe una buena fe creencia y una buena fe lealtad; la primera está más ligada a un elemento subjetivo, mientras que la segunda deja de lado la intención del agente para orientarse más bien al recto entendimiento de las partes sobre la preparación, el contenido, la vida y la extinción del negocio jurídico. Subyace el imperio de la mutua confianza, que convierte a los protagonistas en un buen trabajador y un buen empleador, siguiendo la vieja senda del buen padre de familia. En tal sentido, es casi imposible generalizar sobre su aplicación, ya que, en cada caso habrá de observarse la presencia de deslealtades, ocultamiento, silencios engañosos, etc. Cabe concluir que es uno de esos principios que no rigen con exclusividad, según lo señalado ut supra, en el contrato de trabajo,

sino que es tomado por este del derecho en general, y se adapta a las circunstancias asimétricas de nuestra disciplina. Existe una buena fe contractual que, como ya expresé, comienza a regir en la etapa previa del contrato y se extiende, luego, a lo largo de la vida de este, donde se puede ver dinámicamente ir y venir obligaciones recíprocas. Allí, en el acontecer contractual de cada momento, la fides no está referida solamente al dinamismo de las obligaciones, que se responden una con otra, sino también al cumplimiento de las partes, en el ejercicio de la prestación, como objeto de la obligación, y al cumplimiento recto, con ausencia de dobleces y fraudes, y respeto por la naturaleza propia del acto. En suma, la buena fe en el contrato no solo alcanza a la obligación como entidad jurídica, sino también a la acción como acontecer de conducta fáctica. De allí la exigencia de diligencia en el cumplimiento de las prestaciones, que, en el caso, no debe abarcar solo el cumplimiento desnudo del actuar, sino también el ejercicio del actuar para bien, en una exigencia de responsabilidad, que debe mostrar el acabado cumplimiento de la causa fin de cada obligación contractual y su transparencia absoluta, en una adecuación exigente al ordenamiento jurídico in totum. Se alcanza así no solo lo realmente querido por las partes, sino además, lo querido por el ordenamiento que impone la sociedad.

FERREIRÓS, Estela M., "Principio de buena fe", JA, Cita online: TR LALEY 0003/401929

II.1.f. Principio de continuidad de la relación laboral

El art. 10, LCT (t.o. 1976, ALJA 1976-A-128) establece: "En caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato". Esta norma debe complementarse con el art. 90 del mismo cuerpo legal, que reza: "El contrato de trabajo se entenderá celebrado por tiempo indeterminado, salvo que su término resulte de las siguientes circunstancias: a) que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración: b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen. La formalización de contratos por plazo determinado en forma sucesiva, que exceda las exigencias previstas en el apart. b de este artículo, convierte al contrato en uno por tiempo indeterminado".

FERREIRÓS, Estela M., "Principio de continuidad de la relación laboral". JA, cita online: TR LALEY 0003/401899

II.1.g. Principio de no discriminación e igualdad de trato

Uno de los principios más importantes en el derecho en general y en el derecho del trabajo en particular es el principio de no discriminación e igualdad de trato. Tengo dicho hace ya tiempo que, según el "Diccionario..." de la Real Academia Española, "discriminar", del latín *discriminare*, refiere a la acción de separar, distinguir y diferenciar una cosa de otra. Ello equivale a decir que la discriminación en sí no es ni mala, ni buena, y que algunas veces, sí, es necesaria. Otra cosa es discriminar de manera hostil, estableciendo distinciones sobre la base de grupo, clase o categoría a la que la persona o cosa pertenece, sin tener en cuenta sus propios méritos. Así, se ha señalado que la discriminación, en este sentido, está referida al trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado. Para una apreciación clara, sobre todo en el mundo laboral, debe recordarse que el derecho del trabajo y la seguridad social es fruto de una legítima discriminación inversa, y que la necesidad de esta surge de la hiposuficiencia del trabajador y de la oblicuidad del vínculo obligacional, como elemento esencial de la relación jurídica laboral. Cuando hablamos del principio de no discriminación no nos referimos a esa discriminación legítima y beneficiosa, sino a la hostil, injusta y arbitraria; aquella que es la contracara del derecho de igualdad, estampado en el art. 16, CN (LA 1995-A-26) y que se desgranó infraconstitucionalmente en la ley 23.592 (LA 1988-C-3136) de 1988. Me estoy refiriendo también a los antecedentes en la Constitución de 1819 (art. 110), a la Constitución de 1826 (art. 160), al Estatuto de 1815 y al Reglamento Provisorio de 1817, como así también al art. 6º de la histórica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y a la propuesta de Alberdi de la fórmula "La ley no reconoce diferencia de clases ni de personas". Asimismo, tengo presente que la no discriminación está contemplada en la acción de amparo de nuestra Constitución con respecto a los derechos de incidencia colectiva y en el art. 11, CCABA (LA 1996-C-3797). Todo ello, sin olvidar la normativa específica contemplada en los tratados internacionales de los dere-

chos humanos, que en la actualidad poseen rango constitucional.

FERREIRÓS, Estela M., "Principio de no discriminación e igualdad de trato". JA, cita online: TR LALEY 0003/401766

II.1.h. Principio de primacía de la realidad

Este principio hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera. Hay una prescindencia de las formas, dice Grisolia, para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió. En rigor de verdad, la idea nace en la búsqueda de la distinción clara entre los contratos de derecho civil y el contrato de trabajo, ya que, en los primeros existe una prevalencia casi exclusiva del acuerdo de voluntades, mientras que en el segundo solo se completa dicho contrato a través de la ejecución. Quien dio contenido a este principio y lo hizo con claridad notable fue De la Cueva. Este expresa que la relación de trabajo, una vez iniciado el servicio, se desprende del acto que le dio origen y adquiere una vida independiente. Sin duda subsistirán los acuerdos o cláusulas que otorguen al trabajador beneficios superiores a los niveles legales, pero la vida, la evolución y la muerte de la relación quedarán sometidas incondicionalmente a las disposiciones legales y a sus normas complementarias. En suma, el convenio celebrado no es óbice para que el trabajador sostenga que la realidad de su prestación configura un trabajo subordinado, aun cuando se haya dicho que se trata de servicios libres y dependientes del Código Civil, debiendo imponerse la realidad, porque el derecho del trabajo no protege los acuerdos de voluntades celebrados como tales sino la energía del trabajo del hombre.

FERREIRÓS, Estela M., "Principio de primacía de la realidad", JA, cita online: TR LALEY 0003/401753

II.2. Relación del derecho del trabajo con otras ramas

II.2.a. Derecho del trabajo y derecho civil

Tengo para mí que el derecho es un todo que contempla normativamente las conductas humanas en sus más diversas expresiones. Solo a los efectos de una mayor comprensión y seguridad, se reconocen algunas ramas, que se separan del derecho madre, buscando, sin duda, una mejor regulación de dichas conductas. Hace a una mayor eficiencia jurídica la existencia de algún apartamiento específico y esa es, justamente, la razón de ser de la existencia de las llamadas ramas o especificidades. A mi modo de ver, esto, no solo es bueno, sino que califica en más, cuando se analiza el mundo jurídico. No obstante, penoso sería aferrarse a la diferencia circunstancial que marca "la rama", de manera fanática, olvidándose, en el caso concreto, de la existencia armónica del "todo". Creo que fue un grave error de los laboralistas encerrarnos en algún momento, de manera clausurada, en la normativa laboral, con mirada excluyente de las otras disciplinas. Justamente, una forma de cumplir de la mejor manera los fines del derecho del trabajo y de tener en cuenta su tutela jurídica y la vulnerabilidad de sus sujetos es analizarlo, a la luz del derecho de los derechos humanos, con conciencia de que es una especialidad derivada de un derecho madre y en consonancia con el resto de las ramas nacidas de idéntica matriz.

FERREIRÓS, Estela M., "El derecho del trabajo y el derecho civil", LA LEY del 31/10/2011, 1 - LA LEY 2011-F, 805, cita online: TR LALEY AR/DOC/2552/2011

II.2.b. Derecho penal del trabajo

Este trabajo solo se presenta como una muestra de la enorme y poco advertida relación profunda entre el derecho del trabajo y el derecho penal. Relación que, en ocasiones, ha alcanzado tal compenetración, que fue dando lugar, al nacimiento de una nueva rama de nuestra disciplina, como es el derecho penal del trabajo. En ese andarivel, he tenido el honor de dictar el primer curso sobre derecho penal del trabajo en nuestro país, más precisamente en la Facultad de Derecho de la UBA. Muchos otros siguieron luego y esto quiere decir que a nivel académico se está comprendiendo la importancia que tiene el tema. Empero, no es fácil la comprensión legislativa, como se ha dado en otros países, como España, México, Chile, países nórdicos europeos, etc., ni tampoco la comprensión jurisprudencial, a cargo de los jueces. Es más, algunos

se preguntan, como ya dije: ¿para qué un derecho penal del trabajo? Con el mismo criterio deberíamos preguntarnos para qué un derecho constitucional del trabajo? o ¿para qué un derecho administrativo o tributario del trabajo? En este sentido, me gusta recordar lo expuesto sobre Vidal Albarracín, hace más de treinta años, cuando enseñaba la autonomía del derecho penal económico, del derecho penal social y de un derecho penal administrativo y explicaba, a la vez, al igual que Tissembaum, una conexión entre el derecho penal y el derecho del trabajo, que se manifiesta en delitos previstos en el derecho penal y que se refieren a hechos que afectan el ordenamiento jurídico de la libertad de trabajo y garantías y la convivencia dentro del proceso económico industrial, que puede producirse en virtud de disposiciones de la propia legislación del trabajo, que prevén sanciones penales para el caso e incumplimiento de las obligaciones de hacer, de dar o de no hacer que se consagran en sus respectivos textos con carácter imperativo y en resguardo del orden público laboral. Se trata de un territorio en el que las conductas humanas no responden solo a disposiciones personales de cada individuo, sino a factores estructurales, como la división del trabajo, la seguridad personal, las relaciones jerárquicas con subordinación y un escenario de lucha entre los protagonistas de la relación laboral individual y colectiva, donde las apetencias económicas están legitimadas, pero viven en estado de enfrentamiento. Este, no podemos desconocerlo, tiene consecuencias en la sociedad toda.

FERREIRÓS, Estela M., "El derecho penal del trabajo", JA, cita online: TR LALEY 0003/402661

II.3. Derecho individual

II.3.a. El trabajo autónomo

En este andarivel se hace preciso, entonces, distinguir el trabajo dependiente del fraude. Es que sobran las situaciones en las cuales uno de los elementos esenciales de la relación jurídica laboral, tal como es la causa fin, se ve distorsionado por un vicio del acto, como es el fraude, para generar la apariencia de lo que no es. En nuestro tiempo se hace necesario preguntarse el porqué de tanto fraude en nuestra disciplina y en el seno de su negocio jurídico estrella: "el contrato de trabajo". ¿Es que, tal vez, nuestro derecho laboral ha dejado espacios propios para la protección de quienes trabajan de otra manera? ¿El derecho del trabajo, se ha cerrado sobre sí mismo, en una única defensa a ultranza del modelo tradicional de contrato de trabajo, con insoslayables ingredientes de dependencia económica, jurídica y técnica, y también con reminiscencia de "vasallaje", como lo sostiene Supiot? A diferencia de otras disciplinas, como el derecho civil o comercial, que regulan gran cantidad de contratos, nuestro derecho se ha concentrado en un negocio jurídico laboral, cuyas características hemos descripto *ut supra*. Empero, muchas veces la forma de huir de ese territorio es el fraude. Este es una suerte de cáncer que deforma y destruye el contrato de trabajo, como pocos otros. Se trata de un camino avieso usado a sabiendas de su naturaleza viciosa, que lo condena al territorio, dentro del mundo jurídico, de los actos ineficaces y dentro de ellos, a los nulos o, a veces, a los inoponibles. Pero, la pregunta es, si en ese mundo jurídico, no se desarrollarán conductas laborales no fraudulentas y con características propias. Los que tenemos buena memoria y ya hemos vivido un poco, recordamos, como de triste evocación, los "contratos basura", que supimos importar hace poco más de una década, y que resultaron cuevas de fraude y de desnaturalización de nuestra disciplina. Así terminaron. De manera tal que, obvio resulta señalarlo, no me refiero a ese tipo de contratación "aviesa" y violatoria de la causa fin. Parecería que el derecho del trabajo ha quedado relegado al contrato tradicional, descripto en el art. 21, LCT, y no fuera una derivación razonable del art. 14 bis, CN, abarcativo de un mayor territorio jurídico. Es que más allá de ese negocio especial y central de nuestra disciplina, existen variadas formas que el derecho laboral debe proteger. Señalaba que se viene hablando en diversos ámbitos académicos y en otros lugares del mundo, del trabajo autónomo, que no es lo mismo que hablar del trabajador autónomo propiamente dicho. Por eso, debemos distinguir el trabajo en relación de dependencia laboral, descripto en la LCT (art. 21), del trabajo autónomo con dependencia económica, el trabajo empresarial, el trabajo del socio empleado, el trabajador cooperativo, algunos supuestos de fleteros, profesionales liberales, como los médicos, los abogados, los contadores, los kinesiólogos, los sicólogos, etcétera. Sobre la base de lo

expuesto, se suele generalizar diciendo que hay contrato de trabajo cuando un dependiente se incorpora a una empresa ajena, y esta última asume sus riesgos y dirige las tareas. Empero, nadie puede negar la existencia de trabajo organizado por una persona para sí misma, llevado a cabo según sus decisiones generales, pero que mantiene dependencia económica con otro que elípticamente (no fraudulentamente), recibe la provisión de sus prestaciones de hacer. Países como Colombia, Venezuela, España y muchos otros han aceptado una suerte de protección especial, aunque con variantes sobre la profundidad que detenta el contrato de trabajo tradicional. Obviamente, no nos estamos refiriendo al régimen de la LCT, pero existen supuestos en los cuales profesionales que desarrollan sus tareas en su propio lugar, que la organizan, que asumen sus propias responsabilidades, mantienen un vínculo obligacional, menos oblicuo que el tradicional, pero no sin cierta oblicuidad y quedan constreñidos a atender clientela de una empresa ajena o personas que están vinculadas al otro, con libertad para sus propios asuntos, pero en un volumen que genera importante diferencia de tiempo y de dinero. Allí, en esa organización propia de quien trabaja para otro, se produce un entrecruzamiento de elementos jurídicos a considerar. Suelen ocurrir situaciones de este tipo, sobre todo, para los abogados, los médicos, más allá de que en alguna medida atiendan clientela propia en su oficina o consultorio; con los fleteros, que si bien mantienen una clientela propia, se comprometen a realizar los viajes que requiera otro, de manera innegable e importante. Es incontrastable el hecho de que la regulación del trabajo a domicilio se aparta de los cánones tradicionales, y también que es bueno que así sea; otro tanto ocurre con el teletrabajo, con los remiseros, que prestan servicios prevalentemente y de manera insoslayable para determinados sujetos, con los laboratoristas, que más allá de su propia actividad con clientes propios, resultan casi exclusivos para ese tipo de trabajo, para un sanatorio o clínica. Recordemos que el contrato de trabajo requiere una prestación *intuitu personae* que no se da en este tipo de situaciones, pero que hay un trabajo, con dependencia económica, en tanto y en cuanto, el mayor ingreso nace de las fuentes antedichas y, por otra parte, por más que la organización y el riesgo sean propios, siempre existe un importante margen de enajenación de libertad, que se advierte en no poder negar atención a quien le remiten, en fijar determinados cobros, en llevar a cabo guardias que a lo mejor no dejan de ser un "estar atento y con cierta disposición". No obstante, estos supuestos no se encuentran debidamente regulados en nuestro país. A veces se encuadran forzadamente en un contrato de trabajo, otras se encasillan en una locación de servicios o de obra. Tengo para mí que no es el caso. No está bien que el proyecto de Código Civil en marcha regule la locación de servicios: nuestros viejos civilistas fueron sabios en ese aspecto, cuando trocaron el instituto, sin ambages, por el contrato de trabajo. En ese sentido fueron claros en sus obras Spota, Borda, Llambías, etcétera. Empero, esto tampoco fue una solución o, tal vez, lo fue y dejó de serlo a la luz de las formas modernas. No parece serio "patear la pelota afuera de la cancha". Y no es riguroso, jurídicamente hablando, abandonar estos supuestos de trabajo a otras disciplinas que no se dedican a aspectos de la vida del *homo faber*; es que como decía el ya citado Borda, el derecho civil se ocupa del hombre (y de la mujer) en tanto propietario, ciudadano, etcétera. La persona que trabaja debe tener la protección desgranada del art. 14 bis, CN; el cómo, cuándo y de qué forma, es la tarea que nos aguarda a los juristas argentinos. Personalmente, no comparto *in totum* las legislaciones extranjeras, pero no implica que nuestra situación de desamparo de algunos trabajadores sea mejor. Ellos merecen asociarse para defender sus derechos; tienen derecho al descanso, a una cierta estabilidad, a la Seguridad Social, a la vigencia del principio de indemnidad. Es cierto que muchos de ellos son monotributistas; hay que rever el derecho tributario del trabajo, que es una rama de nuestro derecho del trabajo. También lo es que están incluidos en la LRT (art. 2º, b), empero esta conclusión no se compadece con el resto de la ley. Es que profesiones liberales, que hoy casi no existen en soledad y exclusividad, están pagando un alto precio por el desinterés de la sociedad, y me pregunto yo ¿qué pasa con los cuidacoches de los restaurantes que solo se desempeñan en las puertas y tienen prohibido entrar para evadir una relación de dependencia plena? ¿Qué pasa con los cartoneros? ¿Qué pasa con los contadores que se llevan los documen-

tos a su casa, o a su estudio y desde allí controlan, más allá de otros clientes menores, la contabilidad de las empresas, con gran magnitud y sin poder apartarse de esos compromisos asumidos? ¿Son contratos comerciales? ¿Son contratos civiles? ¿Son contratos de trabajo? Tengo para mí que el derecho del trabajo funciona como un entramado protectorio de todo el que trabaja. Así lo establece nuestra Constitución. Y adelanto desde ya, que no creo que estos supuestos sean contratos de trabajo, tal como los describe el art. 21, LCT, ni que ese sea su régimen; pero tampoco creo que cuando se dan estas situaciones, estemos en el derecho de los propietarios o de los comerciantes, ni en supuestos de fraude. Es un tema de laboralistas, de los legisladores, los estudiosos y los jueces del derecho del trabajo. Es un territorio laboral, donde reina la anomia. En la Argentina no hay un régimen de trabajo autónomo. Si lo afrontamos, contrariamente a lo que algunos piensan, no estaremos limando el contrato de trabajo y su legislación, sino, por el contrario, ampliando adecuadamente la tutela del trabajo tal como está prevista constitucional e internacionalmente. Tal vez los laboralistas debamos adaptarnos a pensar que no todo es blanco o negro, sino que hay grises que si se ignoran, se convierten en contribuciones al debilitamiento del Estado de derecho. En el mundo jurídico las conductas, que son parte de él, no permanecen estáticas, ni taxativas; junto con nosotros mismos, se renuevan, y si, por otra parte, el derecho regula conductas, debemos proceder a la adaptación de lo jurídico a lo fáctico. Es bueno recordar que hace más de 100 años ya y con vigencia actual extraordinaria, Vélez dijo: "Primero son los hechos y después el derecho". He aquí los hechos que aparecen, como alguna vez se señaló, como "el tinglado de la antigua farsa". El derecho del trabajo debe avanzar sobre esos hechos, no solo para su debida modernización, sino también porque es un derecho de tutela y es sabio que así sea; es más, así debe ser, pero lo debilitaremos si no comprendemos que ese territorio jurídico no es monótono y llano, sino que tiene matices y caminos de tutela diversos, con distinta profundidad. El *homo juridicus*, tiene vida, se transforma y en la búsqueda de la igualdad debemos ocuparnos de todos, por eso no basta con proclamar la libertad para que exista, si esta es solo formal, solo sirve para despojar a los más débiles de aquello que los protege, y el trabajador, lo encuadremos donde lo encuadremos, estibador o profesional, absolutamente dependiente o solo económicamente dependiente, con mayor o menor riesgo, siempre es un sujeto vulnerable, en el sentido más humano y jurídico del término. Nuestro derecho, que debe ser siempre legislado y aplicado por especialistas en él, y ha dejado de ser, en algunos aspectos, aquel que con enorme sabiduría pintaba Goldschidt, cuando hablaba del estamento fáctico donde estábamos todos con nuestras conductas y donde ya, valga recordarlo, había más vulnerables que otros. Hoy estamos allí, los que trabajan en relación de dependencia incorporándose a una organización ajena; pero están también, los que se organizan para servir a otros y mantienen un alto porcentaje de dependencia económica y temporal. Así como sostenemos en la actualidad que pertenecen al ámbito personal del derecho del trabajo, los desocupados (Ley de Empleo), los carenciados que buscan y no encuentran trabajo; los que, como se suele decir, se han caído del sistema, no puede dejarse fuera de nuestro 14 bis la diversidad de supuestos no fraudulentos, que funcionan con organización propia o cuasi propia, que enajenan su libertad, en alguna medida, que, con variantes, esperan la prestación económica de envergadura tal, que resulta, sin dudas, alimentaria y esencial. La dimensión socio-jurídica del tema nos invita a una seria reflexión, para incorporar los principios del derecho del trabajo en todo el mundo del trabajo. Después de todo, no olvidemos: "El trabajo, en sus diversas formas goza de la protección de las leyes". Vamos por las diversas formas, que no son ajenas.

FERREIRÓS, Estela M., "Derechos subjetivos inherentes a la actividad del trabajador autónomo". RDLSS 2012-24, 2132, cita online: TR LALEY AR/DOC/10010/2012

II.3.b. Despido por fuerza mayor. Art. 247, LCT

La relación jurídica laboral está protagonizada por la empresa o el empleador empresario y por el trabajador o dependiente. La primera es una organización instrumental de medios personales, materiales o inmateriales, ordenados bajo una dirección para fines económicos o benéficos y en ese marco, el empresario dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas y es con él, con quien se relacionan jerárquicamente los trabajadores. El trabajador es la persona física

que se obliga a prestar servicios en las condiciones previstas en el contrato de trabajo, cualquiera sea las modalidades de la prestación. De tal manera, y merced al poder de dirección, el poder disciplinario, a la facultad de organización y a la situación de hiposuficiencia y dependencia del trabajador, se configura una relación asimétrica. En ella y teniendo en cuenta el principio de buena fe, los principios generales del derecho del trabajo y los estándares jurídicos, hay un protagonista que manda y otro que obedece. Consecuencia de ello, es que el trabajador, resulta ajeno al riesgo de la empresa y no pueden caer sobre él las contingencias económicas de una unidad productiva con fines de lucro. Nuestro Código Civil trata la fuerza mayor y el caso fortuito y en la actualidad, y luego de algunas controversias doctrinarias, se consideran casi sinónimos a los efectos de su aplicación, la cual requiere *imprevisibilidad, irresistibilidad, inevitabilidad, extraneidad, sobreviniencia e insuperabilidad*. Reunidos ellos y en el ámbito del derecho civil y merced a la doctrina asentada en el art. 513 del Cód. Civil, se libera al deudor de la responsabilidad de los daños e intereses por falta de cumplimiento de la obligación, salvo algunas situaciones excepcionales. He señalado al respecto que, cuando el derecho del trabajo se refiere al concepto de fuerza mayor, se hace una referencia a la fuerza mayor exterior a la empresa y la misma afirmación sirve para la falta de trabajo. No obstante, existe una enorme diferencia y es que en el derecho del trabajo, no solo se deben tener en cuenta factores ajenos al giro empresario, sino que debe existir la posibilidad de que se afecte la fuente de trabajo, debido a que se encuentra en juego la conservación del sistema social establecido, ya que, se trata de una legislación de compromiso social. Aquí la excepción se genera no por el nexo entre acreedor y deudor como en el derecho civil, sino por la tendencia a la conservación de la empresa, enfocada desde el punto de vista, jurídico, político, social y económico. Se elige y se busca el menor de los males. A esta diferencia con el *casus* civil, debe añadirse la que existe también con respecto a la teoría de la imprevisión e inmediatamente debe uno preguntar si quiso el legislador cuando estableció el art. 247 de la LCT, acoger la doctrina del art. 1198 del Cód. Civil en el seno de la legislación laboral. La teoría de la imprevisión, de aplicación a los contratos bilaterales conmutativos y unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, bien podría cobijar los contratos de trabajo, cuando la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, permitiendo a la parte perjudicada demandar la resolución del contrato. Empero, bueno es recordar, que esta doctrina, que exige que las circunstancias fácticas que imperan al ser celebrado el contrato varíen al tiempo de su cumplimiento, está elaborada sobre la base de fundamentos que tienen en cuenta una relación jurídica individual igualitaria y no asimétrica; una relación que no conlleva la necesaria asunción de riesgos por ninguna de las partes, más allá de los que naturalmente surgen en una relación de iguales. En la relación jurídica individual laboral, existe una desigualdad entre los protagonistas, que le confiere al vínculo una asimetría que está dada no solo por el poder de dirección del empleador, sino porque él es, además, el dueño de los frutos que se obtengan como resultado. Por eso, para el principal son los mejores resultados, y consecuencia de ello, es la necesaria compensación en los tiempos de crisis, de menores beneficios o de mayores costos que se traduce en la absorción de los débitos y en el hecho de que es él quien queda librado al juego de las pérdidas y ganancias, mientras que el trabajador, ajeno a ello, goza de la protección del principio de indemnidad. Por lo expuesto, es posible concluir, que la norma laboral del art. 247 de la LCT, no encuentra sus antecedentes ni en el instituto del caso fortuito y fuerza mayor, ni en el de la teoría de la imprevisión; en nuestra disciplina la excepción se da como respuesta a la necesaria inserción de la empresa, por pequeña que ella sea, en un consenso social, que la necesita funcionando como ámbito en el que anidan todos los contratos de trabajo, que de otra manera resultarían disueltos.

FERREIRÓS, Estela M., "El despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo", en *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* (dir.) Estela M. Ferreirós, LA LEY 2003-229, cita online: TR LALEY AR/DOC/937/2007

II.3.c. Despido discriminatorio. Reinstalación

Cuando se trata de un despido discriminatorio, el trabajador posee la opción de darse por despedido (con lo cual convalida la ruptura del

vínculo) y reclamar las indemnizaciones de ley, previstas para tales supuestos o puede pretender la reinstalación en el puesto de trabajo. La ley 23.592 se refiere a "quien arbitrariamente, impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionado...". Dejar sin efectos el acto discriminatorio es anularlo. En nuestro caso, se traduce en anular el despido de esas características. Es que, tal como alguna vez señalé, la nulidad es justamente eso, privar de efectos un acto; quitarle su eficacia; no dejarlo vivo en el mundo jurídico, remitiéndolo al sector de la ineficacia. Con esa privación de efectos, es como un acto que nunca ha existido, y, por tanto, las cosas vuelven al estado anterior y el contrato de trabajo debe continuar su vida jurídica, expulsando la antijuridicidad que pretendió interrumpirlo. Es en ese andarivel que López Olaciregui ha señalado que la nulidad tiene la virtud de crear, como necesidad jurídica, que no se produzcan los efectos propios del acto. Se trata de una categoría jurídica dirigida por la ley, hacia la obtención, en la medida de lo posible, del resultado consistente en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el acto fuera otorgado. De ello se deriva el hecho de que el juez no tiene facultades de reemplazar esa nulidad que impone la ley por otra sanción que nazca solo de su criterio. No olvidemos que la ley 23.592 está, dentro de la clasificación de leyes, en la categoría de ley pluscuamperfecta, que el legislador creó como tal, es decir, aquella que genera una sanción, donde la nulidad se acopla a los daños y perjuicios. Es que el legislador quiere que recaiga la más dura de las sanciones, debido a la gravedad de la ilicitud. Cuando un juez cambia en una sentencia la sanción, no solo viola el texto expreso de la ley, sino también el principio de congruencia, propio del debido proceso. En suma, viola el art. 18, CN. No obstante, existen fallos de primera instancia y de algunas salas de la CNTrab. donde se trastroca la condena por una que exponga el contenido del art. 245, LCT, que, como hemos visto, se refiere no a este tipo de despido, sino al despido sin justa causa, con más un adicional que puede ser un año de sueldos o una suma estimada por daños y perjuicios. Esos jueces olvidan que con el inicio de la acción que es un derecho subjetivo, cívico y humano, la parte actora agraviada desdeñó la reparación económica y optó (la opción es un instituto autónomo del derecho procesal) por peticionar la nulidad del acto ilícito y la consecuente reinstalación. Toda sentencia consta de resultando, considerandos y conclusión y funciona como un silogismo. Los jueces, por otra parte, no pueden conceder lo que no se les ha pedido. A mayor abundamiento, la condena de una sentencia impone obligaciones que constriñen al condenado mismo y que encierran prestaciones. Las obligaciones que parecen querer crear estos jueces aparecen como facultativas, con obligación principal y accesoria. En rigor de verdad, es una sola prestación que el deudor puede sustituir por otra. En cambio, en la obligación alternativa la prestación está indeterminada. De cualquier manera, las sentencias judiciales no pueden contener este tipo de condenas, dejando de responder a lo peticionado y dándole la opción justamente al autor del ilícito de elegir cómo quiere reparar, postergando a la propia víctima y actora del proceso en el ejercicio de la pretensión-acción. Se suele justificar esta conducta de los magistrados en el hecho, por ellos, señalado, de que no se puede obligar al empleador a mantener en su empresa a alguien que no quiere y que, al tratarse de una obligación de hacer, tampoco estaría obligado. En primer lugar, no se trata de una obligación de hacer, sino de una obligación de "dar" trabajo. Dando de barato que fuera de hacer (reitero que no lo es), las únicas obligaciones de hacer que quedan fuera del *imperium* judicial, son las obligaciones *intuitu personae* y en el contrato de trabajo el único que tiene a su cargo obligaciones *intuitu personae* es el trabajador. Jamás el empleador. Por otra parte, esto ha funcionado sin problema alguno cuando lo impone la Ley de Asociaciones Sindicales y en otros países del mundo. La jurisprudencia más o menos reciente de la CS nos deja un sabor amargo, ya que, si bien impone la reinstalación, nos enfrenta con tres votos de la minoría que han dejado de lado abiertamente, no solo la ley 23.592, sino el propio derecho civil, el derecho constitucional, los tratados internacionales y los derechos humanos. A mi modo de ver, "Álvarez c. Cencosud", es un llamado de atención sobre el destino del

derecho del trabajo y de su sujeto trabajador, si la integración de tan Alto Tribunal cambiara por algún motivo. Los jueces no podemos dejar de lado el *imperium* que nos otorga la jurisdicción que detentamos. Tenemos que tener presente, porque es nuestro deber, que las obligaciones producen efectos que son los medios por los cuales se satisface el derecho del acreedor (en nuestro caso, el trabajador); nosotros somos, en el ejercicio de ese *imperium* que se nos confiere, los responsables del cumplimiento de esos efectos, ya sean normales, anormales, principales, secundarios y en el cumplimiento de acciones judiciales, voluntarios, forzados o realizados por otro (ver FERREIRÓS, Estela, "Cumplimiento obligacional", Ed. La Rocca). Merced a ese *imperium*, desalojamos inmuebles, adjudicamos tenencias, ordenamos allanamientos, subastas judiciales, privamos de la libertad ambulatoria, privamos a padres de la patria potestad, embargamos bienes, expropiamos, etcétera. La gran pregunta es: ¿por qué no podríamos ordenar la continuidad de un contrato de trabajo; el mantenimiento de un puesto, a favor de una víctima inocente y especialmente protegida por el ordenamiento jurídico? ¿Por qué deberíamos estar, revirtiendo la opción que la ley confiere al trabajador mediante el uso del ejercicio de la acción, entregándosela al empleador, que es quien no solo no tiene derecho a ella, sino que fue quien violó la ley de manera profundamente grave? ¿Por qué podríamos sentirnos habilitados para cambiar una sanción legal como la nulidad con reparación in natura por un sucedáneo, solo habilitado cuando la obligación impuesta es imposible, si nuestro legislador no la consideró tal? ¿Dónde encuentran atribuciones algunos de jueces de diverso rango, para cambiar la nulidad que impone la ley, por una indemnización por embarazo o matrimonio? ¿Dónde se ha escondido o ha quedado olvidada nuestra ortodoxia jurídica y por qué se quieren enviar al desván de las cosas inservibles algunos de los más importantes derechos humanos? Deberíamos, me parece a mí, comenzar a contestarnos.

FERREIRÓS, Estela M., "El empleo y su proyección merced a una estabilidad aceptada a nivel de los derechos humanos. Rechazo del tipo y jurídico de la arbitrariedad como forma de ilegitimidad". RDLSS 2012-2 , 93, cita online: TR LALEY AR/DOC/6031/2013

II.4. Reparación de daños en el derecho del trabajo

II.4.a. Reparación de los perjuicios. El Daño

A veces, se confunde la historia y se cree que en el derecho romano no se admitía la reparación del perjuicio moral. Eso no es así; no solo lo aceptaba, sino que era abarcativo de diversas esferas; tanto, que el derecho francés antiguo aceptó este tipo de reparación, tomándolo del antiguo romano, y lo incluyó en el territorio general de la responsabilidad civil. Empero, una errónea interpretación posterior llegó a creer que el daño moral no había sido aceptado en el ámbito de la dañosidad contractual, como consecuencia de lo cual parte de la doctrina universal, con asiento en este equívoco, llevó a los códigos la idea de que el daño moral contractual no generaba responsabilidad. De tal manera que, con un espíritu altruista, se llegó a creer que con dinero no se podía borrar ese tipo de daño. El error consistió en creer que la reparación pretende "borrar" el daño. Tampoco es así, en el espacio del daño material. Ya que, es tan imposible borrar un daño material como un daño moral. Así, los Mazeaud se preguntan si se puede reconstruir un cuadro quemado o devolver la vista a un obrero ciego. Es que reparar, reitero, no es borrar, eso es imposible; sí, en cambio, es posible colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente, entendido el concepto con cierta amplitud. En el daño material, la suma de dinero entregada le servirá para procurarse lo más cercano posible, si no lo mismo, que lo que poseía. En el daño moral, ese dinero debe permitirle obtener ciertas satisfacciones de orden moral que mitiguen su pena; que resulten, en cierto modo, equivalentes o cercanamente equivalentes, al valor moral destruido. Hay que destacar que las reglas son las mismas para el juez en el caso del daño material o del moral. Sin embargo, estas opiniones históricamente encontradas hicieron que durante algún tiempo solo se hiciera lugar a condenas simbólicas o que se dejara de lado el instituto, en el ámbito contractual.

FERREIRÓS, Estela M., "La indemnización del daño moral y su evolución conceptual y práctica de los últimos tiempos en el derecho común y en el derecho del trabajo", RDLSS 2013-4 , 325, cita online: TR LALEY AR/DOC/4891/2013

II.5. Derecho procesal

II.5.a. Medidas autosatisfactivas

En el campo del derecho del trabajo se ha querido ver una medida autosatisfactiva en la ejecución de la indemnización por despido por falta de trabajo cuando se reconoce el hecho, no se pagó lo correspondiente a ese supuesto y se continúa la discusión por el resto de la indemnización. El tema ha sido abordado con preocupación por los doctores Christian Benítez y Eduardo Loustaunau, en su ponencia presentada en las V Jornadas del Foro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires, en Mar del Plata, el 4 y 05/04/2003. Empero, me parece a mí que cuando existe ese tipo de reconocimiento, en el sentido de que se despidió a la luz de esa causal pero no se pagó, estamos en territorio del art. 718, Cód. Civil, ya que, el demandado reconoció la deuda y no acreditó su extinción. Claro está que si hubiere dudas sobre el monto porque se discute el salario o alguna otra circunstancia de un contrato admitido, y ello fuera acompañado por la posibilidad de un daño con fuerte posibilidad de ocurrencia, nada empece a una satisfacción parcial del reclamo como tutela judicial efectiva y oportuna. He tenido ocasión de referirme *in extenso* al tema antes de ahora y en el análisis de la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o falta de trabajo. La medida parece viable también en el ámbito de nuestra disciplina cuando existe un reconocimiento de deuda salarial, con monto discutido, y el reconocimiento del contrato con la acreditación de necesidad imperiosa en el reclamante; se ve con frecuencia que se ponen haberes a disposición que luego no se efectivizaron. Algunos autores, como Sedita, han sugerido la posibilidad de utilización de medidas autosatisfactivas en el ámbito de la libertad sindical, a la luz de lo establecido en los arts. 47 y 52, ley 23.551 (LA 1988-A-42). El instituto puede resultar de aplicación cuando se encuentra el trabajador en condiciones indignas o peligrosas en su trabajo, a efectos de hacer cesar estas, o cuando, violando los arts. 17 y 81, LCT, o la ley 23.592 (LA 1988-C-3136), se afecte la igualdad ante la ley por actos discriminatorios y también cuando resulte abusivo el ius variandi y el trabajador no quiera darse por despedido. Siempre teniendo en cuenta que la situación debe ir acompañada por la gravedad e inminencia del daño y la necesidad de destruir lo que Benítez y Lostaunau han denominado el freezer judicial, a la luz de la verosimilitud del derecho invocado, se puede pensar en la utilización de las autosatisfactivas en el reclamo del certificado de trabajo o de otra documentación imprescindible, o la devolución de herramientas u otros elementos de uso indispensable y urgente. Finalmente, parece necesario interrogarse acerca del fundamento legal a invocarse, cuando la mayoría de las legislaciones formales locales no contemplan el instituto. Interinamente, y hasta que se comprenda lo útil y agilizable que puede resultar este recurso, podemos encontrar apoyatura legal en la medida cautelar genérica que nos brinda el propio Código de Procedimientos en su art. 232. Allí se hace referencia a las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, y es la norma que está utilizando la mayoría de los jueces en decisiones de este tipo y que ha aceptado la doctrina especializada.

FERREIRÓS, Estela M., "Eficacia y garantía jurisdiccional en la defensa de los derechos laborales. Las medidas autosatisfactivas", JA, cita online: TR LALEY 0003/400120

II.5.b. Incumplimiento de las sentencias judiciales

He advertido, con satisfacción, la preocupación de algunos jueces del trabajo, por el cumplimiento de las sentencias judiciales que dictan. Más aún cuando se piensa que estamos en el terreno de los derechos alimentarios. El juez, sobre todo en el proceso laboral, es un protagonista importantísimo que lleva a cabo no solo el conocimiento y selección de las normas aplicables, sino una necesaria libertad en su tarea hermenéutica y, como bien señalara alguna vez Morello, la revalorización del precedente, las razones que justifiquen (en los hechos y en la actuación concreta del derecho) la experiencia del decidir, cuando no es ya excluyente la posición lógica formal del sentenciante, al abrirse, necesaria y metodológicamente, a posturas dialécticas y argumentativas verdaderamente innovativas y, a veces, la hostilidad a lo establecido. Pero más allá de lo dicho, el juez de trabajo de prever el cumplimiento de la sentencia que dicta, habida cuenta que, con ella, está

brindando elementos para la paz laboral y concatenadamente para la paz social. Preocupada por el incumplimiento de las sentencias que yo dictaba como juez del Tribunal de Trabajo N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro, escribí allá por 1998, un libro que lleva por título "Incumplimiento Obligacional", donde vuelco la impotencia que genera en el juez la violación no reparada por el incumplimiento. En su Prólogo tuve ocasión de señalar: "Lejos ya de pensar en el valor de la palabra empeñada que enorgulleciera a nuestros padres, hoy contemplamos con cierta perplejidad la indiferencia de los incumplimientos y la reproducción de conductas que, de una u otra manera, desequilibran el mundo jurídico que habitamos". En suma, considero que trasciende el derecho y se allega a la moral la preocupación de los jueces por el cumplimiento de sus resoluciones; y una manera de mostrar la gravedad de tal hecho y tratar de que se repare la ilicitud, son los daños punitivos. Otros países del mundo que también han comprendido la situación, como Alemania, expiden sus sentencias, incluyendo astreintes, para el caso del no cumplimiento oportuno de lo resuelto. Se trata de otra forma de conminar. Algunos de nuestros jueces, altamente comprensivos e ilustrados sobre la responsabilidad que llega más allá del solo dictado de la sentencia, establecen, en el momento del dictado, los daños punitivos. Así, en su obra reciente Grisolía señala: "[E]stablecer una tasa diferencial para el supuesto de falta de cumplimiento en término del pago del monto final de condena, con sus aditamentos, implica un justo proceder, toda vez que el deudor que no satisface su débito queda en una situación de inexcusable renuencia , la que legitima y autoriza, a partir de allí y hasta que se produzca la cancelación íntegra y efectiva, la fijación de una tasa diferenciada de interés estimulante de la finalidad del proceso y disuasiva de conductas antijurídicas que pugnan contra el principio de eficacia de la jurisdicción". Se trata de la comprensión de la gravedad, como ilícito que conlleva el no respeto por la decisión de la justicia y de una forma de reparar a la víctima no ya solo del hecho juzgado, sino del desdén del condenado.

FERREIRÓS, Estela M., "Daños punitivos en el derecho del trabajo", LA LEY del 06/03/2012 , 1 - LA LEY 2012-B , 702. Cita: TR LALEY AR/DOC/717/2012

III. Bibliografía (2)

FERREIRÓS, Estela M., "Daño producido por el despido y su reparación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, 1ª ed.

FERREIRÓS, Estela M., "El fraude y sus consecuencias jurídicas", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2007, 1ª ed.

FERREIRÓS, Estela M. - MOREY, Martha A., "Encargados de casa de renta y propiedad horizontal: Antecedentes históricos. Régimen jurídico. Jurisprudencia. Aplicación del Nuevo Régimen de Accidente de Trabajo ley 24.028", Ed. Centro Norte, Buenos Aires, 1992.

FERREIRÓS, Estela M., "Es inconstitucional la ley sobre riesgos del trabajo. Posibles acciones. Responsabilidad civil. Enfermedades fuera del listado. Contingencias. Prestaciones. Comisiones médicas. Procedimiento. Prescripción. Recurso de amparo", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1998.

FERREIRÓS, Estela M., "Incumplimiento obligacional. La relación jurídica. Derecho y acción. Cumplimiento de una resolución judicial, 'Astreintes'. Valuación convencional del daño. Cláusula penal. Doctrina y jurisprudencia", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1998.

FERREIRÓS, Estela M. - OLAVARRÍA y AGUINAGA, Jesús M., "Procedimiento Laboral de la Justicia Nacional del Trabajo: (ley 18.345). Comentada, anotada y concordada. Doctrina, jurisprudencia y legislación", Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2011.

(2) Las obras citadas se encuentran para su consulta en su mayoría en la Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

Aproximaciones al tema de los servicios fictos en el derecho previsional bonaerense

Adolfo N. Balbín (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Elaborando un concepto de los servicios fictos.— III. Finalidad de los servicios fictos y un acercamiento a la legislación bonaerense vinculada.— IV. Presunción de legitimidad del obrar estatal y las exigencias legales principales en torno a los servicios fictos.— V. Servicios fictos e interpretación jurisprudencial.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente trabajo me propongo, como objetivo general, efectuar un estudio descriptivo de una figura especial ubicada dentro del derecho previsional de la provincia de Buenos Aires, como es la de los servicios fictos.

En cuanto a los objetivos específicos, adelanto que busco conocer, de forma general, el tratamiento que se ha dado del instituto antes referenciado en la legislación bonaerense, pretendiendo individualizar sus características centrales tras efectuar una rápida comparación con el sistema jubilatorio ordinario, e investigar las líneas básicas que, en materia jurisprudencial, han tenido los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la provincia apuntada.

Abocándome ahora al método, utilizaré el cualitativo que me permita transitar por la breve investigación que propongo —en línea con los objetivos antes plasmados—, y en cuanto a las técnicas a emplear, trabajaré con el análisis de legislación, y el estudio de casos en el campo pretoriano ya señalado.

He emprendido la escritura de este trabajo a fin de capacitarme en un ámbito especial del derecho de la seguridad social, pretendiendo a su vez brindar una serie de elementos conceptuales para que otras personas también hagan lo mismo en la materia atinente a los servicios fictos, permitiendo así colaborar para el estudio, análisis, aplicación y crítica del dispositivo anotado.

Se sabe que existen numerosas leyes que prescriben las condiciones jurídicas para acceder a una jubilación y pensión. Y seguramente se conocen también, aunque sea de forma muy general, en qué consisten estas. En ese tramo, la utilidad de este trabajo radica en escrudiñar en un campo en que nos topamos con elementos especiales y diferentes de los generales que forman la temática precedente, por lo que es útil avanzar en su investigación no solamente como forma de captar la esencia de los servicios fictos que vertebran el presente artículo doctrinario, sino como técnica para profundizar el estudio del derecho de la seguridad social en general, y del derecho previsional en lo especial, en lo que hace a la Provincia de Buenos Aires.

II. Elaborando un concepto de los servicios fictos

El derecho previsional, receptor de alguna de las características del derecho de seguros nacido a fines de siglo diecinueve, así como también de

(*) Abogado (UNLP). Especialista en Derecho Social —del Trabajo y la Previsión— (UNLP). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Especialista en Docencia Universitaria (UNLP). Profesor adjunto en Derecho Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

atemporales necesidades de las personas, al desarrollarse de manera extensiva durante el curso del siglo veinte —y en lo que va del veintiuno—, y al organizar la trama de mecanismos tendientes a proteger a las personas frente a la contingencia de la vejez, parte de una premisa social (desde la que se pretende, sobre todo en orden a los principios de solidaridad y justicia social, fortalecer los lazos de colaboración y ayuda mutua entre los miembros de una comunidad), y se desarrolla con foco en una presunción de tipo biológica así como en el reconocimiento de un derecho consecuente a esta: en cuanto a la primera, a través del sistema legal se entiende que cumplida determinada edad, las personas han perdido o han visto disminuida su capacidad continuada de trabajo, de modo que la prolongación en la puesta a disposición de su fuerza laboral (en las formas de trabajo dependiente) o bien la continuación de las prestaciones autónomas (en ausencia de aquel), potencialmente, puede acarrear dificultades superiores a las ordinarias, con afectación de la salud entendida en un sentido amplio **(1)**; en cuanto a la segunda, desde el campo disciplinar previsional, y a través de las leyes que con el correr del tiempo se han sancionado, le es reconocido a las personas un derecho de crédito que podrán hacer valer frente a quien hubiera resultado depositario y administrador de los aportes y contribuciones durante la vida activa, y que encuentra una puntual recepción en la regla del rol de caja otorgante, que indica que quien debe pagar a futuro la jubilación o bien la pensión, será aquel organismo en donde se hubieran depositado y acreditado la mayor cantidad de aportes y contribuciones.

Mas partiendo de la presunción de tipo biológica que antes mencioné, y a los fines de reconocérsele al particular el derecho de crédito también referido, se exige de ordinario acreditar, frente a la caja previsional que corresponda, el cumplimiento de dos recaudos legales: uno de tipo subjetivo (traducido en una determinada edad, según la ley) y otro de corte más bien objetivo (el cumplimiento de una legal cantidad de años de servicios con aportes).

Así, los anteriores recaudos son receptados en la mayoría de los sistemas legales previsionales vigentes en la Provincia de Buenos Aires: a tenor ejemplificativo —y en el marco de la jubilación ordinaria—, referencio el art. 24 del dec.-ley 9650/1980 **(2)**, el art. 23 de la ley 15.008 **(3)**, el art. 35 de la ley 6716 **(4)** y el art. 3º del dec.-ley 7918/1972 **(5)**. Agrego aquí el sistema jubilatorio de las Policías de la Provincia de Buenos Aires **(6)**, cuya particularidad es hacer foco, para el acceso a la prestación de jubilación ordinaria, en los años de servicios (conf. art. 28 de dicho cuerpo legal).

Empero, en lo que hace a este trabajo nos debemos concentrar básicamente en la condición legal de tipo objetiva que antes señalé, es decir, en acreditar determinada cantidad de años de servicios con aportes a los fines de poder acceder a una prestación jubilatoria. Ello así puesto que, no obstante el carácter ordinario de dicha exigencia, media en el caso del derecho previsional de la Provincia de Buenos Aires una construcción especial en la que, excepcionando parcialmente el requerimiento objetivo antes mencionado, se permite que una persona pueda acceder a una prestación previsional aún en el caso de que no hubiera cumplimentado la totalidad de años de servicios efectivos con los paralelos aportes ingresados a la caja correspondiente.

(1) Cabe señalar, sin embargo, que para otros autores el fundamento de la jubilación se encuentra en el derecho al descanso con independencia del estado psicofísico en que se encuentra la persona, derivando ello del desempeño laboral durante un prolongado lapso en su vida (ETALA, Carlos A., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 87). A mi modo, ambas construcciones, antes que opuestas, resultan complementarias, puesto que, partiendo del derecho al descanso (que no está exento de aristas cuanto menos dudosas, por ejemplo en lo que hace al monto de los haberes previsionales), la presunción que referí en el texto no admite prueba en contrario.

(2) Régimen Previsional de la Provincia de Buenos Aires (Jubilaciones - Agentes de la Administración Pública), BO 30/12/1980.

(3) Que establece el "Nuevo Régimen de Regulación de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia", BO 16/01/2018.

(4) De la Caja de Previsión Social para Abogados, BO 16/01/1962.

(5) Sistema Previsional para Magistrados y Funcionarios Judiciales, BO 21/08/1972.

(6) Ley 13.236, BO 15/10/2004.

Aquí aparece en escena la figura jurídica de los denominados servicios fictos, a partir de la cual el legislador ha construido una ficción tendiente a considerar completa la antigüedad laboral de una persona a los fines previsionales, en los casos en que esta se hubiera visto interrumpida por motivos ajenos a su voluntad, y de cierta connotación política con sesgo discriminatorio o persecutorio, a partir del ejercicio de prácticas arbitrarias por parte de los gobiernos de facto que dirigieron lamentablemente los destinos de la República en varios períodos de nuestra historia.

A su respecto, la SCBA ha tenido que intervenir en numerosos precedentes relacionados con diversas aristas del tema que ahora pretendo explicar brevemente. En tal senda, dicho Tribunal señaló que el instituto analizado "(...) opera como una ficción que tiene por efecto transformar aquella exoneración o cesantía, emanada de autoridad de facto, en una especie de suspensión sin goce de haberes (por falta de contraprestación) pero computable a los fines previsionales o de antigüedad" **(7)**, subrayando que la ficción de referencia supone la falta de prestación de los servicios, y que permite tener "como cumplidos los períodos de inactividad", tras considerar "como si los servicios se hubieran prestado" **(8)**.

A su respecto, cabe señalar que si el campo de la seguridad social que encuadra este trabajo se llama derecho previsional, es porque el conjunto de prestaciones que en él se organizan parte de una conducta previsora de aquel que, conocedor de sus limitaciones físicas a más o menos largo plazo, paralelamente a haber prestado servicios durante una cantidad importante de años, efectuó los aportes a la caja (o cajas) correspondientes, controlando que su empleador o empleadora (en los casos de relaciones laborales cualificadas por la dependencia) hubiera descontado y depositado las contribuciones paralelas, ambas con destino al derecho del crédito del que hablé más arriba **(9)**.

Entonces, lo que se necesita es la prestación de servicios con los aportes consecuentes, haya o no relación de dependencia, vinculándose ello con la antigüedad mas no puramente desde el punto de vista laboral (tiempo a disposición de un empleador o empleadora) sino propiamente desde el punto de vista previsional, en cuanto a que, como ya dije, si una persona pretende la plena constitución de un derecho de crédito para con una caja previsional, debe constar en su historial laboral la cantidad de años de servicios con aportes suficientes para poder jubilarse.

Pero como dije, la figura de los servicios fictos viene a limitar, parcialmente, dicha exigencia, en tanto se den los requisitos que el legislador entendió convenientes a tales efectos, y que adelanto no tienen exactamente el mismo alcance en los diversos regímenes que se han sancionado en el territorio bonaerense.

III. Finalidad de los servicios fictos y un acercamiento a la legislación bonaerense vinculada

En el terreno de los servicios fictos como parte de la seguridad social, utilizando ahora la clasificación y sistematización que respecto a dicho campo disciplinar efectuó Bernabé Chirinos **(10)**, encuentro claramente plasmados sobre todo los principios de justicia social, solidaridad y el de tutela (el autor mencionado lo denomina como tuitivo).

A su respecto, la creación y aplicación de los sistemas legales que vertebran el instituto de los servicios fictos, supone la concreción de un con-

(7) SCBA, causa B. 61.718, "Krakobsky", sent. del 13/09/2006 (consid. V, párr. 11, voto del Dr. Roncoroni).

(8) SCBA, causa B. 63.942, "Ambrosini", sent. del 23/12/2014 (voto de la Dra. Kogan, consid. 3º, cuarto párrafo).

(9) Cabe diferenciar aquí lo que acontece en una relación laboral con dependencia, de lo que sucede si media una forma de prestación laboral de tipo autónoma: en el primer caso, la persona que trabaja aporta una determinada cantidad de dinero que se descuenta de su salario bruto, y que debe retener y depositar el empleador o empleadora, en tanto los últimos aportan en proporción a aquella remuneración, más de su propio bolsillo, y sin reducir, por ende, el sueldo referenciado; por su parte, en los casos de prestaciones autónomas, el único que deposita directamente es quien trabaja.

(10) CHIRINOS, Bernabé, "Tratado de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Buenos Aires.

junto de dispositivos que tienden a resguardar a las personas frente a contingencias comunes, más en los casos en que se hubieran materializado circunstancias que puntualmente las han afectado a partir de una interpretación y acción promotora de valores ajenos a la vida democrática de un país.

Derivado de ello, en el plano legislativo provincial, la ley 11.207 **(11)** establece una protección para aquellas personas que hubieran sido declaradas prescindibles por aplicación de los decs.-leyes 8595/1976 **(12)** y 8596/1976 **(13)**, prescribiendo la ley 11.729 **(14)**, como causa de la tutela, la exoneración o cesantía basada en razones políticas, gremiales o estudiantiles, o la prisión, exilio o privación de la libertad que no fueren consecuencia de la comisión de delitos comunes **(15)**.

Con un sentido similar, la ley 10.599 **(16)** especificó como cuadro fáctico y subjetivo, la tutela dirigida a aquellos magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial provincial que hayan sido "declarados prescindibles, separados, o forzados a renunciar a sus cargos por causas políticas o gremiales entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 y/o que en cualquier forma no se hubiere cumplido respecto de ellos, con las disposiciones constitucionales pertinentes para disponer su separación del cargo", vinculándose al último ámbito el caso de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial que hubieran cesado de manera incausada a partir del 24 de marzo de 1976 por el régimen de facto, y no hubieran sido reincorporados al Poder Judicial por el Gobierno Constitucional a partir del 10 de diciembre de 1983 o que hubiesen cesado en el cargo por carecer de un nuevo acuerdo del Gobierno Constitucional, con posterioridad al 10 de diciembre de 1983 **(17)**; así como también el de los magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, que hubieren cesado en el cargo con posterioridad al 10 de diciembre de 1.983 por carecer de acuerdo constitucional en su designación, y que contaren con antecedentes en el desempeño de cargos judiciales en la Provincia de Buenos Aires, para los cuales no resultare necesario dicho requisito **(18)**. Se suma a ello el régimen de la ley 14.112 **(19)** aplicable a los magistrados judiciales y funcionarios del Ministerio Público "que hubieran cesado en sus cargos en el período comprendido entre dicha fecha y el 10 de diciembre de 1983 y respecto de los cuales, de cualquier forma, no se hubiere cumplido con las disposiciones constitucionales pertinentes para disponer su separación del cargo".

(11) BO 25/03/1992, aplicable a quienes hubieran revistado en el Servicio Penitenciario o en la Policía, de la Provincia de Buenos Aires.

(12) BO 31/03/1976, que en su art. 1º prescribió "Facúltase al Poder Ejecutivo, hasta el 31 de diciembre de 1976, a dar de baja, por razones de seguridad, al personal de planta permanente, temporario, transitorio, suplente, provisional, contratado o regulado por convenios colectivos de trabajo que preste servicios en la Administración Pública provincial dependiente del Poder Ejecutivo, organismos de la Constitución, descentralizados y/o autárquicos y Palacio Legislativo, que de cualquier forma se encuentre vinculado a actividades de carácter subversivo o disociadoras. Asimismo, estarán comprendidos en la presente disposición, aquellos agentes que en forma abierta, encubierta o solapada preconicen o fomenten dichas actividades".

(13) BO 06/04/1976, que, con similar alcance a la norma anterior, reguló en su art. 3º: "Las bajas serán efectivizadas teniendo en cuenta la necesidad de procurar un real y concreto proceso depurativo de la Administración Pública Provincial, sin connotaciones partidistas o sectoriales".

(14) BO 21/12/1995, aplicable a quienes hubieran desempeñado funciones laborales "en cualquiera de los Poderes del Estado Provincial, Entes Autárquicos, Municipios y el Banco de la Provincia de Buenos Aires, o en ejercicio de cargos electivos o desempeñándose en funciones con mandato fijo al 16 de setiembre de 1955, 5 de junio de 1962, 28 de junio de 1966, y 24 de marzo de 1976" (art. 1º).

(15) Es importante remarcar que esta ley, a su vez, presume que los casos fueron originados en causas políticas, gremiales o estudiantiles, cuando las bajas se hubieran efectivizado en los dos años posteriores a los decs.-leyes 8595/1976 y 8596/1976, y al invocarse sus términos como justificativos legales para la limitación de funciones laborales (art. 1º, segundo párrafo).

(16) BO 22/12/1987, aplicable a los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

(17) Ley 10.839 (BO 16/11/1989), arts. 1º y 2º.

(18) Ley 11.290 (BO 27/08/1992), art. 1º.

(19) BO 21/01/2010.

En ese tramo, ha surgido en la conciencia social la necesidad de responder por los daños provocados por formas arbitrarias del manejo de la cosa pública, en resguardo de un interés claramente protegible y ajeno a aquellas. Con dicha óptica, la SCBA en números fallos ha reiterado: "La finalidad de la ley es clara: facilitar el acceso a los beneficios de la seguridad social a quienes injustamente y por un acto de la autoridad de facto se vieron privados de su empleo. Y la franquicia es ciertamente generosa, bien que proporcionada a los hechos que la generan: se consideran como trabajados lapsos durante los cuales no se prestaron servicios" **(20)**, adicionando que incluso el objetivo del régimen se dirige a reparar la situación dañosa frente a las consecuencias de índole previsional y de antigüedad generadas por ceses forzosos **(21)**.

Llevando dicho objetivo al campo legislativo, la ley 11.207 establece que las personas alcanzadas por esta "tendrán derecho a computar como trabajado el período comprendido entre la fecha de cese efectivo y la sanción de la presente ley", alcanzando el mismo "exclusivamente a los efectos del cómputo para la liquidación del adicional por antigüedad que pudiere corresponder según normas estatutarias vigentes y del tiempo requerido para la obtención de los beneficios previsionales o de retiro" (arts. 1º y 2º) **(22)**; por su parte, la ley 11.729 regula en su art. 2º: "Las personas a las que se refiere el artículo anterior tendrán derecho a computárseles a los fines previsionales y antigüedad como cumplido los períodos de inactividad entre el 16 de setiembre de 1955, al 1º de marzo de 1958, 28 de junio de 1966 al 24 de mayo de 1973 y 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre de 1983".

A su vez, la ley 10.599 prescribe que las personas alcanzadas por esta "podrán computar el período de inactividad comprendido entre el momento en que cesaron en sus tareas hasta la fecha de la presente ley, al solo efecto jubilatorio y a los fines de la bonificación salarial por antigüedad en el cargo" (art. 1º, parte final), a lo que se suma la ley 14.112 que en su art. 3º establece el derecho a computar, al solo efecto jubilatorio, "como tiempo de servicios prestados el comprendido entre la fecha del respectivo cese y el día 10 de diciembre de 1983, además del tiempo de servicio efectivamente prestado en el Poder Judicial".

En esta parte del relato, se puede observar que la "generosidad" de la que habla la SCBA respecto del sistema de los servicios fictos se traduce, en las condiciones legales puntualmente reconocidas, en la posibilidad de considerar como trabajados ciertos períodos en que la persona hubiera sido separada de su cargo por motivos arbitrarios, variando, en lo que hace a cada régimen, la prolongación del plazo que eventualmente puede computarse. Creo conveniente remarcar que, a mi modo, el instituto analizado no debe ser entendido como una dádiva sino más bien como el reconocimiento de un derecho frente a un daño injustamente causado, anidando allí la noción de reparación que antes mencioné, en línea con los principios de la seguridad social brevemente referenciados al principio de este punto.

IV. Presunción de legitimidad del obrar estatal y las exigencias legales principales en torno a los servicios fictos

Continuando con la explicación de los elementos centrales correspondientes al instituto que vertebra el presente trabajo, creo conveniente ensamblar esta con el tan conocido tema de la presunción de legitimidad del obrar estatal, para así poder avanzar con otros componentes ordinarios de aquel.

Trazado dicho plan, se debe recordar que el Estado, como persona jurídica, tiene una voluntad, y esa voluntad tiene como una de las formas ordinarias de expresión (si se cumplimentan las condiciones establecidas legalmente) el acto administrativo, cualificado por gozar de presunción de legitimidad. A su respecto, la doctrina

(20) SCBA, causa B. 63.963, "Pietrasanta", sent. del 04/07/2007; causa A. 71.659, "Bretal", sent. del 19/10/2016, entre otras.

(21) SCBA, causa B. 64.018, "M., J. A.", sent. del 02/09/2009; causa B. 64.493, "Clark", sent del 13/06/2012, entre otras.

(22) A su vez, la ley 12.545 (BO 18/12/2000), también aplicable al personal del Servicio Penitenciario y Policía provincial, estableció que el derecho al cómputo puede cuantificarse entre la fecha del cese y el tiempo mínimo necesario para acceder a la jubilación (sin exceder la fecha de sanción de la mentada ley), aclarando en su art. 2º que el mentado derecho es a los fines previsionales exclusivamente (luego volveré sobre esto).

ha escrito que la mentada característica consiste en suponer "que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales" **(23)**, agregándose que la presunción de legitimidad apuntada no implica "equiparar jerárquicamente la ley y el acto administrativo, sino tan solo afirmar que este, supuestamente, cumple con el ordenamiento", siendo, entonces, "solo un juicio de valor lógico jurídico acerca de la validez de un acto estatal" **(24)**.

Superando lo general del relato anterior, y en el tema específico que ahora me convoca, cabe señalar que si bien el Estado (nacional, provincial o municipal), en el desempeño de un poder dictatorial, dio de baja numerosos agentes prescindiendo de sus servicios, o bien declarándolos cesantes o exonerándolos —de acuerdo con lo apuntado en el punto anterior—, la construcción de la figura de los servicios fictos ha supuesto una limitación de la presunción de legitimidad de los actos por medio de los cuales se llevaron a cabo tales interrupciones laborales, materializándose ello a partir de un interesante conjunto de preceptos normativos y decisiones judiciales mediante las que, al amparo de una nueva democracia y la evolución de los derechos humanos, se fueron elaborando un conjunto de mecanismos tendientes a la protección de las personas cuyos derechos hubieran sido injustamente perjudicados por el ejercicio de un poder ilegal y arbitrario, en este caso, de especiales alcances laborales y previsionales.

Dentro de este tópico, ha dicho la SCBA que:

"(...) [A] los fines del reconocimiento del beneficio previsional, el legislador ha morigerado el principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos que resolvieron, dentro de los períodos temporales taxativamente individualizados en tales normas, el apartamiento de agentes públicos de los cargos que detentaban a la fecha del cese. La Legislatura provincial, al habilitar el reconocimiento de servicios fictos de aquellos agentes que fueron cesados en dichos períodos, ha permitido que los actos de desvinculación, aunque motivados, puedan ser sometidos en el marco de la verificación del cumplimiento de los requisitos para acceder a la jubilación, a un nuevo escrutinio sobre las razones que llevaron a su dictado" **(25)**.

Ahora bien, más allá del reconocimiento del derecho a computar como trabajados, a los fines previsionales analizados en este trabajo, cierta cantidad de años (cuya proporción va a depender del encuadre legal con que se matice la pretensión articulada), lo cierto es que quien reclame el derecho especial, por ley, tiene algunas obligaciones que cumplimentar, entre las que sobresale la necesaria integración de los aportes que se debieron depositar por el plazo que quiera que se compute como ficticiamente trabajado para la jubilación o pensión (lo último, destinado a los casos en los que quienes reclamen sean los derechohabientes, posibilidad también reconocida por las diversas leyes ya mencionadas).

Lo particular de esto es que aquellos aportes previsionales no derivan de servicios prestados, como tampoco deriva de ellos el derecho especialmente consagrado por los regímenes que en el ámbito local vertebran la figura de los servicios fictos. De ello se colige que la obligación de pagar los aportes en proporción a los años ficticiamente trabajados, se constituya en una obligación emanada de la ley, más que del efectivo cumplimiento de servicios **(26)**; lo cual, combinado con el especial alcance de la figura analizada, ha llevado al Superior Tribunal provincial a rechazar planteos tendientes a declarar la inconstitucionalidad de la obligación de depositar los aportes previsionales por el período alcanzado por un régimen de excepción como el de marras **(27)**.

(23) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 1966, p. 368.

(24) COMADIRA, Julio R. — ESCOLA, Héctor J. — COMADIRA, Julio P., "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2018, p. 464.

(25) SCBA, causa B. 59.647, "Mendoza", sent. del 15/03/2006; causa B. 64.077, "Gallardo", sent. del 25/02/2015, entre otras.

(26) SCBA, causa B. 54.860, "Alsina", sent. del 15/04/1997.

(27) SCBA, causa A. 71.659, "Bretal", sent. del 19/10/2016.

Entonces, el o la reclamante deberán integrar los aportes previsionales personales que hubieran tenido que depositar por el tiempo que reclaman se les reconozca como ficticiamente trabajado, estableciendo las leyes aplicables que se podrá afectar hasta un veinte por ciento del monto que le corresponda percibir hasta que la deuda resulte saldada **(28)**; por su parte, quien hubiera ocupado el cargo de empleador o empleadora también deberá correr con la obligación de acreditar las contribuciones respectivas. En esta materia, varias leyes reconocen la posibilidad de que dichas deudas puedan llegar a ser saldadas con la celebración de convenios con la caja previsional.

Además, ahora en un campo más vinculado con una limitación material, he de agregar que si bien el legislador ha regulado en varios supuestos la posibilidad de reconocer ciertos años como trabajados, de ordinario se establece que dicha prerrogativa es al solo efecto previsional, es decir, para obtener una jubilación o una pensión (dependiendo del caso), más sin que se habilite por conducto del mentado reconocimiento la posibilidad de solicitar salarios caídos, o sea, el pago de las remuneraciones que se hubieran percibido por el tiempo interrumpido con la baja, cesantía o exoneración, a partir del ejercicio de una política dictatorial **(29)**. En efecto, se suele establecer que el derecho especial se vertebra exclusivamente a los fines previsionales y de antigüedad, expresiones que no encuentran a mi modo obstáculo en la también utilizada expresión de la "bonificación salarial por antigüedad en el cargo" (ver, por ejemplo, lo que dice el art. 1º, parte final, de la ley 10.599) en tanto que con esta, antes que reconocerse a la persona reclamante el derecho a las remuneraciones no percibidas, se apunta a actualizar el salario básico (a los fines de la cuantificación del haber jubilatorio) a partir de los años que se pretende hacer valer como propios de la carrera laboral.

V. Servicios fictos e interpretación jurisprudencial

Desde el campo disciplinar de la seguridad social se tiende a resguardar y mejorar la condición de vida de las personas en un territorio determinado, matices que obviamente son trasladables al derecho previsional como parte de aquella, en cuanto propende a entretejer mecanismos de tutela frente a las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte. Un mensaje de tamaño alcance no puede derivar sino de la historia y de los principios de aquel campo, así como también del reconocimiento de derechos universalmente protegibles para todos los seres humanos.

No obstante ello (y sin que a mi modo se genere contradicción alguna), en materia de servicios fictos la SCBA ha sostenido de ordinario un criterio que, según entiendo, antes que restrictivo, resulta acorde con la especial y excepcional naturaleza jurídica de aquel instituto.

Recordemos que los servicios fictos implican un alejamiento de la regla jurídica e interpretativa que vincula el derecho a una jubilación o pensión con la regular y ordinaria marcha de una o más relaciones laborales, en las que se combinan tres formas de tiempo: el pasado (en lo que hace, básicamente a la antigüedad, y los derechos derivados de esta), el presente (traducido en el cumplimiento efectivo de servicios laborales, o bien la sustitución de ellos por una causa legalmente consagrada, y vigente el vínculo de empleo, por ejemplo, el goce de las vacaciones o bien el transcurso de algún período de licencia), y el futuro (con cuerpo en la previsión de la que ya hice mención, y a consecuencia de lo cual quien trabaja aporta regularmente, y quien emplea contribuye con el mismo carácter, al compás del tracto apropiativo laboral).

En efecto, si bien a través de los servicios fictos no se desconoce la función constitutiva de los tres tiempos antes mencionados, aquellos suponen la parcial alteración de algunos de estos, al imponerse por ley la consideración previsional de cierta cantidad de años no trabajados,

(28) El porcentaje referido deriva del monto máximo embargable de los haberes jubilatorios, por deudas ordinarias (ejemplos de ello, son el art. 61 del dec.-ley 9650/1980, el art. 50 de la ley 15.008, entre otros, que reflejan en su texto específico las limitaciones que en su hora fueron proyectadas, tanto por la ley provincial 4638 —BO 19/02/1938— así como también, por la nacional 9511 —BO 15/10/1914—).

(29) Conf. art. 3º de la ley 11.207, art. 5º de la ley 12.545, art. 1º de la ley 10.599, art. 2º de la ley 11.729, entre otras fuentes.

en función de la causa ilegítima que impactó en el historial laboral de una persona.

Alineada con la anterior interpretación, la SCBA ha expresado respecto del tema que ahora me convoca: "Las leyes que reconocen servicios fictos son exorbitantes del régimen previsional general y, por ello, deben interpretarse estrictamente y no deben aplicarse a situaciones distintas de aquellas para las cuales han sido dictadas" **(30)**. En este caso, el Superior Tribunal provincial tuvo que resolver respecto de los agravios formalizados por una persona que solicitaba el reconocimiento de servicios fictos por aplicación de la ley 12.394 (mencionada oportunamente). La particularidad de ese precedente fue que el actor había abandonado sus servicios laborales en el año 1974, es decir, dos años antes de que ocurriera el último golpe de estado en nuestro país, y respecto de lo cual obtuvo, en instancia administrativa, decisorios negativos por parte del IPS. A su respecto, más allá del voto minoritario (que entendió procedente la petición actoral tras considerar que las actividades militares de facto en nuestro país habían comenzado antes del año 1976), la mayoría del Tribunal, en órbita con la interpretación estricta de la figura de los servicios fictos, rechazó el remedio extraordinario articulado, señalándose, entre otras interesantes cuestiones, la que sigue:

"(...) [A]un cuando en materia de seguridad social el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder para que no se desnaturalicen los fines superiores que informan las normas respectivas, no cabe admitir que se realice un criterio de valoración de los hechos e interpretación de las normas aplicables que equivalga a prescindir de sus términos (conf. CS, Fallos 326:1950), lo que ocurriría cuando se desconoce el texto legal que regula con claridad cuáles son los requisitos que condicionan el reconocimiento que aquí se analiza" **(31)**.

A su vez, aunque variando el cuadro fáctico del debate (puesto que en la especie se trató de agentes declarados prescindibles en el marco de la ley 11.729, no contemplándola a la mentada causa de limitación laboral como mecanismo para el surgimiento del derecho a los servicios fictos) la SCBA se expidió a favor de una parecida interpretación limitada del instituto apuntado en el expediente "Fiscal de Estado" **(32)**, procediendo de la misma forma en "Novelli" **(33)** expediente en el que la Corte provincial rechazó (también con base en la ya anotada interpretación estricta) el reclamo del actor, cesado del Servicio Penitenciario en el año 1956, tras considerar que no resultaba aplicable en su caso la invocada ley 11.729.

Campeando en la misma línea interpretativa, la Suprema Corte también tuvo que decidir en un caso en el que se reclamaba, con fundamento en la ley 12.394, el reconocimiento de una cierta cantidad de años como ficticiamente trabajados a los fines previsionales. Se trató del fallo "Ambrosini" **(34)** en el cual la actora peticionaba que se le reconocieran servicios por el desempeño del cargo de inspectora, durante el período transcurrido entre el mes de julio de 1975 y diciembre de 1976, a fin de que tal situación de revista sea computada como mejor remuneración tendiente a la jubilación. Esencialmente, allí la Corte rechazó el reclamo con fundamento en que la peticionante no había cesado efectivamente en su lugar de trabajo en el tiempo de la última dictadura militar, sino que había continuado prestando servicios. A su respecto, se expidió manifestando: "Reconocer el derecho a quien pese a cesar en el cargo que desempeñaba permaneció en actividad en el mismo lugar de trabajo, con lo cual no se vio impedido —a los fines previsionales— del cómputo de años de antigüedad durante el gobierno de facto, no ha sido la finalidad que ha tenido en miras el legislador con la sanción del régimen en cuestión", línea desde la cual, además, afirmó que siendo el régimen de los servicios fictos exorbitante del común, "no corresponde realizar interpretaciones extensivas que conduzcan a la obtención de beneficios o franquicias mayores que las estrictamente previstas en él".

(30) SCBA, causa B. 64.018, "M., J. A.", sent. del 02/09/2009; causa B. 64.493, "Clark", sent. del 13/06/2012, entre otras.

(31) Voto del Dr. Soria, tercer párrafo.

(32) SCBA, causa B. 58.923, "Fiscal de Estado", sent. del 17/11/1999.

(33) SCBA, causa B. 55.875, "Novelli", sent. del 20/08/1996.

(34) SCBA, causa B. 63.942, "Ambrosini", sent. del 23/12/2014.

Sin perjuicio de todo lo anterior, también es importante destacar que mediaron algunas excepciones a la interpretación acotada o estricta del instituto de los servicios fictos, en procura de tutelar intereses particulares que de otra forma se hubieran visto injustamente alterados. A tenor ejemplificativo, rememoro ahora el precedente "Torres" **(35)**, en el que el actor, ex policía de la Provincia de Buenos Aires, basándose primeramente en las leyes 11.729 y 12.394 **(36)** para luego (a tenor de una invitación de la Dirección Provincial de Personal) encuadrar su reclamo con fundamento en la ley 12.545 **(37)**, solicitó el reconocimiento en carácter de ficto del período transcurrido entre julio de 1977 y el mismo mes del año 1998, tendiente ello a alcanzar los treinta años de servicios necesarios a los fines de la jubilación ordinaria. El problema estribaba en que la situación del pretensor no resultaba alcanzada estrictamente por la segunda de las leyes, puesto que este no había sido declarado prescindible por los actos individualizados en su art. 1º (decs.-leyes 8595/1976 y 8596/1976), sino por medio de la res. III-1088/77. No obstante esta aparente exclusión, el Superior Tribunal provincial afirmó que dicha interpretación exegética debía descartarse por la injusticia material a que conduciría en el caso ahora señalado. De tal modo, valiéndose no solo de los textos de las leyes, sino también de la intención del legislador, consideró que el Sr. Torres no podía encontrarse en peor situación a otros miembros de la fuerza policial que hubieran sido declarados prescindibles por aplicación de los decretos leyes mencionados, sobre todo en función del mayor perjuicio que se le había causado a este, quien no solamente había sido declarado cesante de su lugar de trabajo, sino que se había tenido que ir del país en ejercicio de la opción normada en el art. 23 de la CN **(38)**, decidiéndose el mentado cese una vez que el actor ya no se encontraba en el país. Así los hechos, referenciando los principios de igualdad, razonabilidad y justicia material, la SCBA decidió que las particularidades del caso apuntado ameritaban la aplicación de una pauta de interpretación amplia en materia de derechos previsionales.

Como se observa, la regla general en materia de interpretación jurisprudencial respecto de los servicios fictos, en lo que hace a la SCBA, es que corresponde una aplicación limitada de estos a tenor de su esencia y alcance especial, ello sin perjuicio de que cabe hacer lugar a una intelección y aplicación más ampliada en los casos en que la lectura taxativa de las normas pueda acarrear perjuicios considerables a la persona, a tenor de los derechos consagrados en las fuentes cimeras.

VI. Conclusiones

Como desarrollé sintéticamente en estas páginas, existe una íntima vinculación entre el cumplimiento de servicios laborales y la jubilación que obtenga a futuro quien desempeñó aquellos, o bien sus causahabientes con derecho, para los casos de pensión.

De tal forma, la jubilación o pensión, como parte del derecho previsional, resultan un derivado jurídico de los servicios desempeñados durante la vida laboralmente activa, debiendo acreditarse a tales efectos un requisito subjetivo relacionado con la edad de la persona requirente, y un objetivo vinculado con el cumplimiento de una determinada cantidad de años de servicios con aportes (y contribuciones) efectivos.

Empero, existe una figura especial dentro del derecho previsional bonaerense en la que no

(35) SCBA, causa B. 65.022, "Torres", sent. del 03/06/2015.

(36) Esta parcialmente modificatoria de la ley 11.729.

(37) Régimen más beneficioso, puesto que, a diferencia de las otras leyes, y tal como lo referencié al inicio de este trabajo, esta permite computar como trabajado no solamente el tiempo en que se extendió la última dictadura militar, sino el necesario para que la persona pueda acceder a una prestación jubilatoria, aunque exceda el primero.

(38) Dicho precepto constitucional establece: "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino".

se exige haber desempeñado la totalidad de los años que pretendieran hacerse valer ante la caja previsional a los fines de reclamar el derecho al crédito previsional, encontrándonos allí con la figura de los servicios fictos.

A su respecto, cabe remarcar que en el campo de la figura mencionada, se exime parcialmente a la persona pretensora de la jubilación respecto de la exigencia objetiva más arriba apuntada, a través de un conjunto de dispositivos legales cuya aplicación depende de las configuraciones fácticas de cada uno de los casos, y que se desenvuelven como una política pública tendiente a tutelar a las personas cuya carrera laboral hubiera sido interrumpida arbitrariamente por conducto de un gobierno de facto.

Se deriva de ello la limitación de la presunción de legitimidad de los actos de gobierno, combinándose tal elemento con la consagración de un derecho de cuño legal del que a su vez emanan una serie de obligaciones a cumplimentar por quien incoa un reclamo invocando la figura de los servicios fictos.

Derivado de lo estatuido en la materia por varias leyes de la Provincia de Buenos Aires —consagratorias del derecho a considerar como trabajados cierta cantidad de años, a los fines previsionales y de antigüedad—, como regla, la SCBA adopta en la materia una interpretación estricta o acotada tendiente a no extralimitar un derecho que entiende debe ser analizado con un criterio riguroso, a fin de no ser aplicado a situaciones distintas para las cuales fue creado.

No obstante, el mismo Supremo Tribunal ha excepcionado tal interpretación acotada, en casos en los que la aplicación del texto riguroso de la ley pudiera acarrear alteraciones a derechos elementales tales como la justicia material, la igualdad o la razonabilidad.

Para finalizar, remarco que en el terreno de la seguridad social entendida en un sentido amplio, y en el campo del derecho previsional que ubico como parte de aquella, al resguardo de los elevados objetivos tenidos en miras en sus orígenes, se han ideado variados dispositivos tendientes a cumplimentar aquellos al son de las contingencias consideradas como subrayables, y al calor del mensaje tuitivo que transversaliza necesariamente la disciplina apuntada.

En este terreno, ha nacido como derecho especial el instituto de los servicios fictos, preceptuado por varios sistemas legales en el territorio bonaerense, cada uno con sus cualidades específicas; figura sobre la que he intentado efectuar un estudio descriptivo con miras a conocer mejor sus particularidades, y a propender a futuro, desde las diversas aristas de la actuación profesional jurídica, a una más sencilla interpretación, aplicación y crítica.

Comentarios Jurisprudenciales

IMPUESTO A LAS GANANCIAS Y JUBILACIÓN

Potestad tributaria. Diferencias entre contribuyentes. La ancianidad como sector vulnerable. Inconstitucionalidad de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Doctrina de la Corte Suprema.

Con nota de Alberto D. Chartzman Birenbaum

1. — Es arbitraria la sentencia que, frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar de que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.

2. — Corresponde declarar la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c), 79, inc. c), 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430, y confirmar la sentencia apelada en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas y, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias de la prestación previsional (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/ JUR/1043/2019, a la cual remite).

3. — La sola capacidad contributiva como parámetro para el establecimiento de tributos a los jubilados, pensionados, retirados o subsidiados, resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido, ya que la falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/JUR/1043/2019, a la cual remite).

4. — El análisis integral de la capacidad contributiva implica que la equiparación de un jubilado en condiciones de mayor vulnerabilidad con otro que no se encuentra en esa situación pasa por alto el hecho evidente de que el mismo ingreso no impactará de igual manera en un caso que en otro, insumiendo más gastos en el primero que en el segundo; la misma capacidad económica está destinada a rendir en ambos casos de manera diferente, desigualando en la realidad lo que el legislador igualó (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/ JUR/1043/2019, a la cual remite).

5. — El envejecimiento y la discapacidad —los motivos más comunes por las que se accede al status de jubilado— son causas predisponentes o determinantes de vulnerabilidad, circunstancia que normalmente obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida y el consecuente ejercicio de sus derechos fundamentales, por ello las circunstancias y condicionantes de esta etapa del ciclo vital han sido motivo de regulación internacional, generando instrumentos jurídicos específicos (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/ JUR/1043/2019, a la cual remite).

6. — A partir de la reforma constitucional de 1994 cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos, resultando transversal dicho imperativo constitucional a todo el ordenamiento jurídico, al proyectarse concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato y sea insensible al momento de definir su política fiscal, ya que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente "a cualquier precio", pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/JUR/1043/2019, a la cual remite).

7. — Con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23, CN), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento.

8. — La garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no solo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes.

9. — Si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tardía reparación ulterior; y, además, el asunto remite al análisis e interpretación de la ley 20.628, de indiscutible naturaleza federal (art. 14, ley 48).

10. — La avanzada edad del actor, la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a la Corte hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo.

CS, 06/05/2021. - García Blanco, Esteban c. ANSeS s/ reajustes varios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/12194/2021]

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara, con alcance específico, la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c); 79, inc. c); 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430.

CSS 023339/2009/CS001

Buenos Aires, mayo 06 de 2021

Considerando:

1°) Que a través de su letrada apoderada, el actor, Esteban García Blanco, cuestionó la retención por impuesto a las ganancias que realizó la ANSeS sobre las sumas liquidadas correspondientes al reajuste de su haber previsional (fs. 241/244 vta.). En dicha ocasión, además, puso de manifiesto su avanzada edad (93 años para aquel entonces), argumentó sobre la improcedencia de la retención efectuada por la demandada y, en subsidio, planteó la inconstitucionalidad de la ley que rige el tributo en cuestión.

La demandada, a su turno, no controvirtió la detracción practicada, sino que se limitó a señalar que ella obedeció a su carácter de "agente de retención" (fs. 249/250 vta.); tal temperamento fue rebatido por la parte actora a fs. 252/253 vta.

Al momento de resolver, el juez subrogante afirmó: "[q]ue en el caso, la parte actora no ha acreditado en autos ni la confiscatoriedad del tributo ni la ilegalidad o arbitrariedad de lo actuado por la ANSeS"; luego -en el párrafo siguiente- consideró que "...en relación a la devolución de las sumas retenidas por la demandada en concepto de impuesto a las ganancias, corresponde expresar que la misma deberá ser requerida ante el organismo pertinente (AFIP) o ante el fuero correspondiente. Ello, toda vez que la ANSeS solo se limita a actuar como agente de retención..." (fs. 254). Dicho en otras palabras: en la misma resolución el juez subrogante rechazó el planteo del actor por no haber acreditado la confiscatoriedad y, al mismo tiempo, se declaró incompetente para dirimir esa cuestión.

2°) Que el actor apeló esa decisión (fs. 255 y fs. 257/259 vta.), sin que la demandada contestase la expresión de agravios (fs. 261, foja sin foliar entre la 261 y la 263, fs. 264). En lo que aquí interesa, llevó a consideración de la Cámara la declaración de incompetencia del juez de grado y, específicamente, cuestionó dicha decisión por desestimar su planteo con relación a la improcedencia de aplicar el impuesto a las ganancias a las sumas liquidadas que se originaron "en diferencias derivadas de haberes mal liquidados..." (fs. 258).

3°) Que, al resolver el recurso del actor, la Sala 3 de la Cámara Federal de la Seguridad Social, por mayoría, se limitó a declarar la competencia del juzgado de primera instancia "...[para] resolver el planteo de impuesto a las ganancias" (fs. 267/268). Sin embargo, a excepción de uno de los vocales, guardó silencio sobre la procedencia -o no- de la retención del impuesto a las ganancias practicada por el organismo previsional.

4°) Que, a fs. 282/286 vta., el actor dedujo recurso extraordinario en el que tachó a la sentencia de arbitraria, pues -a su juicio- eludió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión propuesta en su expresión de agravios. Tal proceder, indicó, resulta lesivo del debido proceso previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional. También argumentó que -en función de su avanzada edad- la omisión en la que incurrió la Cámara lo priva de su derecho a obtener un pronunciamiento útil. De igual modo planteó la improcedencia de la retención practicada por impuesto a

las ganancias y sostuvo que ello afecta el derecho "a la integridad e incolumidad de su prestación jubilatoria" (fs. 284).

Corrido el traslado del remedio federal articulado (fs. 292), la demandada guardó silencio. A su turno, la sala interviniente concedió el recurso en los términos que da cuenta la resolución de fs. 294.

5°) Que, si bien es cierto que el remedio federal no se dirige contra una sentencia definitiva, ello no es óbice para admitir su procedencia cuando, como en el caso, la omisión de pronunciamiento respecto de agravios oportunamente propuestos configura un supuesto de privación de justicia, incompatible con la naturaleza de los derechos en juego y de imposible o tardía reparación ulterior (arg. doc. Fallos: 316:380; 322:1481, entre muchos otros).

Asimismo, el asunto remite al análisis e interpretación de la ley 20.628, de indiscutible naturaleza federal (art. 14, ley 48).

6°) Que la garantía constitucional consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional importa no solo el derecho de acceder a un tribunal de justicia imparcial e independiente, sino el de ser oído y, de ahí, que las decisiones que se adopten hagan debido mérito de los planteos conducentes que realicen los litigantes (arg. doct. Fallos: 317:638, entre otros).

En tal estado de cosas, y con mayor cautela cuando se trata de personas que integran un grupo vulnerable, con preferente tutela constitucional (art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional), se debe tener presente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el citado art. 18, requiere que la tutela judicial resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver, sin dilaciones, las cuestiones sometidas a su conocimiento (arg. doct. Fallos: 339:740).

7°) Que, a la luz de lo expuesto, asiste razón al recurrente, puesto que, frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional en concepto de impuesto a las ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, la Cámara omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar de que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente.

8°) Que lo expresado resulta suficiente para descalificar el fallo de la Cámara por arbitrario (doct. Fallos: 317:638, entre otros). Sin embargo, cabe apuntar que: i) la avanzada edad del actor -que a la fecha tendría 97 años (fs. 87)-; ii) la naturaleza de los derechos involucrados vinculados a la subsistencia durante la ancianidad, como así también la preferente tutela constitucional de la que goza el demandante; y iii) la incontrastable circunstancia de que el reenvío de la causa a la anterior instancia podría conducir a la definitiva privación de su derecho, imponen a este Tribunal hacer uso de la atribución prevista en el art. 16 de la ley 48 y decidir sobre la procedencia de su reclamo.

Sobre tales bases, la cuestión traída a conocimiento de esta Corte guarda similitud con lo decidido en el caso "García, María Isabel" (Fallos: 342:411), cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, se dan por reproducidos por razón de brevedad.

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y -de conformidad con la doctrina del precedente "García"- se ordena a la demandada que proceda a reintegrar a la parte actora los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias sobre el retroactivo reconocido por el reajuste de su haber previsional. Con costas. Notifíquese y devuélvase. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti.*

CS, caso García Blanco c. ANSeS s/ reajustes varios y el necesario camino hacia la defensa de los grupos vulnerables

Alberto D. Chartzman Birenbaum (*)

Sumario: I. Preliminar.— II. Apreciación fundante.— III. A modo de colofón.

I. Preliminar

El presente trabajo involucra el decisorio de la CS de fecha 06/05/2021 en autos " García Blanco c. ANSeS s/Reajustes Varios" donde se declara la arbitrariedad de la sentencia que, frente a su explícito planteo relativo a la improcedencia de la retención efectuada por el organismo previsional en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre su retroactivo por el reajuste de su haber previsional, omitió brindar toda respuesta con relación al punto, a pesar de que se trataba de un agravio cuya consideración resultaba conducente. Asimismo, considera la inconstitucionalidad de los arts. 23, inc. c), 79, inc. c), 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430, y confirma la sentencia apelada en cuanto ordena reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago los montos que se hubieran retenido por aplicación de las normas descalificadas y, hasta tanto el Congreso legisle sobre el punto, no podrá descontarse suma alguna en concepto de Impuesto a las Ganancias de la prestación previsional (de la doctrina sentada en "García", Fallos: 342:411, AR/ JUR/1043/2019, a la cual remite).

II. Apreciación fundante

Los grupos vulnerables que aparecen identificados en el plexo constitucional argentino a partir del art. 75, inc. 23 de la CN han dado pie a una fértil elaboración jurisprudencial en materia de Seguridad Social, fundamentalmente en materia de reajustes de haberes previsionales y de impuesto a las ganancias, a través de distintos pronunciamientos

En los últimos lustros ha cobrado inusitada fuerza entre nosotros la denominación de vulnerable. Señala Carnota **(1)**: Por incidencia del derecho civil (madre de la mayoría de los sectores en los que se descompone el ordenamiento jurídico hoy en día, con exclusión del derecho público), las reglas tutelaban históricamente a quien había sufrido un "daño". Ello dio lugar, en el siglo anterior, a una vigorosa y vertiginosa rama del derecho, como ha sido el derecho de daños, con diversos segmentos que confluían a un mismo objeto, con ascendencia en el art. 19 de la CN, que era su reparación. La prohibición de dañar se desglosaba así en una serie de protecciones particulares o especiales.

(*) Abogado (UBA); licenciado en Relaciones Humanas; doctor en Derecho del Trabajo, Previsión Social y Derechos Humanos (Universidad Nacional de Guatemala); doctor en Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de Tres de Febrero); magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y Relaciones Internacionales del Trabajo (UNTREF); integrante del Consejo de Dirección y Coordinación Académica de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF).

(1) CARNOTA, Walter F., "Hacia una jurisprudencia de la vulnerabilidad", Pensamiento Civil 12-2019.

Daño material, daño moral, daño temido, daño estético, daño ambiental, daño al proyecto de vida, daños y perjuicios en general. La centralidad era que alguien había ocasionado sobre todo en el patrimonio de las personas un efecto nocivo o que causaba un detrimento y que este debía ser reparado. No había daño que debía quedar incólume, sin resarcimiento jurídico.

Interesa advertir que aún con los avances que implicaron primero el derecho del trabajo y luego el de la seguridad social, nunca se dudó mayormente en la existencia y constatación de un daño. Sin embargo, hoy el planteamiento de la cuestión va virando significativamente, y lo que más preocupa es la ausencia de una ley que ponga en valor estas injusticias.

En efecto, llegó un momento que comenzó a preocupar el "peligro" del daño, la "inminencia" del daño, su mera representación conjetural. Ya no fue necesaria la constatación empírica de que se había producido un perjuicio: ahora interesó cuán cerca estuvo la persona de padecerlo o sufrirlo.

Demás está decir que la nueva concepción implicó una noción más humanista y menos patrimonialista del derecho. Ya no interesa solo cómo impacta el daño —o su potencial— en el peculio de la persona. Cunde por el contrario un personalismo humanista que torna al derecho más sensible y agudo a ciertos fenómenos que antes.

Cabe destacar que el legislador actúa para la generalidad de las situaciones, respondiendo a los intereses de la mayoría. Sin embargo, hay que llegar a otro umbral: en palabras de Jeff King, el juzgador "podría preguntarse si, respecto de la política cuestionada, el reclamante pertenece a un grupo que resulta particularmente lábil al prejuicio de la mayoría o al olvido" **(2)**.

Ha sido extenso el camino recorrido en la construcción del concepto de vulnerabilidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos comenzó detectando a los grupos que habían sufrido delitos de lesa humanidad. Luego identificó otros colectivos que habían padecido marginaciones y exclusiones, como ser los pueblos originarios, o las niñas/niños y adolescentes, para finalmente decantar por aquellos que sufren en el goce y disfrute de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales **(3)**.

La mayoría de la Corte Suprema argentina, en autos "Blanco, Lucio" (sentencia del 18 de diciembre de 2018, Fallos: 341:1924), proverbialmente expresó en el considerando vigésimo sexto de la decisión que: "[E]s precisamente en tiempos de crisis económica cuando la actualidad de los derechos sociales cobra su máximo significado. En tales etapas críticas, deben profundizarse las respuestas institucionales en favor de los grupos más débiles y postergados, pues son las democracias avanzadas y maduras las que refuerzan la capacidad de los individuos y atienden las situaciones de vulnerabilidad en momentos coyunturales adversos".

La materia tributaria ha quedado fuertemente impregnada de principios que vienen de la Constitución. Así, podemos mencionar a la legalidad, la proporcionalidad y progresividad del tributo, la no confiscación. La tributación se construyó entre nosotros y en muchas otras latitudes sobre estas bases, ¿ pero de qué manera?

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, en autos "García, María Isabel" (sentencia del 26/03/2019, Fallos: 342:411) precedente citado en la sentencia de la CS que motiva el presente trabajo, como se indicara al comienzo, eximió del pago de ganancias a una jubilada con fundamento en su carácter de "vulnerable", sin que importase si el monto detraído afectaba su capacidad contributiva o si le representaba una quita confiscatoria. Para así resolver, el más Alto Tribunal federal se internó en una categoría novedosa, cual es la vulnerabilidad. Los criterios clásicos no fueron

(2) KING, Jeff, "Judging Social Rights", Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 181.

(3) Ello también tuvo su correlato en materia procesal, en cuanto la efectiva protección de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad "requiere de un proceso regido por el principio de flexibilidad y adaptación de las formas que permita a las partes solicitar o al juez disponer oficiosamente las medidas necesarias para una tutela efectiva, oportuna y eventualmente preventiva". Conclusión 2 de la Comisión Número 1: "Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria", Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Juan, 12,13 y 14 de septiembre de 2019.

suficientes ni bastaron para dar sustento argumental al pronunciamiento. La Corte enfocó el problema en adjudicación bajo el prisma de la vulnerabilidad.

Y compartimos que es necesario integrar a todo el ordenamiento sobre la premisa de la protección de los más vulnerables, puesto que la sensibilidad del Estado debe ser refleja y contundente al momento de definir su política fiscal, ya que dicha política tributaria no puede concebirse como un compartimento estanco, a cualquier precio.

Demás está decir que la Corte venía de algún modo incrementando su preocupación por el colectivo de jubilados y de pensionados. Ya el juez Maqueda, en su disidencia en el caso "Cahais" (sentencia del 18/04/2017, Fallos: 340: 483) en un muy extenso razonamiento argumentó con fuerza la aplicación de la tasa activa (y no de la pasiva) en las acreencias de ese grupo social, aunque allí quedó en minoría a la hora de la votación. Allí aparece —considerando 17— la estimación del grupo vulnerable.

Los vulnerables en un sentido económico y social son minoría política. En el área de la previsión social, los pasivos son soportados por los actuales activos, aunque estos cada vez se desdibujan al bajar la relación entre unos y otros en el plano demográfico.

II.1. Del antecedente "García"

Allí como se esbozó se entendió que la accionante no debía tributar ese impuesto por ser vulnerable. Una combinación de su edad y de su estado de salud llevó a la mayoría del Supremo Tribunal a entender que debía ser un colectivo eximido de pagar dicho tributo. No se trata, entonces, ni en la recaudación ni en las erogaciones de una política discrecional que a su gusto haga la selección técnica de necesidades y fines, sino de una política constitucionalmente juridizada que debe auscultar, racional y objetivamente en el sistema axiológico de la constitución, cuáles son los 'para' (finalidades) a los que se han de destinar anualmente los recursos a conseguir y los gastos a realizar" **(4)**.

Empero, no se requirió una gran tarea probatoria. El Tribunal gira en torno a las categorías que había pergeñado el art. 75, inc. 23 incorporado luego de la reforma constitucional de 1994. Poco interesaba, como antes, acreditar la confiscación del tributo, o la capacidad contributiva del sujeto percutido. En este orden de ideas y de experiencias, queda claro que el juzgador adopta una postura mucho más protagónica y activista que en el molde procesal clásico. La jurisdicción protectoria de los vulnerables requiere de una judicatura activa y vigilante ante posibles conculcaciones de derechos. Ello requiere nuevos esquemas procesales.

Es que a través del mecanismo de la sentencia exhortativa, va a entrar nuevamente en el "diálogo inter-poderes" para que el órgano legislativo dicte una norma general y abstracta que sirva de efectivo parámetro para la vulnerabilidad, ello tiene una urgencia palmaria.

La decisión de la Corte a la que aludimos en el caso "García Blanco" tiene profundas implicancias para el derecho de las minorías. Aquí no solo se afirma la existencia de un grupo vulnerable, sino que, en el juego y diálogo de los poderes del Estado, se les dice a estos que ese colectivo queda sustraído del poder tributario.

Aquí la Corte desafía a los poderes políticos porque les está diciendo que no regularon con suficiente precisión al poder tributario. Que, al concebir al impuesto a las ganancias, satisfizo el recaudo de la legalidad tributaria pero que no lo matizó suficientemente con la necesaria sintonía que a su criterio requiere la existencia de vulnerables. Que el actor no debe pagar ese tributo hasta tanto el Congreso de la Nación se haga cargo del impacto de la vulnerabilidad y dise-

(4) BIDART CAMPOS, Germán J., "El orden socioeconómico en la Constitución", Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 356. El autor critica acerbamente la tendencia a someter a los derechos al rasero del presupuesto. Sin embargo, la Corte ahora va más allá y transforma los parámetros clásicos de la tributación que tenían anclaje constitucional (arts. 4°, 16, 17, 75, incs. 2° y 8°), con una pauta análogamente suprema: el art. 75, inc. 23 CN. Se trata de la "posconfiscación". CARNOTA, Walter F., "La inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias por vulnerabilidad (La era de la posconfiscación)", La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 8 de mayo de 2019, p. 7. Allí afirmamos que, sin la lente de la vulnerabilidad, "difícilmente se logre comprender un trato tributario distinto al del trabajador".

ñe una ley tributaria acorde, y que: reiteramos: A partir de la reforma constitucional de 1994 cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos, resultando transversal dicho imperativo constitucional a todo el ordenamiento jurídico, al proyectarse concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato y sea insensible al momento de definir su política fiscal, ya que, en definitiva, el sistema tributario no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente "a cualquier precio".

Sin embargo, aquí la Corte decidió avanzar en esa dirección protectora, reconoce que la temática deberá ser abordada por el órgano competente para fijar tributos, que es el órgano legislativo.

III. A modo de colofón

Los jubilados representan uno de los grupos más vulnerables de nuestra comunidad. Pese a eso, en algunos casos son alcanzados por el Impuesto a las Ganancias. Este tributo sustrae una porción sustancial de sus ingresos a personas de avanzada edad y que se encuentran generalmente fuera del mercado laboral.

El haber jubilatorio no es una concesión graciable del Poder Administrador. Por el contrario, es un derecho en sentido fuerte consagrado constitucionalmente y por los tratados internacionales de derechos humanos.

Las jubilaciones, pensiones o retiros no configuran el concepto de "ganancia" pues, en verdad, ningún miembro del sector "pasivo" presta servicios u obtiene rentas, enriquecimientos o rendimientos merced a una actividad. De ahí que los tribunales han considerado que, en verdad, se trata de un "débito social que se cumple reintegrando aportes efectuados al sistema previsional".

Esta situación fue contemplada en el precedente "García", como la misma CS lo cita en el presente caso García Blanco, y que hemos aludido. En este caso, la Corte sostuvo que no debía perderse de vista el estado de mayor vulnerabilidad de los jubilados. En particular por su avanzada edad u otras situaciones particulares, como puede ser problemas de salud. Esta decisión fue seguida por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba en otros casos.

"Las jubilaciones, pensiones o retiros no configuran el concepto de "ganancia" pues, en verdad, ningún miembro del sector "pasivo" presta servicios u obtiene rentas, enriquecimientos o rendimientos merced a una actividad".

Entonces, los jubilados alcanzados por el impuesto a las ganancias pueden cuestionar judicialmente su aplicación y proteger así su fuente de ingresos. Existe un mandato constitucional, reforzado a partir de la reforma de 1994, que impone la obligación de la totalidad de los poderes estatales de garantizar el efectivo goce de los derechos. En particular, cuando se trata de un colectivo especialmente vulnerable.

El conjunto de la población económicamente pasiva está inmerso dentro de este colectivo vulnerable. Es más, al menos desde 1957 con la incorporación del art. 14 bis a la CN, deben ser considerados como sujetos de preferente tutela. Esto es así porque ellos están en una situación absolutamente diferenciada respecto del resto de los individuos sujetos al poder de imposición del Estado.

En conclusión, resulta inconstitucional la aplicación del impuesto a las ganancias a los jubilados. Esta conclusión tiene respaldo jurisprudencial, tanto en la provincia de Córdoba, que citamos como en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El respeto de los derechos de los más vulnerables es una obligación constitucional y, en fin, asumir esa tarea está en manos del Poder Judicial, sin perjuicio de que el Poder Legislativo, de una vez por todas atienda a este sector, con una ley protectoria en honor a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores por parte de cada Estado Parte de la OEA y del Mercosur.

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

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

Con nota de Juan J. Formaro

1. — El art. 4° de la ley 26.773, que establece la opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común, es inconstitucional, toda vez que pretende escindir la tutela mínima —a cargo de la aseguradora— del deber de reparar plenamente —en cabeza del empleador— que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier víctima de un daño.

2. — Es improcedente la regresión normativa en la medida que, al establecer la opción excluyente entre la acción sistémica o de derecho común, se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba, reduciendo claramente el nivel de intensidad de la tutela jurídica. La ley 26.773 plasma un marcado cambio de dirección, a punto tal que retrograda de modo manifiesto la protección del sujeto de preferente tutela constitucional a la que debe propender la legislación.

3. — El art. 4° de la ley 26.773 conculca el principio de indemnidad, pues al impedirle al operario accidentado o enfermo por causas vinculadas al trabajo, y que percibió las prestaciones de la ley especial, el acceso a la reparación integral del daño deja subsistentes daños laborales sin reparación. Tal situación que se traduce en una indemnización se avizora como carente de integralidad y afecta los postulados del art. 14 bis de la Constitución nacional, y los principios de progresividad, propiedad.

4. — El art. 4° de la ley 26.773 enfrenta al trabajador a la disyuntiva de cobrar —relativamente— rápido el importe, en hipótesis, menor que le otorga el sistema asistencial especial, renunciando al resarcimiento pleno que le corresponde por imperativo constitucional; o peticionar judicialmente la reparación integral del daño en el marco de un proceso que puede demorar varios años, con el riesgo de que el tribunal interviniente juzgue no configurados los presupuestos de responsabilidad civil y, de ese modo, no percibir resarcimiento alguno, aunque la aseguradora reconociera adeudar las prestaciones del sistema.

5. — Con la vigencia de la opción excluyente el trabajador incapacitado se encuentra obligado a abdicar de su derecho a una reparación íntegra por parte de su empleador sin recibir ningún beneficio ni contraprestación como consecuencia de aquello, obteniendo solo la indemnización tarifada a cargo de la aseguradora —exonerando por completo al empleador—, a la que siempre tuvo derecho.

6. — El ejercicio de la opción excluyente altera la posición inicial de plena igualdad del sujeto damnificado respecto de otro que —en iguales condiciones originales— adoptó un camino diferente.

7. — La pretendida aplicación del art. 4 de la ley 26.773 conduciría, en el caso, a una afectación constitucional de los derechos de la actora de obtener una reparación por el infortunio, cuya acreditación no ha podido ser desvirtuada por la accionada (del voto del Dr. Genoud).

SC Buenos Aires, 11/05/2021. - Vera, Isabel c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ enfermedad-accidente.

[Cita on line: AR/JUR/36184/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se declara la inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 26.773.

Causa L. 124.807

La Plata, mayo 11 de 2021.

Antecedentes

El Tribunal de Trabajo N° 4 del Departamento Judicial de La Plata hizo lugar parcialmente a la acción deducida, imponiendo las costas a la demandada por resultar vencida (v. fs. 141/150 vta.).

Se interpuso, por el Fisco provincial, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. presentación electrónica de fecha 17 de septiembre de 2019).

Dictada la providencia de autos, encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia y ante la insuficiencia del valor de lo cuestionado en esta instan-

cia extraordinaria, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente cuestión

¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la cuestión planteada la doctora *Kogan* dijo:

I. El tribunal de grado declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 (en su versión anterior a la reforma de la ley 27.348) e hizo lugar parcialmente a la demanda que la señora Isabel Vera promovió contra la Provincia de Buenos Aires, condenando a esta última al pago del resarcimiento tarifado previsto por el régimen especial de reparación de infortunios laborales (arts. 6, 14 apdo. 2 inc. "a" de la ley 24.557 —texto según decreto 1694/2009— y 3 de la citada ley 26.773; v. fs. 141/150 vta.).

Para así decidir, en el veredicto declaró acreditado que el día 12 de septiembre de 2016 la actora sufrió un accidente de trabajo que le provocó una minusvalía —conforme el método de la capacidad restante— del 9,05% del índice de la total obrera (v. fs. 141 vta./142 vta.).

En la sentencia, el juzgador indicó que hallándose el reclamo de autos dirigido a obtener la reparación integral —con sustento en normas del derecho común— de los daños y perjuicios padecidos por la trabajadora como consecuencia del infortunio laboral, así como también las prestaciones dinerarias con fundamento en la ley 24.557 y, toda vez que a la fecha del siniestro objeto de la litis se encontraba vigente la ley 26.773 (que en su art. 4 prescribe la opción excluyente de acciones), correspondía —frente al planteo formulado por la parte actora en su demanda (v. fs. 42/44) respecto de la limitación de la doble vía— pronunciarse al respecto (v. fs. 144 y vta.).

Con sustento en precedentes del mismo tribunal y en doctrina autoral, sostuvo que, si bien existió una añosa tolerancia jurisprudencial a la opción excluyente contendida en la ley 9688 en sus distintas versiones, tal posición, según apuntó, no resultó pacífica. Por otra parte, continuó diciendo que esa incongruencia fue superada a partir del art. 39 de la ley 24.557, que, si bien provocó una serie de insostenibles injusticias, también actuó como un eficaz revulsivo de las mismas. A partir de entonces, explicó, los superiores tribunales, tanto nacionales como provinciales, encadenaron una serie de sucesivos fallos que, enfatiza, impiden retrogradar legal, jurisprudencial y doctrinariamente hacia la reinstauración de la opción en cuestión (v. fs. 145 y vta.).

Destacó el juzgador que no puede existir un subsistema de reparación de daños excluyente del común, y que, de ser ello así, siempre deberá complementarse y articularse en cuanto resulte más beneficioso para la víctima, en conjugación de las distintas vertientes de atribución de responsabilidad, evitando la superposición o duplicación de reparaciones. Señala que esta situación se encuentra afianzada en nuestra jurisprudencia desde hace años y no puede desandarse, sino por conducto de quebrantar el principio de progresividad (v. fs. 145 vta. y 146).

Expuso que la ausencia de razonabilidad de la opción excluyente viola los principios básicos de indemnidad, protección especial e irrenunciabilidad, al obligar al trabajador, en estado de necesidad, a tomar una decisión crítica que implica una renuncia a priori de una hipotética o eventual mejor reparación (v. fs. 146).

Con todo, declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773 por considerar que colisiona con lo normado por los arts. 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 75 incs. 12 y 22, 109 y 121 de la Constitución nacional; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Convenios 17, 42 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo, habilitando consecuentemente la reunión de pretensiones intentada por la actora en las presentes actuaciones (v. fs. 146 vta.).

Luego, el tribunal de origen sostuvo que no podía atribuirse a la demandada responsabilidad civil que se proyecte en obligación de resarcir a la trabajadora, toda vez que no se había logrado acreditar en autos la intervención de cosa riesgosa o viciosa, ni acción u omisión del Fisco provincial que hubieran incidido causal ni concausalmente en la ocurrencia de la contingencia objeto de litis, correspondiendo en consecuencia rechazar la acción por el reclamo en concepto de reparación integral con sustento en derecho común (art. 499, Cód. Civ. velezano y 726, Cód. Civ. y Com. de la Nación; v. últ. fs. cit.).

En cambio, juzgó que debía prosperar la pretensión vinculada al pago de la prestación dineraria por incapacidad parcial, permanente y definitiva en los términos de los arts. 1, 6, 12 y 14 apartado 2 inc. "a" de la ley 24.557, así como también la indemnización adicional contemplada por el art. 3 de la ley 26.773, pues sostuvo que se comprobó, en la especie, que la actora sufrió un accidente de trabajo que la incapacitó en un 9,05% del índice total obrera por secuela de esguince severo de tobillo izquierdo (v. fs. 147).

En tales condiciones, condenó al Fisco provincial a abonar a la señora Isabel Vera la suma de $142.773,60, superando dicho importe el piso mínimo fijado por la resolución de la Secretaría de Seguridad Social 387-

E/16. Finalmente, determinó que el monto de condena devengaría intereses a la "tasa pasiva digital" que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires, ascendiendo tales accesorios a $116.218,90 (v. fs. 147/149 vta.).

II. Contra dicho pronunciamiento se alza la legitimada pasiva mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia la violación de los arts. 5, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 75 incs. 12 y 22, 109 y 121 de la Constitución nacional; 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convenios 17, 42 y 102 de la Organización Internacional del Trabajo; 39 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 4 de la ley 26.773 y 44 inc. "d" y 47 de la ley 11.653.

Se opone a la definición de grado que declaró la invalidez constitucional del art. 4 de la ley 26.773, en cuanto establece la denominada opción excluyente para promover acciones judiciales en materia de responsabilidad por daños derivados de accidentes o enfermedades del trabajo.

En tal sentido, argumenta que dicho precepto no transgrede los principios de progresividad, irrenunciabilidad, libre acceso a la justicia e igualdad.

Alega que las modificaciones que la nueva normativa introduce no implican un simple ajuste legislativo, sino una verdadera reforma de fondo del régimen de riesgos del trabajo, que avanza en una respuesta legal superadora de los factores más controvertidos de dicho sistema reparatorio, estableciendo prestaciones plenas, justas, integrales y de percepción inmediata, dando previsibilidad y certeza a los actores sociales en el marco de especificidad que le es propio. Todo ello —afirma—, con el debido respeto de los enunciados categóricos, principios y reglas tuitivas del art. 14 bis de la Constitución nacional.

Sostiene que el criterio optativo y excluyente que propicia la ley tampoco se encuentra en pugna con la garantía de libre acceso a la justicia y el derecho de propiedad por privación de una reparación integral del daño amparados por la Constitución nacional. Un razonamiento en contrario —explica— importa tanto como acumular dos beneficios que responden a la misma finalidad resarcitoria, ocasionando con ello un indebido enriquecimiento en cabeza de los trabajadores o sus derechohabientes.

Refiere que no es el camino correcto el de acudir a infundados argumentos a efectos de derribar una normativa que, de facto, es de carácter público y ha sido creada —como instrumento de protección social— con el fin de corregir la imperfección estructural del sistema de prevención y reparación de los siniestros laborales regulado por la ley 24.557.

Alega que, si bien los jueces deben desentrañar la significación jurídica de las leyes, y que ello los obliga a superar las rígidas pautas gramaticales que pudieran existir, también tienen la obligación de abstenerse de toda inteligencia que equivalga a prescindir de la norma aplicable, como ha sucedido en el *sub judice*.

Con todo, aduce que el tribunal de trabajo incurrió en flagrante absurdo y manifiesta arbitrariedad al momento de declarar la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, debiéndose en consecuencia casar el fallo de grado y rechazar la demanda interpuesta en todas sus partes.

III. El recurso no prospera

III.1. Inicialmente corresponde señalar que, en la especie, el valor de lo cuestionado ante esta instancia —representado por el capital de condena— no supera el límite establecido por el art. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial —texto según ley 14.141 (Acordada 3953/2019)—, razón por la cual la admisibilidad del remedio procesal deducido solo podría justificarse, *prima facie*, en el marco de la excepción que contempla el art. 55, primer párrafo *in fine*, de la ley 11.653.

Sin embargo, no puede soslayarse que el agravio que anima la impugnación involucra el análisis de una cuestión federal.

Al respecto, ha declarado esta Suprema Corte que, aun cuando el valor de lo cuestionado no supere el límite establecido en los mencionados arts. 278 del Cód. Proc. Civ. y Comercial y 55 de la ley 11.653, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios contenidos en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se vinculan con cuestiones federales, toda vez que según lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 308:490 *in re* "Strada"; Fallos: 311:2478 *in re* "Di Mascio"), es necesario que la Suprema Corte, en tanto órgano máximo de la judicatura local, ingrese al conocimiento de los cuestionamientos relacionados con puntos regidos por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales (causa L. 91.737, "Kaufmann", sent. de 21/09/2011).

Lo dicho me permite ingresar en el tratamiento del medio de impugnación con prescindencia cualquier limitación derivada de las leyes procesales locales.

III.2. Sentado ello, se impone tratar la objeción que se formula en el recurso bajo examen en torno a la validez constitucional del art. 4 de la ley 26.773, en

cuanto establece —vuelve a instalar o reestablece en nuestro ordenamiento jurídico— la denominada opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común para ser ejercitadas por el damnificado o sus derechohabientes.

III.2.a. Liminarmente, resulta trascendente aclarar que, en la especie, la temática en debate se circunscribe al cuestionamiento constitucional del citado dispositivo de la ley 26.773 (BO de 26/10/2012), en su versión anterior a la ley 27.348 (BO de 24/02/2017), es decir, con antelación a la entrada en vigencia de la previsión normativa que establece el tránsito previo y obligatorio por las comisiones médicas.

Cabe recordar, a propósito de esta última, que la Provincia de Buenos Aires aceptó la invitación que contiene el art. 4 de la ley 27.348 —complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo— mediante la ley 14.997 (BO del 08/01/2018), adhiriendo plenamente a la normativa contemplada en el Título I de aquel ordenamiento. De ese modo, se tornaron operativas las disposiciones de carácter adjetivo allí previstas, entre ellas, aquella que establece "...que la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el art. 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención..." (art. 1).

La validez constitucional y aplicabilidad de las leyes 14.997 y 27.348 fue declarada —por mayoría— por esta Corte en la causa L. 121.939, "Marchetti" (sent. de 13/05/2020) —y en las posteriores L. 123.792, "Szakacs" y L. 124.309, "Delgadillo" (sents. de 28/05/2020)—, a cuyos fundamentos remito por razones de brevedad.

Ahora bien, teniendo en cuenta el contexto jurídico-temporal en el que se debate la presente causa (reitero, anterior a la entrada en vigencia de la referida ley 27.348 y su adhesión por la mencionada legislación local), me anticipo en señalar que no corresponde abrir juicio alguno aquí sobre la eventual compatibilidad o incompatibilidad entre el "tránsito previo por las comisiones médicas" y la invalidez constitucional de la "opción excluyente", tema sobre el que habré de pronunciarme a continuación.

III.2.b. Como anticipé, la citada ley 26.773 (BO de 26/10/2012) ha reinstalado la llamada opción excluyente entre la reparación tarifada de la ley especial o la integral del derecho común.

En lo que interesa, en la versión del texto que aquí interesa, en sus párrafos segundo y tercero el mencionado art. 4 dispone: "...Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables.

El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implica que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso...".

La opción excluyente, tal como ha sido prevista por el legislador implica que si un trabajador —víctima de un infortunio laboral en sentido amplio— percibe las prestaciones dinerarias por incapacidad permanente del régimen especial de reparación (integrado, según texto del art. 1 de la ley 26.773, por la ley 24.557 y sus modificatorias, por el decreto 1694/2009, sus normas complementarias y reglamentarias, y por las que en futuro las modifiquen o sustituyan), se encuentra privado de reclamar por los daños y perjuicios que le correspondan por aplicación del derecho civil. A su vez, si aquel inicia una acción sustentada en las disposiciones del derecho común, está impedido de percibir el resarcimiento tarifado de la ley especial.

Como puede advertirse, la referida norma ha creado un régimen de opción que, por conducto de la imposibilidad de acumular los reclamos —exclusión que importa renuncia—, pretende escindir la tutela mínima (a cargo de la aseguradora) del deber de reparar plenamente (en cabeza del empleador) que nuestro ordenamiento jurídico le reconoce a cualquier víctima de un daño.

III.3. Diferentes argumentos me conducen a justificar la declaración de invalidez constitucional del art. 4 de la ley 26.773. Veamos.

III.3.a. El sistema de la "opción" en materia de reparación de accidentes y enfermedades profesionales reconoce una tradición legislativa, cuya evolución estimo necesario memorar.

La ley 9688, en su art. 17, establecía la posibilidad de que los "obreros y empleados" optaran entre la acción especial que confería dicha ley "o las que pudieran corresponderles según el derecho común, por causa de dolo o negligencia del patrón...". Seguidamente, agregaba que ambas acciones eran excluyentes y que la iniciación de una de ellas o la percepción de cualquier valor por su concepto "...importa la renuncia ipso facto de los derechos que en ejercicio de la otra pudieren corresponderle...".

En el año 1991 se sancionó la ley 24.028 que amplió la opción al "trabajador y sus causahabientes" para reclamar la indemnización especial o la reparación integral del derecho civil, manteniendo —en lo que

aquí resulta relevante— el diseño de su antecesora (art. 16).

En ambos dispositivos el sujeto pasivo de la acción por daño laboral era el empleador que, a su vez, podía asegurarse pero sin dejar de responder frente a la víctima. En esa hipótesis es que se estableció la opción: si el trabajador requería al deudor la indemnización tarifada luego no podía reclamarle la reparación integral, o viceversa.

Con la ley 24.557 (BO de 04/10/1995) se eliminó la opción —por entonces, fuertemente cuestionada por diversos sectores de la doctrina y jurisprudencia—, creándose un sistema cerrado al disponer en su art. 39 apartado 1, que las prestaciones previstas en la ley eximían a los empleadores de toda responsabilidad civil frente a sus trabajadores y sus derechohabientes (la obligada por la indemnización tarifada pasó a ser la aseguradora de riesgos del trabajo), con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Cód. Civil.

Por consiguiente, únicamente en caso de dolo del empleador se autorizaba a demandarlo civilmente reconociendo el denominado "cúmulo amplio o absoluto" en ese supuesto, toda vez que no existía impedimento para que el trabajador o sus derechohabientes recibieran —adicionalmente— las prestaciones sistémicas, ni se contemplaba la posibilidad de que esas sumas se descontaran de las indemnizaciones que pudieran percibir por la vía civil, como sí lo hace en el apartado 4 al regular los casos de daños causados a terceros.

Es decir, ya no había opción con renuncia, reemplazándose —como regla general— por la limitación de la responsabilidad del empleador; cuya excepción, sin exigencia de renuncia ni opción, permitía superarla en caso de dolo del empleador o responsabilidad de terceros.

Desde la perspectiva apuntada, y en el contexto definido por la reinstalación de la opción con renuncia (obligando al legitimado a escoger entre la obligación de la aseguradora al pago de la reparación tarifada o bien a accionar contra el empleador para obtener el resarcimiento pleno —aunque ahora no solo en la hipótesis de dolo—, sin necesidad de planteos constitucionales), se advierte una incongruencia entre la norma contenida en el art. 4 de la ley 26.773 y el principio de progresividad con raigambre constitucional en los planos provincial y nacional.

Dicho postulado, consagrado en la Constitución nacional —por conducto de los incisos 22 y 23 del art. 75— en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art. 2.1), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), en el Protocolo Adicional a esta última o Protocolo de San Salvador (art. 1) y en el art. 39 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; y receptado por la Corte Suprema de Justicia como principio cardinal especialmente operativo en materia laboral (CSJN, 03/05/2007, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas", Fallos: 330:989; ídem, 26/02/2008, "Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios on Line Argentina SA y otro"; e.o.); define la improcedencia de la regresión normativa —regla derivada del aludido principio— en la medida que se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba, reduciendo claramente el nivel de intensidad de la tutela jurídica.

Luego, mal puede la ley consagrar la opción excluyente, cuando la legislación anterior (sin perjuicio de sus defectos no condicionantes de esta previsión beneficiosa) hubo de apartarse de ella de manera explícita. Así las cosas, la ley 26.773 plasma un marcado cambio de dirección, a punto tal que retrograda de modo manifiesto la protección del sujeto de preferente tutela constitucional a la que debe propender la legislación.

III.3.b. Desde otro ángulo, aunque relacionado con el punto que precede, no puede perderse de vista que la regulación contemplada en el art. 4 del nuevo sistema altera el escenario pretoriano vigente hasta su dictado, poniendo en evidencia la vulneración de los principios de progresividad —nuevamente— e indemnidad del trabajador (arts. 19, Const. nac. y 39 inc. 3, Const. local).

El desarreglo del sistema creado por la ley 24.557 se inicia el 21 de septiembre de 2004 con la declaración de inconstitucionalidad (en abstracto) de su art. 39 apartado 1 declarada en el recordado fallo "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidente 9688" (Fallos: 327:3753) en cuanto establecía la prohibición de accionar, con el que (consumando el cambio de doctrina respecto de la postura asumida por la Corte en la causa "Gorosito" de 01/02/2002) se inaugura el restablecimiento de la vía civil para los reclamos indemnizatorios por accidentes y enfermedades profesionales.

En dicha oportunidad, se consagró en forma definitiva el carácter constitucional del derecho a la reparación plena y el otorgamiento de igual rango al principio *alterum non laedere* (art. 19, Const. nac.). Es decir, en lo que aquí interesa, para que un resarcimiento pueda ser considerado "justo" no puede dejar un perjuicio —por más mínimo que fuera— subsistente.

La apertura de la vía civil que propició "Aquino" definió la necesidad de determinar si era posible que en el mismo proceso en que se condena al empleador a

satisfacer una indemnización plena, con sustento en el derecho común, puede hacerse extensiva la condena en la medida del aseguramiento contra la aseguradora de riesgos del trabajo que ha sido demandada o citada como tercero. Ya antes del citado fallo, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia se inclinaba por admitir esa extensión de responsabilidad contra la aseguradora, criterio que —recordando algunos conceptos revisados en el precedente "Aquino"— fue ratificado por el Alto Tribunal en la causa "Cura, Hugo O. c. Frigorífico Riosma SA" (Corte Suprema, C.1936. XL.REX, de 14/06/2005, en www.csjn.gov.ar).

A su vez, y en vinculación con lo anterior, la nueva situación de apertura de la vía civil trajo consigo el interrogante acerca de las consecuencias derivadas de la aceptación de las prestaciones de la ley 24.557, si el trabajador o sus derechohabientes decidían —luego— demandar una reparación integral por considerarlas insuficientes. Al no estar contemplada legalmente una "opción", el vacío normativo provocado por el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación imponía elucidar si la percepción de las prestaciones sistémicas por parte del damnificado implicaba una "renuncia" a la acción civil o si, por el contrario, ello no le impedía "acumular" una posterior pretensión indemnizatoria integral.

Años después, a través de los pronunciamientos dictados en las causas "Llosco" (Corte Suprema, L.334.XXXIX, de 12/06/2007) y "Cachambi" (Corte Suprema, C.4154.XXXVIII, sentenciada en la misma fecha), la Corte federal se inclinó definitivamente por aquella última posibilidad, instaurando en la práctica un sistema de "cúmulo amplio".

De modo tal que, el sometimiento a un régimen jurídico no implicaba —en caso de accidente o enfermedad profesional— la renuncia a otros mecanismos de reparación si la víctima o sus derechohabientes estiman que no se ha obtenido con el primero (régimen especial) la reparación integral del daño. El trabajador podía —entonces— demandar civilmente al empleador planteando la inconstitucionalidad del art. 39, primer párrafo, de la ley 24.557; sin perjuicio de reclamar por la vía sistémica de forma previa —o simultánea—, el cobro de las indemnizaciones tarifadas.

Asimismo, en virtud de la doctrina de la Corte Suprema en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti", también podía acumular, en la misma acción juridicial laboral contra el empleador, la dirigida contra la aseguradora de riesgos del trabajo para la percepción de las prestaciones de la ley especial.

Luego, y aun teniendo en cuenta —como sostiene un sector de la doctrina autoral— que el contexto normativo que definió aquellos precedentes difiere del actual, entiendo que el criterio delineado por la Corte federal impide interpretar que la aceptación de la víctima o sus derechohabientes de prestaciones reguladas en la ley especial, veda la vía de la acción civil.

Desde esa óptica, el art. 4 de la ley 26.773 conculca el principio de indemnidad, pues al impedirle al operario accidentado o enfermo (o, en su caso, a sus derechohabientes) por causas vinculadas al trabajo y que percibió las prestaciones de la ley especial, el acceso a la reparación integral del daño, deja subsistentes —como sucedía, aunque en otras circunstancias, con el esquema del art. 39 de la ley 24.557— daños laborales sin reparación.

Tal situación, que se traduce en una indemnización que se avizora como carente de integralidad, afecta —asimismo— los postulados del art. 14 bis de la Constitución nacional, y los principios de progresividad, propiedad (art. 17, Constitución nacional), igualdad y no discriminación (art. 16, Const. cit.). Estos dos últimos, máxime cuando el legislador dispuso ratificar el cúmulo cuando el daño provenga de terceros (el damnificado o sus derechohabientes podrían cobrar la tarifa y promover una acción por reparación integral); mientras que, si la responsabilidad es atribuible al empleador, la posibilidad se limita y nace la obligación de optar entre uno u otro sistema.

Cabe aquí apuntar, que la solución que se propone va en línea con lo resuelto por la Corte federal en la causa "Rodríguez Pereyra" (CSJN 27/11/2012; R.401. XLIII, en www.csjn.gov.ar), pronunciada con posterioridad a la sanción de la ley 26.773, en la que reconoció la inconstitucionalidad de los sistemas especiales que admiten limitaciones indemnizatorias frente al derecho a una reparación integral al comprobarse la existencia de un menoscabo sustancial a este último, pero afirmando también que la "reparación no se logra si los daños subsisten en alguna medida", lo que implica la total correspondencia entre los daños y el resarcimiento que se confiera.

En ese mismo orden de ideas, este Superior Tribunal ha tenido oportunidad de expresar que el empleado o sus derechohabientes —según el caso— que, en el marco de un proceso con amplitud de debate y prueba como el diseñado por la ley 11.653, logre acreditar la insuficiencia de las prestaciones establecidas en la ley 24.557 para reparar integralmente el daño padecido, podrá obtener del patrono —cuya responsabilidad civil hubiere sido demostrada— la diferencia del valor según el *quantum* que el tribunal de trabajo reputare suficiente para resguardar los derechos constitucionales inherentes al bien jurídico protegido (causas L. 87.394, " V. d. C., M. C", sent. de 11/05/2005 y L. 88.912, "L., A. F.", sent. de 09/12/2010).

III.3.c. Advierto, también, que la vigencia del art. 4 de la ley 26.773 atenta de modo directo y fatal contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos, regla ínsita e indisolublemente ligada al principio protectorio (arts. 14 bis, Const. nac. y 39 inc. 3, Const. local).

El nuevo sistema enfrenta al trabajador a la disyuntiva de cobrar —relativamente— rápido el importe hipotéticamente menor que le otorga el sistema asistencial especial, renunciando al resarcimiento pleno que le corresponde por imperativo constitucional (art. 19, Const. nac.); o peticionar judicialmente la reparación integral del daño en el marco de un proceso que puede demorar varios años, con el riesgo de que el tribunal interviniente juzgue no configurados los presupuestos de responsabilidad civil y, de ese modo, no percibir resarcimiento alguno aunque la aseguradora reconociera adeudar las prestaciones del sistema.

En ese contexto, no es posible soslayar que con la vigencia de la opción excluyente el trabajador incapacitado —o sus derechohabientes— se encuentra obligado a abdicar su derecho a una reparación íntegra por parte de su empleador sin recibir ningún beneficio ni contraprestación como consecuencia de aquello; obteniendo solo la indemnización tarifada a cargo de la aseguradora —exonerando por completo al empleador—, a la que siempre tuvo derecho.

Bajo el influjo de la norma —general— contenida en el art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo —y no sin atender las pautas que brindan los arts. 31 y 32 del Convenio 102 de la OIT (ratificado por nuestro país por ley 26.678) en lo concerniente al contenido mínimo de la cobertura que se debe brindar frente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales— resulta difícil sostener que el trabajador pueda renunciar —a título gratuito— a los derechos que involucren prestaciones tan elementales y necesarias como aquellas que fueran esenciales para garantizarle una subsistencia digna, y que tienen su origen en un siniestro ocurrido por el hecho u ocasión del contrato laboral, erigiéndose como un mínimo irrenunciable. Esto último, desde que el resarcimiento tarifado opera automáticamente frente a la contingencia, no siendo —por ende— susceptible de renuncia (art. 872, Cód. Civ. y Com. de la Nación).

En el marco del contrato de trabajo, si el trabajador solo puede disponer de sus derechos no imperativos cumpliendo determinados requisitos que garantizan el equilibrio de las contraprestaciones (art. 15 de la ley sustantiva), mal puede considerarse que puede disponer de ellos a cambio de nada.

En otro orden, a la par que el art. 4 de la ley 26.773 instaura la opción excluyente, el art. 11 de la ley 24.557 —como normativa específica— establece en su apartado 1 que "las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas", dispositivo que integra el régimen normativo de reparación por daños laborales, desde que no ha sido derogado por la novel ley 26.773 (arts. 1 y 17 apdo. 1).

En tal sentido, por aplicación del ya citado principio de progresividad y su regla de la no regresión, la ley no puede convertir en renunciable lo que antes en el mismo régimen se reconoció expresamente como "irrenunciable". Y aun en una hipótesis distinta, frente a la concurrencia de normas destinadas a reglar una misma situación jurídica, emerge sin ambages la previsión contenida en el art. 9 de la propia ley sustantiva laboral.

III.3.d. Por último, la descalificación constitucional de la norma bajo la lupa también encuentra respaldo en la violación del principio de igualdad ante la ley (arts. 16 y 75 inc. 22, Const. nac.).

Me afirmo en esta conclusión, puesto que del texto del art. 4 de la ley 26.773 se desprende que en la hipótesis que el trabajador resulte derrotado en la acción promovida por el derecho común, pierde todo derecho a ser resarcido por el daño sufrido. En cambio, si resulta victorioso, renace la obligación de la aseguradora de contribuir con la porción tarifada (art. 6, ley 26.773), aun cuando en el diseño de la norma esa prestación debiera considerarse renunciada.

De este modo, el texto legal bajo estudio no solo obliga a los trabajadores en situación de necesidad a elegir entre las dos vías posibles de modo excluyente —con quebranto de los principios y derechos que he enunciado en los párrafos precedentes—, sino que, además de procurar desalentar la promoción de la pretensión resarcitoria plena, conduce a una clara e injustificada situación de desigualdad entre los damnificados que optan por una u otra vía de cara a las eventuales consecuencias reparatorias y legitimados obligados al pago.

Esta contradicción legal traduce un trato desigual entre sujetos que se encuentran en igualdad de circunstancias, pues sabido es que no debe otorgarse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de condiciones; o, lo que es lo mismo, existe una prohibición general de trato desigual entre sujetos que se encuentren en situaciones iguales (arts. 16, Const. nac.; 11, Const. local; causas I. 1248, "Sancho", "Acuerdos y Sentencias", 1990-II-180; I. 1440, "Boese", "Acuerdos y Sentencias", 1995-II-270; I. 2022, "Bárcena", "DJBA", 159:211; B. 62.142, "Catalfamo", sent. de 31/08/2005; B. 66.569, "Esteinberg", sent. de 14/08/2013; e.o.).

En este sentido, el ejercicio de la opción excluyente altera la posición inicial de plena igualdad del sujeto damnificado respecto de otro que (en iguales condiciones originales) adoptó un camino —de elección imperativa— diferente.

III.4. En estas condiciones, estimo que corresponde rechazar el embate en cuanto pretende que, habiéndose desestimado la demanda en procura del resarcimiento de los daños fundados en el derecho común, se rechace también la pretensión mediante la cual se persigue la reparación del infortunio con sustento en el régimen especial. Por ende, propongo así decirlo y confirmar el fallo de grado en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 4 de la ley 26.773, en su versión anterior a la 27.348, y admitió el reclamo introducido en concepto de prestaciones dinerarias previstas en el sistema especial de riesgos del trabajo con la finalidad de atender la compensación pecuniaria de la minusvalía que porta el trabajador.

IV. En consecuencia, considero que debe rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

Costas por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión tratada en el marco de las dificultades interpretativas generadas por la normativa analizada (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Los doctores *Torres* y *Pettigiani*, por los mismos fundamentos de la doctora *Kogan,* votaron en el mismo sentido.

El doctor *Genoud* dijo:

I. El recurso no prospera.

Como detalladamente ilustra la doctora *Kogan*, nos hallamos en presencia de un supuesto aprehendido por un entramado normativo pretérito a la sanción de la ley 27.348, a cuyas disposiciones adhirió la Provincia de Buenos Aires mediante ley 14.997.

Bajo esa guía, ha de examinarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por la parte demandada.

En el caso, el tribunal de origen desestimó el reclamo fundado en disposiciones del derecho común, por no haberse acreditado en autos la intervención de cosa riesgosa o viciosa, ni acción u omisión de la empleadora que hubieran incidido en forma causal en el acaecimiento de la contingencia objeto de litis.

Descartada la posibilidad de atribuir al empleador autoasegurado responsabilidad civil por las secuelas incapacitantes del accidente de trabajo, el *a quo* admitió el planteo efectuado por la actora, declaró la inconstitucionalidad de la opción excluyente prevista en el art. 4 de la ley 26.773, e hizo lugar al pago de las prestaciones sistémicas, motivo de agravio.

La inviabilidad del reclamo deducido al amparo de la ley 24.557 que postula el Fisco en su impugnación comporta para la trabajadora, lisa y llanamente, la privación de todo resarcimiento de las secuelas del accidente de trabajo que se tuvo por acreditado en autos.

Merced a todos estos elementos de juicio, comparto con la doctora Kogan que la pretendida aplicación del art. 4 de la ley 26.773 conduciría, en el caso, a una afectación constitucional de los derechos de la actora de obtener una reparación por el infortunio, cuya acreditación no ha podido ser desvirtuada por la accionada.

II. Con tales consideraciones, me sumo a la propuesta de rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley traído. Costas por su orden, con apoyo en los fundamentos dados en el voto inaugural (arts. 68, seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Así lo voto.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido. Las costas de esta instancia se imponen por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión tratada en el marco de las dificultades interpretativas generadas por la normativa analizada (arts. 68 seg. párr. y 289, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Regístrese, notifíquese de oficio y por medios electrónicos (conf. art. 1 acápite 3 "c", resol. Presidencia SCBA 10/2020) y devuélvase por la vía que corresponda. Suscripto y registrado por la Actuaria firmante, en la ciudad de La Plata, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/2020). — *Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Sergio G. Torres.*

La inconstitucionalidad de la opción en materia de infortunios laborales: antes y después de la ley 27.348

Juan J. Formaro (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los fundamentos de la inconstitucionalidad de la opción.— III. Las razones por las cuales la ley 27.348 no enerva la inconstitucionalidad (y, por el contrario, la ratifica).— IV. Los alcances de la remisión al art. 15 de la LCT en la ley 27.348.— V. La inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

Con fecha 11/05/2021, la Suprema Corte de Buenos Aires **(1)** ha declarado la inconstitucionalidad de la opción excluyente que, en el campo de los accidentes y enfermedades del trabajo, reimplantara el art. 4º de la ley 26.773.

El decisorio, sin embargo, advierte que lo resuelto se circunscribe al cuestionamiento del citado dispositivo en su versión anterior a la ley 27.348 (norma que refrendara el tránsito administrativo previo ante las comisiones médicas).

En tal contexto, el presente aporte persigue un doble objetivo. En primer lugar, desarrollar los fundamentos de la inconstitucionalidad del sistema de opción. Luego, aclarar por qué no varía la solución frente a la vigencia de la ley 27.348.

II. Los fundamentos de la inconstitucionalidad de la opción

Cuando se sancionó la ley 26.773, participamos de un suplemento especial **(2)** donde sostuvimos una pléyade de argumentos por los cuales consideramos que la opción, más allá de responder a cierta tradición jurídica en nuestro medio, no podía superar el test de constitucionalidad. No solo no era el mismo el sistema donde se implantaba (que difería del diagramado bajo las anteriores leyes de infortunios laborales), sino que también había mutado el estándar para confrontar su validez (interpretación evolutiva del texto constitucional y vigencia de dispositivos con su jerarquía).

Posteriormente ampliamos esos argumentos y desarrollamos otros en el mismo sentido, en una obra que dedicáramos al análisis del régimen de riesgos del trabajo y su articulación con el derecho común **(3)**.

Dado que una gran parte de ellos han sido recogidos en la sentencia del Máximo Tribunal provincial, reviste importancia desarrollarlos:

II.1. Violación de los principios que deben regir la materia

La opción violenta principios sobre los que se asienta el derecho del trabajo (indemnidad, protección especial, irrenunciabilidad y progresividad), a la par que agravia al moderno

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor de Derecho del Trabajo (UBA). Director del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro.

(1) SC Buenos Aires, "Vera, Isabel c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires", 11/5/2021, AR/JUR/36184/2021.

(2) FORMARO, Juan, "Vías para garantizar la indemnidad de los trabajadores frente a la sanción de la ley 26.773", Sup. Esp. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo 2012 (noviembre), 91.

(3) FORMARO, Juan, "Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común. Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente", Hammurabi. La primera edición de la obra es del año 2013. Las páginas que citaremos en el presente corresponden a la cuarta edición (del año 2016).

derecho de daños (pues la vigencia del adagio *alterum non laedere* no puede ser condicionada y sujeta a renuncias previas cuando se trata de daños a la integridad psicofísica).

La dependencia mal puede argüirse para violar, incurriendo en insalvable contradicción, el trato preferente que merece el trabajador dañado (art. 14 *bis*, CN). La tutela constitucional debe ser aquí ampliada y no retaceada.

II.2. Irrenunciabilidad de las prestaciones y concurrencia de normas

El art. 11 de la ley 24.557 continúa sentando que las prestaciones dinerarias de la ley son "irrenunciables".

De allí que advirtiéramos la existencia de una contradicción manifiesta entre tal catalogación y la opción, sosteniendo: "La ley no puede retrogradar y convertir en renunciable lo que antes en el mismo régimen, y de modo expreso, se reconoció como irrenunciable. Juega sin ambages la progresividad (su regla de no regresión)".

Adunando luego: "En tal contexto, aun si la cuestión generase incertidumbre sobre la disposición a emplear, el conflicto se resuelve por clara directriz legal: conforme al art. 9º de la LCT, en caso de duda sobre la aplicación de normas prevalecerá la más favorable al trabajador" **(4)**.

II.3. Ausencia de ánimo abdicativo

Bien se ha dicho que el artilugio de colocar al trabajador que cobra indemnizaciones tarifadas en situación de no poder reclamar el daño mayor que pudiera haber sufrido, implica una burda extorsión a partir del estado de necesidad. Una coacción de ese tipo vicia todo consentimiento —expreso o tácito— así otorgado y constituye una ficción para transformar en renunciable lo irrenunciable **(5)**.

Así como ni la salud (integridad física o psíquica) ni la vida son disponibles para su titular, el ejercicio de una acción en procura de la reparación integral del daño jamás puede, lógicamente, implicar la renuncia al mínimo que la pretensión citada contiene ínsita. Lo contrario importa no solo desvirtuar la esencia del vínculo obligacional sino además comprometer aquellos derechos subjetivos indisponibles.

II.4. Obligación del Estado de garantizar la indemnización

Según se advirtiera, la opción privaría al trabajador del contenido mínimo de las prestaciones por accidentes y enfermedades del trabajo previsto en los Convenios 17, 42 y 102 de la OIT **(6)**.

Los aludidos instrumentos (arts. 1º y 11 del primero, 1º del segundo, y 31 del tercero) imponen la obligación de "garantizar" a las víctimas y a sus derechohabientes el pago de una indemnización frente al infortunio. El término utilizado tiene especial trascendencia, puesto que la garantía implica "seguridad o certeza sobre algo" **(7)**; y tal afianzamiento se corrobora, pues la obligación se impone "en toda circunstancia" (art. 11 del Convenio 17).

II.5. Regresividad frente al cúmulo admitido

Aun cuando la ley 24.557 retrogradó en relación con sus predecesoras al prohibir la demanda por reparación integral que hasta allí se intentaba sobre la base de la culpa o la responsabilidad objetiva, posibilitó la acumulación de acciones cuando se tratara de la hipótesis del art. 1072 del Cód. Civil.

Dijimos entonces: "Receptada por la Corte Suprema la vigencia del principio de progresividad, que según su jurisprudencia opera especialmente en materia de laboral **(8)**, es in-

(4) FORMARO, Juan, "Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común. Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente", Hammurabi, 2016, p. 447.

(5) Declaración del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados referente al proyecto de reforma de la ley 24.557, del 01/10/2012.

(6) CURUCHET, E., "Informe sobre la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo presentado en el Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata", octubre de 2012.

(7) Diccionario de la lengua española, 22ª ed., en www.rae.es.

(8) Entre muchos otros: CS, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nacional de Aduanas", 03/05/2007, Fallos, 330:1989; CS, "Medina, Orlando R. y otro c. Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro", 26/2/2008, Fallos, 331:250.

admisible la regresión normativa en la medida que se prohíbe al trabajador lo que antes no se vedaba. De allí que mal puede la ley consagrar la opción excluyente, cuando la legislación anterior (más allá de sus vicios no invalidantes de esta previsión beneficiosa) la dejara explícitamente de lado" **(9)**.

II.6. Cuestionamientos a los regímenes de opción

También advertimos oportunamente sobre la inexistencia de un pretendido arraigo de la opción, señalando que tanto un sector de la doctrina como así de la jurisprudencia habían censurado la regla, llegando incluso el propio legislador a proponer su abandono (ley 23.146).

Entre los autores se desataron las opiniones de Cornaglia, Costa, Gulminelli, Justo López y Fernández Gianotti, solo por citar a algunos. El último de los nombrados fulminó la validez de la opción desde el título mismo de su aporte, obrante en un valioso homenaje a otro jurista (Isidoro Goldenberg) que desde el derecho civil contribuyera al derecho de daños laborales. La nota se rotuló "Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunístico" **(10)**. El título es contundente: resulta inconstitucional la norma que pretende otorgar carácter excluyente a las acciones derivadas de daños laborales, cuando dicho perjuicio no se halla completamente reparado.

Otros autores de relevancia, como Ackerman, sostuvieron que la "opción" por el sistema de responsabilidad civil "nunca fue una respuesta adecuada", ya que, en muchos casos, coloca al trabajador frente a una elección dramática entre el álea de una reparación con vocación de integralidad (subordinada a una decisión judicial que acogiera adecuadamente su reclamo) y una indemnización insuficiente (a la que debe renunciar si efectúa el reclamo de la reparación plena) **(11)**.

En la jurisprudencia descolló la opinión de un jurista de la talla de Alfredo Colmo, quien entendía **(12)** que en la demanda ordinaria se consideraba incluida la especial, de suerte que, no obstante el rechazo de la primera cabía pronunciarse acerca de la segunda si se encontrara que en los autos se daban sus extremos. Entre las principales razones para así proceder sostuvo: *a*) las acciones son excluyentes en el sentido de que no son concurrentes, y no en el de que una de ellas —la especial— no queda comprendida por su idéntica naturaleza de fondo y por su menor intensidad o alcance, dentro de la otra; *b*) *in eo quod plus sit, semper ines et minus*, decían los romanos, traduciendo en forma jurídica el principio de buen sentido de que en lo más se comprende lo menos; *c*) se extiende aquella buena jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual importa poco la caracterización equivocada de una acción, si están cumplidamente acreditados sus requisitos, sentando por analogía que poco importa que se haya deducido como ordinaria una acción que no podía ser sino la especial, si los extremos de esta resultan de autos.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo también llegó a entender que podía mediar subsidiariedad entre las acciones **(13)**.

II.7. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Más allá de lo resuelto por la Corte Suprema en las causas "Aquino" **(14)**, "Llosco" **(15)**

(9) FORMARO, Juan, "Riesgos del trabajo. Leyes 24.557 y 26.773. Acción especial y acción común. Inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la opción excluyente, ob. cit., p. 452.

(10) FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, "Vulneración constitucional por el carácter excluyente de las acciones indemnizatorias del daño infortunístico (art. 16, ley 24.028)", en La responsabilidad (homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg), ALTERINI, Atilio A. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., (dirs.), Abeledo - Perrot, 1995, p. 833.

(11) ACKERMAN, Mario, "La responsabilidad civil en la Ley sobre Riesgos del Trabajo", Hammurabi, 1998, p. 55.

(12) CCiv. 1ª Cap., "Basta c. Wayss y Freytag", 16/07/1924, JA, XIII-412.

(13) CNTrab., sala I, "Vivas, Julia B. c. Schweizer, Federico y Cía. S.R.L.", 14/12/1954, voto del doctor Valdovinos con la adhesión del doctor Pettoruti y la disidencia del doctor Eisler, LA LEY 79-225.

(14) CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", 21/09/2004, Fallos, 327:3753.

(15) CS, "Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra", 12/6/2007, LA LEY, 2007-F, 253.

y "Cachambí" **(16)**, sobre cuyas bases Rodríguez Mancini afirmó (al analizar la opción) que en el pensamiento del Máximo Tribunal estuvo presente con toda claridad que la Constitución Nacional no consiente que, de cualquier manera, se restrinja o impida que el trabajador logre el reiteradamente mencionado objetivo de una reparación integral **(17)**, con posterioridad a la sanción de la ley 26.773 la Corte sentenció la causa "Rodríguez Pereyra" **(18)**.

Dijimos en torno al último precedente citado que allí la Corte "reconoció la inconstitucionalidad de los sistemas especiales que admiten limitaciones indemnizatorias frente al derecho a una reparación integral al comprobarse la existencia de un menoscabo sustancial a este último, pero afirmando también que la 'reparación no se logra, si los daños subsisten en alguna medida', lo que implica la necesidad de correspondencia perfecta entre la totalidad de los daños y la reparación que se acuerde".

En concreto, el acceso a una reparación plena es una garantía constitucional, y así como su inválida limitación es pasible de control oficioso, no puede saber de barreras que coloquen al accidentado en disyuntivas que le impliquen renuncias. La aludida reparación debe contemplar todos los aspectos del ser, y la tarifación (por su característica de generalidad y abstracción) constituye un mínimo que puede alejarse de la plenitud. Por ello la vía común se halla irrestrictamente abierta, en toda circunstancia, aun cuando el dañado haya percibido la tarifa.

II.8. Inexistencia de fundamentos para reeditar la opción en el régimen actual

Para que una norma sea válida las disposiciones que contiene deben responder a un objetivo lógico. Las leyes no pueden obedecer a propósitos caprichosos o incongruentes, y ello es lo que ha ocurrido con la opción que instaurara la ley 26.773 en el contexto de la ley 24.557.

Dijimos oportunamente **(19)**: "En el marco de la ley 9688, al igual que durante la vigencia de la ley 24.028, el sujeto pasivo de la acción por daño laboral era el empleador, que a su vez podía asegurarse, pero sin dejar de responder frente a la víctima. En tal hipótesis se estableció la opción: si el trabajador requería al deudor la indemnización tarifada luego no podría reclamarle la reparación integral, o viceversa.

Sancionada la ley 24.557, el esquema mutó radicalmente: la obligada por la indemnización tarifada es la aseguradora de riesgos del trabajo. Ahora, con la reforma instaurada por vía de la ley 26.773, aquello se mantiene, permitiéndose accionar contra el empleador por la reparación plena —no solo en la hipótesis de dolo—, sin necesidad de planteos constitucionales.

Las fuentes de la obligación de resarcir son diversas, y distinto es el deudor: la ART (o empleador autoasegurado o no asegurado que se coloca en su lugar) debe las prestaciones del sistema y el principal puede ser responsabilizado por la reparación plena. Ello se ratifica cuando se establece que, condenado el empleador por otra vía, la aseguradora contribuirá con la porción tarifada (art. 6º, ley 26.773) aun cuando en la lógica de la ley esa prestación podría considerarse renunciada (art. 4º, ídem).

Así luce objetivo el sinsentido de la norma, que únicamente procura castigar al trabajador que pierde la acción común por animarse a intentarla, pues allí se lo deja sin nada. Por el contrario, cuando triunfa, renace la obligación de la aseguradora a satisfacer la prestación dineraria por vía del depósito que favorece al empleador.

La norma objetada carece completamente de valor, pues no obedece a razón alguna más que a operar como reprimenda hacia el sujeto hiposuficiente. Véase, como muestra objetiva, que la opción se establece para operar luego de la liquidación y puesta a disposición de la prestación sistémica (art. 4º, párr. 1º, ley 26.776), lo que supone un pleno reconocimiento de la obligación en los

(16) CS, "Cachambí, Santos c. Ingenio Río Grande S.A.", 12/6/2007, LA LEY, 2007-E, 154.

(17) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Algunos temas conflictivos en la reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo", Revista de Derecho Laboral nº 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", p. 17.

(18) CS, "Rodríguez Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino", 27/11/2012, Fallos, 335:2333.

(19) FORMARO, Juan, "Riesgos del trabajo...", ob. cit., p. 461.

términos del art. 733 del Cód. Civ. y Com. por parte de la ART. De allí que deviene francamente inadmisible que se pueda renunciar, en el campo laboral, a ese derecho cierto **(20)**.

Frente a la voluntad política de reimplantar la opción excluyente, resultó palmaria la ausencia de fundamentos de quienes postularon la sanción de la ley 26.773 y la omisión de brindar debate parlamentario: jamás podían, en la hora actual, defender el retroceso manifiesto que implicó la norma. Es que lisa y llanamente no existen fundamentos que la sostengan. ¿Cuál es la razón de ser de la imposición de renuncia a un mínimo tarifario? Ninguna, pues solo se trata de un castigo para quien osara emprender una acción por reparación integral y fracasara en su intento.

La única construcción lógica es la que permite accionar libremente para procurar el resarcimiento del daño sufrido **(21)** y otorga la indemnización de acuerdo con los presupuestos acreditados. No hay allí premio o franquicia alguna para el trabajador: simplemente se le resarcirán los daños conforme a la realidad.

La carencia de motivos se profundiza, como hemos visto, con el diseño de la Ley de Riesgos del Trabajo: ¿Por qué exonerar a una ART que percibe sumas para brindar cobertura? ¿Por qué extraer una renuncia de un acto que se realiza frente a otro deudor y por otros rubros y montos? Nada luce explicado, pues no existen argumentos plausibles".

El entramado legal, en definitiva, abriga el posible enriquecimiento incausado de la aseguradora que habrá cobrado la prima eximiéndose de responder frente a la contingencia.

II.9. Efectos discriminatorios de la norma

Como la verdadera razón de la sanción de la ley 26.773 ha sido desactivar la reparación integral en el plano laboral, el legislador ratifica el cúmulo cuando el daño ha sido causado por un tercero (restringiendo la derogación del art. 39 de la ley 24.557 a sus tres primeros incisos, y manteniendo los dos últimos).

La solución evidencia el aludido objetivo velado de la norma: si existe responsabilidad de un tercero, el trabajador o sus derechohabientes pueden cobrar la tarifa e iniciar la acción por reparación integral. Si por el contrario media responsabilidad del empleador, la posibilidad se restringe y nace la opción entre las prestaciones del sistema y la legislación civil.

Existe allí un supuesto objetivo de discriminación y violación de la igualdad entre trabajadores (art. 16, Const. Nacional): si se trata de un dependiente dañado por un tercero en ocasión de su labor, tiene derecho a ejercitar la acción sistémica y la acción común. Si por el contrario el daño es responsabilidad del empleador, debe optar entre una u otra.

Paradojalmente se admite la violación de la indemnidad cuando el daño es responsabilidad del empleador y el trabajador percibe una prestación de mínima, pero el adagio *alterum non laedere* recobra vigencia cuando la comprometida es la responsabilidad de un tercero. Intolerable dualidad, pues la protección debiera agudizarse cuando el responsable se halla unido al dañado por un lazo contractual (del que se infiere un peldaño superior en materia protectoria, posterior al deber general de no dañar que lógicamente también aprehende).

II.10. Irrazonabilidad de la ley

Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad **(22)**.

(20) MACHADO, José Daniel, "La privación de resarcimiento de un daño permanente a la salud reconocido por el deudor: una inconstitucionalidad evidente de la ley 26.773", Revista de Derecho Laboral, nº 2013-1, "Ley de Riesgos del Trabajo-IV", p. 104.

(21) La jurisprudencia de la Corte Suprema es reiterada al decir que, mediando diversidad de título contra cada deudor, ha de estar en libertad el acreedor para dirigirse contra uno u otro obligado, o contra ambos, con el único límite de no poder cobrar doblemente, ya que el primer pago que se hiciera dejaría al otro sin causa (CS, "Pardo, Rodolfo O. y otros c. Doscientos Ocho Transporte Automotor y otro", 08/05/2001, Fallos, 324:1535).

(22) CS, "Cía. Química S.A. c. Municipalidad de Tucumán", 05/09/1989, voto del doctor Belluscio, Fallos, 312:1575.

Ello ocurre con la opción implantada por la ley 26.773.

Tal como afirmara la Corte Suprema en "Aquino", al establecerse reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, el deber del Congreso es hacerlo en el sentido de conferir al principio *alterum non laedere* toda la amplitud que este amerita, y evitar la fijación de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De allí que cuando no sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación del derecho que corresponda reparar, se "impone" una "justa indemnización", tendiente a hacer desaparecer el daño en los planos material e inmaterial **(23)**.

La opción excluyente implica insertar una valla entre el damnificado y la justa reparación que se "impone" frente al daño, pues no resiste lógica reconocer en la ley una indemnización mínima que en paralelo importa renuncia al imperativo constitucional. Se trata de una reglamentación impropia en el ámbito del derecho laboral.

Fuera de ello, la irrazonabilidad luce evidente frente a la carencia de fundamentos de la decisión legislativa y el absurdo que comporta.

El Máximo Tribunal de la Nación exhibe jurisprudencia consolidada en torno a la posibilidad de examinar la constitucionalidad de las leyes del Congreso a tenor de su razonabilidad, analizando la correspondencia entre aquellas y los fines que persiguen, como así la logicidad de los fundamentos que las inspiran **(24)**.

La doctrina elaborada al respecto resulta aplicable frente al art. 4º de la ley 26.773.

La citada ley no se adecua a los fines cuya realización refiriera procurar, pues si su objetivo es la reparación de los daños laborales con características de plenitud, accesibilidad y automaticidad (como se asegurara en el Mensaje de Elevación en oportunidad de su presentación en el Congreso), mal puede colocar una limitación que viole aquellas: en el diseño que efectúa la ley, si el damnificado intenta procurar plenitud pierde accesibilidad y automaticidad con respecto a las prestaciones sistémicas. Lo mismo ocurre a la inversa, pues si persigue automaticidad renuncia a la plenitud de la acción común.

La solución legal es absurda y por ello la opción carece de fundamentos que la respalden.

Se ha dicho que para determinar si una norma es o no razonable cabe indagar la finalidad que ha movido al legislador **(25)**. Aquí el único objetivo ha sido castigar al trabajador que intenta la vía común, con el fin de limitar esa clase de acciones colocando una sanción a quien procura resarcimiento pleno. Obviamente ello no condice con el texto de la Ley Suprema (art. 19, CN), ya que el ejercicio de derechos constitucionales no puede importar una pena. Consideramos que el objetivo de la ley surge claro, pues la cobertura de la ART, que se aparta del trabajador en la acción común (art. 4º, ley 26.773), se torna operativa para proteger al empleador si esta progresa (art. 6º, ley 26.773). Del mismo modo se protege al empleador que no cumple la ley, puesto que el no asegurado debe otorgar las prestaciones (art. 28, ap. 1º, LRT), pero si el trabajador las percibe renuncia a la reparación integral (art. 4º, ley 26.773). Resulta una incoherencia premiar a quien no se afilia a una aseguradora y castigar al trabajador dañado en tales condiciones.

Por otro lado, no surge de la Exposición de Motivos de la norma impugnada cuál sería la razón

(23) CS, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.", 21/09/2004, consid. 9º del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni, Fallos, 327:3753.

(24) A modo de ejemplo pueden citarse las causas "Stegemann" (Fallos, 312:1121, donde se debatió sobre la razonabilidad de la decisión del Estado de vedar la elección por los padres de determinados nombres para sus hijos, en ejercicio de la patria potestad); "Martínez" (Fallos, 312:826, considerándose irrazonable la ley que fijaba la pena por robo de automotores en un mínimo superior al del homicidio simple); y "Pereyra" (Fallos, 304:1069, al declarar irrazonable la obligación de percibir prestaciones jubilatorias a valores nominales en períodos de aguda desvalorización del signo monetario cuando la administración no demorara más de noventa días hábiles en cumplir la manda).

(25) CS, "Stegemann, Oscar A. s/Apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas", 29/06/1989, consid. 14 de la disidencia del doctor Fayt, Fallos, 312:1121.

que habría conducido a la exclusión de la protección sistémica, y ello se constituye también en otro argumento para considerarla irrazonable, tal como ha resuelto la Corte Suprema **(26)**. Y así, frente a la limitación de derechos, la ausencia de razonabilidad de tales límites conlleva la invalidez constitucional del precepto que los establece **(27)**.

II.11. Síntesis de los agravios constitucionales

En oportunidad de analizar el régimen de riesgos del trabajo en torno a la "opción excluyente" que le insertara la reforma de la ley 26.773, sostuvimos que en la mecánica legal existían supuestos no alcanzados por aquella (hipótesis de "inaplicabilidad") **(28)** y que en los casos atrapados la opción era inconstitucional. La síntesis de los argumentos que la invalidan es la siguiente:

a. Se agravian los arts. 14 *bis* y 19 de la CN, pues la renuncia castiga al sujeto que la Ley Suprema manda proteger, y lo hace por procurar la reparación plena que aquella misma asegura. Se trata entonces de una irrazonable reglamentación (art. 28, CN), pues no tiende a la efectivización plena de los derechos **(29)**.

b. La ley 26.773 garantiza, en lugar de la indemnidad psicofísica del trabajador, la inmunidad patrimonial al empleador, incurriendo en una preferencia legal inválida contraria al art. 14 *bis* de la CN **(30)**.

c. El art. 4º de la ley 26.773, integrando un régimen que se dice reparatorio, violenta la doctrina de la Corte Suprema **(31)** que ha establecido que resulta inconstitucional una indemnización que no sea "justa" (lo que equivale a eximir de todo daño y perjuicio). La ley no puede propiciar que el daño subsista en medida alguna y ello es lo que hace la norma citada.

d. La renuncia importa afectar el patrimonio del trabajador (art. 17, CN), mientras que su protección tiene más sentido aun en el caso de que el titular de la propiedad sea el dueño de la fuerza de trabajo **(32)**.

e. Porta el régimen una insalvable contradicción intrínseca, al consagrar como irrenunciable (art. 11, LRT) la prestación que la ley permite despojar, tornando arbitrario e infundado al art. 4º de la ley 26.773.

f. Se vulnera el principio de progresividad **(33)**, la obligación de proveer al progreso económico con justicia social (art. 75, inc. 19, CN) y la manda de legislar garantizando el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales (art. 75, inc. 23, CN).

g. Se viola el derecho a peticionar a las autoridades (art. 14, CN) que entronca con la defensa en juicio (art. 18, ídem), ya que la renuncia importa irreal abdicación a exigir la tutela de los derechos.

(26) CS, "Martínez, José A. s/Robo calificado", 06/06/1989, consid. 9º del voto de la mayoría, Fallos, 312:826.

(27) CS, "Stegemann, Oscar A. s/Apelación de resolución del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas", 29/06/1989, consid. 9º de la disidencia del doctor Fayt, Fallos, 312:1121.

(28) Véase al respecto: FORMARO, Juan, "Reformas al Régimen de riesgos del trabajo...", ob. cit., p. 218.

(29) En el mismo sentido, Fernández Madrid ha concluido que la opción es inconstitucional, afirmando que se trata de una norma regresiva, que conduce a renunciar lo irrenunciable, y que importa una irrazonable reglamentación del derecho constitucional a la reparación (FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, "La inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 26.773", en Doctrina Laboral y Previsional, t. XXVII, jul. 2013).

(30) Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, "Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", 30/10/12, inédito.

(31) CS, "Provincia de Santa Fe c. Nicchi, Carlos A.", 26/06/1967, Fallos, 268:112.

(32) Conf. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Aspectos constitucionales de la Ley sobre Riesgos del Trabajo", en Corte - Machado, Siniestralidad laboral. Ley 24.557", Rubinzal - Culzoni, 1996, p. 409.

(33) GIALDINO, Rolando, "Opción excluyente de la ley 26.773 y principios de progresividad y de opción preferencial", DT 2014 (marzo), 729.

h. La disposición desconoce la situación de emergencia que padecen inexorablemente el sujeto trabajador dañado en su integridad psicofísica y su familia —a quienes desprotege— (art. 14 *bis*, CN).

i. La renuncia presumida y que no parte de una justa composición de derechos judicialmente evaluada, importa la violación de todo el régimen jurídico que desde las leyes generales —Ley de Contrato de Trabajo y Código Civil y Comercial— rige en materia de desistimientos, renuncias y actos lesivos. Implica además un enriquecimiento incausado.

j. Se contradicen los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo que mandan asegurar reparaciones (Convenios 17, 42 y 102). Se viola así lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la CN que otorga jerarquía supralegal a los instrumentos acordados con organizaciones internacionales.

k. Nuevamente se viola el principio de progresividad, reconocido por la Corte Suprema como operativo en materia laboral, al desestimarse un cúmulo que ya se admitía en la ley anterior (LRT) para el caso de dolo.

l. La regresión se evidencia también con respecto al marco tutelar alcanzado al amparo de la jurisprudencia constitucional (que admitió el sistema de cúmulo relativo). Se recuerda además que el control de constitucionalidad de toda medida regresiva en materia de derechos sociales no debe ser deferente con el legislador; al contrario, debe ser particularmente estricto. En estos supuestos se debe presumir la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la norma, recayendo sobre quien pretenda sostener su constitucionalidad la prueba concluyente de un interés estatal sustancial, urgente o insoslayable que justifique la medida y, a su vez, que el medio empleado para alcanzar ese interés sea particularmente efectivo y no pueda lograrse por otra vía que comprometa en menor medida los derechos fundamentales en juego **(34)**.

m. Se desconoce la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (lo expresado en las causas "Aquino", "Llosco", y "Rodríguez Pereyra", entre otras).

n. La opción carece de fundamento (pues no existe razón para imponer la renuncia **(35)**, máxime cuando se trata de deudores diferentes), y ello convierte en irrazonable a la norma que la instituye según la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la Nación.

ñ. El esquema legal importa violación de la igualdad (art. 16, CN), pues el trabajador dañado por un tercero puede procurar la reparación plena sin renuncias, mientras que el afectado por el obrar del empleador debe soportar parte del daño si quiere acceder a las prestaciones sistémicas.

o. La ley resulta irrazonable, pues, como se ha dicho, el único objetivo que persigue es garantizar la inmunidad del empleador y en consecuencia viola la indemnidad del trabajador.

p. Se contradice el fundamento explícito de la ley 26.773, contenido en el Mensaje de Elevación de su proyecto, donde se alega buscar el otorgamiento de reparaciones plenas y accesibles para las víctimas.

q. El régimen desdeña de la prevención (que interesa primordialmente a los trabajadores), puesto que promueve la indiferencia de los obligados **(36)**, ya que al insertar la opción coloca al trabajador en la disyuntiva de elegir el mínimo o accionar por la indemnización plena con riesgo de perderlo todo. No es difícil predecir qué elección podrá realizar un sujeto hiposuficiente que además se encuentra disminuido en su integridad psicofísica producto de un siniestro.

r. No empece a lo expuesto la tesis que arguye un supuesto arraigo de la limitación que se con-

(34) Dictamen del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata sobre la ley 26.773, "Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", 30/10/12, inédito.

(35) Tampoco dieron razón al respecto las leyes anteriores que la implantaron, tal como da cuenta la doctrina que expresa que pese a haber buscado explicaciones que desarrollaran la justificación interpretativa, aquellas no se han hallado (conf. CORNAGLIA, Ricardo J., "Derecho de daños laborales", Némesis, 1992, p. 188).

(36) SCHICK, Horacio, "Reforma a la Ley de Riesgos del Trabajo. Análisis del proyecto del PEN con media sanción del Senado y del dec. 1720/12", Microjuris.

sagra en el art. 4º de la ley 26.773, pues aquella pierde de vista una regla hermenéutica central que rige al momento de efectuar el control judicial de constitucionalidad de las normas. En efecto, la Corte Suprema, en el célebre caso "Sejean" **(37)**, ha dejado suficientemente en claro que otros hombres, en otras épocas, pueden haber estatuido determinado régimen y puede también que este sido entonces un criterio legislativo adecuado más allá de su carácter opinable. Pero el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera. Tal como ha expresado el Máximo Tribunal, cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen. Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo.

Sintetizados los argumentos en torno a la inconstitucionalidad de la opción (art. 4º, ley 26.773), puede efectuarse el análisis de la incidencia de la ley 27.348 en esa parcela del sistema.

III. Las razones por las cuales la ley 27.348 no enerva la inconstitucionalidad (y, por el contrario, la ratifica)

Como advirtiéramos al comienzo de esta nota, cuando la Suprema Corte de Buenos Aires decreta la inconstitucionalidad de la opción del art. 4º de la ley 26.773, aclara que se trata de un caso anterior a la vigencia de la ley 27.348.

La sanción de esta última norma y las adhesiones provinciales formuladas a su esquema procesal, no desplazan los fundamentos con base en los cuales se reputa inconstitucional a la opción.

Más aún: la legislación sobreviniente otorga nuevos argumentos que imponen ratificar la descalificación.

III.1. Inserción del régimen como "parte sustancial del sistema de la seguridad social"

En los fundamentos del proyecto de ley que se sancionara bajo el número 27.348, se sostiene explícitamente: "[E]l sistema de riesgos del trabajo es parte sustancial del sistema de la seguridad social". Se aduna allí que, bajo ese prisma, la cuestión queda comprendida bajo el concepto de "bien común" y que el Estado tiene la obligación de reconocer el derecho de toda persona "a ser sujeto alcanzado por los beneficios de la seguridad social".

La cuestión tiene trascendental efecto sobre la opción, pues si los riesgos del trabajo son, según el legislador, "parte sustancial" del sistema de la seguridad social, sus prestaciones, en función de las contingencias que reconoce, quedan amparadas por la directriz constitucional que establece su carácter de "irrenunciables" (art. 14 *bis*, CN).

Aun cuando se trataría de un sistema *sui generis*, si las prestaciones de la ley 24.557 son colocadas por Congreso bajo los principios de la seguridad social, verificada la situación de "contingencia", directamente se desencadena *ope legis* la protección de la cobertura prevista, independientemente de la voluntad del sujeto afectado **(38)**. Por ende, ninguna opción es válida, ni puede efectuarse, pues el crédito es indisponible.

La cuestión se refuerza desde el vértice normativo, que en concordancia consagra que las prestaciones de la ley son irrenunciables (art. 11, ley 24.557).

De allí no queda margen de duda, la opción se desactiva y no puede considerársela renunciativa.

El mismo Mensaje de Elevación del proyecto que luego se sancionara como ley 27.348, cita

(37) CS, "Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M.", 27/11/1986, Fallos, 308:2268.

(38) CARNOTA, Walter F., "Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", SABSAY, Daniel (dir.) - MANILI, Pablo (coord.), Hammurabi, 2009, t. I, ps. 583 y 585.

al Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo —ratificado en el país por la ley 26.678— relativo a la "Norma mínima de la seguridad social". En aquel se plantea que debe "garantizarse" la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional (art. 31). El término utilizado, como hemos visto, tiene especial trascendencia, puesto que la garantía implica "seguridad o certeza sobre algo" y tal afianzamiento se corrobora pues internacionalmente la obligación se impone "en toda circunstancia" (art. 11, Convenio 17, OIT).

Lo central entonces es que los fundamentos de la ley 27.348 se dedican a acoger para el sistema de riesgos del trabajo los principios de la seguridad social, y por ende más allá del concepto que técnicamente pudiera corresponder a esta última, cierto es que el Congreso Nacional decide incorporar al régimen sus premisas. Lo mismo ocurre con la alusión al Convenio 102 de la OIT, que explícitamente se cita *in totum* para fundar la norma refiriendo a su aprobación (ley 26.678) sin alusión al régimen de aceptación.

Por todo lo dicho las prestaciones del sistema argentino de riesgos del trabajo son irrenunciables y sobre ellas no caben opciones que importen su abdicación. Ello surge, como se ha visto, de la faz legal, constitucional e internacional. Cualquier interpretación contraria o peyorativa no solo resultaría inadmisible en función de los principios y sujetos (como exponen las máximas de los arts. 9º, 11 y concs., LCT), sino directamente irrazonable por apartamiento de los textos en juego.

III.2. Reconocimiento de los derechos mediante la intervención de un órgano estatal

De acuerdo con la reforma que efectuara la ley 27.348 (art. 15) sobre el art. 4º de la ley 26.773, la vía civil puede intentarse luego del tránsito por la comisión médica jurisdiccional.

En la lógica del legislador ello quiere decir que ya no solo habría una contingencia amparada que automáticamente impone la cobertura de las prestaciones, sino que existiría el reconocimiento incluso por el órgano estatal que intervendría.

Jamás podría entonces mediar opción que importara dimisión o desistimiento, pues reiteramos que el derecho a las prestaciones (de por sí irrenunciables según el art. 11 de la LRT) estaría reconocido por el propio Estado.

Véase, por otra parte, que si la ley dice que no son homologables los convenios que contengan "un monto de reparación dineraria menor a la que surja de una estricta aplicación de la normativa de la ley 24.557 y sus modificatorias" (art. 3º del Anexo I, ley 27.348), menos aún puede avalarse la renuncia total a las prestaciones derivadas de la contingencia reconocida.

IV. Los alcances de la remisión al art. 15 de la LCT en la ley 27.348

Hemos indicado al inicio de este aporte, y reiterado en el apartado anterior, que la Suprema Corte de Buenos Aires declara la inconstitucionalidad de la opción aclarando que el juzgado es un caso anterior a la ley 27.348.

Deviene entonces central explicar por qué la solución que se impone es exactamente la misma para las hipótesis atrapadas por esta última norma.

Los argumentos del Máximo Tribunal para censurar la opción pueden condensarse del siguiente modo: las prestaciones del sistema son irrenunciables (y como tales no pueden ser afectadas por la opción renunciativa), del mismo modo que no puede prohibirse a un sujeto especialmente tutelado procurar la reparación plena de su daño (aun cuando le corresponda la tarifa).

Ese modo de razonar no se altera por la existencia de un tránsito administrativo previo, sino que —como apuntáramos— en tal caso se refrenda: la intervención de un órgano estatal reconociendo la contingencia y las prestaciones que le acceden es inconciliable con una posterior opción con renuncia.

Tampoco tiene trascendencia en el punto la remisión al art. 15 de la LCT que efectúa la ley 27.348.

Ya hemos discurrido en otro aporte sobre los alcances que corresponde dar a la noción de "cosa juzgada administrativa", habiendo adver-

tido también que jamás podrían extraerse efectos de cosa juzgada en los términos de la citada norma de la ley 20.744 cuando la decisión no se basa en "acuerdo" alguno **(39)**.

La prevención que efectúa la Suprema Corte de Buenos Aires nos obliga a aclarar otra cuestión: si en un expediente administrativo se discute sobre contingencias y prestaciones, el acto que le pone fin (y su pretendido efecto de cosa juzgada) no puede recaer más que sobre las cuestiones allí debatidas. Lo ha explicado Maza, con contundencia y sencillez, al expedirse sobre la invalidez de las cláusulas que pretenden portar renuncias implícitas (y aún expresas) a acciones no ejercitadas **(40)**.

La mera información sobre los alcances de la opción (art. 13, res. 298/17), no implica juzgar sobre la reparación plena (materia sobre la cual, por otra parte, las comisiones médicas carecen de competencia). Por ello la cita del art. 15 de la LCT que efectúan tanto la ley 27.348 (art. 2º), como las reglamentaciones que le acceden, carece de entidad para alterar la vigencia del derecho a procurar la integralidad indemnizatoria.

Reiteramos: en el expediente administrativo no se habrá debatido sobre la reparación fundada en el derecho común (y por ende los pretendidos efectos de cosa juzgada no pueden alcanzar esa parcela).

Solo a mayor abundamiento es dable advertir que tampoco mediarían elementos de juicio para que pueda evaluarse la existencia de una justa composición de derechos implicando a la citada reparación plena, e incluso las partes podrían no ser estas (pues no existe coincidencia perfecta entre los legitimados del sistema y los del derecho común).

En síntesis, dado que la opción es inconstitucional, la percepción de la tarifa solo es un pago que eventualmente debe tomarse a cuenta, para descontar luego efectuando un cotejo entre rubros homogéneos.

Y ello no muta por la previa intervención estatal con cita del art. 15 de la LCT, pues lo allí juzgado sería en todo caso la faz sistémica (aun cuando, como en otro aporte hemos explicado **(41)**, la norma tampoco juega en tal supuesto como se pretende).

V. La inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios

Más allá de no existir cosa juzgada, la percepción por el trabajador bajo el procedimiento de la ley 27.348 y en la sede de las comisiones médicas (donde un funcionario deja constancia de la vigencia del art. 4º de la ley 26.773), tampoco puede considerarse un acto propio que vede el posterior cuestionamiento constitucional del sistema de opción.

La doctrina desarrollada por la Corte Suprema en el campo del derecho de daños laborales ha censurado con claridad las abdicaciones basadas en esa clase de comportamientos.

Por ende, más allá de la posibilidad de efectuar explícita reserva o cuestionamiento, es menester recordar que no media voluntario acatamiento que obste a su ulterior impugnación constitucional cuando no existen opciones legales para no realizar los actos en cuestión **(42)**, o cuando la realización de tales actos dentro de ese marco normativo es el único medio posible para acceder al ejercicio de derechos básicos **(43)**.

Deben además ponderarse las razones del obrar cuando se trata de prestaciones de carácter alimentario **(44)** que son adeudadas para asegurar la subsistencia del trabajador y de su

(39) FORMARO, Juan - BARREIRO, Diego, "La cosa juzgada y la caducidad en el ámbito de las comisiones médicas", DT 2019 (septiembre), 2259.

(40) CNTrab., sala II, "Cruz, Bernardo O. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A.", 26/04/2007, AR/JUR/1143/2007, voto del doctor Maza.

(41) FORMARO, Juan - BARREIRO, Diego, ob. cit.

(42) CS, "Banco Comercial del Norte S.A. c. Banco Central de la República Argentina", 07/07/1987, Fallos, 310:1431, consid. 5º.

(43) CS, "Graduados en Ciencias Económicas Asoc. Coop. de Servicios Prof. Ltda. c. Consejo Prof. de Ciencias Económicas de la Cap., Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur", 28/06/1988, Fallos, 311:1132.

(44) CS, "Paroli, Amalia M. c. Merial Argentina S.A.", 20/08/2008, Fallos, 331:1865.

familia **(45)**. Concatenado con ello expresamente se ha dicho: "La exigencia de no contrariar los propios actos debe ser valorada en consonancia con la situación real del trabajador incapacitado y su posibilidad de abstenerse de percibir una indemnización que considera insuficiente" **(46)**. Agregándose por otra parte la obligación de meritar "la situación de emergencia implicada en todo acontecimiento susceptible de provocar daños y la necesidad de pronta reparación" **(47)**.

Al margen de todo lo anterior, es definitorio el hecho de que la doctrina del voluntario acatamiento estuvo siempre conectada de manera expresa con la circunstancia de tratarse de casos de libre disposición del propio dinero, es decir, sobre derechos exclusivamente patrimoniales **(48)**. Esto surge explícito desde los fallos a partir de los cuales la Corte construyera la citada jurisprudencia **(49)**.

Por todo lo anterior, la doctrina referida no podrá jugar en la especie por: *a*) Tratarse de derechos individuales distintos del de propiedad; *b*) consistir la regulación administrativa en el único camino posible para acceder a la reparación, ya que el trabajador carecerá de opciones al hallarse constreñido legislativamente si pretende cobrar; *c*) encontrarse en juego prestaciones de carácter alimentario que se consagran además como irrenunciables; *d*) mediar situación de emergencia (propia de la incapacidad) y en consecuencia imposibilidad de abstenerse de obrar; *e*) seguir agravándose el daño en la medida que transcurre el tiempo.

La indemnización tarifada es un derecho concedido que opera automáticamente frente a la contingencia. Tal como expresara Compagnucci de Caso, a los derechos instituidos más en el interés público que particular, aun cuando tengan contenido patrimonial, se los juzga como no renunciables, citando entre ellos el autor a las indemnizaciones por accidentes de trabajo **(50)**. El acto de declinación es imposible, pues la persona solo puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y únicamente afecta intereses privados (art. 944, Cód. Civ. y Com.), situación que no se presenta en el caso pues la propia ley (art. 11, LRT) imposibilita la renuncia de las prestaciones y la cuestión toca el orden público.

El derecho laboral protege al trabajador de las renuncias anticipadas como así de las que caen sobre derechos ya adquiridos. Esto a fin de que se garantice tanto la adquisición como la satisfacción de los derechos que la ley y las demás fuentes le acuerdan. Es inválido dimitir de la indemnización por accidente o enfermedad laboral y ningún pretendido acto propio puede oponerse al respecto.

Comprender la cuestión es sencillo, pues se encuentra aquí un derecho fundamental en juego, que no es otro que el de ser adecuadamente resarcido **(51)**.

VI. Conclusiones

La Suprema Corte de Buenos Aires ha declarado la inconstitucionalidad de la opción excluyente.

De los fundamentos en los que se asienta la decisión se extrae con claridad que, así como la intención de obtener una reparación plena no puede importar abdicación del mínimo irrenunciable (hipótesis del caso resuelto), la percepción de las prestaciones sistémicas no implica derogación de la manda constitucional que reconoce —para aquel que ha sufrido un

(45) CS, "Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra", 12/06/2007, Fallos, 330:2696, párr. 2º del consid. 5º del voto de la doctora Highton.

(46) CS, "Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra", 12/06/2007, Fallos, 330:2696, párr. 3º del consid. 5º del voto de la doctora Highton.

(47) CS, "Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra", 12/06/2007, Fallos, 330:2696, consid. 4º del voto del doctor Maqueda.

(48) CS, "Llosco, Raúl c. Irmi S.A. y otra", 12/06/2007, Fallos, 330:2696, consid. 4º del voto de la doctora Argibay.

(49) CS, "The South American Stores Gath y Chaves c. Provincia de Buenos Aires", 24/08/1927, Fallos, 149:137; CS, "Perkins, Edmundo B. y Margarita D. (sus herederos) c. Prov. de Buenos Aires, Ladoux y Laplacette, Carlos A. y otros", 06/11/1933, Fallos, 169: 245.

(50) COMPAGNUCCI de CASO, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", BUERES, Alberto (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), Hammurabi, 2006, t. II-B, p. 314.

(51) CS, "Romagnoli, Dante c. Acindar S.A.", 30/06/2015, Fallos, 338:534.

daño injusto— la posibilidad de procurar integralidad en el resarcimiento.

La solución, como explicáramos, no muta frente la vigencia de la ley 27.348, pues la intervención de un órgano estatal impone, más aún, asegurar el respeto de los créditos irrenunciables.

Por otro lado, discutidas en sede administrativa únicamente las prestaciones sistémicas, ninguna transcendencia ostenta el art. 15 de la LCT en relación con la reparación plena. No siendo esta última allí juzgada, la decisión de la administración jamás podría alcanzarla.

Tampoco cabe argüir sobre la existencia de actos propios que veden acciones posteriores, pues la doctrina de la Corte Suprema ha sido clara censurando, en este terreno, esa clase de planteos.

En concreto, el trabajador dañado y sus derechohabientes pueden obtener las prestaciones tarifadas y procurar la reparación plena, sin opciones.

La existencia de esa clase de disyuntivas carentes de razonabilidad, toleradas bajo regímenes legales anteriores, es incongruente con el reconocimiento actual de la inviolabilidad de la persona humana y el respeto de su dignidad (art. 51, Cód. Civ. y Com.).

Resulta claro que el juego de las fuentes en clave constitucional impide tolerar que los vulnerables, que deben ser especialmente protegidos, sean por el contrario colocados ante renuncias incausadas. En definitiva, la opción excluyente, en el campo de los daños a la salud y a la vida de los trabajadores, es contraria a la coherencia del ordenamiento jurídico vigente aprehendido en su integridad.

Jurisprudencia Anotada

ENFERMERA DE CAMPAÑA

Pedido de beneficios por ser excombatiente. Perspectiva de género. Otorgamiento.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Las exigencias contempladas en el dec. 1244/1998, en cuanto al necesario carácter de excombatiente en acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, implica el cumplimiento de un recaudo utópico para el caso puntual del personal sanitario y al que solo cabría exigírsele funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, más allá de su condición de revista al momento del conflicto **[1].**

2. — La accionante ha demostrado haberse desempeñado como Personal Militar de Enfermería en un hospital de campaña durante el conflicto bélico de las Islas Malvinas, y según surge del art. 33 del "Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", de 1949, ese edificio, el material y los depósitos del establecimiento quedaron sometidos al derecho de la guerra durante el transcurso del conflicto bélico y su personal mereció especial protección brindada por el Convenio mencionado, situación que necesariamente lleva a prescindir de la rigurosidad en torno al cumplimiento del requisito geoespacial, exigido por el dec. 1244/1998.

3. — Los servicios de la accionante —enfermería— no se distinguen de las desarrolladas por quienes combatieron de manera efectiva, con lo cual no deben valorarse de distinta manera, como así tampoco de aquellos civiles que resultaron alcanzados por las previsiones del art. 1° de la ley 23.848, a quienes —a diferencia de la actora— tampoco se les exigió la participación efectiva en acciones bélicas.

4. — Pensar en un combate físico solamente y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad. Reconocer una "veteranía de guerra" despotenciada o en grado inferior, en la medida en que no se presenció combate, como aduce la parte demandada, es —en el caso de la actora, enfermera de campaña— perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados.

CFed. Seg. Social, sala II, 06/05/2021. - Reynoso, Alicia Mabel c. E.N.- Min. de Defensa- Fuerza Aérea Argentina s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/13505/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Gérez, Carmelo Antonio c. Estado Nacional - Mº de Defensa", 09/11/2010, Fallos: 333:2141, AR/JUR/69868/2010, señaló los requisitos para obtener el beneficio para veteranos de guerra previsto en el art. 1244/1998.

COSTAS

Se imponen a la demandada vencida.

Expediente N° 91.147/2010

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 6 de 2021.

Considerando:

Llegan las presentes actuaciones a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en la instancia de grado que admitió la acción tendiente al reconocimiento del derecho de la actora a percibir los beneficios para los excombatientes instituidos en la ley 23.109 y el decreto 1244/1998.

1.- Planteo de la cuestión a resolver:

La demandada cuestiona la sentencia y sostiene que no se encuentran reunidos los requisitos previstos en la normativa para tornar procedente el beneficio reconocido. Alude que no se ha acreditado en autos que la actora haya participado en acciones bélicas dentro del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur. En apoyo de su postura remite a las consideraciones efectuadas por el más Alto Tribunal de la Nación en autos "Arfinetti, Víctor H. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa - Ejército Argentino y otro s/ acción declarativa de certeza", sent. del 07/07/2015 (Fallos: 338:539).

El punto clave radica en decidir si la actora, en su condición de personal militar enfermera de la Fuerza Aérea Argentina, por sus servicios prestados en el Hospital de campaña reubicable de Comodoro Rivadavia, reviste o no la condición de excombatiente por su participación en el conflicto bélico de Malvinas, con derecho al beneficio que reclama.

2.- Marco normativo y jurisprudencial de la litis:

El art. 1° del Decreto 1244/1998 expresamente contempla lo siguiente: "Establécese un complemento

mensual equivalente al ochenta y cinco por ciento (85%) de la asignación básica correspondiente al Nivel E del Agrupamiento General del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial del Personal del Sistema Nacional de Empleo Publico (SINEP), homologado por Decreto N° 2098 del 3 de diciembre de 2008, o de su similar equivalente del futuro ordenamiento convencional o normativo que lo reemplace, para el personal de la Administración Pública Nacional que acredite la condición de excombatiente en las acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982".

Por otro lado, el Decreto 509/1988 —reglamentario de la Ley 23.109—, en el art. 1° establece lo siguiente: "A los efectos de la aplicación de la Ley 23.109 se considerará Veterano de Guerra a los exsoldados conscriptos que desde el 2 de abril al 14 de junio de 1982 participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur, cuya jurisdicción fuera determinada el 7 de abril de dicho año y que abarcaba la plataforma continental, las Islas Malvinas, Georgia y Sándwich del Sur y el espacio aéreo correspondiente".

La Excma. CSJN en un fallo del 09/11/2010: G.123. XLIV "Gerez, Carmelo A. c. Estado Nacional - M. de Defensa s/ impugnación de resolución administrativa - proceso ordinario" (Fallos: 333:2141), ha efectuado un minucioso análisis de la normativa atinente al reconocimiento del carácter de veterano de guerra. Así, ha establecido un triple orden de requisitos, a saber: pauta temporal, ámbito geográfico y acción bélica.

Luego, la propia CSJN se expidió nuevamente en la causa antes mencionada (Fallos: 338:412). En este nuevo pronunciamiento, el Alto Tribunal, reiteró los tres parámetros antes mencionados, pero no definió el concepto de "acción bélica". Por lo que habría que evaluar las condiciones subjetivas en cada caso para determinar el carácter de veterano de guerra.

Posteriormente, en los autos "Arfinetti, Víctor H. c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa Ejército Argentino y otro s/ acción declarativa de Certeza" (CSJ 468/2011 47-A / CSI) del 07/07/2015 —citado *ut supra*— la CSJN estableció que para revestir la condición de "veterano de guerra" debe acreditarse principalmente la efectiva "acción bélica" dentro del conflicto.

Por último, en la causa "Álvarez, Omar Á. y otros c. Est. Nac. (M. de Defensa) s/ diferencia salarial —medida cautelar" (CSJ 195/2013 (49-A) / CS1) del 15 de diciembre de 2015, el Alto Tribunal ratificó la doctrina sentada en el fallo "Arfinetti, Víctor H.", destacando la finalidad que poseen las normas en cuestión de otorgar un reconocimiento a quienes participaron de manera efectiva en el conflicto bélico.

Si bien es cierto que ninguno de los precedentes antes citados son exactamente idénticos a la cuestión debatida en autos, toda vez que Carmelo Antonio Gerez era un suboficial retirado de la Armada sin haber de ningún tipo, desocupado y a cargo de una familia integrada por cónyuge y cinco hijos (v.gr. le resultaba aplicable la ley 24.892), en el caso "Arfinetti" los beneficios perseguidos eran los determinados por la ley 23.109 por parte de exconscriptos movilizados en el continente y en el caso "Álvarez" los actores eran suboficiales y personal civil de la Armada Argentina, cierto es que la doctrina resultante de los mismos como así también las directrices planteadas por la Procuración en sus respectivos dictámenes constituyen un aporte ineludible a la hora de resolver la presente causa.

3.- El caso particular de la Sra. Alicia Mabel Reynoso

La persona involucrada en este caso dice ser Veterana de Malvinas por haberse desempeñado como Personal de Enfermería de la Fuerza Aérea en el Hospital Reubicable de la Ciudad de Comodoro Rivadavia, en la Brigada Aérea IX, que fue afectado como Hospital de Evacuados durante el conflicto bélico del Atlántico Sur.

Cabe destacar que cada Fuerza Armada tiene su propia normativa en razón de la cual se determinan los requisitos que deben cumplirse a los fines de que una persona pueda ser calificada como "veterano de guerra".

Corresponde agregar que el certificado obrante a fs. 67 —emitido por el departamento de Malvinas de la Fuerza Aérea Argentina— y de la prueba producida en autos se desprende que la accionante prestó tareas durante el Conflicto del Atlántico Sur de "apoyo operativo y/o logístico en la zona de despliegue continental" entre el 02 de abril y el 14 de junio de 1982. (Ver diploma del Honorable Congreso de la Nación a fs. 10).

El organismo demandado manifiesta que el magistrado de grado aquí interviniente no identificó las tareas bélicas desempeñadas por la actora.

No le asiste razón a la accionada. Ello así, dado que la sentencia de fs. 124/126 destaca la participación de la actora como personal de enfermería en el hospital reubicable de Comodoro Rivadavia. Esta circunstancia impide un rígido análisis de la ubicación geográfica de la actividad desplegada, tal como indica el Sr. Juez de primera instancia.

4.- Igualdad y discriminación

Que, a tal efecto, cabe concluir que la accionante ha demostrado haberse desempeñado como Personal Militar de Enfermería en el "Hospital Reubicable de Comodoro Rivadavia" durante el conflicto bélico de las Islas Malvinas, y que según surge del art. 33 del "Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña", 1949, ese edificio, el material y los depósitos del establecimiento quedaron sometidos al derecho de la guerra durante el transcurso del conflicto bélico y su personal mereció especial protección brindada por el Convenio mencionado, situación que necesariamente lleva a prescindir de la rigurosidad en torno al cumplimiento del requisito geoespacial, exigido por la normativa bajo análisis.

A todas luces, las exigencias contempladas en el decreto 1244/1998, en cuanto al necesario carácter de excombatiente en acciones bélicas desarrolladas en el teatro de operaciones del Atlántico Sur, implica el cumplimiento de un recaudo utópico para el caso puntual del personal sanitario y al que solo cabría exigírsele funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados, más allá de su condición de revista al momento del conflicto.

La desigualdad normativa, en donde la probabilidad de obtención del reconocimiento en cuestión, es posible en el caso de un civil enfermero (Conf. art. 1 ley 23.848), por simple hecho de haber desarrollado tareas de apoyatura y sin embargo a la Alférez enfermera Reynoso, quien fuera oficial en actividad de la Fuerza Aérea Argentina al momento del conflicto, le impone la exigencia extra de haber tenido que entrar efectivamente en combate, requisito este que si tenemos en cuenta lo establecido en el art. 12 inc. 1 del Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra, aprobado por ley 24.668, es de imposible cumplimiento. No solo debido a la especial protección que reviste el personal sanitario sino a que expresamente se los excluye del derecho a participar directamente en las hostilidades (Conf. art. 43 inc. 2 del Convenio), siendo calificadas como infracciones graves del aludido Protocolo cualquier ataque dirigido al personal sanitario (Ver art. 85 inc. 2 del Convenio).

Los servicios de la accionante no se distinguen de las desarrolladas por quienes combatieron de manera efectiva, con lo cual, no deben valorarse de distinta manera, como así tampoco de aquellos civiles que resultaron alcanzados por las previsiones del art. 1 de la ley 23.848, a quienes —a diferencia de la Sra. Reynoso— tampoco se les exigió la participación efectiva en acciones bélicas.

Además de la discusión en cuanto a la delimitación espacial en la que se desempeñó la actora durante la guerra de Malvinas, debe considerarse que en el caso bajo análisis no caben dudas en cuanto al servicio brindado por la Sra. Reynoso para la defensa de la soberanía nacional, más allá del concepto espacial aludido, toda vez que definitivamente su servicio brindado desde el propio hospital de revista, donde tanto la contención brindada como la aplicación del arte de curar a cada uno de los caídos en combate, sin dudas merece el reconocimiento aquí bajo análisis.

Con lo cual, la falta de diferenciación aludida —que si existe en el caso de las leyes 23.848 y 24.652— no hizo más que agravar el estado de la actora que, en situación de retiro —sin derecho a haber— por parte de la Fuerza Aérea Argentina mientras se desempeñó en la Administración Pública Nacional no percibió el beneficio establecido por el decreto 1244/1998. A ello cabe agregar que permaneció sin gozar de ningún beneficio previsional hasta el día 01/05/2021 fecha en la que la Sra. Reynoso obtuvo el abrigo del sistema previsional por medio del régimen general (Conf. surge de la consulta al sistema "Servicios Corporativos" de la ANSeS).

De un modo análogo, en lo que refiere a la acción de apoyatura por parte de enfermeras civiles, se expidió en su momento el Juzgado Federal de la Seguridad Social N° 6 en autos "Puñalef, Isabel y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Defensa s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg." expte. 87.588/2011 sent. del 3 de abril de 2017.

Asimismo, el examen de razonabilidad de los hechos que conforman el contenido de los antecedentes de la norma y de los cuales se han de derivar las consecuencias como también la ponderación de la proporcionalidad de los medios a utilizar, conduce a un campo de valoración axiológica constitucional del principio de igualdad. Al respecto la Excma. CSJN ha señalado que la igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Así, si la ley distingue entre distintas categorías de sujetos o situaciones, la distinción debe fundarse también en la igualdad en el sentido de que todos los iguales deben integrar la misma categoría. Implantar con una ley el orden y la seguridad implica establecer un orden y una seguridad con la racionalidad de la igualdad. "La garantía del art. 16 de la CN no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable" (cfr. Fallos: 271:124).

El principio de igualdad garantizado en el art. 16 de la Constitución Nacional debe ser analizado en relación con otras mujeres enfermeras a las que efectivamente se les reconoció la condición de veteranas de guerra por haber cumplido funciones de enfermería a bordo de los buques hospitales. Tal es el caso, por ejemplo, de las enfermeras instrumentadoras quirúrgicas civiles del Ejército que estuvieron en el Buque Hospital Almirante Irizar que fueron reconocidas como Veteranas de Guerra de Malvinas, por haber ingresado al TOAS.

En esta inteligencia resulta destacable mencionar que entre los fundamentos del Dcto. 886/2005, se señala que el otorgamiento de las pensiones en cuestión implica un reconocimiento a aquellos soldados conscriptos, oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que hayan estado destinados en el Teatro de Operaciones Malvinas (TOM) o entrado efectivamente en combate en el área del Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS) y a los civiles que se encontraban cumpliendo funciones de servicio y/o apoyo en los lugares antes mencionados.

La igualdad debe meritarse ante las mismas circunstancias y frente a la misma normativa. No puede sostenerse que una modificación legislativa posterior —ya sea que esta resulte más beneficiosa o no— coloque en desigualdad ante la ley al ciudadano. Al respecto la Excma. CSJN ha dicho que "el principio de la igualdad ante la ley ha sido precisada como la obligación de tratar legalmente de un modo igual a los iguales en iguales condiciones" (cfr. "Arranz, Pedro A. c. Hearts Corporation", Fallos: 222:352).

5.- Distintas formas de obtener el reconocimiento pretendido:

En este orden de ideas, a fin de tener una acabada visión respecto de la evolución normativa, habremos de mencionar el proyecto de ley presentado el 16 de marzo de 2015 por la Senadora Hilda Aguirre de Soria.

Este Proyecto tiene por objeto el reconocimiento y reparación al personal femenino que participó en la Guerra del Atlántico Sur, cumpliendo con tareas de contención humana y atención sanitaria a los combatientes heridos, en condiciones de verdadero riesgo para su integridad física, mental y espiritual.

Allí se hace hincapié en el ominoso silencio de las Fuerzas Armadas acerca de la participación femenina en el conflicto bélico de Malvinas; señala además que este es un nuevo caso de invisibilización de la mujer en un mundo de hombres, otro intento de escamotearle al género su porción de protagonismo histórico.

El artículo 2°, del aludido proyecto, establece el derecho de las mujeres allí mencionadas al otorgamiento de una pensión vitalicia, no contributiva, compatible con cualquier ingreso que tuviera la beneficiaria.

Cabe hacer referencia también al proyecto de ley presentado el 11 de noviembre de 2016 por la Senadora Pamela Fernanda Verasay.

Este Proyecto tiene por objeto declarar el reconocimiento moral e histórico en el ámbito de la República Argentina, de las aspirantes navales o enfermeras que, en ocasión de la Guerra de Malvinas, cursaban la carrera de enfermería y se encontraban afectadas al conflicto en el Hospital Naval de Puerto Belgrano.

El artículo 2° del proyecto en cuestión, crea el beneficio de una pensión mensual vitalicia honorífica para todas las Aspirantes Navales pertenecientes a las promociones 1980, 1981 y 1982 de la Escuela de Enfermería del Hospital Naval Puerto Belgrano, que acrediten haber prestado servicio bajo bandera en la Guerra de Malvinas, entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982.

6.- Otros aportes:

Asimismo, no se puede soslayar la historia narrada en el libro "Mujeres Invisibles", escrito por Alicia Panero y editado en septiembre de 2014 y que constituye uno de los fundamentos del proyecto de ley antes mencionado.

La autora resalta las funciones de las "mujeres enfermeras" que participaron en el conflicto bélico del Atlántico Sur. Destaca la actividad de las mismas en el Hospital Regional de Comodoro Rivadavia, entre otros, que se convirtió en militar, así como también, relata las medidas que se tomaron a los fines de adecuarlo rápidamente para la atención de heridos en combate. Señala que el Hospital se dividió en diferentes salas según la gravedad de los pacientes. La división consistía en: "irrecuperables" y "emergencias psiquiátricas". Cita la experiencia de la Supervisora de Enfermería de aquella época, E. L., quien relató que "...se registraron 495 heridos, 268 de los cuales eran clase 62, cincuenta y cuatro por ciento, noventa y siete, clase 63, veinte por ciento, ochenta y nueve clase 56 a 61, dieciocho por ciento, cuarenta y uno clase 45 a 55, ocho por ciento", "...muchas madres, en ese 1982, obraron por poder de otras...", "...el Hospital registró 608 lesiones como pie de trinchera, producto de la humedad, la inmovilidad y las quemaduras por el frío...", "...Fueron días muy tristes, para todo el personal de hospital, solo sintieron alivio cuando los soldados se fueron de alta, muchos quedaron vinculados con los enfermeros y enfermeras para siempre...". Asimismo, destaca que luego de la capitulación del Buque Irizar se recibieron trescientos soldados heridos con

hambre y frío en el Hospital Regional llamando a sus madres y pidiendo comida. También relata que, ante la superpoblación del Hospital, cuando daban de alta a los jóvenes, algunos fueron alojados en casas particulares de las enfermeras. "Una vez más, fueron junto a toda la ciudad, sostén de almas en carne viva".

En idéntico sentido, puede mencionarse el Proyecto Académico: "Heroínas de la Guerra de Malvinas" escrito con motivo del VIII Congreso de Relaciones Internacionales (La Plata, 2016) por las Licenciadas en Ciencia Política y Relaciones Internacionales Jazmín Maccari y María Candela Ruiz y por los profesores Federico Martín Gómez y Leandro Sánchez.

El testimonio de las vivencias de la actora también surge del reciente documental estrenado en 1 de abril del corriente año titulado "Nosotras también estuvimos", la película documental Argentina dirigida por Federico Strifezzo. El documental narra el reencuentro de Alicia Reynoso, Stella Morales y Ana Masitto, tres de las 14 enfermeras que atendieron a los heridos en Malvinas desde el hospital móvil ubicado en Comodoro Rivadavia. Allí, Alicia y sus compañeras cuentan de su incansable lucha que hasta hoy pelean contra el olvido para lograr su reconocimiento como "veteranas de guerra".

En un relato estremecedor sostienen que "Tantos años de silencio y hoy estamos aquí, vivas, sin miedo, libres y con la verdad en la mano, orgullo en el corazón y la Justicia que nos acompaña. Las enfermeras veteranas de guerra de Malvinas de la Fuerza Aérea estuvimos y estamos diciendo presentes una vez más. Quien quiera oír que oiga", Palabras que explícitamente denotan el destrato recibido durante tantos años, por el hecho de ser mujeres en un contexto militar y que sin dudas las convierte en testigos de lo peor de la guerra.

7.- Perspectiva de género:

Asimismo, debe resaltarse la necesidad de adoptar una necesaria perspectiva de género a la hora de resolver controversias como la que aquí nos ocupa en cuanto al reconocimiento de una veteranía de guerra a los fines aquí demandados. Pensar en un combate físico solamente, y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga la pervivencia de estereotipos en la sociedad. Hay muchas maneras de "participar en combate". La actora lo hizo desde su rol de enfermera que debe ser computado a la hora de evaluar la procedencia del beneficio de Seguridad Social que reclama.

Dentro de esta línea, recordemos, por caso, que el art. 75 inc. 23 pone en cabeza del Congreso de la Nación el dictado de medidas de acción positiva para cuatro colectivos, entre los cuales están las mujeres. Debe entenderse que el Congreso hizo su parte con el certificado obrante a fs. 71 ya citado. La precedente directiva no solo vincula al Poder Legislativo, sino que cabe extenderla a la Administración y a la judicatura. O sea, en el imaginario del constituyente reformador de 1994 no solo queda vedada la discriminación, sino que eventualmente hay que tratar diferente para lograr la igualdad real de oportunidades y de trato (conf. Carnota, Walter F., "Instituciones de Derecho Público", segunda edición, Buenos Aires, LA LEY, 2016, p. 85). Eso es lo que nos indica la norma constitucional cuando consagra a las medidas de acción positiva.

Reconocer una "veteranía de guerra" despotenciada o en grado inferior, en la medida en que no se presenció combate como aduce la parte demandada, es —en el caso de la actora, enfermera de campaña— perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados.

El desarrollo normativo del legislador ha pormenorizado tales premisas cimeras. En lo que hace estrictamente al género, el art. 2, inciso e) de la ley 26.485, postula "la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género".

En virtud de todo lo señalado, habida cuenta que la Sra. Alicia Mabel Reynoso cumple con las condiciones suficientes para ser considerada una autentica "Veterana de Guerra", teniendo en consideración las particulares aristas analizadas, de conformidad con el análisis normativo expuesto precedentemente y según la doctrina sentada por el Máximo Tribunal en los precedentes antes reseñados, estimamos que corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto consideró a la accionante alcanzada por las disposiciones del decreto 1244/1998.

En razón del resultado de proceso y por las conclusiones arribadas, se imponen las costas a la accionada vencida (Conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En mérito de lo que resulta del presente acuerdo, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo en cuanto fue materia de agravios, 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (Conf. art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación); 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por las tareas desarrolladas en esta instancia en el 30% de la suma que le corresponda por su actuación en la instancia anterior, con más el IVA en caso de corresponder (conf. art. 30 de la ley 27.423, CSJN "Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa" sentencia del 4 de septiembre de 2018). Regístrese, protocolícese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Nora C. Dorado. — Walter F. Carnota. — Juan Fantini Albarenque.*

Excombatiente de Malvinas, la perspectiva de género

Alejandro Gabet (*)

Admitida la acción de la actora por el reconocimiento del derecho a percibir los beneficios para los excombatientes, apela la demandada dicha sentencia. Esta sostiene que la actora no ha participado en acciones bélicas dentro del teatro de operaciones del Atlántico Sur.

Cabe señalar que el Tribunal actuante debe decidir si a la actora por su condición de personal militar, enfermera, le corresponde la condición de excombatiente con derecho al beneficio que reclama.

Concretamente la demandada señala que el a quo no identificó las tareas bélicas desempeñada por la actora.

El Tribunal observa una desigualdad normativa cuando a un civil enfermero le es posible obtener el reconocimiento en cuestión, mientras que a la alférez enfermera Reynoso se le exigiría haber entrado en combate.

Ahora bien, la Veterana de Guerra, reconocida, Alicia Reynoso participó activamente en el Hospital de campaña instalado en la ciudad de Comodoro Rivadavia, durante la contienda bélica, pero efectivamente no ingreso en combate. Para una mayor comprensión por el tiempo transcurrido, incorporamos la siguiente nota del Ministerio de Defensa:

"El Hospital Reubicable (HR) se localizó en Comodoro Rivadavia y funcionó, a partir del 18 de abril, como centro de recepción de bajas provenientes de las islas y depósito de materiales e insumos para los equipos médicos. El personal de atención sanitaria estaba compuesto por dos equipos, cada uno contaba con: cirujanos, traumatólogo, anestesista, clínico, bioquímico y siete enfermeros. El Hospital contaba con salas: de internación general con 35 camas, de cirugía, cuidados intensivos, de rayos, de guardia, de esterilización, laboratorio de análisis y un equipo odontológico.

"Para intentar comprender la situación operacional en el periodo de la Guerra de Malvinas, debemos señalar que existían dos teatros de operaciones, el TOM, Teatro de operaciones Malvinas y el TOAS, Teatro de operaciones Atlántico Sur. Este último abarcaba desde Buenos Aires hasta el pasaje de Drake además de la zona de influencia de las islas Georgias y Sándwich del sur.

"Debemos señalar que la Ciudad de Comodoro Rivadavia, tendía un puente aéreo con las Islas Malvinas a través de los escuadrones "Hércules" y "Fénix".

Situación esta que la ponía directamente en el Teatro de Operaciones Malvinas, como por ejemplo en la Batalla de San Carlos entre el 21 y el 27 de mayo 1982..." **(1)**.

Interpretamos que resulta correcto lo resuelto por el Tribunal, ha permitido poner en blanco sobre negro la importante actividad de las mujeres en el conflicto del Atlántico Sur, la guerra de Malvinas, nuestra guerra.

(*) Abogado (UBA). Graduado del Programa de Desarrollo Directivo (IAE, Escuela de Negocios de la Universidad Austral, Argentina). Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Laborales. Exprofesor titular de Derecho del Trabajo IUPFA. Exdirector general de Recursos Humanos del Ministerio de Cultura (2016-2017). Asesor de entidades gubernamentales.

(1) Ministerio de Defensa de la Nación. Véase en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_malvinas.pdf

Para finalizar, bien vale traer a la memoria el interrogante del Héroe de Guerra, exsoldado conscripto clase 62, Jorge Alberto Altieri. "... Cuando nos llamaron a la guerra no le costó al Estado localizarnos en casa a cada uno. Yo conté lo del policía que vino a entregarnos por mano la citación. ¿Por qué entonces para conseguir el beneficio de la pensión, debemos hacer tantos tramites y demostrar todo cada vez que nos lo requieren?" **(2)**.

(2) Extraído del Libro "Así Peleamos MALVINAS. Testimonios de Veteranos de Guerra" Biblioteca Soldados.

INDEMNIZACIÓN POR FALLECIMIENTO DEL TRABAJADOR

Clandestinidad del vínculo. Procedencia de la acción contra la ART.

Con nota de Emiliano Gabet

1. — Corresponde admitir la acción contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo en los términos de la ley 24.557 en concepto de indemnización por fallecimiento del trabajador y por accidente de trabajo sufrido por la actora, aun cuando aquella invoque la clandestinidad en la que se encontraba la actora y su esposo fallecido a esa fecha.

2. — El apart. 2º del art. 28 de la Ley de Riesgos del Trabajo contempla el caso del empleador que ha omitido denunciar la obligación de pago o la contratación de un trabajador, es decir, que ha ocultado a la ART la existencia de un trabajador dentro de la nómina de personal amparado por el Sistema de Riesgos del Trabajo, y que, en consecuencia, tampoco ha abonado las alícuotas respectivas, disponiéndose que si el trabajador sufre una contingencia laboral, la ART igualmente deberá cubrir las prestaciones dinerarias y/o en especie cubiertas por aquel Sistema y, a su vez, tendrá derecho de recuperar el dinero invertido en el damnificado para cubrir esas prestaciones del empleador.

3. — El empleador afiliado a una aseguradora puede declarar o denunciar algunos de sus trabajadores (incluso deficientemente) y a otros dejarlos sin nominar o declarar; y en cualquiera de estas situaciones, frente a una contingencia o contienda laboral puede, a su vez, reconocer o desconocer la relación laboral.

CNTrab., sala IX, 14/07/2021. - M. Z., C. B. y otro c. Galeno ART SA y otro s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/110752/2021]

Causa N° 47.279/2017

2ª Instancia.- Buenos Aires, julio 14 de 2021.

El doctor *Balestrini* dijo:

I. La sentencia de grado anterior, mediante la cual se rechazó el reclamo, es apelada por la actora por derecho propio y por sí en su calidad de derecho habiente del Sr. L. G. J. y en representación de sus hijos menores L. Z. L. M. y S. D. L. M. según los términos del memorial obrante a fs. 271/277, que fueron replicados a fs. 279/280.

El Defensor de Menores e Incapaces se adhiere a la expresión de agravios de la actora, conforme presentación digital que se puede consultar en el sistema de gestión judicial Lex 100.

A fs. 276 vta. la representación letrada de la actora, en ejercicio de un derecho propio, y a fs. 269 y vta. el perito médico apelan sus honorarios por estimarlos reducidos.

II. Adelanto que, de compartirse mi voto, la queja principal que plantea la actora y el Ministerio Público Pupilar, tendrá favorable recepción.

De acuerdo a lo que surge del escrito de inicio, la actora inicia demanda reclamando por el accidente ocurrido el 18 de diciembre de 2015 en el establecimiento de su empleadora, en el que se desempeñaban como peones rurales su marido —Sr. L. G. y la accionante—. El siniestro denunciado ocurrió en circunstancias en las que dos hombres encapuchados se dirigieron a la zona donde residen los trabajadores y al ser advertidos por la actora y su esposo, abrieron fuego contra estos, falleciendo el Sr. L. como consecuencia de los disparos y la actora sufriendo heridas de bala.

Quien me precedió en el juzgamiento resolvió rechazar la demanda por entender que "...al no encontrarse inscriptos los trabajadores en la nómina de personal informado por la empresa afiliada, dicha orfandad argumentativa sella la suerte de la pretensión por falta de obligación dentro del marco fáctico propuesto. Por lo que se hará lugar a la defensa de no seguro/falta de legitimación pasiva por falta de cobertura asegurativa opuesta por la accionada..."

Preliminarmente debo señalar que el apartado 2° del artículo 28 de la Ley de Riesgos del Trabajo contempla el caso del empleador que ha omitido denunciar la obligación de pago o la contratación de un trabajador, es decir, que ha ocultado a la ART la existencia de un trabajador dentro de la nómina de personal amparado por el sistema de riesgos del trabajo, y que en consecuencia tampoco ha abonado las alícuotas respectivas, y dispone que si el trabajador sufre una contingencia laboral (accidente laboral o enfermedad profesional), la ART igualmente deberá cubrir las prestaciones dinerarias y/o en especie cubiertas por el sistema de riesgos del trabajo, y a su vez, tendrá derecho de recuperar el dinero invertido en el damnificado para cubrir dichas prestaciones, del empleador.

Es decir, el empleador afiliado a una aseguradora puede declarar o denunciar algunos de sus trabaja-

dores (incluso deficientemente), y a otros dejarlos sin nominar o declarar, y en cualquiera de estas situaciones, frente a una contingencia o contienda laboral puede, a su vez, reconocer o desconocer la relación laboral.

No se encuentra discutido que entre la empleadora y la aseguradora existía —al momento del infortunio— cobertura debido a que ello se encuentra reconocido por la propia aseguradora a fs. 60/81 y fs. 135/158. La principal defensa de la ART radicó en la clandestinidad en la que se encontraba la actora y su esposo fallecido a esa fecha.

No obstante ello, como ya adelantara, lo cierto es que el Capítulo VIII de la Ley de Riesgos del Trabajo dispone que "Las ART tendrá como único objeto el otorgamiento de las prestaciones que establece esta Ley" (Art. 26 inc. 3), descripción que alude tanto a las prestaciones dinerarias como en especie y que, como ya he citado anteriormente, "si el empleador omitiera declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, la ART otorgará las prestaciones y podrá repetir del empleador el costo de estas..." (art. 28 inc. 2), y por este motivo la aseguradora debe considerarse como deudora de la prestaciones de ley sin perjuicio de la indicada facultad de repetir al empleador los gastos y costes que haya debido soportar.

Sentado ello, resulta menester analizar si los trabajadores siniestrados se desempeñaban para Expovíctor SA y si el accidente denunciado en autos tiene carácter laboral.

A fs. 35 obra el certificado de defunción del Sr. L. G., con fecha de fallecimiento el 18 de diciembre de 2015.

A fs. 49 obra recorte periodístico, del cual surge el relato del siniestro, con indicación del día y lugar del hecho y las personas heridas, entre las que se encuentran la actora y el Sr. L.

En cuanto a la prueba testimonial ofrecida, a fs. 223 el testigo E. depone que "...que conoce a la actora Z. C. B. por haber sido compañero de trabajo en Quinta Escobita (así se hacía llamar)... que cuando la actora M. trabajaba en esa quinta, vivía en esa misma quinta, que lo sabe, porque vivía también ahí y eran vecinos. Que la actora vivía con su esposo y sus dos hijos varón y nena... que la actora trabajaba de lunes a domingo al mediodía, que lo sabe porque la vio... Que al esposo de la actora lo conocían todos por L. que sabe que trabajaba de lunes a domingo al mediodía... que lo sabe, porque trabajaba igual que ellos. Que cuando falleció el actor era de madrugada lo habían despertado, porque escuchó disparos y se encontraron con esos accidentes que había tres heridos el Sr. L., D. V. y S. ... Que la Sra. también tenía un disparo, su hija en una de las piernas y el testigo mismo lo trasladó al hospital...".

A fs. 225 la testigo O. C. afirma que "...Que la testigo trabajaba en la quinta y vivía allí mismo... que la actora vivía en la quinta con el marido L. J. ... que el Sr. L. fue al baño, llegaron los asaltantes, tres personas, abrieron el tejido, lo cortaron y entraron y le dijeron que la actora le dé plata y la actora no le entregaba la plata y tiraron balas los asaltantes al marido de la dicente que se llama S. ... el marido de la testigo la corrió a la dicente y los corrió y le dijo que le avise al hijo de L. ... Que la actora C. recibió balas en los dos dedos y la hija de C. recibió otra bala en la pierna, que todo vio... Que la actora y L. llevaban trabajando siete años antes del accidente...".

Así advierto que los testimonios aportados por la actora resultan coherentes, explicativos y coincidentes con los hechos descriptos en el inicio. La prueba testimonial examinada posee entonces plena eficacia probatoria y permite tener por acreditado que el evento dañoso tiene carácter laboral.

En efecto, los declarantes describieron que la actora y el Sr. L. se encontraban trabajando para Expovíctor SA, desarrollando tareas de peones rurales y que se encontraban dentro del establecimiento al momento del hecho y que como consecuencia del mismo el Sr. L. falleció y la actora resultó gravemente herida.

Por lo tanto, debe tenerse por acreditado el siniestro y la aseguradora debe responder por el fallecimiento del Sr. L. y por las dolencias padecidas por actora.

En consecuencia, la cuestión pendiente de dirimir en autos es si ha quedado acreditada en autos la existencia de un nexo causal o concausal entre el siniestro motivo de autos y la incapacidad padecida por la accionante.

El perito médico interviniente dictaminó que la recurrente padece una "amputación a nivel de la metacarpofalángica" que de conformidad con lo establecido en el Baremo de la ley 24.557 le genera un 9% de minusvalía de la T. O., que sumado los factores de ponderación totaliza en 12.25%. Asimismo, informó que presenta una reacción vivencial anormal neurótica Grado III a IV que le ocasionaba un 23% de incapacidad de la T. O. (fs. 229 vta./230).

Con relación al nexo de causalidad entre las referidas dolencias y el siniestro, el experto informó que consideraba que "...el mecanismo de producción siniestral relatado en autos es idóneo para provocar las lesiones y secuelas actuales que presenta el actor...".

Arribado este punto, considero que el aludido informe pericial reviste pleno valor probatorio y fuerza convictiva a los efectos de dilucidar la presente litis y luce fundado en las bases científicas técnicas propias de la profesión del galeno (cfr. arts. 346 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

A mérito de lo expuesto, sugiero admitir la acción contra Galeno ART SA en los términos de lo previsto en la ley 24.557 por indemnización por fallecimiento del Sr. L. y por indemnización por accidente de trabajo sufrido por la Sra. M. Z.

III. A fin de fijar el monto del resarcimiento correspondiente a la indemnización por fallecimiento del Sr. J. L. G. de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 15 inc. 2) de la LRT tendré en cuenta el ingreso base mensual que ha sido denunciado en la demanda el que asciende a $23.000, ante la falta de registro de las 12 remuneraciones anteriores al accidente.

La suma adeudada es de $1.584.700 que surge de practicar el cálculo previsto en el artículo mencionado (53 X $23.000 X 65/50 (1,3), esto es $1.584.700), el que resulta ser superior al mínimo establecido en la Resolución SSS N° 28/15, vigente al momento del accidente. Por lo tanto, a dicha suma —$1.584.700— deberá sumarse el adicional de $561.238, contemplado por el art. 11 inc. 4 ap. c) de la Ley 24.557 y Res. SSS N° 28/15.

Asimismo, a las sumas indicadas precedentemente —esto es, $2.145.938— deberá adicionarse la indemnización establecida en el artículo 3 de la ley 26.773 la que asciende en la suma de $429.187.60 ($1.584.700 + 561.238= 2.145.938 x 20%), lo que totaliza un capital de condena por indemnización por fallecimiento de $2.575.125,60.

Dicha suma devengará intereses, desde la fecha del accidente y hasta el 30 de noviembre de 2017 de acuerdo a la tasa nominal anual utilizada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos personales libre destino para un plazo de 49 a 60 meses determinada por la CNAT en Actas N° 2601 del 21/05/2014, N° 2630 del 27/04/2016, y a partir del 1 de diciembre de 2017 a la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa, del Banco Nación, fijada por la CNAT mediante Acta N° 2658 del 08/11/2017, hasta la fecha de su efectivo pago (conf. art. 768 ap. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

IV. Resta establecer quiénes resultan legitimados activos para percibir la indemnización determinada en el apartado anterior.

El vínculo matrimonial ha sido acreditado mediante copia de la partida respectiva que se encuentra glosada a fs. 37.

A su vez los vínculos filiatorios de L. Z. L. M. y de S. D. L. M. se encuentran acreditados mediante las partidas agregadas a fs. 40 y fs. 43, respectivamente.

En consecuencia y de acuerdo al art. 18 de la Ley 24.557 que remite al art. 53 de la Ley 24.241, la indemnización por fallecimiento corresponderá a la viuda en un 50% y respecto del 50% restante a quienes al momento del deceso eran sus hijos menores: L. Z. L. M. y S. D. L. M.

V. Respecto de la acción entablada por la Sra. M. Z. por las consecuencias dañosas derivadas del siniestro denunciado en autos, a fin fijar el monto del resarcimiento tendré en cuenta el ingreso base mensual que surge del escrito de inicio (v. fs. 95 vta.), el que asciende a $15.000 ante la imposibilidad de extraer las 12 remuneraciones anteriores al accidente y una incapacidad psicofísica del 35.25% de la T. O. (física: 12.25%/psicológica: 23%).

En consecuencia, fijaré el monto de condena en la suma resultante de la aplicación de la fórmula prevista en el art. 14 inc. 2) a) de la ley 24.557, que asciende a $387.562,50 (53*15.000*35.25%*65/47), en tanto dicha suma resulta ser superior al piso mínimo establecido en la Res. 28/15 aplicable al caso de $296.754.- (841.856*35.25%). A dicha suma —esto es a $387.562,50— deberá adicionarse el 20% previsto en el art. 3 de la Ley 26.773, el que asciende a $77.512.50. Por lo que, el monto total de condena por las secuelas del accidente sufrido por la Sra. M. Z. es de $465.075.

Dicha suma devengará intereses, desde la fecha del accidente y hasta el 30 de noviembre de 2017 de acuerdo a la tasa nominal anual utilizada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos personales libre destino para un plazo de 49 a 60 meses determinada por la CNAT en Actas N° 2601 del 21/05/2014, N° 2630 del 27/04/2016, y a partir del 1 de diciembre de 2017 a la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa, del Banco Nación, fijada por la CNAT mediante Acta N° 2658 del 08/11/2017, hasta la fecha de su efectivo pago (conf. art. 768 ap. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

VI. La modificación propuesta de la sentencia recurrida, me lleva a efectuar una nueva imposición de costas y honorarios (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), lo que torna abstracto las apelaciones al respecto.

Considero ajustado a derecho imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada, toda vez que ello se compadece el principio general que

emana del artículo 68, primer párrafo del citado cuerpo legal, norma esta que claramente dispone que las costas deben imponerse a cargo del litigante que resulta vencido en el pleito.

Teniendo en cuenta lo establecido por el art. 1255 del Cód. Civil, Ley 27.423 y demás normas arancelarias, dada la importancia, complejidad, extensión, mérito y calidad de las tareas llevadas a cabo por los profesionales intervinientes en la sede anterior (art. 38 LO), sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora en la suma de $ ... (equivalente a ... UMAS) y a la demandada en la suma de $ ... (equivalente a ... UMAS). Asimismo, se regulan los honorarios del perito médico en la suma de $ ... (equivalente a ... UMAS).

Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y aseguradora demandada, por su actuación en esta alzada, en el 30% de lo que les corresponda por su labor en la anterior instancia.

El doctor *Pompa* dijo:

Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede.

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

A mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la sentencia de fs. 266/268 y condenar a Galeno ART SA por las sumas de: a) $2.575.125,60 en concepto de indemnización por el fallecimiento del Sr. J. L. G. de acuerdo a lo dispuesto en el considerando III y IV del voto preopinante, con más los intereses allí fijados y b) pesos cuatrocientos sesenta y cinco mil setenta y cinco $465.075 por el accidente de trabajo sufrido por la Sra. M. Z. C. B. conforme lo dispuesto en el apartado V, con más los intereses allí dispuestos; 2) Dejar sin efecto la imposición de costas y la regulación de honorarios practicadas en la anterior instancia; 3) Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida; 4) Regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes actora y demandada y perito médico de acuerdo a lo dispuesto en el considerando VI y 5) Por las actuaciones desplegadas ante esta Alzada, regular los honorarios de la representación letrada de las partes actora y demandada en el 30% de lo que a cada una le corresponda percibir por su actuación en la anterior instancia. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. *— Roberto C. Pompa. — Álvaro E. Balestrini.*

Omisión del empleador de denunciar a la ART la contratación de un trabajador

Emiliano A. Gabet (*)

El art. 28 inc. 2º establece: "[S]i el empleador omitiera declarar su obligación de pago o la contratación de un trabajador, la ART otorgará las prestaciones, y podrá repetir del empleador el costo de estas...".

En el presente caso se admite la acción contra la ART para que abone la indemnización por fallecimiento del trabajador y por accidente de trabajo sufrido por la actora, aun cuando estos no se encontraban registrados en la nómina del empleador.

El quid de la cuestión para responsabilizar a la ART, gira en torno a que no se encontraba discutido en el juicio que, al momento del infortunio, entre la empleadora y la aseguradora se encontraba vigente la cobertura asegurativa.

(*) Abogado. Secretario de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Puerto Madryn, Chubut. Exdocente de "Derecho Laboral y Seguridad social", "Derecho Procesal Civil y Comercial" y del "Taller de Litigación Civil y Comercial" (Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco"). Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral).

Destaco ello atento que, de no haberse encontrado vigente el contrato de seguro, sería el empleador quien tuviera que hacerse cargo de la reparación debida. Y el contrato asegurativo no se da de baja solamente por el cambio de la Aseguradora sino que, asimismo, puede serlo por el no pago de la prima durante varios períodos.

Esto último no se produce automáticamente, sino que, por el contrario, debe seguirse el procedimiento y formalidades estipulados por la Superintendencia de riesgos del trabajo.

Jurisprudencia Nacional

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Cómputo de los intereses desde la fecha del accidente de trabajo.

> Si ha de estarse a la res. SSS 387/2016, en vigor al día del infortunio para considerar el "piso" mínimo de aquel momento, idéntico criterio debe aplicarse al definir el momento a partir del cual deben calcularse los intereses en tanto que, si no se considerase esto, el crédito quedaría desprovisto de protección —en cuanto a su suficiencia— en un tramo que iniciaría con el accidente y culminaría con la "consolidación del daño".

CNTrab., sala I, 13/04/2021. - Rodríguez, Luis Gabriel c. QBE Argentina ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: AR/JUR/7833/2021]

Causa Nro. 45517/14

2ª Instancia.- Buenos Aires, abril 13 de 2021.

La doctora *Hockl* dijo:

I. La sentencia de fs. 128/131 es apelada por la demandada a tenor del recurso interpuesto a fs. 133/139, que mereció la réplica de su contraria a fs. 141/143.

De su lado, la representación letrada de la parte actora se alza contra los honorarios regulados a su favor, por considerarlos bajos (fs. 132).

II. Tengo presente que el Sr. Rodríguez inició demanda contra QBE Argentina ART SA por la minusvalía que alegó padecer como consecuencia del accidente laboral que sufrió el día 06/03/2014. Sostuvo que en tal fecha, mientras se encontraba desarrollando sus tareas habituales, al descargar cajas de vino que pesaban 20 kilogramos desde una estantería de aproximadamente tres metros de altura, sufrió un fuerte tirón en la cintura, se le durmieron las piernas, perdió el equilibrio y —para evitar una caída— quedó suspendido de un pasamano, por lo que también lesionó su brazo y hombro izquierdo (fs. 7/9).

La sentenciante de grado hizo lugar a la pretensión con fundamento en el informe médico obrante a fs. 96/105, en el que se estableció que el accionante padecía una incapacidad psicofísica del 39,4% de la T.O. En razón de ello, condenó a la aseguradora demandada a abonar al actor la suma de $533.044,02, más los intereses de conformidad con las actas CNAT 2601, 2630 y 2658, desde la fecha del siniestro.

III. La demandada se queja porque el actor no dio cumplimiento con el trámite por ante las comisiones médicas y porque —según sostiene— no se ha aplicado el marco normativo correspondiente: baremo, IBM e intereses.

Asimismo, cuestiona el decisorio de grado en tanto considera que el peritaje médico es "desproporcionado y falaz". Se queja, además, por la aplicación de intereses y por los honorarios regulados a los profesionales intervinientes, por considerarlos elevados.

IV. Con relación al primer agravio, vinculado a la falta de cumplimiento del trámite ante las comisiones médicas bajo el régimen anterior al establecido por la ley 27.348 —norma que no resulta aplicable al presente, pues no se encontraba vigente al momento de la interposición de la demanda— esta Sala tiene dicho que las previsiones del artículo 46, 1° apartado de la LRT guardan íntima vinculación con los artículos 21, 22 y 50 de la mencionada norma y con el dto. 717/1996. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Castillo, Ángel c. Cerámica Alberdi SA" (Fallos: 327:3610) declaró la inconstitucionalidad del referido artículo 46 y, si bien en dicha sentencia sólo se expidió sobre la norma citada, con posterioridad se ha pronunciado en las causas "Venialgo, Inocencio c. Mapfre Aconcagua ART SA" (V.159.XLI, del 13/03/2007), "Marchetti, Néstor G. c. La Caja ART SA" (C.804.XLII, del 04/12/2007) y "Obregón, Francisco V. c. Liberty ART" (O.223.XLIV del 17/04/2012), a cuyos fundamentos y conclusiones me remito, en razón de brevedad.

En definitiva, y por los motivos expuestos, el agravio desarrollado desatiende la doctrina referenciada y citada por la sentenciante en el fallo de grado, por lo que se torna insustancial. Propicio, pues, desestimar este aspecto de la queja articulada por la accionada y, en su mérito, mantener la decisión adoptada en origen.

V. La demandada se agravia genéricamente porque —según sostiene— no se ha aplicado el marco normativo correspondiente: baremo, IBM e intereses; mas no explica a qué se refiere, puntualmente, al señalar que la sentencia apelada no se encuentra ajustada a la normativa aplicable. Cuestiona, asimismo, la incapacidad determinada por el experto médico; empero, no controvierte los sólidos fundamentos de los que se sirvió este último a los efectos de determinar la incapacidad del accionante.

En este punto, merece ser reiterado que la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida. La exigencia de que el memorial contenga una crítica detallada y concreta de

todos y cada uno de los puntos del decisorio apelado, demostrativa de qué es erróneo, injusto o contrario a derecho, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de "demanda dirigida al superior", por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora (conf. CNAT, Sala VI, 16/11/1987, DT, 1988-623, citada por Pirolo, Miguel Ángel y otros en Manual de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial Astrea, 2004, p. 266). Por lo expuesto, considero que los agravios expuestos por la demandada no cumplen con los mínimos estándares que requiere el art. 116 LO.

De todos modos, aun soslayando lo anterior, señalo que el porcentaje de incapacidad determinado en razón de las patologías señaladas por el experto (fs. 96/105) se encuentra comprendido en los parámetros establecidos por el baremo de ley (ver dto. 659/1996, sección destinada a la columna vertebral, tanto cervical como lumbar, y las respectivas tablas de limitación funcional de la columna; ver, asimismo, limitación funcional del hombro y reacciones vivenciales anormales).

Por lo demás, considero que la experticia practicada en autos, tanto en el aspecto físico como psicológico, se encuentra fundada en la evaluación del accionante, en los estudios contemporáneos al examen y en consideraciones científicas, ilustra sus datos con detalles suficientes y fue realizado de acuerdo a las pautas previstas en el art. 472 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Por ello, corresponde otorgarle pleno valor probatorio en tal aspecto (conf. art. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Con relación a lo manifestado por la apelante en su memorial respecto al carácter inculpable de la tendinitis de supraespinoso, observo que el perito médico, en oportunidad de dar respuesta a las impugnaciones efectuadas por la demandada a su dictamen, señaló: "[s]i bien es cierto lo manifestado por el letrado apoderado respecto que la tendinitis del supraespinoso es una patología asociada a movimientos reiterativos y agota la discusión afirmando categóricamente que no es traumática, omite agregar que la distención aguda del tendón, en especial en abducción (como es el caso de marras) también puede causar una tendinopatía como también puede causarlo una caída sobre el hombro" (ver fs. 119).

Además, agrego que resulta aplicable la teoría de la indiferencia de la concausa, toda vez que el marco legal sólo permite mitigar el porcentual por factores extrínsecos al trabajo cuando, por medio de un examen preocupacional debidamente acreditado, se detectó una patología preexistente, circunstancia no corroborada en la presente. (art. 6.3.b ley 24.557, ver en igual sentido, mi voto *in re* "Alfonzo, María E. c. Federación Patronal Seguros SA s/ accidente ley especial", SD 92.627 del 14/06/2018, del registro de esta Sala). En efecto, corresponde enfatizar que esta última posibilidad no fue aprovechada satisfactoriamente por la demandada, quien no ofreció prueba alguna en este sentido. Por otro lado, observo que el IBM considerado por la *a quo* surge de la página web de la AFIP (www.afip.gov.ar) de conformidad con el Convenio de Cooperación vigente entre esta Cámara y la AFIP (fs. 62), por lo que resulta adecuado.

Finalmente, lo apuntado con relación a que el accionante se encuentra trabajando para otra empresa en nada modifica lo decidido en grado, pues destaco —por un lado— que ello fue denunciado como hecho nuevo y desestimado por la *a quo* (ver fs. 117 vta.) y además, tal circunstancia no desvirtúa las conclusiones del peritaje médico, máxime cuando no surge de las actuaciones qué tareas se encuentra desarrollando en la actualidad.

Por todas las consideraciones expuestas, los agravios de la demandada deben ser desestimados.

VI. La recurrente sostiene, además, que no deben adicionarse intereses al monto de condena porque su parte no se encuentra en mora y que —de aplicarse algún acrecido— ello debe ajustarse a lo establecido por la ley 27.348.

Sobre el particular, considero que el concepto de "mora" está referido a la dilación o tardanza en observar cabalmente una obligación, al retardo o retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del deudor (conf. Belluscio, Augusto —Dir.— "Código Civil Comentado", Editorial Astrea, año 1979, T. 2, p. 588). Destaco que los frutos civiles deben contarse desde que el daño a resarcir adquiere carácter permanente y, en tal sentido, considero que ello ocurre cuando el daño incapacitante se torna definitivo.

Desde esa perspectiva y a la luz de lo ya establecido en el artículo 508 del Código de Vélez Sarsfield y art. 1747 del Cód. Civ. y Comercial, conf. ley 26.994, corresponde concluir que la demandada se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación a su cargo desde la efectiva consolidación del daño.

Debe recordarse, en este punto, el dictamen del Dr. Humberto Podetti, cuyos términos hizo suyos el Dr. Justo López al votar en el fallo plenario N° 180 "Arena, Santos c. Estiport SRL" (del 17 de mayo de 1972), según el cual "...el curso de los intereses debería computarse a partir del día en que el daño quedó configurado, o sea cuando la incapacidad parcial es permanente. De ordinario, esto acaece con posterioridad al accidente de trabajo que da lugar de inmediato a los salarios por incapacidad temporaria. No cabe retrotraer el curso

de los intereses a la fecha del accidente porque recién después del alta médica o del transcurso del plazo de un año hay deuda cierta; hasta entonces, no existe el daño que cubre la indemnización…que de no haberse pagado oportunamente debería dar lugar al curso de intereses desde la fecha en que debió satisfacerse. Al cesar esta prestación porque se 'consolida' la incapacidad, por el alta o el transcurso del plazo anual, se hace exigible la indemnización… y consiguientemente desde entonces rigen las reglas de la mora…".

Si bien este argumento está referido a la ley 9688, la sana doctrina que emerge del referido acuerdo plenario, es concluyente: los intereses que acceden a la indemnización por incapacidad derivada de un accidente de trabajo, se devengan desde que dicha minusvalía puede ser considerada "permanente".

Asimismo, "…el artículo 7° de la ley 24.557 (aplicable al caso) establece que la incapacidad temporaria cesa —entre otras razones— por alta médica, por la declaración de incapacidad laboral permanente o bien por haber transcurrido un año desde la primer manifestación invalidante. En otras palabras, como puede apreciarse, (…) la consolidación jurídica del daño que deriva de un accidente de trabajo (o de una 'enfermedad-accidente') también se produce al otorgarse el alta médica, o al efectuarse la declaración de incapacidad laboral permanente (si esto ocurre antes del año subsiguiente al infortunio) o, acaso, a más tardar, al cumplirse el año de acaecido el infortunio; plazo máximo establecido por la norma como de consolidación del daño…" (ver, entre otros, "Portillo, Adolfo c. Liberty ART SA s/ accidente", sentencia definitiva N° 95.564 del 28 de febrero de 2008, del registro de la Sala II). En tales términos he tenido oportunidad de expedirme en la causa "Herrera, Jorge M. c. QBE Argentina ART SA s/ accidente - ley especial" (sentencia definitiva N° 92.129 del 27 de octubre de 2017, del registro de esta Sala, entre otras).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció, en el fallo "Aiello, Roberto A. c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial" (Fallos: 342:1450) que la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social —Secretaría de Seguridad Social— aplicable para el cálculo de la indemnización de la LRT, debe ser la que comprenda el período en el que se produjo el infortunio, y ello me conduce a un nuevo examen de la cuestión. En tal sentido, estimo pertinentes los argumentos esgrimidos por el Dr. Miguel Ángel Pirolo en un reciente fallo de la Sala II de esta Cámara, en el que sostuvo: "[l]a solución dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la fecha en la cual debe efectuarse la comparación de la indemnización con los mínimos imperativos, al revocar el criterio sobre el punto que este Tribunal sostenía, fuerza a la modificación de la tesis relativa al momento en el que deben comenzar a computarse los intereses sobre el crédito, en tanto ambos deben ser coincidentes, para evitar el evidente perjuicio que ello podría ocasionar a un trabajador que fue víctima de un accidente laboral (o in itinere) y se encuentra incapacitado en forma parcial o total. Una postura que diferenciara el momento en el cual se debe cotejar el mínimo indemnizatorio de aquel que determina el inicio del cómputo de intereses implicaría avalar que, en el segmento temporal comprendido entre ambos, la indemnización quedara desprotegida…" v. "Valenzuela, Nelson G. c. QBE Argentina ART SA (Hoy experta SA) s/ accidente - ley especial" del 03/10/2019, del registro de la Sala II.

En efecto, al adoptar el temperamento establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación —reitero, que impone estar a la resolución de la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo vigente al momento del siniestro— el crédito laboral sufriría un desfasaje económico evidente si no se adecua el dies *a quo* de los intereses que compensan la privación del capital.

De otro modo, no podría lograse la finalidad reparadora que persiguen las leyes 24.557 y 26.773 (y sus reglamentaciones) si —por hipótesis— se mantuviese el comienzo del cómputo de los intereses en una fecha distinta y posterior a la del accidente. Dicho en otros términos: si ha de estarse a la resolución SSS 387/2016, en vigor al día del infortunio para considerar el "piso" mínimo de aquel momento, idéntico criterio debe aplicarse al definir el momento a partir del cual deben calcularse los intereses.

Si no se considerase esto, el crédito quedaría desprovisto de protección —en cuanto a su suficiencia— en un tramo que iniciaría con el accidente y culminaría con la "consolidación del daño". Es que, frente al claro señalamiento de la Corte en el precedente que acato, por el que aplicaré el "piso" pertinente a la época del infortunio, el período no compensado me obliga a modificar ese momento del inicio del cómputo de los intereses, el que nacerá con el accidente. De otra manera, se estaría eludiendo un claro indicador de la realidad que perjudica al trabajador damnificado, que no puedo ignorar, y que —antes bien— debo conjurar: la reparación tiene contenido alimentario y se devenga, generalmente, en situaciones de emergencia para el dependiente.

Un leal acatamiento al caso "Aiello" supone armonizar su ratio decidendi al conjunto de principios consolidados por el Tribunal cimero: recuerdo, entonces, que en el precedente registrado en Fallos: 268:112, la Corte Federal enfatizó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera "justa", puesto que "indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio me-

diante un cabal resarcimiento", lo cual no se logra "si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida". Por los señalamientos expuestos, corresponde confirmar la decisión de grado.

Con relación a la tasa de interés aplicada, considero que lo resuelto en grado se ajusta a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 768 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en virtud de que los juicios laborales no tienen previsto un interés legal específico.

Cabe poner de resalto que luego del dictado de la ley 25.561 y a raíz de las nuevas variables económicas vigentes, este Tribunal —reiteradamente— ha sostenido que la merma que el valor de los créditos de los trabajadores sufre por la mora en su reconocimiento y pago, puede ser conjurado por los jueces mediante el uso adecuado de la tasa de interés. La salida del régimen de convertibilidad y la indefectible desvalorización de los créditos de los trabajadores, llevaron a adoptar una tasa de interés diferenciada sujeta a factores variables (tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos) que, como se examinó en el acuerdo de Cámara del 07/05/2002 (acta CNAT N° 2357) se encuentra dirigida a compensar el eventual envilecimiento de la moneda, teniendo en cuenta el doble carácter resarcitorio y moratorio de tales acrecidos.

A su vez, cabe destacar que esta Cámara, mediante la resolución N° 2601 de fecha 21/05/2014, dispuso la aplicación de intereses de conformidad con la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Subsiguientemente, mediante el acta N° 2630 del 27/04/2016, resolvió mantener la tasa a la cual remite el acta N° 2601 (tasa nominal anual vigente para préstamos personales de libre destino del Banco Nación) que asciende al 36%. Y, posteriormente, decidió —por mayoría, en acuerdo general de fecha 8 de noviembre de 2017 (acta N° 2658)— que a partir del 1° de diciembre de 2017 la aplicable es la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa, del Banco de la Nación Argentina. En consecuencia, corresponde mantener la decisión adoptada en origen sobre este aspecto.

En lo tocante a la aplicación de la ley 27.348, considero que su consideración es inconducente, en tanto se trata de una norma que no se encontraba vigente al momento de los hechos —el accidente acaeció el 07/02/2015— y, por ende, no resulta aplicable a la base fáctica juzgada en autos (cf. doctrina del reciente fallo de la CSJN, "Espósito, Dardo L. c. Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", sentencia del 07/06/2016, CNT 18036/2011/ RH1).

VII. En atención al resultado que se propone, corresponde confirmar la imposición de costas de grado a cargo de la aseguradora vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En materia arancelaria, frente al mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos y lo normado por el art. 38 de la LO y disposiciones arancelarias de aplicación vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts. 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 19 y 37 de la ley 21.839; criterio previsto en el sentido análogo por el art. 16 y conc. de la ley 27.423, cfr. arg. CSJN, de Fallos: 319: 1915 y 341:1063), considero que los fijados en grado a favor de todos los profesionales intervinientes lucen adecuados, por lo que corresponde confirmarlos.

VIII. En razón del resultado que se propone, estimo que las costas de Alzada deberían imponerse a cargo de la demandada (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30%, para cada uno de ellos, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27.423).

IX. Por todo lo anterior, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios y recursos; b) Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423);

La doctora *Vázquez* dijo:

Que adhiere al voto de la doctora *Hockl*, por compartir sus fundamentos y sus conclusiones.

Por ello, el Tribunal resuelve: a) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios y recursos; b) Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423) y c) Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/2013) y devuélvase. — *María C. Hockl.* — *Gabriela A. Vázquez.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Reconocimiento del accidente por parte de la ART, sin rechazo posterior. Prueba de la relación de causalidad. Accidente *in itinere.* Constitucionalidad del art. 3° de la ley 26773.

1. — Toda vez que se encuentra acreditada la existencia del infortunio invocado en el inicio, atendiendo al reconocimiento efectuado en el responde por la aseguradora, sin que conste el ulterior rechazo del siniestro y que se encuentra suficientemente acreditado a través de la pericia, el nexo de causalidad entre la patología denunciada y el infortunio padecido por el trabajador corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta.

2. — El planteo de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 26773 en cuanto excluye de un beneficio adicional a los accidentes producidos in itinere, debe ser desestimado toda vez que considero que la distinción concebida por el legislador no entraña quebrantamiento alguno a la Ley Fundamental alegado ya que es evidente que ha contemplado un universo específico de situaciones para acceder a la reparación complementaria.

CNTrab., sala I, 20/04/2021. - Cruz, Marcelo Raul c. ART Interacción SA s/ accidente ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9679/2021]

Causa Nro. 30432/2016/CA1

2ª Instancia.-Buenos Aires, abril 20 de 2021.

La doctora *Hockl* dijo:

I. Disconforme con la sentencia de primera instancia de fs. 168/169 que rechazó la demanda por accidente de trabajo, apela el actor a tenor del memorial de agravios incorporado digitalmente a la causa el día 12/08/2020. Dicha presentación mereció la réplica de la contraparte en fecha 19/08/2020.

II. Memoro que el Sr. Cruz inició el presente reclamo a fin de obtener la reparación de la disminución psicofísica de la que indicó ser portador y que —refiere— se originó como consecuencia del accidente in itinere ocurrido el día 06/11/2014. Sostuvo que en dicha ocasión, en momentos de encontrarse regresando a su domicilio tras cumplir su jornada de trabajo, fue embestido por un automotor que luego del siniestro se dio a la fuga (v. fs. 5 vta./6). Afirmó que dicho evento fue denunciado ante la ART, quien le otorgó las prestaciones médicas pertinentes hasta la concesión del alta médica, el día 13/03/2015.

El Magistrado que me precedió, consideró que el accionante no logró acreditar que la minusvalía física que presenta posea vinculación con el hecho motivo del presente, y —como corolario de ello— dispuso el rechazo de la pretensión entablada.

III. La parte actora cuestiona los argumentos por los cuales el sentenciante de grado no hizo lugar a la demanda y, en definitiva, solicita que se revoque el fallo y se acepte la pretensión basada en la incapacidad resultante del peritaje médico.

Examinados los planteos formulados, la sentencia recurrida y las circunstancias de la causa, adelanto que, de compartirse la solución que propicio, el pronunciamiento deberá ser revocado.

Digo ello, pues no pueden soslayarse las afirmaciones vertidas por la propia demandada, quien reconoció la denuncia del siniestro evocado en la demanda sin que conste ulterior rechazo. En efecto, de la lectura de la contestación de demanda surge que la accionada, en relación al evento reclamado, afirmó haber remitido una misiva al actor a fin de que sea evaluado ante una auditoría médica, anteponiendo como defensa la circunstancia de que el Sr. Cruz habría abandonado el tratamiento con fecha 22/09/2015 (v. fs. 60/vta. y fs. 66 vta.). Si bien no eludo que dicha misiva fue únicamente transcripta en la contestación y que la accionada no produjo prueba en autos a fin de constatar su veracidad, lo cierto es que en definitiva no negó la existencia del siniestro y el haber otorgado prestaciones al Sr. Cruz —tal como fue relatado en la demanda— señalando inclusive que "...se estimó un gradiente de incapacidad de aproximadamente un 5% de la total obrera". (v. fs. 60 vta.).

En razón de ello, considero que se encuentra acreditada la existencia del infortunio invocado en el inicio, atendiendo al reconocimiento efectuado en el responde por la aseguradora, sin que conste el ulterior rechazo del siniestro (argumento art. 6° del dto. 717/1996). Es sabido que el régimen de cobertura por riesgos laborales consagró el seguro obligatorio (art. 3.1 y 3.3), por lo que producido el infortunio (art. 6 LRT) es obligación del empleador - asegurado denunciar inmediatamente a la aseguradora el hecho accidental (art. 31.2 "c" LRT; art. 1° dto. 717/1996 y art. 1° SRT 230/2003).

En la referida comunicación, el empleador debe especificar en forma clara los datos referidos a la vigencia del contrato de afiliación, el nombre del trabajador accidentado, hora, lugar y forma que se produjo el evento (arts. 2° y 4°, párr. 1°, dto. 717/1996; res. SRT

1604/2007). Desde que recibe la comunicación, la ART puede aceptar o rechazar el siniestro en el plazo de diez días y, en caso de silencio, se entenderá "*iure et de iure*" que medió la aceptación del hecho (art. 919 Cód. Civil, actual art. 263 Cód. Civ. y Comercial). El art. 6° del decreto, le impone a la Aseguradora expedirse "expresamente aceptando o rechazando la pretensión y notificar fehacientemente la decisión al trabajador y al empleador".

IV. Con respecto a lo manifestado por la demandada acerca de la improcedencia de la vía judicial sin que se hubiera agotado el procedimiento previsto por la Ley 24.557, debo señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido reiteradamente en los casos "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti" determinando la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22 y 46 inc. 1° de la ley especial, estableciendo en líneas generales que los trabajadores pueden concurrir directamente ante los tribunales laborales para reclamar las prestaciones dinerarias o en especie de la LRT sin necesidad de transitar el procedimiento antes las comisiones referidas.

V. Sentado lo expuesto, corresponde verificar si existen lesiones con nexo causal que ameriten el presente reclamo en los términos de la ley 24.557 y sus modificatorias.

Así, observo que el actor denunció en la demanda que como consecuencia del infortunio padecido, sufrió un traumatismo en la rodilla derecha, a raíz del cual presenta una merma en su incapacidad psicofísica del 20%, estimando un 10% por incapacidad física y un 10% de incapacidad psicológica (v. fs. 6 vta.).

Con el propósito de dilucidar este aspecto, se requirió el dictamen de un profesional en medicina, quien al practicar el peritaje encomendado —obrante en autos a fs. 144/146— señaló que el accionante padece en su rodilla derecha de un síndrome meniscal con signos objetivos, al cual atribuyó una incapacidad del orden del 8%.

Asimismo, el perito médico adicionó un 0,48% de incidencia de factores de ponderación: 5% por dificultad para realizar tareas habituales y 1% por factor etario (v. fs. 145 vta.) conforme a los parámetros establecidos por el dto. 659/1999, acápite "Factores de ponderación", punto 4. En razón de ello, ponderó que el accionante presenta una incapacidad permanente del 8,48% de la T. O. Con respecto a la conexión causal, expresó que "la incapacidad guarda relación con el mecanismo invocado" (v. "Conclusiones" a fs. 146).

Entiendo que el grado incapacitante determinado por el experto se basa en fundamentos científicos suficientes, teniendo en consideración todos los antecedentes obrantes en autos y un examen realizado en forma adecuada. En efecto, observo que el peritaje se encuentra fundado en un estudio médico contemporáneo al examen: una resonancia magnética de rodilla derecha practicada al actor, cuyas conclusiones obran a fs. 141 y que han sido descriptas por el experto al efectuar su labor.

Por lo antedicho, no encuentro motivos para apartarme en la especie de las conclusiones vertidas por el experto en su informe pericial. Ello es así, en tanto el apartamiento del asesoramiento pericial es viable cuando el informe adolece de deficiencias significativas, sea por errores en la apreciación de las circunstancias de hecho o por fallas lógicas en el desarrollo de los razonamientos empleados, que conduzcan a descartar la idoneidad probatoria de la peritación, lo que no ha ocurrido en autos. En consecuencia, toda vez que el perito ilustró sus datos con detalles suficientes y realizó el peritaje de acuerdo a las pautas previstas en el art. 472 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y al baremo de ley, corresponde otorgarle pleno valor probatorio en tal aspecto (conf. art. 386 y 477 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En este punto, cabe destacar que la perito psicóloga designada en autos desestimó la posibilidad de que el actor padezca minusvalía en los aspectos de su incumbencia profesional, circunstancia que no llega rebatida a esta Alzada (v. fs. 133/138).

Por todo lo expuesto, encuentro suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la patología denunciada y el infortunio padecido por el actor, por lo cual estimo que la incapacidad física del accionante debe ser fijada en el 8,48% de la total obrera.

VI. Corresponde, pues, determinar la suma a la que será acreedor el Sr. Cruz, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la ley 24.557.

En consideración al IBM de $7.450,29 (ver constancia de AFIP de fs. 152) y la edad al momento del accidente (32 años, v. fs. 5), el monto de condena asciende a la suma de $68.015,55 ($7.450,29.- x 53 x 8,48% x 65/32).

Es de destacar que el importe determinado resulta superior al mínimo establecido por la Resolución correspondiente de la SSN vigente al día del accidente, que arroja la suma de $52.611,10 ($620.414 x 8,48%).

VII. A continuación, examinaré lo expuesto por el actor en su demanda en relación a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 26.773.

La norma impugnada —y que establece una indemnización adicional— expresa que cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el

dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%).

Ahora bien; según conocida jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, en la tarea de interpretación debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de los preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, propósito que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos: 335:622; 331:1771 y 330:3426, entre muchos otros).

Al respecto, no tengo dudas con respecto a la claridad del precepto apuntado y, por lo tanto, no observo que de él puedan derivarse vacilaciones exegéticas. Se excluye de un beneficio adicional a una clase de accidentes —los producidos in itinere— para acordar aquél a los dependientes que sufran los daños en el lugar de trabajo o los padezcan mientras se encuentren a disposición del empleador.

Desde luego, no existiría obstáculo —desde la función de control que incumbe a todos los jueces a efectos de velar por la supremacía constitucional— para declarar la invalidez de la norma, siempre que se verificase una agraviante desigualdad derivada de ese texto. Ello, a fin de atender el fin tuitivo de ley laboral, mas sin soslayo de la regla según la cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma, supuesto de suma gravedad institucional, es la última ratio del orden jurídico que sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 340:1795 y 1581; 339:1583, entre muchos otros).

Sentado ello y luego de examinar la cuestión planteada, considero que la distinción concebida por el legislador no entraña quebrantamiento alguno a la Ley Fundamental. En efecto, se ha dicho —mediante jurisprudencia que comparto— que "...puede afirmarse que el establecimiento del pago adicional responde a la intención legislativa de reducir o eliminar la brecha existente entre las indemnizaciones sistémicas y la reparación integral fundada en las normas del derecho común. Desde tal perspectiva, (...) no parece ilógico ni irrazonable la exclusión de los siniestros que, en atención a sus particularidades, no resultan pasibles de ser encuadrados en ninguno de los supuestos atributivos de responsabilidad contemplados en la ley común, ya sea subjetivos u objetivos, en relación con el empleador.... Lo expuesto permite vislumbrar dos situaciones distintas, es decir, la del trabajador que ha sufrido el infortunio (o enfermedad) en el lugar del trabajo o estando a disposición del empleador, y el que ha resultado accidentado in itinere. En consecuencia, y toda vez que el legislador posee la potestad de brindar diferentes soluciones para situaciones disímiles, cabe concluir que lo dispuesto en el art. 3° de la ley 26.773 en el punto analizado no afecta las garantías contempladas en los arts. 16, 17 y 28 de la Constitución Nacional, por cuanto la "igualdad" que allí se alude se halla innegablemente sujeta a la igualdad de situaciones que, como se expuso precedentemente, no se advierte en los supuestos analizados puesto que en los accidentes in itinere, el empleador responde por un hecho que para él se integra en el territorio del caso fortuito o la fuerza mayor" (conf. "De Mello, Marcela V. c. ART Interacción SA s/ accidente - ley especial", Sentencia Definitiva N° 104.664 del 19/08/2015, del registro de la Sala II, entre otros).

Es evidente que el legislador ha contemplado un universo específico de situaciones para acceder a la reparación complementaria y en tal sentido me explicaré. Los daños, según el caso, pueden encuadrarse en el régimen especial o en el derecho común y ante la elección del primero por parte del trabajador, la ley ha establecido, expresamente, una pauta compensatoria de aquello no cubierto por "las fórmulas".

Como consecuencia de lo anterior, sería producido de un razonamiento errado que un accidente como el de autos, sólo subsumido por la ley especial, pueda acceder a un beneficio del que —por esa misma razón— ab initio no gozaría. Es harto improbable que los supuestos previstos en el art. 1113 del Código de Vélez Sarsfield o en los actuales arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, puedan encuadrar en un infortunio in itinere y que la subsunción legal en el sistema especial resulte de una opción deliberada; en esos casos el encuadramiento por el sistema tarifario, por regla general, se impone. En tal sentido, se coincidió con Ireneo E. Banchs en que esta indemnización (en referencia a la pertinente al accidente in itinere) "no puede reclamarse por la vía del derecho común (...) porque no hay responsabilidad en el sentido del art. 1113 del Cód. Civil, salvo que el viaje se haga en el vehículo de la empresa o contratado por la misma" (Altamira Gigena, Raúl y Hüniken, Javier, en Tratado de Derecho del Trabajo, dir. Antonio Vázquez Vialard, 1983, T. 4°, Ed. Astrea, p. 255).

Siendo ello así, la norma sólo apunta a los sucesos ocurridos "en el lugar de trabajo o [a casos en que] lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador" pues ese plus compensaría la elección por el sistema cubierto por las fórmulas; opción que, reitero, no asiste —como regla— al dependiente accidentado en los mentados recorridos.

Asimismo, corresponde resaltar que el Máximo Tribunal, ha ratificado esta interpretación de la norma en la causa CNT 64.722/2013/1/RH1 "Páez Alfonzo, Matilde y otro c. Asociart ART SA y otro s/ indemnización por fallecimiento" Fallos: 341:1268 donde, en el voto de la mayoría (acápite sexto) dispuso que "[c]on solo atenerse a la literalidad del precepto (atendiendo al primer criterio de la interpretación de la ley, confr. Doctrina de Fallos: 327:991; 329:3546; 330:4988; 331:858, entre otros) y sin necesidad de hacer un mayor esfuerzo intelectivo, es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la norma ha sido la de circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes in itinere."

En razón de lo expuesto, estimo que corresponde desestimar lo peticionado por el actor en este aspecto.

VIII. Con respecto a la fecha a partir de la cual deben comenzar a computarse los intereses, me remito a lo expresado en mi voto en la causa "Luque, Juan J. c. Provincia ART SA s/ accidente-ley especial" en lo pertinente y en razón de brevedad (v. consulta web CIJ, Expte. N° 36.369/2015, sentencia del 19/05/2020), por lo que deben considerase desde el 06/11/2014.

Con relación a la tasa de interés, resulta de aplicación el inciso c) del artículo 768 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en razón de que los juicios laborales no tienen previsto un interés legal específico.

En este orden, cabe poner de resalto que luego del dictado de la ley 25.561 y a raíz de las nuevas variables económicas vigentes, este Tribunal —reiteradamente— ha sostenido que la merma que el valor de los créditos de los trabajadores sufre por la mora en su reconocimiento y pago, puede ser conjurado por los jueces mediante el uso adecuado de la tasa de interés. La salida del régimen de convertibilidad y la indefectible desvalorización de los créditos de los trabajadores, llevaron a adoptar una tasa de interés diferenciada sujeta a factores variables (tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos) que, como se examinó en el acuerdo de Cámara del 07/05/2002 (acta CNAT N° 2357) se encuentra dirigida a compensar el eventual envilecimiento de la moneda, teniendo en cuenta el doble carácter resarcitorio y moratorio de tales acrecidos.

A su vez, cabe destacar que esta Cámara, mediante la resolución N° 2601 de fecha 21/05/2014, dispuso la aplicación de intereses de conformidad con la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses. Subsiguientemente, mediante el acta N° 2630 del 27/04/2016, resolvió mantener la tasa a la cual remite el acta N° 2601 (tasa nominal anual vigente para préstamos personales de libre destino del Banco Nación) que asciende al 36%. Y, posteriormente, decidió —por mayoría, en acuerdo general de fecha 8 de noviembre de 2017 (acta N° 2658)— que a partir del 1° de diciembre de 2017 la aplicable es la tasa activa efectiva anual vencida, cartera general diversa, del Banco de la Nación Argentina.

En consecuencia, corresponde disponer que los intereses se computen desde el día 06/11/2014, de conformidad con las actas 2601 y 2630 de esta CNAT hasta el 30 de noviembre de 2017 y, desde el 1° de diciembre de 2017, sugiero se compute conforme lo establecido en el acta N° 2658 CNAT hasta su efectivo pago.

IX. En este punto, debo señalar que, si bien la demanda fue dirigida contra ART Interacción SA, en razón de su liquidación judicial, a fs. 50/72 se presentó el delegado liquidador designado por la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante la Resolución N° 39.993/2016, por medio de la cual se revocó la autorización para funcionar como compañía aseguradora a la entidad accionada. Posteriormente, a fs. 90/96 se presentó Prevención ART SA, quien expuso que mediante la Resolución SSN N° 39.910/2016, se dispuso su contratación como gerenciadora del Fondo de Reserva creado por el art. 34 de la LRT, cuya función es, según sostuvo, otorgar "las prestaciones en especie y dinerarias que los trabajadores siniestrados deberían haber recibido de Interacción ART" (ver fs. 96).

De tal manera, frente a la liquidación de ART Interacción SA dispuesta por ese organismo mediante la resolución 39.993/2016 (art. 49 de la ley 20.091), quien debe responder por la prestación debida al Sr. Cruz es el Fondo de Reserva de la LRT creado por el art. 34 de la ley 24.557, cuyo gerenciamiento fue encomendado a Prevención ART SA.

Por las consideraciones vertidas, corresponde establecer que la condena dispuesta contra ART Interacción SA debe recaer sobre el Fondo de Reserva de la LRT creado por el art. 34 de la ley 24.557 y gerenciado por Prevención ART SA (ver, en idéntico sentido, Sala II, "Zappa, Roberto O. c. ART Interacción SA s/ accidente - Ley Especial" SD 113771, 22/04/2019).

X. En atención al nuevo resultado que se propone (art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), corresponde emitir un nuevo pronunciamiento en materia de costas y honorarios.

En consecuencia, sugiero imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En materia arancelaria, frente al mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos y lo normado por el art. 38 de la LO y disposiciones arancelarias de aplicación vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts. 1°, 6°, 7°, 8°, 9°, 19 y 37 de la ley 21.839; criterio previsto en el sentido análogo por el art. 16 y conc. de la ley 27.423, cfr. arg. CSJN, de Fallos: 319: 1915 y 341:1063), sugiero regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la parte demandada, del perito médico y de la perito psicóloga en el 16%, 14%, 7% y 7%, respectivamente, sobre el monto de condena más intereses.

Por su labor en esta instancia, propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% a cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27.423).

XI. Por todo lo anterior, de compartirse mi propuesta, correspondería: a) Revocar la sentencia apelada, hacer lugar a la demanda y condenar a la demandada a abonar al actor —dentro del quinto día de aprobada la liquidación prevista en el art. 132 LO— la suma de $68.015,55, con más los intereses de conformidad con lo dispuesto en el punto VIII de la presente; b) Establecer que la condena dispuesta contra ART Interacción SA debe recaer sobre el Fondo de Reserva de la LRT creado por el art. 34 de la ley 24.557, gerenciado por Prevención ART SA; c) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada; d) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada, de la perito médica y de la perito psicóloga en el 16%, 14%, 7% y 7%, respectivamente, sobre el monto de condena más intereses; e) Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir a cada una por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423).

La doctora *Vázquez* dijo:

Que adhiero al voto que antecede, por ello, el Tribunal resuelve: a. Revocar la sentencia apelada, hacer lugar a la demanda y condenar a la demandada a abonar al actor —dentro del quinto día de aprobada la liquidación prevista en el art. 132 LO— la suma de $68.015,55, con más los intereses de conformidad con lo dispuesto en el punto VII de la presente. b. Establecer que la condena dispuesta contra ART Interacción SA debe recaer sobre el Fondo de Reserva de la LRT creado por el art. 34 de la ley 24.557, gerenciado por Prevención ART SA. c. Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada. d. Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, de la demandada, de la perito médica y de la perito psicóloga en el 16%, 14%, 7% y 7%, respectivamente, sobre el monto de condena más intereses. e. Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% sobre lo que en definitiva le corresponda percibir a cada una por su actuación en la instancia anterior (art. 30, ley 27.423). f. Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto N° 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los Anexos I y II de la Ac. 31/2020). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art. 4°, Acordada CSJN N° 15/13) y devuélvase. — *María C. Hockl.* — *Gabriela A. Vázquez.*

SEGURIDAD SOCIAL

Cómputo de los aportes. Muerte del aportante. Principio de proporcionalidad.

1. — La regularidad de los aportes no debe ser evaluada sobre la base de considerar solo un período laboral que no pudo ser completado por la muerte del causante, sino que debe ser valorada de modo proporcional con los lapsos trabajados y el período de afiliación. En tales condiciones, como los 12 años, 9 meses de servicios dependientes reconocidos por la demandada que surgen de las constancias de la causa representan más del 50%, ponderando los servicios que se podrían haber exigido al causante en forma proporcional con su vida laboral, no cabe sino reconocerle la calidad de aportante irregular.

2. — La actora pretende que se declare la irrazonabilidad de la ley 26.970 que instituye un plan de regularización de deudas previsionales conforme el régimen especial por ella diseñado, sin haber logrado demostrar, cómo dicho cuerpo normativo lesiona los derechos constitucionales que invoca. Manifiesta que el organismo rechazó la posibilidad de acogerse al plan de regularización porque no ha superado la encuesta socioeconómica, requisito que prevé la normativa que tacha de inconstitucional.

CFed. Seg. Social, sala II, 12/07/2021. - Kucczki, María de Luján c. ANSeS s/ acción meramente declarativa.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/110447/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CSS 090667/2015/CA001

Buenos Aires, julio 12 de 2021.

Considerando:

El doctor *Carnota* dijo:

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de grado.

El decisorio apelado rechaza la demanda en cuanto pretende la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 2, 3 y 9 de la Ley 26.970; arts. 4 inciso d), 7, 8 y 9 de la Resolución Conjunta General 3673/14 –AFIP y 533/14 ANSeS; arts. 3, 4 y 5 de la Resolución 540/14 –ANSES y toda otra norma que impida a las personas adherirse al Régimen de Regularización de deudas instituido por la Ley 26.970, pero ordena otorgar el beneficio considerando que, de acuerdo a las constancias de autos, el causante acreditó la cantidad de años suficientes.

El organismo demandado se agravia de la sentencia en cuanto dispone el otorgamiento del beneficio de pensión por aplicación de la regla de proporcionalidad, omitiendo que el causante no acredita la condición de aportante regular o irregular con derecho a la fecha de su deceso, en las condiciones previstas en el art 95 de la ley 24.241, reglamentado por el Decreto 460/99, como así tampoco de los decretos 136/97 o 1120/94. Por último, apela el plazo de cumplimiento de la sentencia.

En el caso, la actora pretende que se declare la irrazonabilidad de la Ley 26.970 que instituye un plan de regularización de deudas previsionales conforme el régimen especial por ella diseñado, sin haber logrado demostrar, según mi criterio, cómo dicho cuerpo normativo lesiona los derechos constitucionales que invoca. Manifiesta que el organismo rechazó la posibilidad de acogerse al plan de regularización porque no ha superado la encuesta socioeconómica, requisito que prevé la normativa que tacha de inconstitucional.

La ley Nº 26.970 creó un régimen de regularización de deudas previsionales para los trabajadores autónomos inscriptos o no al SIPA y para los sujetos adheridos al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes. El objetivo de esta medida, fue el de promover una alta tasa de cobertura pasiva, especialmente para aquellas personas que durante los años que van de 1993 A 2003 no pudieron efectuar aportes, años en que los índices de desocupación e informalidad laboral fueron muy altos. Asimismo, este régimen de regularización está destinado a un universo de trabajadores en situación patrimonial o socioeconómica que no les permite acceder a otros regímenes de regularización vigentes, instruyéndose a la ANSES a fin que realice una evaluación patrimonial y socioeconómicas a fin que las facilidades establecidas por dicha normativa, alcancen efectivamente a las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

De este modo, toda vez que la hermeneútica de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico (Fallos 302:1284) considero que el diseño legislativo de estos programas de regularización no produce un agravio constitucional a la pretendiente.

Precisado lo anterior, no resulta ocioso recordar que la declaración judicial de inconstitucionalidad del texto de una disposición legal -o de su aplicación concreta a un caso- es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669, entre otros).

Sin perjuicio de ello, como bien señala el juez a quo, del cómputo ilustrativo obrante en el expediente administrativo, surgen un total de 23 años y 11 meses de servicios con aportes, de los cuales 13 años y 7 meses de servicios dependientes se encontrarían acreditados con las certificaciones de servicios de la empresa "Sevel Argentina SA", extendida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos (v. fs. 8); la certificación de servicios y remuneraciones de la empresa de transporte "La Unión" S.A (v. fs, 9) y los registros del SIJP (v. fs. 29).

Resulta necesario advertir que el Alto Tribunal a partir de los precedentes "Tarditti" y "Pinto" ha propiciado una interpretación amplia del Decreto 460/99. Señaló que la regularidad de los aportes no debe ser evaluada sobre la base de considerar solo un período laboral que no pudo ser completado por la muerte del causante, sino que debe ser valorada de modo proporcional con los lapsos trabajados y el período de afiliación. En este orden, hizo hincapié en que el art. 19 de la Ley 24.241 establece como requisito para tener derecho a las prestaciones que prevé el sistema legal, acreditar treinta años de servicios y contar con sesenta y cinco años de edad -para los hombres-, lo que representa una vida útil laboral de cuarenta y siete años si se comienza a aportar a los dieciocho, por lo que el cumplimiento de la totalidad de dichos re-

quisitos equivaldría al 100% de los aportes de la vida laboral masculina.

La conclusión que antecede resulta de particular relevancia habida cuenta que la norma establece el inicio de los aportes a los 18 años de edad y ponderando que el titular falleció a los 58 años, 1 mes y 12 días, su vida útil alcanzó 40 años, por lo que si dentro de ese lapso hubiese completado al menos 25 años habría cumplido; de acuerdo con el criterio del referido artículo 19, el equivalente al 100% de sus aportes posibles.

En tales condiciones, como los 12 años, 9 meses de servicios dependientes reconocidos por la demandada que surgen de las constancias de la causa representan más del 50%, ponderando los servicios que se podrían haber exigido al causante en forma proporcional con su vida laboral, no cabe sino reconocerle la calidad de aportante irregular.

En cuanto al plazo de cumplimiento cuestionado, es necesario recordar que el art. 22 de la ley 24.463 no resulta aplicable al caso de autos pues el objeto de la pretensión deducida está dirigido a la revocación del acto administrativo que le denegó al titular el beneficio de pensión y, no al cobro de sumas de dinero por diferencias mal liquidadas, tal como surge del mensaje remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Honorable Congreso de la Nación al acompañar el proyecto de la Ley 24.463. Corresponde entonces confirmar la sentencia en este punto.

En virtud de lo expuesto voto por: 1) Confirmar la sentencia apelada; 2) Imponer las costas de Alzada por su orden (Conf. art. 21 Ley 24.463). 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por su desempeño profesional ante la alzada en el 30% de la cantidad fijada por su actuación en origen (art. 14 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432). 4) Devolver las presentes actuaciones al juzgado de origen a sus efectos.

La doctora *Dorado* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Carnota*.

Por lo expuesto, a mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal *Resuelve:* 1) Confirmar la sentencia apelada; 2) Imponer las costas de Alzada por su orden (Conf. art. 21 Ley 24.463). 3) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora por su desempeño profesional ante la alzada en el 30% de la cantidad fijada por su actuación en origen (art. 14 de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432). 4) Devolver las presentes actuaciones al juzgado de origen a sus efectos.

Regístrese, notifíquese, protocolícese y oportunamente devuélvanse. — *Nora C. Dorado. — Walter F. Carnota*.

COMISIONES MEDICAS

Procedimiento laboral. Recurso de revocatoria *in extremis.* Competencia. Sería inadmisible obligar al accionante a transitar una doble tramitación de una instancia previa.

> Se admite el recurso de revocatoria in extremis interpuesto por la parte actora contra la sentencia interlocutoria y se revoca la declaración de incompetencia decidida en la sede de grado, declarando la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones, ya que el actor transitó el procedimiento previsto por la ley 24.635 con anterioridad a la vigencia de la ley donde se acredita el cierre del procedimiento de conciliación laboral obligatoria y sería inadmisible obligar al accionante a transitar una doble tramitación de una instancia previa.

CNTrab., sala V, 06/08/2021. - Castillo, Pablo David c. Avícola San Luis SRL y otro s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/115040/2021]

Expte. n° CNT 003650/2020/CA001

Buenos Aires, agosto 06 de 2021.

Considerando:

1º) Que mediante la sentencia interlocutoria Nº 49585 esta Sala confirmó la declaración de incompetencia territorial de este fuero nacional del trabajo para entender en las presentes actuaciones decidida en primera instancia. Para así decidir se tuvo en cuenta la circunstancia de haber sido iniciada la presente acción en fecha 13/02/2020, esto es, en vigencia de la ley 27348, normativa de aplicación inmediata en lo que respecta a la acción o a las condiciones de su ejercicio aún respecto de las contingencias ocurridas en fecha anterior a su sanción y cuyo artículo 1º párrafo 2º regula de modo expreso la cuestión de competencia, no encontrándose reunidos ninguno de los supuestos de admisibilidad que habilitasen la competencia territorial de esta Justicia Nacional del Trabajo en la medida en que tanto el domicilio del trabajador como su lugar de trabajo se encontraban en la Provincia de Salta fuera de esta jurisdicción y dado el carácter improrrogable de la misma (art. 19 ley 18345).

2º) Que contra dicho decisorio la parte actora interpuso recurso de revocatoria "in extremis".

Que, en principio, el recurso de reposición o revocatoria sólo es admisible en segunda instancia contra

las providencias simples o de mero trámite dictadas por el Presidente de la Sala (conf. arts. 160, 238 y 273 C.P.C.C.N.) y sólo cabe apartarse de ese principio en aquellas circunstancias estrictamente excepcionales –reposición in extremis- configurativas de situaciones serias e inequívocas que demuestren con claridad manifiesta el error que se pretende subsanar.

En efecto, el llamado recurso de reposición "in extremis", de creación pretoriana, que en nada se asemeja al recurso ordinario de revocatoria, está orientado a subsanar la injusticia flagrante o grosera, derivada de una resolución de mérito (sentencia definitiva o interlocutoria) asentada en un error material palmario y ostensible, que no puede modificarse por los recursos procesales reconocidos por la ley adjetiva. Se trata de que el mismo tribunal que emitió la resolución, frente a un error de cierta magnitud, que sea trascendente, grave y que de modo diáfano refleje la falta de correspondencia con la realidad fáctica de la causa, corrija lo decidido y supere la falla. Por ello, debe tratarse de un supuesto que repugne la razón, en el que no quepa ninguna duda que, de haber sido advertida por el tribunal la equivocación revelada al interponerse el recurso, la causa se habría resuelto de modo contrario (ver Peyrano, Jorge W., "Ajustes, correcciones y actualización de la doctrina de la reposición in extremis", La Ley, 1997 – E, pág.1164 a 1168).

En efecto, la procedencia de este recurso es de interpretación restrictiva y sólo debe admitirse frente a un error de hecho judicial evidente que pueda hacer incurrir al juez en equivocaciones "in iudicando" o "in procedendo" pudiendo ello ocasionar el dictado de una resolución notoriamente desajustada a la verdad objetiva y que genere una grave injusticia flagrante o grosera que no puede modificarse a través de los restantes recursos procesales, dado que la finalidad del recurso en análisis es cancelar total o parcialmente la eficacia de una resolución de mérito -sentencia o auto interlocutorio- con lo cual se puede remover una injusticia notoria, grave, palmaria y trascendente, derivada de la comisión de ciertos errores judiciales materiales.

Desde tal perspectiva de análisis cabe señalar que tal extremo se verifica en el supuesto de autos a poco que se aprecie que de las constancias de la causa surge que el señor Castillo compareció el día 1 de febrero de 2017, con el debido patrocinio letrado, ante el conciliador laboral Dr. Santiago Etchebarne Bilbao quien, ante la falta de acuerdo conciliatorio decidió cerrar dicha instancia administrativa y habilitar la judicial (ver fs. 4).

El acta de cierre fue denunciado por el accionante en la demanda (fs. 7.) e invocado en el recurso de apelación que interpusiera en formato digital en fecha 24 de agosto de 2020 contra la sentencia dictada en la instancia de grado, pero no fue considerado por el decisorio en crisis, por lo que la parte actora lo destacó nuevamente mediante el recurso de revocatoria in extremis en análisis.

De dicha constancia se desprende que el demandante transitó la instancia conciliatoria obligatoria ante el Seclo habiéndose declarado expedita la vía judicial con fecha 1 de febrero de 2017 –o sea, con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 27.348 (BO. 24/2/2017)-.

En dicho contexto cabe señalar que el artículo 1 de la ley 27348 dispone que "la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales creadas por el artículo 51 de la ley 24241 y sus modificatorias, constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención" y si bien resulta ser exacto que se ha sostenido en el ámbito judicial que las normas procesales se aplican desde el momento mismo de la vigencia porque como están dirigidas a regular la acción o las condiciones de su ejercicio y no el fondo del asunto, son indiscutiblemente aplicables a todas las acciones que aún no se han iniciado y que la presente demanda ha sido iniciada con posterioridad a la vigencia de la ley 27348, lo cierto es que el trámite previsto por la norma legal citada es excluyente de toda otra intervención ya que otra decisión implicaría sumar exigencias legales para acceder al ámbito judicial cuando la ley 27.348 evita, explícitamente cualquier duplicación, tal como ocurre en la causa en que el actor transitó el procedimiento previsto por la ley 24635 con anterioridad a la vigencia de la ley, tal como surge de la documentación obrante a fs. 4 donde se acredita el cierre del procedimiento de conciliación laboral obligatoria

Esta circunstancia es relevante ya que, tal como se señalara, sería inadmisible obligar al accionante a transitar una doble tramitación de una instancia previa. En tal sentido como lo señalara el entonces Fiscal General Dr. Eduardo Álvarez es "inadmisible obligar al accionante, en el marco de un reclamo por daños a la salud, a transitar una doble tramitación de una instancia previa (ver Dictamen Nro. 73.402 del 24/08/2017 en autos "Taborda Jaqueline Araceli c Galeno ART S.A. s/ Accidente Ley Especial", Expte. Nro. 39849/17 del registro de la Sala II)", lo que se comparte ante el criterio de carácter restrictivo con que deben apreciarse los incumplimientos de recaudos previos que impidan –o pospongan – el acceso ante los órganos judiciales, criterio que resulta coincidente con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Recurso de hecho deducido por la parte actora en la causa Carrió, Jorge Emanuel c/ Galeno ART s/ accidente – ley especial", sentencia del 22 de abril de 2021 (ver Fallos 344:692).

Que en consecuencia, por lo hasta aquí expuesto, corresponde admitir el recurso de revocatoria in extremis interpuesto por la parte actora contra la sentencia interlocutoria Nº 49585 obrante a fs. 46/48vta., revocando la declaración de incompetencia dispuesta en la sede de grado y declarando la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones, tornándose abstracto el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto por la parte actora en fecha 13/7/2021 en formato digital.

3º) Que las costas de ambas instancias serán declaradas en el orden causado, atento a que el presente se resolvió sin sustanciación (cfr. art. 37 L.O.), difiriéndose la regulación de los honorarios hasta tanto se resuelva el fondo del asunto.

Por ello, el tribunal *Resuelve:* 1) Admitir el recurso de revocatoria in extremis interpuesto por la parte actora contra la sentencia interlocutoria Nº 49585 obrante a fs. 46/48vta., revocando la declaración de incompetencia decidida en la sede de grado y declarando la aptitud jurisdiccional de esta Justicia Nacional del Trabajo para entender en las presentes actuaciones. 2) Declarar abstracto el tratamiento del recurso extraordinario interpuesto por la parte actora. 3) Declarar las costas de ambas instancias por su orden y diferir la regulación de los honorarios hasta tanto se resuelva el fondo del asunto. 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. Se deja constancia que la Dra. María Dora González no vota en virtud de lo dispuesto por el art 125 LO. — *Graciela L. Carambia. — Beatriz E. Ferdman.*

Jurisprudencia Provincial

ACCIDENTE DE TRABAJO

Ausencia de prueba acerca del carácter degenerativo de la patología. Relación de causalidad con e siniestro. Determinación del porcentual de la incapacidad laboral. Disidencia parcial.

1. — Siempre que el siniestro no se encuentra controvertido —incluso ha sido la propia empleadora quien lo ha denunciado, en tanto que la Aseguradora de Riesgo reconociera y brindara la cobertura y prestaciones—, es que se lo debe tener por acreditado, y teniendo presente que el actor se desempeña para la empresa desde el año 1999, sin que se hayan aportado estudios o pruebas que permitan inferir que la patología que hoy presenta haya prevenido a su ingreso a la empresa o sea producto de un proceso degenerativo propio, se debe concluir que es una derivación del accidente que sufriera el trabajador.

2. — A los fines de determinar el porcentual de la incapacidad laboral teniendo presente que el decreto 659/96 contiene parámetros máximos y mínimos, debe ingresarse a dicha escala por el límite superior, y en caso de existir razones médicas que justifiquen su reducción, las que deben ser expresamente expuestas, se puede ir bajando hasta el piso.

3. — No se han acompañado por parte de la demandada medios probatorios que permitan desvirtuar los hechos expuestos en el escrito de inicio, ni tener por acreditado que la patología que presenta en la actualidad el actor sea preexistente a su ingreso a la empresa (del voto de la Dra. Filipuzzi de Váquez).

4. — Para abandonar la valoración realizada por quien ha sido llamado en condición de perito, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre del derecho, y aunque no son los aquellos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su exposición resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena repara (del voto en disidencia parcial de la Dra. Ignazi).

5. — Cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de obtener argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (del voto en disidencia parcial de la Dra. Ignazi).

CTrab., Viedma, 02/07/2021. - Navarro, Osvaldo Andrés c. La Segunda ART SA s/ apelación ley 24.557.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/112451/2021]

COSTAS

Se imponen a la ART.

Expte. VI-09574-L-0000

2ª Instancia.- Viedma, julio 2 de 2021.

¿Es procedente la apelación instaurada?, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

El doctor *Gallinger* dijo:

I. Antecedentes

A fs. 39 y vta. el Sr. Osvaldo Andrés Navarro, interpone recurso de apelación contra el dictamen de la Comisión Médica N° 18 obrante a fs. 35/37, en los términos del art. 46 inc. 1° de la Ley 24.557, en tanto diagnosticara una lumbalgia de origen inculpable y por lo tanto no determinara incapacidad.

Elevadas las actuaciones al Juzgado Federal de esta ciudad, a fs. 42 y vta. se declaró la incompetencia del fuero de excepción y se dispuso la remisión de los presentes obrados a esta sede.

Recibidos los autos, a fs. 48 y vta., por Presidencia del Tribunal se declaró la competencia de esta Cámara para entender y fijó plazo para que el apelante fundara el recurso.

II. Agravios del recurso:

En el memorial de expresión de agravios de fs. 71/77 vta. se presenta el accionante, por apoderados, y manifiesta que el objeto de la presente apelación es la determinación de un porcentaje de incapacidad el cual estima en el orden del 25% de la total obrera (ver. fs. 76 vta.), y el pago de la indemnización que le corresponda de acuerdo con el resultado de las probanzas que deban realizarse en autos y la documental ofrecida.

Seguidamente el actor relata que es dependiente de la Empresa Fridevi y que cumplía —en el momento del accidente— tareas en la faena de animales. A continuación, refiere que el día 19/12/2013 se encontraba empujando un carro —con un peso aproximado de

250 a 300 Kg.— cuando una de sus ruedas se trabó, lo que le provocó un fuerte tirón y dolor en su columna vertebral que lo hizo caer arrodillado. Cuando logró recuperarse —parcialmente— le avisó al encargado e inmediatamente fue asistido por el médico de la empresa.

Posteriormente, la firma realizó la denuncia a la ART, que lo asistió con prestaciones en especie —10 sesiones de kinesiología—. Luego narra que al continuar con dolores se realizó una RNM cuyo resultado (hernia de disco) difiere del diagnóstico indicado por la empresa y la aseguradora.

Sometido el caso a la instancia de revisión administrativa, la Comisión Médica N° 18 emitió su dictamen el 13 de julio del 2016, en el cual concluyó que el actor presenta una patología de carácter inculpable no ponderable en el marco de la Ley 24.557.

En función de ello, ofrece prueba y solicita que oportunamente se haga lugar a la apelación y se determine la incapacidad que presenta, con base en las críticas que enarbola contra la decisión de la Comisión Médica, y lo que surja de la prueba pericial médica que deba realizarse en autos, como así también se ordene el pago de la indemnización correspondiente, con expresa imposición de costas.

III. Contestación de la aseguradora:

A fs. 94/97 y vta. se presenta la Segunda ART SA, mediante apoderado, y contesta el traslado oportunamente conferido. Previa negativa genérica y particular de los hechos narrados en el memorial de agravios, manifiesta que la presentación del actor carece de una crítica concreta y razonada del dictamen de la Comisión Médica 18.

Sostiene que ha dado cumplimiento a la totalidad de las obligaciones previstas en la Ley 24.557 y brindó oportunamente las prestaciones en especie. Manifiesta estar de acuerdo con lo resuelto por la Comisión Médica N° 18 respecto a que la patología es de carácter crónico-degenerativa, sin nexo de causalidad con el siniestro denunciado. En esas condiciones, entiende que el reclamo es infundado y excesivo, por lo que corresponde el rechazo de la demanda intentada.

Se extiende en consideraciones, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y peticiona que oportunamente se rechace el recurso interpuesto, con costas.

IV. Trámite y pronunciamiento:

Luego del trámite de ley, la Cámara del Trabajo con su composición natural emite sentencia definitiva 765/2017, por la cual rechaza el recurso interpuesto, con costas al actor.

En función de ello, el accionante interpone recurso de inaplicabilidad de ley, que luego de los trámites de rigor, originara el dictado de la sentencia N° 49 de fecha 30 de abril de 2020 por parte del Superior Tribunal de Justicia, declarando la nulidad de la sentencia y reenviando para el dictado de un nuevo pronunciamiento por esta Cámara, con distinta integración.

Arribadas las actuaciones y producida la conformación del órgano decisor, se ordena la realización de una nueva pericial médica (ver prov. 6 de octubre de 2020), la que se realiza a través del Dr. Carlos Guillermo García Balado, alegando las partes y quedando las actuaciones para resolver.

Análisis y solución del caso:

Constituyendo el escrito de expresión de agravios, una crítica concreta y razonada de los fundamentos del dictamen de la Comisión Médica N° 18, corresponde ingresar en el análisis y resolución de la cuestión propuesta.

El experto designado en autos para la realización de la nueva pericia establece que, "es posible que el accidente padecido por el actor, que por su dinámica (movilización y empuje de carga en flexión de columna), y como hecho súbito y violento, ponga de manifiesto o agrave la patología citada, siendo su expresión el cuadro sintomatológico padecido". Reafirmando ante el pedido de explicaciones del accionante, el carácter multifactorial del proceso fisiopatológico que ocurre en los fenómenos de degeneración discal de columna, aunque sin descartar un efecto traumático como factor colaborador en el proceso patológico.

Así se ha sostenido que cuando el peritaje se encuentra suficientemente fundado en principios técnicos y científicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica sugiere que sus conclusiones sean receptadas por el/la magistrado/a. Toda vez que este tiene por finalidad, aportar fundamentos especializados de los que carece la jueza o juez de la causa (conf. esta Sala, LA LEY, 1975-D, 396, sum. 32.828, entre otros), y si bien no están obligados por los dictámenes periciales, tampoco deben ser dejados de lado sin alegar razones que justifiquen dicha decisión (conf. Falcón, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado, Comentado", T. III, p. 477 y sus citas) —Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, "A. G., J. c. Administración Sanatorial Metropolitana SA y otros s/ daños y perjuicios (resp. prof. μ□διψοσ υ aux.)" - 13/10/2020 Cita: LA LEY AR/JUR/56080/2020—.

En razón de ello, y siempre que el siniestro no se encuentra controvertido, incluso ha sido la propia empleadora quien lo ha denunciado, en tanto que la Aseguradora de Riesgo reconociera y brindara la cobertura y prestaciones, es que lo debo tener por acreditado, y teniendo presente que el actor se desempeña para la misma empresa frigorífico Fridevi, desde el año 1999 según surge de los recibos salariales obrantes fs. 57/70, sin que se hayan aportado estudios o pruebas que permitan inferir que la patología que hoy presenta haya prevenido a su ingreso a la empresa o sea producto de un proceso degenerativo propio, pues nada acreditan las demandadas en ese sentido, por lo que debo concluir que es una derivación del accidente que sufriera el Sr. Navarro el día 19/12/2013.

En cuanto al porcentual de incapacidad, me apartare de lo dictaminado por el perito, toda vez que el Decreto 659/1996 que aprueba la tabla de evaluación de incapacidades laborales, prevé para la lumbociatalgia con alteraciones clínicas y radiográficas y/o electromiografías, leves a moderadas entre un 5% y un 10%, en tanto que el profesional designado, sin ningún tipo de justificación establece dicha incapacidad en un 6%, lo que al menos en este aspecto lo invalida como conclusión derivada de un saber especializado, pues ninguna razón valedera se aporta al respecto.

En función de ello, y a los fines de determinar el porcentual, considero que teniendo presente que el decreto contiene parámetros máximos y mínimos, debe ingresarse a dicha escala por el límite superior, y en caso de existir razones médicas que justifiquen su reducción, las que deben ser expresamente expuestas, se puede ir bajando hasta el piso. Ello resulta derivación lógica de la aplicación del principio protectorio del trabajador, el que se compone de tres reglas básicas; in dubio pro-operario, norma más favorable y condición más beneficiosa para el empleado.

Atento lo expuesto, determino el porcentual de incapacidad de acuerdo con el Decreto 659/1996 por lumbociatalgia con alteraciones clínicas y radiográficas y/o electromiográficas, leves a moderadas, en el 10%, con más el 2% por la limitación funcional de columna lumbosacra, flexión de 0°-70° —coincidiendo en este ultimo ítem con el informe pericial—, en tanto que a tenor de la capacidad restante —87,68%— constituye una incapacidad de 10,52%.

Respecto a los factores de ponderación, si bien compartiré el dictamen pericial respecto al tipo de actividad —alta—, en el 20% y ameritando recalificación se establece un porcentual del 10%, lo que sumado y luego aplicado sobre la incapacidad determinada arroja un 13,67% (30% de 10,52%).

En cuanto al factor de ponderación edad, al igual que el porcentaje de incapacidad, debe ser establecido en el máximo establecido por el Decreto 659/1996, en atención a lo ya expresado en el párrafo referido y a que el actor contaba con 41 años al momento del siniestro, es decir 10 años más que el piso de la escala de la norma legal, por lo que se establece en el 2%, en tanto que dicho porcentual debe ser sumado en forma directa en función de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal de Justicia *in re* "Oroño" (Se. N° 64 del 11/05/2021), por lo que resulta un 13,67% + 2% = 15,67%.

Finalmente, respecto al pedido del recurrente en cuanto a que se condene a la accionada al pago de las prestaciones en especie y dinerarias, (ver fs. 71 y 77 vta.), si bien no escapa al suscripto que en su integración natural este Tribunal Laboral suele limitar su intervención a la revisión del dictamen de la Comisión Médica, sin avanzar en la liquidación respectiva, me apartaré de dicho criterio en este caso particular, en tanto que el siniestro que origina esta causa data de diciembre de 2013, lo que significa que el trabajador —sujeto vulnerable destinatario de la protección constitucional y convencional según art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.—, lleva 8 años sin que se le haya dado una respuesta definitiva a su pretensión.

Por otra parte, debo señalar que no advierto incompatibilidad entre los términos del artículo 46 de la Ley de Riesgos del Trabajo, y la posibilidad de que en instancia revisora de la determinación de incapacidad se ordene el pago consecuente, toda vez que ello fue planteado en el escrito de expresión de agravio, otorgando suficiente oportunidad a su contraparte para ejercer su derecho de defensa en el marco del debido proceso.

Sin perjuicio de ello, es necesario indicar que para la liquidación del monto indemnizatorio, deben considerarse los haberes devengados al trabajador, al igual que los demás datos implicados en la fórmula del art. 14, apartado 2, inc. a) de la LRT 24.557, pero en tanto no obra en autos constancia de los salarios percibidos por el actor al tiempo del siniestro, toda vez que los recibos que fueran acompañados y cuyas copias obran a fs. 57/70, fueron desconocidos por la accionada a fs. 94/94 vta., deberá la parte actora en la etapa de ejecución, requerir el informe respectivo a la empleadora o AFIP y practicar la liquidación correspondiente en base a los parámetros aquí establecidos.

Sin perjuicio de lo dicho, insto a la aseguradora, quien es probable que cuente con la información necesaria, a que en dicho caso la presente voluntaria y espontáneamente en el expediente, a los fines de evitar más dilaciones.

En cuanto a los intereses a aplicar, deberán computarse desde la fecha del infortunio, calculados de acuerdo con la tasa que surge del precedente "Fleitas" del Superior Tribunal de Justicia (Se. N° 62 del 03/07/2018), ello en atención al tiempo de ocurrencia del hecho generador de responsabilidad.

En definitiva, por las razones antes expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Hacer lugar a la apelación incoada, estableciendo una incapacidad laboral permanente del 15,67% de la total obrera, condenando a La Segunda ART SA a abonarle al actor, Osvaldo Andrés Navarro, las sumas que resulten de la liquidación a practicar en base a los parámetros fijados en los considerandos respectivos. 2) Imponer las costas a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo que resultara vencida. (arts. 25 de la Ley P N° 1504 y 68 1° párr. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.).

3) Diferir las regulaciones de honorarios para el momento en que existan pautas concretas. Mi voto.

La doctora *Filipuzzi de Vázquez* dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Juez que me precede en orden de votación, compartiendo los argumentos que esgrimiera (dejando a salvo mi opinión personal sobre el modo de computar el factor de ponderación "edad" del accionante respecto a la incapacidad decretada, la que expusiera en el Expte. VI-09249-L-0000 (Seon N° A-1VI-365-L2019), ello atento lo resuelto por el STJRN en autos "Oroño" —Se. 64 del 11/05/2021—) y sufragando en igual sentido, en tanto aprecio que la misma constituye una respuesta apropiada a la luz de las contingencias fácticas producidas en el caso, al modo como quedara trabada la litis conforme los términos del reclamo y su contestación, y cotejo de las constancias de los obrados.

Ello, relevantemente, porque primero, el siniestro no se encuentra discutido.

Segundo, porque no se han acompañado por parte de la demandada medios probatorios que permitan desvirtuar los hechos expuestos en el escrito de inicio, ni tener por acreditado que la patología que presenta en la actualidad el actor sea preexistente a su ingreso a la empresa.

Tercero, porque la incapacidad no es en sí misma un valor matemático y rígido sujeta indefectiblemente a la determinación de los peritos, siendo los criterios científicos simplemente orientadores de la decisión judicial, y cuando el colega al establecer el porcentaje respectivo se ha apartado de la opinión del experto consignando razones prudenciales sustentadas en que aquélla no ha sido válidamente justificada desde la ciencia médica, a más de apoyarse en principios propios del derecho laboral.

Y cuarto, porque la procedencia a la aspiración del pago de las prestaciones en especie y dinerarias —y pertinente liquidación ordenada por el primer votante en el marco de la presente acción—, se ha dispuesto valorando que ello fue planteado en la demanda, reiterado en la expresión de agravios y no hubo oposición por parte de la accionada (encontrándose, por ende, debidamente resguardado el ejercicio del derecho de defensa). A lo que agrego, que la Ley 24.557 creó un subsistema que ampara el derecho a la seguridad social (reconocido como tal en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, obligatorios para los Estados signatarios), incorporando un marco legal que comprende la noción y alcance del concepto bien común y precisando medidas adecuadas destinadas a asegurar plena cobertura a los trabajadores en relación de dependencia, por lo que —asumo— la decisión propuesta, en este caso en particular, constituye una disposición de proporción ajustada a la finalidad que persigue la norma, tendiendo a conceder una reparación suficiente e integral al peticionante, evitando que con posterioridad al presente trámite se encuentre obligado a recurrir a otras pretensiones reclamativas.

De tal manera, es que —reitero— mi adhesión al voto del doctor *Gallinger*, lo que así decido. Mi voto.

La doctora *Ignazi* dijo:

I. Puesta en situación de resolver principio por señalar mi disidencia parcial con la decisión proyectada por quienes me preceden en orden de votación.

Es que, no obstante expresar mi completa adhesión al nexo causal trazado, a partir de evidenciar de la mano de la pericial médica a la patología que presenta el actor Osvaldo Andrés Navarro, como una consecuencia dañosa de la circunstancia laboral vivenciada por el nombrado en oportunidad de empujar el 19/12/2013 un carro completo de mondongo, no comparto el grado de incapacidad que en esta oportunidad se reconoce. Por cuanto, no advierto razones objetivas que justifiquen apartarse de los términos del informe pericial practicado en la causa, máxime cuando —y además— se desatiende el marco litigioso fáctico definitivamente propuesto por las partes a valoración del Tribunal. Me explico.

Primero, tengo la convicción que para abandonar la valoración realizada por quien ha sido llamado en condición de perito, el juez debe encontrar sólidos argumentos, ya que se trata de un campo del saber ajeno al hombre del derecho, y aunque no son los

aquellos los que fijan la incapacidad, sino que ella es sugerida por el experto y determinada finalmente por el juzgador, basándose en las pruebas que surgen del expediente y las normas legales de aplicación, su exposición resulta el fundamento adecuado para la determinación de la minusvalía que se ordena reparar (cfr. CN Trab. Sala IV; 21/12/2012 "Medina, Oscar E. c. La Segunda ART SA s/ accidente - ley especial", en autos "Medina, Oscar E. c. La Segunda ART SA s/ accidente - ley especial"; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 4979/13).

Tal es mi línea de pensamiento que, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no he dudado en indicar que "no corresponde a los jueces prescindir de las conclusiones del dictamen pericial —aun cuando no sean obligatorias—, salvo que se les opongan otros elementos de juicio no menos convincentes" (CSJN, en autos "Albornoz, Luis R. y otro c. Buenos Aires Provincia de y otro s/ daños y perjuicios", sent. del 13/03/2007, Fallos: 330:748 citado por esta Cámara en sent. 29/2012, recaída en autos "Lino, Andrea L. c. Provincia de Río Negro y Kanje Iris s/ daños y perjuicios (Sumario)", sent. de fecha 11/06/2012).

Desde esa idea alzo como inicial premisa del razonamiento que en la ocasión elaboro, que cuando el dictamen pericial aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de obtener argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel.

Segundo, el medio probatorio dispuesto mediante despacho de fecha 06/10/2020 ante las importantes observaciones realizadas por el Superior Tribunal de Justicia a la pericia oportunamente confeccionada en la causa, debe ser analizado y valorado integralmente, es decir, atendiendo todos sus términos, en especial las consideraciones médico legales, en tanto se muestran como el antecedente inmediato de la incapacidad finalmente en el caso dictaminada.

En ese hacer propongo también apreciar que el ordenamiento reglado por la Ley 24.557, provee expresos parámetros para fijar el resarcimiento y, entre ellos, para los supuestos que existan rangos de porcentajes —tal, la hipótesis de autos—, sindica que el criterio a seguir surgirá "en función del recupero de la funcionalidad", a estar a las previsiones legales de la tabla de evaluación de incapacidades laborales conformada como Anexo I del Decreto 659/1996, a lo que respecto de las afecciones osteoarticulares agrega que para su diagnóstico ha de emplearse "fundamentalmente la clínica médica".

Es que, de esa realidad normativa extraigo como otra inferencia fundante de mi decisión, la importancia de las conclusiones periciales en los conflictos de esta naturaleza.

En esa advertencia, y siempre que el mencionado baremo no tiene un carácter meramente indicativo, puesto que tal naturaleza no se compadece con las disposiciones del régimen legal de reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales conformado por la LRT y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias (cfr. CSJN, en autos "Ledesma, Diego M. c. Asociart ART SA s/ accidente - ley especial", sent. 12/11/2019; Fallos: 342:2056), en mi visión debe entenderse debidamente motivado el porcentual del 6% informado.

Refrendo esa solución, a poco de notar que quien conforma el Cuerpo de Investigación Forense para estipular la incapacidad en esa proporción, manifiesta previamente haber palpado en la Columna Dorsolumbosacra del accionante "una ligera contractura muscular paravertebral", verificado "tono y tropismo muscular de MMII conservado", "una leve hipoestesia en cara postero-externa de pierna izquierda", "Fuerza de Hallux conservada bilateralmente", "reflejos osteotendinosos presentes y simétricos" y observar de los movimientos propios de esta porción de la columna (rotación, inclinación, extensión y flexión) solo afectado, y de manera parcial, el último de ellos.

Es que, dado un rango entre el 5-10% para la lumbociatalgia con afecciones clínicas y radiográficas y/o electromiográficas, leves a moderadas, las reflexiones previamente detalladas, en tanto se presentan más cercanas a la primera condición (leve) que a la restante, habilitan a declarar la logicidad y razonabilidad de la apuntada determinación. Máxime, cuando, y además, su establecimiento queda a priori en el ámbito de actuación del perito en la materia, toda vez que —como dije— se constatan fundamentalmente por la clínica médica.

Por consiguiente, entiendo que en este escenario probatorio no median elementos de persuasión que conduzcan a la detección del error o del inadecuado uso de conocimientos científicos, por lo que avizoro justificado compartir las conclusiones del perito actuante.

Aparte y último, me veo en la necesidad de encumbrar una cuestión de índole procesal en aval de la solución que en los presentes patrocinio a cubierto de lo dispuesto por el art. 163 inc. 6 del Cód. Proc. Civ. y Comercial. Ello, en tanto alzo en determinante del debate pretendido, la modalidad reclamativa con relación a los elementos fácticos y la conducta asumida por el actor en el asunto.

De este modo lo asevero a poco de sopesar, por un lado, que esta causa se inicia a partir de la apelación articulada por el señor Osvaldo Andrés Navarro, mediante apoderado designado al efecto, en los términos de la Ley 24.557 contra el dictamen médico que, confeccionado el 11/02/2016 por la Comisión Médica N° 18, declara inculpable la patología de columna que padece el nombrado (v. 33/35). Y, por otro, que desde su articulación, si bien declamando una incapacidad laboral del orden del 25% de la t.o., se solicitó la designación de perito a efectos de que, entre otras encomiendas, informe los porcentuales de incapacidad que corresponden por las limitaciones funcionales, así como las que incumban a la total obrera (v. Punto 8 de pericia médica) y la incidencia de los factores de ponderación (Punto 9).

Pues, y en definitiva, las expresiones que dan apertura a estas actuaciones muestran que el actor ha sujetado la cuantificación de la incapacidad que lo aqueja al resultado de la referenciada prueba. Posición procesal que nunca declinó, es más reafirmó cuando en ocasión de alegar adujo que "el tribunal (Superior) se basó en que el trauma puso en evidencia la patología, es decir, hizo visibles y sufribles los dolores y las limitaciones, que no son otra cosa que los padecimientos consecuencia de esta manifestación patológica, que terminan definiendo la minusvalía que presenta el actor y que puede ser estimada, según el baremo en el 9,18% de la total obrera".

Por consiguiente, apropiándome de esas manifestaciones entiendo que no median razones para revisar las conclusiones técnicas o de experticia propias de la profesión del perito en lo relativo a la consecuencia invalidante de la afección que presenta Osvaldo A. Navarro.

En función de los motivos brindados, y en la apreciación final que la forma de aplicación de los factores de ponderación, sí resulta una cuestión de derecho determinada por la doctrina legal labrada recientemente por el Superior Tribunal en la materia (v. STJRN, Se 3, Sent. N° 64/2021, de fecha 11/05/2021), declaro pertinente readecuar el porcentaje final de incapacidad permanente, parcial y definitiva informado, estableciéndolo en el 10,11%, ante el aviso efectuado por el experto de no haber atendido el método en ese precedente propuesto.

Dicha incapacidad, resultante de hacer incidir sobre la capacidad remanente del 87,68% que presenta el señor Osvaldo Navarro, una incapacidad base del 8% —lumbociatalgia, con alteraciones clínicas y radiográficas y/o electromiográficas, leves a moderadas, (6%), más limitación funcional de columna lumbosacra: Flexión 2%—, determinante por ende de una disminución del orden del 7,01%, más los factores de ponderación 3,1% (tipo de actividad alta 20% + recalificación 10% = 2,1% + 1% edad).

En virtud de lo expuesto, adhiero solo de modo parcial a la solución brindada por el doctor *Gallinger*. Así voto.

Por ello, y por mayoría la Cámara del Trabajo de Viedma resuelve: Primero: Hacer lugar a la apelación incoada, estableciendo una incapacidad laboral permanente del 15,67% de la total obrera, condenando a La Segunda ART SA a abonarle al actor, Osvaldo Andrés Navarro, las sumas que resulten de la liquidación a practicar en base a los parámetros fijados en los considerandos respectivos. Segundo: Imponer las costas a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo que resultara vencida. (arts. 25 de la Ley P N° 1504 y 68 1° párr. del Cód. Proc. Civ. y Comercial.). Tercero: Diferir las regulaciones de honorarios para el momento en que existan pautas concretas. Cuarto: Hacer saber a las partes que, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 inc. a) de la Acordada N° 01/21-STJ, la presente quedará notificada el martes o viernes posterior al día de su publicación, o el siguiente hábil si alguno de aquéllos resulta feriado o inhábil, y los plazos comenzarán a correr al día siguiente de la notificación. Se informa que la presente se encuentra firmada digitalmente por las doctoras Sandra Filipuzzi de Vázquez y María Luján Ignazi, el doctor Ariel Gallinger y el señor Secretario Martín Crespo, y que a través de la lectura del código QR existente en la parte superior puede comprobarse su validez. — *Sandra Filipuzzi de Vázquez. — María L. Ignazi. — Ariel Gallinger.*

Novedades Legislativas

DECRETO 475

Seguridad social – Reconocimiento de períodos de servicio a mujeres y/o personas gestantes por tareas de cuidado de hijos, para su acceso a prestaciones previsionales – Modificación de ley 24.241.

Fecha: 17/07/2021

Publicación: BO 19/07/2021

Síntesis: Se establece que, al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal (PBU), podrán computar las mujeres y/o personas gestantes un año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida, ello en virtud de considerarse conveniente adoptar medidas de justicia social orientadas a reparar parte de las desigualdades estructurales que sufren las mujeres a lo largo de su vida y que derivan, en gran medida, de la sobrecarga de las tareas de cuidado y de las inequidades del mercado de trabajo que se acumulan en el largo plazo. Asimismo, se dispone que en caso de adopción de personas menores de edad, la mujer adoptante computará dos años de servicios por cada hijo y/o hija adoptado y/o adoptada y se reconocerá un año de servicio adicional por cada hijo y/o hija con discapacidad, que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad.

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

DECRETO 481

Coronavirus (COVID-19) – Otorgamiento de subsidio extraordinario a beneficiarios de prestaciones previsionales del Sistema Integrado Previsional Argentino y de pensiones no contributivas y graciables a cargo de la ANSES – Norma complementaria de las leyes 24.241 y 27.260.

Fecha: 24/07/2021

Publicación: BO 26/07/2021

Síntesis: Se otorga un subsidio extraordinario por un monto máximo de $ 5000,00.- que se abonará en el mes de agosto de 2021, en las condiciones previstas, a los beneficiarios y las beneficiarias de las prestaciones previsionales del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) a que refiere la Ley 24.241, de la Pensión Universal para el Adulto Mayor, instituida por el art. 13 de la Ley 27.260 y de pensiones no contributivas por vejez, invalidez, madres de siete hijos o hijas o más, y demás pensiones no contributivas y pensiones graciables cuyo pago se encuentra a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

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

DECRETO 493

Contribuciones patronales – Reducción destinada a empleadores del sector privado participantes de Programas Educativos, de Formación Profesional o de Intermediación Laboral – Norma complementaria de las leyes 24.241, 19.032, 24.013 y 24.714 – Derogación del dec. 304.

Fecha: 05/08/2021

Publicación: BO 06/08/2021

Síntesis: Se establece que las empleadoras y los empleadores del sector privado que contraten nuevas trabajadoras y nuevos trabajadores que participen o hayan participado en Programas Educativos, de Formación Profesional o de Intermediación Laboral, dentro del plazo previsto en el presente gozarán, respecto de cada una de las nuevas incorporaciones alcanzadas por los términos y condiciones dispuestos, de una reducción de sus contribuciones patronales vigentes con destino al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, al Fondo Nacional de Empleo y al Régimen Nacional de Asignaciones Familiares.

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

RESOLUCIÓN 467 (M.T.E. y S.S.)

Sistema de Riesgos del Trabajo – Enfermedad profesional COVID-19 – "RIPTE - Índice No Decreciente".

Fecha: 10/08/2021

Publicación: BO 11/08/2021

Síntesis: Se entenderá por "RIPTE - Índice No Decreciente" a aquel que considera las variaciones mensuales acumuladas no decrecientes. Asimismo, se dispone que dicho índice, de uso específico para el Sistema de Riesgos del Trabajo, será elaborado conforme la metodología prevista y será publicado

mensualmente junto con el RIPTE por la Secretaría de Seguridad Social en su sitio web.

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

RESOLUCIÓN 171 (ANSeS)

Seguridad social – Valor de la movilidad de las prestaciones previsionales correspondiente al mes de junio de 2021 – Norma complementaria de la ley 24.241.

Fecha: 18/08/2021

Publicación: BO 20/08/2021

Síntesis: Se establece que el valor de la movilidad prevista en el art. 32 de la ley 24.241, correspondiente al mes de septiembre de 2021, es de 12,39%.

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

RESOLUCIÓN 43 (SRT)

Riesgos del trabajo – Constitución de Comisiones Médicas y/o Delegaciones en la Provincia de Buenos Aires – Modificación de la res. 23 (SRT).

Fecha: 11/08/2021

Publicación: BO 12/08/2021

Síntesis: Se modifica la res. 23/2018 (SRT), la cual estableció que se constituirá una Comisión Médica y/o Delegación por cada una de las cabeceras judiciales creadas por la Ley Provincial de Buenos Aires N° 5.827 y se determinó la cantidad de diez Comisiones Médicas de la Ley 24.241 y diecisiete Delegaciones para todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires, a los efectos de disponer la incorporación de la "Delegación Tandil".

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

CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de Trabajo

RESOLUCIÓN 357 (M.T.E. y S.S.)

Ministerio de Educación de la Nación y Consejo Federal de Educación – Homologación de Convenio Marco suscripto con la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (CTERA), la Unión Docentes Argentinos (UDA), la Confederación de Educadores Argentinos (CEA), la Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica (AMET) y el Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP).

Fecha: 24/06/2021
Publicación: BO 28/06/2021

Síntesis: Se homologa el Convenio Marco de fecha 30 de noviembre de 2020 concertado entre el Ministerio de Educación de la Nación y el Consejo Federal de Educación en representación del Estado Nacional y la Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina (CTERA), la Unión Docentes Argentinos (UDA), la Confederación de Educadores Argentinos (CEA), la Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica (AMET) y el Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP).

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

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 348 (S.T.)

Comercio – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130 – Homologación.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se homologa Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130/1975, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

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

RESOLUCIÓN 417 (S.T.)

Metalúrgicos – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Asociación de Fábricas Argentinas de Terminales Electrónicas, la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines, la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina y la Federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina, en el marco del CCT 260 – Homologación.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se homologa Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Asociación de Fábricas Argentinas de Terminales Electrónicas, la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines, la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina y la federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina, en el marco del CCT 260/1975, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

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

RESOLUCIÓN 410 (S.T.)

Bancarios – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación Bancaria y el Banco Supervielle SA, en el marco del CCT 18 – Homologación.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se homologa Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación Bancaria y el el Banco Supervielle S.A., en el marco del CCT 18/1975, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

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

ACUERDO S/N (S.)

Comercio – Reajuste salarial correspondiente a noviembre 2021 y gratificación extraordinaria de agosto 2021, para el personal enmarcado en el CCT 130.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se publica el reajuste salarial correspondiente a noviembre 2021 y la gratificación extraordinaria de agosto 2021, para el personal enmarcado en el CCT 130/1975.

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

RESOLUCIÓN 767 (S.T.)

Comercio – Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130 – Homologación.

Publicación: Copia oficial

Síntesis: Se homologa Acuerdo salarial celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Cámara Argentina de Comercio, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, en el marco del CCT 130/1975, en el que las partes acuerdas nuevas condiciones económicas.

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

Topes Indemnizatorios

DISPOSICIÓN 77 (D.N.R.y Reg.T.)

Farmacia – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414 – Homologación.

Fecha: 26/03/2021

Publicación: BO 30/08/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Asociación de Empleados de Farmacia, la Asociación Propietarios de Farmacias Argentinas, la Cámara Argentina de Farmacias, la Cámara de Farmacias Bonaerense, la Cámara de Farmacias de la Zona Sur de la Provincia de Buenos Aires, la Federación Argentina de Cámaras de Farmacias y la Asociación de Farmacias Mutuales y Sindicales de la República Argentina, en el marco del CCT 414/2005, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

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

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

MANUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nadia G. García

2021

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

1 Tomo
Disponible en papel y *eBook*.

La obra **aborda en forma integral los temas de la seguridad social**, sus aspectos normativos y prácticos, desde una óptica simple, permitiendo al lector comprender la normativa involucrada y su problemática.

Se analiza la historia de la seguridad social, principalmente su protección en el mundo, dando cuenta de todos los convenios internacionales de suma importancia para la práctica profesional y el estudio doctrinal. Se estudia específicamente el Sistema Integrado Previsional Argentino, sus características y las distintas prestaciones, explicando por primera vez su cálculo en forma clara y accesible para quienes comienzan con el estudio de esta rama.

Incluye jurisprudencia que permite relacionar los temas y comprender los distintos cuestionamientos a la normativa. De esta forma, otorga herramientas al usuario para afrontar académica y profesionalmente el estudio de esta disciplina.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO

2021

Director: **Juan G. Corvalán**

Esta obra **contiene Códigos QR** con material adicional.

3 Tomos
Disponibles en papel y *eBook*.

El propósito de esta obra es presentar las herramientas básicas para que la inteligencia artificial esté al alcance de todo aquel interesado en comprender o aplicar este gran conjunto de herramientas en su disciplina, en su vida diaria o en su organización. Se realiza un recorrido por *machine learning* o aprendizaje automatizado, brindando ejemplos tanto introductorios como de aplicaciones ya desarrolladas o potenciales para el campo del Derecho.

Algunos de los temas tratados son: Técnicas de inteligencia artificial. Inteligencia artificial compatible con los derechos humanos y con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Marco jurídico de derechos humanos para una IA al servicio de las personas. Recomendaciones de organismos internacionales para las empresas sobre IA. Evaluaciones del efecto de la IA en los derechos humanos y consultas públicas. Inteligencia artificial y desarrollo sostenible. Uso ético de la IA. Identidades digitales. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado, entre otros.

Adquirí la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®

Seguí nuestra página
de **Linkedin** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam