DT

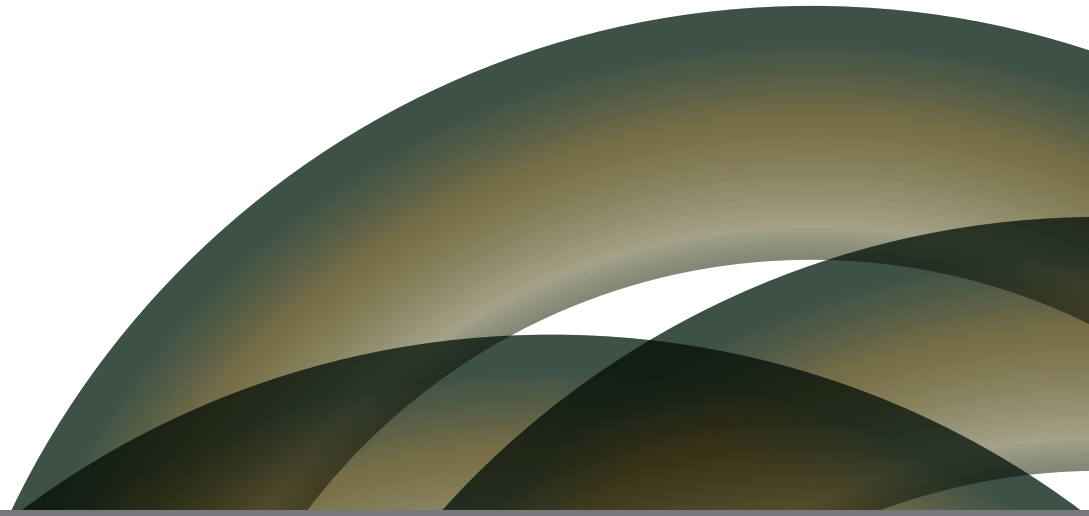
REVISTA DERECHO DEL TRABAJO

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 6 | Noviembre 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 noviembre 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 6 | Noviembre 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

DOSSIER FALLO "POGONZA" DE LA CSJN

Constitucionalidad de las Comisiones Médicas

COMISIONES MÉDICAS
Constitucionalidad de la ley 27.348. Independencia. Igualdad ante la ley. Derechos del trabajador. Garantía de revisión judicial. 5

Con "Pogonza" la CS pone fin a veinticinco años de discusión sobre la constitucionalidad de las Comisiones Médicas y su trámite obligatorio en la Ley de Riesgos del Trabajo
Carlos R. Busajm 18

Palmaria regresividad por la pérdida del acceso inmediato al debido proceso y la obligatoriedad de la jurisdicción administrativa que lo desplaza. Decisorio de la CS "Pogonza"
Alberto D. Chartzman Birenbaum 28

La Corte ratifica la constitucionalidad del procedimiento obligatorio ante las Comisiones Médicas
Raúl A. Oyola 37

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Doctrina

Apuntes sobre la huelga y la responsabilidad civil
Ricardo A. Foglia 47

La alternancia en el poder de las organizaciones sindicales y la inclusión de la representación de las minorías. La reforma del modelo sindical argentino a través de la Ley Mucci
Santiago L. Sfeir 64

La acción preventiva de daños: el derecho del trabajo y sus operadores frente a una oportunidad
Nicolás Oppel 69

La actuación del Ministerio Público Fiscal no penal para prevenir nulidades procesales
Claudio H. Giacin - Julián Emilio Hernández Varela 83

Mochila Argentina: análisis constitucional del principio de protección contra el despido arbitrario
Hernán Rodríguez Vagaría 92

La evolución de la doctrina laboral de la Suprema Corte bonaerense en materia de intereses moratorios
Juan Facundo Temperoni 103

Visión remix de la perspectiva de género en el derecho laboral
Gerardo R. Mosquera 110

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 115

Algunos elementos de la temática atinente a los despidos discriminatorios y el caso "Caminos" de la CSJN
Adolfo N. Balbín 122

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
Notificación de incapacidad del trabajador luego de la intimación a jubilarse. Arbitrariedad de la sentencia que rechazó la indemnización del art. 212, LCT. Disidencia. *Certiorari negativo* 132

Una nueva confirmación por la CSJN de los alcances del art. 252, LCT
Martín Morelli 134

DESPIDO
Improcedencia. Insuficiencia de la comunicación del despido. Falta de precisión de los hechos endilgados al trabajador para decidir su despido. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT cuando la obligación de entregar nuevas certificaciones deriva de la existencia de diferencias salariales 141

La inadecuada caracterización de la causal invocada por el empleador para efectuar un despido sin indemnización
Oscar A. Bruno 145

TRABAJO ORGANIZADO EN PLATAFORMAS DIGITALES
Auto propio. Trabajador monotributista. Carácter laboral de la relación. Primacía de la realidad. Responsabilidad solidaria del presidente de la sociedad empleadora 148

La dependencia en el sector del transporte urbano de pasajeros organizado mediante plataformas digitales. A propósito de los fallos "Bolzan" y "Scornavache"
Lucas J. Caparrós 154

TRABAJO ORGANIZADO EN PLATAFORMAS DIGITALES
Conductores de Uber. Trabajador. Relación laboral. Poder de organización de Uber 168

Trabajo en plataformas, relación de trabajo y normativa supranacional. Sentencias contra plataformas de transporte en otros países del mundo y sentencia argentina que reconoce la relación laboral
Sebastián Moltrassio 190

Jurisprudencia Anotada

CONTRATO DE TRABAJO
Presunción de existencia. Fleteros 201

Fleteros y contrato de trabajo. Un encuadramiento que no puede realizarse en forma automática
Emiliano A. Gabet 201

AUDIENCIA VIRTUAL
Impugnación. Instrumento público. Asistencia letrada. Problemas de conexión. Ratificación. Rechazo 204

La vía procesal para requerir la nulidad del acta de una audiencia virtual es la redargución de falsedad
Alejandro Gabet 204

DESPIDO INJUSTIFICADO
Falta de contemporaneidad entre los hechos denunciados y la decisión rescisoria 206

Contemporaneidad de la causal de despido invocada por el empleador
Emiliano A. Gabet 206

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO
Conceptos alcanzados. Uso de telefonía y automóvil. Carácter no remunerativo del bonus anual por objetivos 207

¿Se debe pagar siempre el bonus anual por objetivos cuando se despide al trabajador?
Alejandro Gabet 207

Jurisprudencia Nacional

SALAS MATERNALES Y GUARDERÍAS EN LUGARES DE TRABAJO
Orden dada al Poder Ejecutivo nacional de reglamentar el art. 179 de la ley 20.744 211

TUTELA SINDICAL
Empleado público. Revocación de sentencia que declaró la reinstalación de un consejero gremial y dispuso la nulidad del despido. Contrato por tiempo determinado. Sentencia arbitraria. Disidencia 223

LIBERTAD SINDICAL
Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ausencia de prácticas desleales. Revocación de multa 228

TRABAJADOR EVENTUAL
Falta de prueba de la necesidad de la contratación eventual. Responsabilidad solidaria en los términos del art 29 de la LCT 231

RESPONSABILIDAD DEL SOCIO
Pagos fuera de registro. Conocimiento por parte del socio de la conducta ilícita. Extensión de la responsabilidad respecto de los rubros que guardan relación causal con la deficiencia de registro de la relación laboral. Trabajador que realiza tareas de limpieza. Improcedencia de la responsabilidad solidaria en los términos del art. 30 de la LCT 235

DESPIDO DISCRIMINATORIO
Protección de la maternidad. Inmediatez y contemporaneidad entre la finalización del período de protección legal contemplado por el art. 178, LCT y la rescisión. Indicio grave y preciso 239

RESCISIÓN POR MUTUO ACUERDO
Invalidez del acuerdo firmado por las partes a fin de terminar la relación laboral. Vicio en la voluntad del trabajador. Inclusión del bono anual en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido 247

Novedades Legislativas

RESOLUCIÓN 577 (M.T.E. y S.S.)
Prevención y abordaje de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo – Creación del Programa Qualitas 190 255

RESOLUCIÓN 11 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)
Trabajo – Salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados y montos mínimo y máximo de la prestación por desempleo – Norma complementaria de la ley 24.013..... 255

RESOLUCIÓN 4 (C.N.T.C.P.)
Personal de Casas Particulares – Incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas – Norma complementaria de la ley 26.844 255

Dossier

El pensamiento de Miguel Ángel Sardegna: su incidencia en el derecho del trabajo, de la seguridad social y procesal
Emiliano A. Gabet 259

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

Reconocimiento de servicios a los fines previsionales por tareas de cuidado de hijos e hijas. Género, igualdad e inclusión en la seguridad social argentina
María Alejandra Guillot 271

Comentarios Jurisprudenciales

PENSIÓN POR FALLECIMIENTO
Nieto del causante. Menor en situación de vulnerabilidad. Rechazo. Otorgamiento de prestación similar 287

Cobertura previsional extralegal para una nieta
Rafael E. Toledo Ríos 292

Jurisprudencia Anotada

INCAPACIDAD LABORAL
Arbitrariedad de la sentencia que modifica el comienzo del cómputo de intereses. Ausencia de fundamento..... 299

La CSJN ratifica su línea interpretativa en materia laboral al invalidar un decisorio por ostensible orfandad de sustentos
Alejandro Gabet 299

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..... 301

El principio protectorio y los baremos médicos
Amanda L. Pawlowski de Pose 302

COMISIONES MÉDICAS
Procedimiento laboral. Recurso de revocatoria *in extremis*. Competencia. Sería inadmisible obligar al accionante a transitar una doble tramitación de una instancia previa 304

La revocatoria *in extremis* o el caso "Carrió"
Amanda L. Pawlowski de Pose 304

Jurisprudencia Nacional

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Reajuste del crédito laboral. RIPTE. Constitucionalidad..... 309

ACCIDENTE *IN ITINERE*
Trabajador atacado por jauría. Daño estético. Existencia de cicatrices no incluidas en el baremo de la LRT..... 311

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO
Incapacidad psicológica. Procedencia de la indemnización 313

Novedades Legislativas

DISPOSICIÓN 4 (SRT)
Riesgos del trabajo – Simplificación de actuaciones administrativas en el ámbito de las Comisiones Médicas, en el marco de la pandemia declarada por COVID-19 – Entrada en vigencia de la res. 20 (SRT) 325

RESOLUCIÓN 71 (SRT)
Riesgos del trabajo – Constitución de Comisiones Médicas y Delegaciones en la Provincia de Buenos Aires – Modificación de la res. 23 (SRT) 325

RESOLUCIÓN 57 (SRT)
Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria del dec. 1694 y de la res. 178 (ANSeS)..... 325

CONVENIOS COLECTIVOS

Personería Gremial

RESOLUCIÓN 513 (M.T.E. y S.S.)
Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Asociación del Personal de los Organismos de Control..... 331

RESOLUCIÓN 549 (M.T.E. y S.S.)
Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Asociación del Personal de los Organismos de Control..... 331

RESOLUCIÓN 566 (M.T.E. y S.S.)
Asociaciones Sindicales – Otorgamiento de Personería Gremial a la Federación de Trabajadores de Energía de la República Argentina 331

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 472 (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..... 335

RESOLUCIÓN 217 (S.T.)
Entidades deportivas – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.), la Cámara Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Argentinos (CILFA), la Cámara Argentina de la Industria Plástica (CAIP) y la Unión Industrial Argentina (UIA), en el marco del CCT 1606 E – Homologación..... 335

RESOLUCIÓN 218 (S.T.)
Entidades deportivas – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.) y la Cámara de Natatorios y Actividades Deportivas, en el marco del CCT 703 – Homologación..... 335

RESOLUCIÓN 627 (S.T.)
Información Comercial – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación del Personal de Empresas de Información y la Cámara de Empresas de Información Comercial, en el marco del CCT 440 – Homologación..... 335

RESOLUCIÓN 589 (S.T.)
Metalúrgicos – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina y la empresa Siderca S.A.I.C. – Homologación..... 336

Topes Indemnizatorios

DISPOSICIÓN 82 (D.N.R.y Reg.T.)
Caucho – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obrero del Caucho Anexos y Afines y la Federación Argentina del Neumático, en el marco del CCT 231/75 – Homologación..... 339

DISPOSICIÓN 87 (D.N.R.y Reg.T.)
Sanidad – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina (FATSA) y la Asociación de Distribuidores de Especialidades Medicinales (ADEM), en el marco del CCT 120/75 – Homologación..... 339

DISPOSICIÓN 85 (D.N.R.y Reg.T.)
Estaciones de servicio – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (SOESGYPE) y la Federación de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina, en el marco del CCT 488 – Homologación..... 339

DISPOSICIÓN 86 (D.N.R.y Reg.T.)
Estaciones de servicio – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (S.O.E.S.G.Y.P.E.), la Federación de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina y la Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina (FECRA), en el marco del CCT 521 – Homologación..... 339

DISPOSICIÓN 107 (D.N.R.y Reg.T.)
Metalúrgica – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina (FEDEHOGAR), la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina (CAMIMA), la Asociación de Fábricas Argentinas Terminales Electrónicas (AFARTE), la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines (CAIAMA), la Asociación de Fábricas Argentinas de Componentes (AFAC) y la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, en el marco del CCT 260/75 – Homologación..... 340

DOSSIER FALLO “POGONZA” DE LA CSJN

Constitucionalidad de las Comisiones Médicas

COMISIONES MÉDICAS

Constitucionalidad de la ley 27.348. Independencia. Igualdad ante la ley. Derechos del trabajador. Garantía de revisión judicial.

Con notas de Carlos R. Busajm, Alberto D. Chartzman Birenbaum y Raúl A. Oyola

1. — El sistema de resolución de controversias de la ley 27.348 cumple con todos los recaudos fijados en la jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango y satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el Régimen de Riesgos del Trabajo les confiere; tales exigencias se vinculan, por un lado, con la conformación del órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional y, por el otro, con el resguardo de la garantía del debido proceso.

2. — El diseño regulatorio elaborado por el Congreso en la ley 27.348 y reglamentado por la autoridad administrativa del trabajo garantiza la independencia de las comisiones médicas; así estos organismos, que actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (arts. 35 a 38 de la ley 24.557), cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el Régimen de Riesgos del Trabajo.

3. — Resulta razonable la finalidad perseguida por el legislador al atribuir competencias decisorias a las comisiones médicas en materia de riesgos del trabajo (ley 27.348). Resulta acorde a las características de la materia de los riesgos del trabajo, y a los objetivos públicos definidos por la ley 26.773, la disposición en la esfera de la administración del Estado de un mecanismo institucional de respuesta ágil, organizado en base a parámetros estandarizados, que procure asegurar el acceso inmediato y automático a las prestaciones del seguro, y que evite el costo y el tiempo del litigio.

4. — El propósito del procedimiento ante las comisiones médicas es que el acceso de los trabajadores enfermos o accidentados a las prestaciones del régimen de reparación sea rápido y automático, asignando la tarea de calificación y cuantificación de las incapacidades derivadas de los riesgos del trabajo a especialistas en la materia que actúan siguiendo parámetros preestablecidos, lo cual permite considerar que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para conferirle el conocimiento de tales cuestiones mediante la ley 27.348 (complementaria de la LRT) están razonablemente justificados ya que reconocen fundamento en los objetivos previamente declarados en las leyes 24.557 y 26.773 que organizaron —en cumplimiento de un mandato constitucional— el sistema especial de reparación de los accidentes y las enfermedades laborales.

5. — El régimen legal de comisiones médicas impugnado —ley 27.348— cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial, que establece que en las controversias entre particulares el control judicial suficiente se satisface con la existencia de una instancia de revisión ante la justicia en la que puedan debatirse plenamente los hechos y el derecho aplicable.

6. — Las disposiciones de la ley 27.348 garantizan la revisión judicial, pues su art. 2° prevé la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica jurisdiccional por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino y a su vez, las decisiones de aquella son susceptibles de recurso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino, estipulando que el recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central, y que la sentencia que se dicte en la instancia laboral resultará vinculante para todas las partes.

7. — El ordenamiento establecido por la ley 27.348 no limita la jurisdicción revisora en lo relativo a la determinación del carácter profesional del accidente, del grado de incapacidad o de las prestaciones correspondientes, ninguna norma cercena el derecho a plantear ante los jueces competentes la revisión de las cuestiones fácticas y probatorias sobre las que se pronunció la autoridad administrativa, sino por el contrario, al establecer que todas las medidas de prueba producidas en cualquier instancia

son gratuitas para el trabajador (art. 2°), resulta indudable que la producción de tales medidas es admisible durante el trámite judicial.

8. — Aunque el control judicial de la actuación de la Comisión Médica Central sea realizado en forma directa por el tribunal de alzada con competencia laboral, ello no le quita el carácter de "amplio y suficiente", en tanto la norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente y que permite la revisión del acto por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional.

9. — No resulta atendible el alegado carácter regresivo que tendría la ley 27.348, pues no se expone argumentos serios ni se aporta elementos relevantes que permitan identificarlo. La atribución de facultades jurisdiccionales a la administración en materia de accidentes de trabajo encuentra sustento en una larga tradición legislativa y la participación de la administración laboral como instancia optativa o, en ocasiones, obligatoria —según la época— ha tenido siempre la finalidad de proveer la inmediata obtención de las prestaciones médico- asistenciales e indemnizatorias por parte de los damnificados por accidentes o enfermedades del trabajo, así como la de contribuir a que las controversias suscitadas por la aplicación del régimen especial de reparación de contingencias laborales logren una solución rápida y económica.

10. — Es inatendible el cuestionamiento del actor dirigido a demostrar que la aplicación del régimen de la ley 27.348 impugnado colocaría al trabajador accidentado en inferioridad de condiciones respecto de cualquier otro damnificado en ámbitos no laborales, toda vez que la garantía de igualdad solo exige un trato igual en igualdad de circunstancias.

11. — No se constata "igualdad de circunstancias" entre un reclamo de resarcimiento de daños basado en regímenes indemnizatorios no laborales y el fundado en el sistema especial de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo, pues los primeros no son sistemas de reparación tarifados, difieren en cuanto a los márgenes de responsabilidad que establecen y, por todo ello, suponen exigencias probatorias más gravosas y una muy precisa y detallada ponderación de las circunstancias variables propias de cada caso, mientras que el régimen especial de la ley de riesgos del trabajo, que otorga una más amplia cobertura, es tarifado y procura lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las prestaciones e indemnizaciones que contempla, circunstancias que justifican y hacen razonable la existencia de una instancia administrativa previa.

12. — El condicionamiento impuesto por la ley 27.348 de transitar la instancia de las comisiones médicas antes de acudir ante la justicia no impide que el damnificado pueda posteriormente reclamar con apoyo en los otros sistemas de responsabilidad (art. 4°, cuarto párrafo, de la ley 26.773, modificado por el art. 15 de la ley 27.348), posibilidad que la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, en su redacción original, había vedado dando lugar a su invalidación constitucional en el precedente "Aquino" (Fallos: 327:3753, TR LALEY AR/JUR/2113/2004).

13. — La principal actividad asignada a las comisiones médicas consiste en efectuar determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas; determinaciones que requieren conocimientos médicos especializados y no afecta esta conclusión el hecho de que, en los casos puntuales en que se niega la naturaleza laboral del infortunio, el organismo deba examinar —con el debido asesoramiento jurídico— circunstancias fácticas o su encuadre en la legislación pues, en todo caso, la decisión final sobre tales extremos corresponde a la justicia, y las conclusiones del órgano revisten un alcance provisorio, acotado al procedimiento administrativo, a menos que esas conclusiones resulten aceptadas por las partes (art. 2° de la ley 27.348).

14. — La ley 27.348 establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie que solo es prorrogable por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado y vencido, la norma deja expedita la vía judicial (art. 3°), lo cual garantiza al damnificado su derecho a ser oído dentro de un lapso razonable, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura, y que, de no ser así, este contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias.

CS, 02/09/2021. - Pogonza, Jonathan Jesús c. Galeno ART SA s/ accidente – ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/134625/2021]

COSTAS

Por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida.

CNT 014604/2018/1/RH001

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que había declarado la falta de aptitud jurisdiccional por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas, y, en consecuencia, ordenó el archivo de las actuaciones (fs. 38 del expediente principal, al que me referiré salvo aclaración en contrario).

Sostuvo, con remisión al dictamen del fiscal general ante esa cámara emitido en el caso CNT 37907/2017 ICA1, "Burgui, Florencia Victoria cl Swiss Medical ART SA s/ accidente-ley especial", el 12 de julio de 2017, que el diseño procesal establecido en los artículos 1 y concordante s de la Ley n° 27.348, en cuanto establece la obligatoriedad de la instancia administrativa previa, es constitucional.

En ese sentido, consideró que el sistema cumple con las exigencias de legitimidad establecidas por la Corte Suprema en el precedente registrado en Fallos: 328:651, "Ángel Estrada y Cia SA", del 5 de abril de 2005.

En particular, resaltó que en la instancia administrativa cuestionada las partes cuentan con patrocinio letrado y que las comisiones médicas tienen un plazo perentorio de sesenta días para expedirse, por lo que, a su criterio, no se encuentra afectado el debido proceso. Además, consideró que la revisión judicial de esos actos administrativos es suficiente ya que, a opción del trabajador, se permite la apelación ante la Comisión Medica Central o ante la justicia laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires señaló que, si bien se accede a la justicia del trabajo por vía recursiva, ello no impide una revisión plena ni la producción de prueba en esa instancia. Agregó que es razonable que los trabajadores no registrados tengan expedita la vía judicial sin transitar por la instancia administrativa ya que se requiere un debate sobre la existencia del vínculo laboral en forma previa al del supuesto infortunio.

Sobre esa base, concluyó que la justicia del trabajo es la que toma la decisión final sobre lo dictaminado por las comisiones médicas y, por ello, más allá de la conveniencia del procedimiento, no resulta inconstitucional

-II-

Contra esa resolución, el actor interpuso recurso extraordinario federal (fs. 39/54), que fue denegado (fs. 57), lo que motivó la presente queja (fs. 22/26 del cuaderno respectivo).

En primer lugar, afirma que la cámara emitió sentencia definitiva en la causa en tanto obliga al actor a transitar el trámite administrativo ante las comisiones médicas cuya constitucionalidad fue expresamente cuestionada.

En segundo lugar, sostiene que existe una cuestión federal que la Corte debe tratar en virtud del planteo de inconstitucionalidad de la Ley n° 27.348 con base en que el procedimiento allí previsto vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley.

En ese sentido, arguye que la ley le otorga facultades jurisdiccionales a las comisiones médicas que son exclusivas de los jueces. A modo de ejemplo, señala que los médicos deben expedirse sobre el nexo de causalidad entre el siniestro y la incapacidad resultante. Agrega que no se encuentra garantizada la imparcialidad de las comisiones médicas ya que el sistema es financiado por las aseguradoras de riesgos del trabajo cita resoluciones de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (en adelante, SRT) en apoyo de su postura.

Argumenta que el control judicial no es amplio ni suficiente ya que solo se puede acceder a la justicia por la vía recursiva, lo que impide la amplitud de debate y la producción de prueba obstruyendo el derecho del trabajador de accionar ante su juez natural por los infortunios laborales sufridos. Afirma que la Corte en Fallos: 327:3610, "Castillo", se pronunció en ese sentido.

Finalmente, alega que obligar al trabajador a una instancia administrativa previa lo pone en pie de desigualdad con respecto a otros ciudadanos que pretendan la reparación de daños causados por cuestiones ajenas al trabajo, pues estos tienen expedita la vía judicial. Para más, agrega que la modificación procesal introducida por la Ley n° 27.348 vulnera el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

-III-

En primer término, cabe señalar que si bien es jurisprudencia de la Corte Suprema que la decisión en materia de habilitación de instancia resulta una cues-

tión de índole procesal ajena al recurso del artículo 14 de la Ley n° 48 (Fallos: 323:650, "Caplán", entre otros), se han exceptuado de ese principio aquellos casos en los cuales se causa un agravio de imposible o inoportuna reparación ulterior, pues se veda al recurrente el acceso a la jurisdicción de los tribunales y se restringe sustancialmente su derecho de defensa (Fallos: 323:1919, "Acosta"; 330:4024, "Instituto Nacional de Servicios Sociales Para Jubilados y Pensionados", entre otros). Estimo que ello acontece en el sub lite pues la decisión recurrida declaró la falta de aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo y ordenó el archivo de las actuaciones, clausurando la via procesal promovida.

En segundo término, considero que el recurso extraordinario fue mal denegado ya que se cuestiona la validez del procedimiento administrativo previo que prevé la Ley n° 27.348 (artículo 1) por estimarlo contrario a las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley (artículos 16, 17 Y 18 de la Constitución Nacional) y la decisión ha sido contraria al derecho que el apelante fundó en ellas (artículo 14, inc. 3, de la Ley n° 48). Con ese alcance, el recurso de queja es formalmente procedente.

En el caso, la cuestión debatida consiste en dilucidar si la competencia otorgada a las comisiones médicas jurisdiccionales por el artículo 1 de la Ley n° 27.348 Complementaria de la Ley de Riesgos del Trabajo para entender, en forma previa, obligatoria y excluyente de cualquier otra intervención, en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia, de la incapacidad del trabajador y de las prestaciones dinerarias previstas en la Ley n° 24.557 de Riesgos del Trabajo, resulta compatible con las garantías constitucionales que invoca el recurrente.

En razón del alcance de los agravios, es útil recordar la doctrina de la Corte Suprema en cuanto a que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos de la administración se encuentra condicionado a las limitaciones que surgen, por un lado, de la materia especifica que la ley sometió al previo debate administrativo y, por otro, de la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos: 247:646, "Pemández Arias"; 321:776, "Litoral Gas SA"; 328:651, "Ángel Estrada"; 329:5648, "paz Posse Limitada Ingenio San Juan"; CS. E. 141, L. XLVII, "Edesur SA c/ resolución 380 y 1712/05 - Ente Nacional Regulador de la Electricidad s/ resolución 1569/06 - 2063/07", sentencia del 18 de noviembre de 2014; CSJ 18/2014, L. ROR, "YFP SA c/ resolución 575/12 - ENARGAS (expte. 19009/12) Y otro s/ recurso directo a cámara", sentencia del 29 de septiembre de 2015; y dictamen de la Procuración General en CAP 825/2013/CS1, "Edesur c/ ENRE", en lo pertinente, del 25 de agosto de 2017).

Particularmente, en el precedente "Ángel Estrada", la Corte Suprema indicó que el reconocimiento de facultades jurisdiccionales a favor de organismos administrativos se encuentra condicionado a las limitaciones que surgen de los artículos 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional. Expuso que "tales principios constitucionales quedan a salvo siempre y cuando los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares hayan sido creados por ley, su independencia e imparcialidad estén aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (:¡ restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente" (considerando 12°).

Teniendo en cuenta esos parámetros, en primer lugar, corresponde remarcar que las competencias de las comisiones médicas jurisdiccionales están definidas por leyes formales. En efecto, la Ley n° 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (artículo 51). A su vez, las Leyes n° 24.557 (artículos 21 Y 22) y 27.348 (artículo 1) establecen expresamente el alcance de la competencia de estos órganos en materia de riesgos del trabajo.

En segundo lugar, estas comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere.

Por un lado, el organismo cuenta con suficiente capacidad técnica para establecer, según pautas objetivas, y con el alcance preliminar que tiene todo el procedimiento administrativo, el cumplimiento de los requisitos básicos para acceder a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo. En ese sentido, la Resolución n° 298/17 SRT prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente la cuestión la resolverá el secretario técnico letrado, que emitirá un dictamen jurídico previo (artículo 2). Si ese dictamen es favorable a la pretensión del trabajador se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre aéreas ajenas a su competencia profesional (artículo 7).

Por otro lado, en cuanto a la composición y funcionamiento del organismo, la comisión médica actúa en la órbita de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo, entidad pública autárquica en la jurisdicción del entonces Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguri-

dad Social (artículos 35 a 38 de la Ley n° 24.557), y los profesionales que la integran deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente, y demostrar idoneidad para el cargo en un concurso público de oposición y antecedentes conforme el orden de mérito obtenido (cf. Resolución n° 45/2018 SRT). Además, los gastos de financiamiento de las comisiones están a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), las aseguradoras y los empleadores auto asegurados, a través de un aporte económico compulsivo, ya que la norma lo dispone independientemente del resultado de los litigios que se sustancien entre las partes (Resolución n° 59/2018 SRT, y normas concordantes).

A su vez, el sistema incorpora resguardos básicos de debido proceso que contribuyen al control de la actividad administrativa y a la participación de las partes y, en especial, de los damnificados en el procedimiento. En tal sentido, la ley complementaria prevé que el trabajador cuente con patrocinio letrado gratuito y "Pogonza, Jonathan Jesús e/ Galeno ART S.A. s/accidente-ley especial" CNT 14604/201B/l/RH1.- obligatorio durante la instancia administrativa y que los honorarios y demás gastos en que incurre el trabajador estén a cargo de la respectiva aseguradora; también dispone que todas las medidas de prueba en cualquier instancia serán gratuitas para el trabajador (artículos 1, cuarto párrafo, 2, noveno párrafo, y 14, último párrafo, de la Ley n° 27.348; artículos. 36, 37 Y 39 de la Resolución n° 298/17 SRT). Asimismo, la Ley de Riesgos del Trabajo establece que en todos los casos el procedimiento será gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (artículo 21, cuarto párrafo, Ley n° 24.557).

Además, la Ley n° 27.348 aquí cuestionada establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. Ese plazo es prorrogable, por única vez, por treinta días hábiles, por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido ese plazo, la norma deja expedita la vía judicial (artículo 3, de la ley, Y artículo 7, párrafo final, Resolución n° 298/17 SRT).

En este punto debe ponderarse que la fijación de un plazo máximo y perentorio para el trámite resulta una garantía para el damnificado, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura y que, de no ser así, este contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias. Este recaudo reviste interés para el examen de la norma pues el derecho a ser oído en un plazo razonable, que integra la garantía del debido proceso, rige en los procedimientos administrativos (cf. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 124 y 127).

En tercer lugar, la razonabilidad de la atribución de facultades jurisdiccionales debe ser evaluada considerando el carácter social de los derechos en juego, y el objetivo político enunciado en el régimen legal de lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las reparaciones.

Al respecto, la Corte Suprema, a partir de la interpretación del principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y de las normas internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, sostuvo que el deber del Estado de garantizar condiciones de trabajo equitativas y dignas comprende la situación de seguridad e higiene en el ámbito laboral y el deber de asegurar la protección de los trabajadores ante los riesgos del trabajo, así como la disposición de remedios apropiados y efectivos para acceder a reparación de los daños a la integridad física, a la salud y la vida (Fallos: 332:709, "Torrillo", considerando 40; 333:1361, "Ascua", considerando s 50 y 6°; en igual sentido, cf. también Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 14, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), 2000, párrs. 36 y 49; Observación General 19, "el derecho a la seguridad social" (artículo 9), 2008, párrs. 2 y17).

En esa línea, la Ley n° 24.557, además de definir como objetivo prioritario del régimen la prevención de los riesgos del trabajo, indica como objetivos particulares del seguro que organiza la reparación de los daños derivados del accidente o la enfermedad, la rehabilitación del trabajador damnificado, y la promoción de su recalificación y recolocación (artículo 1, incisos b y c). A su vez, la Ley n° 26.773 señala que son objetivos específicos de las disposiciones sobre la reparación de los riesgos del trabajo, la cobertura de los daños con criterio de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias (artículo 1).

De allí que, a mi modo de ver, resulta acorde a las características de la materia regulada, y a los objetivos públicos definidos por el mencionado cuerpo legal, la disposición en la esfera de la administración del Estado -con jurisdicción en asuntos del trabajo y de la seguridad social- de un mecanismo institucional de respuesta ágil, organizado en base a parámetros estandarizados, que procure asegurar el acceso inmediato y automático a la prestaciones del seguro, y que evite el costo y el tiempo del litigio.

En consonancia con lo expuesto por la Corte Suprema en "Fernández Arias" (Fallos: 247:646) ese ejercicio de facultades jurisdiccionales "constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes

del siglo pasado, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social [...] los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos" (considerando

En efecto, el objetivo de celeridad en el acceso a las prestaciones emerge con claridad de las normas que estructuran el sistema. Así, el reglamento de la Ley n° 24.557 -Decreto n° 717/96- afirma en sus considerandos que "las Comisiones Médicas son los organismos establecidos por la ley para resolver las discrepancias entre la Aseguradora y el damnificado o sus derechohabientes, por lo cual corresponde regular los carriles que permitan una rápida intervención" (párrafo 7). Sostiene también que "el procedimiento ante las Comisiones Médicas debe atender a la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones, por lo cual se considera necesario establecer plazos breves para la resolución de conflictos entre las partes cuando la demora pudiera ocasionar grave perjuicio al trabajador" (párrafo 8).

A su vez, la referida norma reglamentaria del procedimiento administrativo -Resolución n° 298/17 SRT- expresa en sus considerando s que el procedimiento ante las comisiones médicas fue diseñado atendiendo a la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones (tercer párrafo), y refiere que la Ley n° 26.773 vino a establecer un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, "con el objetivo primordial de facilitar el acceso del trabajador a una cobertura rápida, plena y justa" (cuarto párrafo). Luego, remarca que "con el objeto de avanzar en una respuesta normativa superadora de los aspectos más controvertidos del sistema, y con el fin de instrumentar un régimen que brinde prestaciones plenas, accesibles y automáticas, se impulsó la adecuación de la reglamentación del procedimiento ante las Comisiones Médicas mediante el dictado del Decreto n° 1.475 del 29 de julio de 2015" (sexto párrafo).

Sobre esa base, considero que el núcleo de las funciones administrativas encomendadas a las comisiones médicas, que consisten en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o el infortunio, en la fijación del porcentaje de incapacidad resultante y en la definición de las prestaciones dinerarias de la ley de en cada caso particular (artículo 1, Ley n° 27.348), encuentra suficiente fundamento en el propósito tenido en mira por el Congreso de la Nación al organizar el sistema, que es dotar de celeridad y automaticidad al trámite de acceso a la cobertura.

Al respecto, cabe mencionar que la principal actividad administrativa deferida al conocimiento del organismo corresponde precisamente a determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas, que requieren conocimientos médicos especializados. N o afecta a esa conclusión el hecho de que, en los casos puntuales en que se niega la naturaleza laboral del infortunio, el organismo requiera examinar --como se dijo, con el debido asesoramiento técnico- las circunstancias fácticas o su encuadre en la legislación. Ello es así pues la decisión final sobre tales extremos le corresponde a la justicia ordinaria, y las conclusiones del órgano revisten un alcance provisorio, acotado al procedimiento administrativo, a menos que esas conclusiones resulten aceptadas por las partes (artículo 2, Ley n° 27.348, y 15 de la Ley n° 20.744 de Contrato de Trabajo).

En esta perspectiva, entiendo que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para otorgar a las comisiones médicas el conocimiento de estas controversias, más allá de su mérito o conveniencia, se encuentran razonablemente justificados.

En cuarto lugar, corresponde establecer si se cumple el requisito de revisión judicial amplia y suficiente. Para ello cabe puntualizar que la Corte Suprema ha manifestado, desde antiguo, que para tener acreditado este requisito se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprensivas, [la] medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc." (Fallos; 247:646, "Fernández Arias", considerando 14° y sus citas).

Por su parte, el sistema interamericano de derechos humanos ha receptado el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas como uno de los elementos de la garantía del debido proceso legal, en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva (artículos 8 y 25, CADH, y Corte IDH, caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", cit, párr. 137, entre otros). El tribunal interamericano sostiene que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, no hay tal revisión si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido deci-

sivas en la resolución del caso (Corte IDH, caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr.204).

Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige que el Estado parte garantice el derecho de recurrir las decisiones administrativas ante un tribunal independiente e imparcial con jurisdicción de apelación plena para controlar lo actuado en punto a la determinación de los hechos y el derecho aplicable y, además, que cumpla con las garantías previstas en el artículo 6.1 del Convenio Europeo ("Obermeier vs. Austria", sentencia del 28 de junio de 1990, par. 70; entre otros). A su vez, ambos tribunales internacionales señalaron que en aquellos casos en los que se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa, es importante analizar factores tales como: a) la competencia del órgano judicial en cuestión; b) el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si esta involucra conocimientos técnicos o especializados; c) el objeto de la controversia planteada ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes, y d) las garantías del debido proceso ante el órgano judicial (Corte IDH, caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204, TEDH, Case of Sigma Radio Televisión Ltd. v. Cyprus, sentencia del 21 de julio de 2011, para. 154.).

Bajo esas premisas, entiendo que el procedimiento recursivo ante la justicia nacional del trabajo, que corresponde a esta controversia, garantiza una revisión judicial que no lesiona los recaudos constitucionales aludidos.

En efecto, los artículos 2 y 14 de la Ley n° 27.348 establecen que el trabajador tendrá la opción de interponer recurso contra lo dispuesto por la comisión médica jurisdiccional ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino. A su vez, las resoluciones de la Comisión Médica Central son recurribles ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales laborales de instancia única.

En definitiva, pienso que, el texto de estas disposiciones citadas deben ser interpretadas en consonancia con los estándares constitucionales mencionados, en el sentido de que no restringe el marco cognitivo de la revisión judicial y admite el reexamen de las cuestiones fácticas y jurídicas analizadas en la esfera administrativa. Desde esa perspectiva el alcance del control judicial resulta adecuado. En ese orden, cabe resaltar que el propio artículo 2 prevé que puedan producirse medidas de prueba en cualquier instancia. En particular, establece reglas sobre los requisitos que deben cumplir los peritos médicos oficiales que intervengan en las controversias judiciales que se susciten en el marco de la Ley n° 24.557 y sus modificatorias, así como también sobre sus honorarios y los mecanismos subsidiarios de selección para supuestos excepcionales. Además, estipula que el recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora y que la sentencia en sede laboral será vinculante para las partes.

Por último, con respecto al planteo que alega una afectación al principio de irreversibilidad en materia de derechos sociales, considero que no se exponen en el recurso elementos que permitan identificar una clara regresión normativa en el procedimiento previsto en la Ley n° 27.348 con respecto al anterior que disponía la Ley n° 24.557. Corresponde señalar que la Corte, en Fallos: 327:3610, "Castillo", confirmó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 46, inciso 1, de la Ley n° 24.557 -en su anterior redacción- con base en que la competencia federal allí establecida no resulta aplicable a las cuestiones vinculadas a accidentes de trabajo pues estas son de carácter común y, por ello, reservadas a la jurisdicción provincial en virtud del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional. Sin embargo, el tribunal no se pronunció sobre .la validez del procedimiento ante las comisiones médicas que la norma regulaba con aristas similares a la ley aquí cuestionada. Esa tacha constitucional fue subsanada por la Ley n° 27.348 que permite al trabajador recurrir ante la justicia laboral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o ante la provincial cuando medie un acuerdo de adhesión. Por ello, este agravio del recurrente carece de apropiada fundamentación.

Finalmente, es menester señalar que el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse (Fallos: 313:410, "Cook", entre otros), por lo que la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- requiere que la contradicción con la Constitución Nacional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 314:424, "Pupelis", y 320:1166, "Café la Virginia S.A., entre otros), lo que no se encuentra configurado en el sub lite.

En suma, estimo que la competencia que la Ley n° 27.348 le otorga a las comisiones médicas, para intervenir con carácter previo y obligatorio en los conflictos derivados de infortunios laborales, se ajusta a los parámetros constitucionales expuestos a fin de resguardar los principios previstos en los artículos 18, 109 y 116 dela Constitución Nacional.

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde hacer lugar a la queja, declarar formalmente admisible el recurso

extraordinario, y confirmar la sentencia apelada. Buenos Aires, mayo de 2019. — *Eduardo E. Casal.*

Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021

Considerando:

1°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que, tras declarar la falta de aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en el caso, ordenó el archivo de las actuaciones por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas establecida en la ley 27.348 (fs. 38 de los autos principales, cuya foliatura será la citada en lo sucesivo).

Para así decidir, se remitió al dictamen emitido por el Fiscal General ante esa cámara el 12 de julio de 2017 en la causa "Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A. s/ accidente – ley especial" (CNT 37907/2017/CA1). Dicho dictamen consideró constitucional el diseño procesal previsto en los arts. 1° y concordantes de la ley 27.348 en cuanto establece la obligatoriedad de la aludida instancia administrativa previa.

2°) Que contra esa decisión el trabajador interpuso el recurso extraordinario federal de fs. 39/54, cuya denegación dio origen a la queja en examen. En su presentación el apelante plantea:

(i) que el pronunciamiento apelado constituye una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 en tanto obliga al actor a transitar el trámite administrativo ante las comisiones médicas cuya constitucionalidad fue expresamente cuestionada;

(ii) que existe una cuestión federal que esta Corte debe tratar porque se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de la ley 27.348 con fundamento en que el procedimiento allí previsto vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley;

(iii) que la ley 27.348 es inconstitucional porque irrazonablemente le otorga a las comisiones médicas facultades jurisdiccionales que son propias de los jueces; porque no se encuentra garantizada la imparcialidad de los referidos organismos administrativos ya que el sistema es financiado por las aseguradoras de riesgos del trabajo; y porque el control judicial que prevé la ley no es amplio ni suficiente, ya que solo se puede acceder a la justicia por vía recursiva, circunstancia que impediría la amplitud del debate y la producción de prueba;

(iv) que, además, a la luz de la doctrina establecida por este Tribunal en los precedentes "Castillo" (Fallos: 327:3610); CSJ 159/2005 (41-V)/CS1 "Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgo de Trabajo s/ otros", sentencia del 13 de marzo de 2007 y Competencia CSJ 804/2007 (43-C)/CS1 "Marchetti, Néstor Gabriel c/ La Caja ART S.A. s/ ley n° 24.557", sentencia del 4 de diciembre de 2007, la ley es inconstitucional porque obstruye el derecho del trabajador de demandar ante su juez natural;

(v) que, por otra parte, al obligar al trabajador accidentado a transitar una instancia administrativa previa a la judicial, la norma lo ubica "en un escalón inferior respecto a cualquier damnificado..." en ámbitos no laborales que "tiene a su alcance la justicia en forma directa"; y

(vi) que las modificaciones procesales introducidas por la ley 27.348 vulneran, asimismo, el principio de progresividad en materia de derechos sociales.

3°) Que las cuestiones sintetizadas en los acápites identificados como (i) y (ii) del considerando anterior, referidas a la admisibilidad del recurso extraordinario del actor, han sido adecuadamente tratadas en el punto III del dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad.

En cambio, el Tribunal estima necesario dar directo tratamiento a los restantes agravios planteados por la recurrente.

4°) Que en primer término corresponde examinar el planteo de inconstitucionalidad basado en la afirmación de que la ley 27.348 otorga facultades propias de los jueces a órganos administrativos que no son imparciales, y restringe el control judicial sobre las decisiones que dichos órganos adoptan.

Sin perjuicio de las precisiones que se harán más adelante, es importante tener presente que, según el art. 1° de la ley 27.348, las comisiones médicas creadas por el art. 51 de la ley 24.241 tienen competencia para entender -en forma previa, obligatoria y excluyente de cualquier otra intervención- en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia, de la incapacidad del trabajador y de las prestaciones dinerarias previstas en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

La ley 27.348 prevé, además, la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica que intervino. A su vez, las decisiones de la Comisión Médica Central son susceptibles de re-

curso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino (art. 2°).

5°) Que en nuestro país existe una larga tradición legislativa en virtud de la cual se le han conferido a órganos de la administración competencias para dirimir controversias entre particulares sobre diversos temas.

En 1960, al decidir la causa "Fernández Arias" (Fallos: 247:646), la Corte señaló que ese ejercicio de facultades jurisdiccionales constituye uno de los modos universales de responder, pragmáticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo diecinueve, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (considerando 5°). Como ejemplos de ello, el Tribunal mencionó que, entre otras, las regulaciones existentes en materia de accidentes laborales (ley nacional 9688 y ley 4548 de la Provincia de Buenos Aires), trabajo de mujeres y niños (ley 11.317), conflictos colectivos de trabajo (decreto- ley 32.347/1944) y bancarios (ley 12.637) establecían una primera instancia de decisión a cargo de órganos administrativos (considerandos 11 y 16).

En la actualidad existen diversas regulaciones que fijan una jurisdicción administrativa previa y obligatoria para la decisión de controversias entre particulares sobre otras materias, como sucede con las leyes 18.870 (derecho de la navegación), 24.065 (energía eléctrica), 24.076 (gas natural) y 27.442 (defensa de la competencia).

Como se dijo, la existencia de instancias administrativas previas también forma parte de la tradición legislativa en materia de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo. Desde sus orígenes el régimen especial vigente a nivel nacional previó la posibilidad de intervención de la autoridad administrativa, ya sea para la elaboración, en ciertos casos, de informes periciales por parte de médicos especializados, para recibir la denuncia del accidentado y gestionar la indemnización, o para intentar mediar en caso de desacuerdo entre las partes (conf. art. 27 y concordantes del decreto s/n del 14 de enero de 1916 reglamentario de la ley 9688, art. 15 de la ley 24.028, art. 36 de la ley 24.635, entre otros). En su versión original, la ley 24.557 también previó un sistema similar al que aquí se cuestiona.

6°) Que la Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas ocasiones reconociendo la validez constitucional de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos siempre que se cumplan ciertas condiciones. En tal sentido, hay dos precedentes que guardan singular relevancia para la resolución de este caso.

(i) En el ya mencionado caso "Fernández Arias", referido a un conflicto por un predio rural dirimido inicialmente por un tribunal administrativo, la Corte estableció que la constitucionalidad de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos de la administración dependía de que sus pronunciamientos quedaran sujetos a un control judicial suficiente.

El Tribunal señaló que para tener por acreditado este requisito se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso. Expresó que el alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprensivas, [...] la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.".

Asimismo, especificó que, tratándose de controversias entre particulares como la que allí se dirimía, "control judicial suficiente" quería decir que: a) los litigantes debían tener derecho a interponer recurso ante los jueces ordinarios; b) los tribunales administrativos no podían contar con la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos, con excepción de los supuestos en que, existiendo opción legal, los interesados hubiesen elegido la vía administrativa, privándose voluntariamente de la judicial; y c) la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad era insuficiente para tener por cumplido el recaudo (ver considerandos 13, 14 y 19).

Es importante destacar que entre la jurisprudencia que invocó la Corte para sustentar tal decisión figuraban sentencias anteriores en las que había decidido que la intervención previa y obligatoria del Departamento del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires en accidentes de trabajo regidos por la ley 9688 no agraviaba al art. 18 de la Constitución Nacional pues la norma local que reglaba el procedimiento preveía la revisión judicial ulterior por un juez competente (causas "Khalil", Fallos 186:337; "Costes", Fallos: 187:79; "Esteban Belmonte", Fallos: 194:317; "Freijomil", Fallos: 195:50, entre otras).

(ii) En el caso "Ángel Estrada" (Fallos: 328:651), en el que la empresa actora reclamaba a una distribuidora de energía eléctrica el pago de una indemnización por el corte de suministro, la Corte explicitó que, sin embargo, la existencia de un control judicial suficiente no basta por sí sola para validar la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos. Frente a las reglas que dimanan de lo dispuesto en los arts. 18, 109 y 116 de la Constitución Nacional, que en principio impiden que la administración ejerza funciones jurisdiccionales, la Corte estimó que la atribución de tales funciones debía apreciarse con carácter estricto.

En esa línea, afirmó que la decisión administrativa que dirime un conflicto entre particulares no solo debe estar sujeta a un control judicial amplio y suficiente en los términos fijados en el precedente "Fernández Arias", sino que también es preciso que los organismos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas, y que sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos y restringir, así, la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia (considerando 12; ver, además, lo resuelto en "Litoral Gas", Fallos: 321:776; y CSJ 18/2014 (50-Y)/CS1 "Y.P.F. S.A. c/ resolución 575/12 – ENARGAS (expte. 19009/12) y otro s/ recurso directo a cámara", sentencia del 29 de septiembre de 2015).

7°) Que el sistema de resolución de controversias cuestionado por el actor cumple con todos los recaudos fijados en la jurisprudencia de la Corte mencionada en el considerando anterior.

En primer lugar, tal como se ha expresado más arriba, las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango. La ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (art. 51). A su vez, las leyes 24.557 (arts. 21 y 22) y 27.348 (art. 1°) establecen expresamente el alcance de su competencia en materia de riesgos del trabajo.

8°) Que, en segundo lugar, las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere. Tales exigencias se vinculan, por un lado, con la conformación del órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional y, por el otro, con el resguardo de la garantía del debido proceso.

El diseño regulatorio elaborado por el Congreso y reglamentado por la autoridad administrativa del trabajo garantiza la independencia de las comisiones médicas. Estos organismos, que actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (ver arts. 35 a 38 de la ley 24.557), cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo.

En ese sentido, la resolución SRT 298/2017 prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente intervendrá un secretario técnico letrado, que emitirá un dictamen jurídico previo (art. 2°). Si ese dictamen es favorable, o directamente no media discusión acerca de la naturaleza laboral de la discapacidad alegada, se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre áreas ajenas a su competencia profesional (art. 7°).

Los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes conforme al orden de mérito obtenido, y deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente (art. 50 de la ley 24.557, resolución SRT 45/2018). Como se dijo, en ciertos casos las decisiones que se adopten deben estar precedidas obligatoriamente por el dictamen jurídico de un secretario técnico letrado, y estos secretarios solo pueden ser desvinculados con fundamento en una grave causal debidamente acreditada (ver resolución SRT 899-E/2017).

Por otra parte, los gastos de funcionamiento de las comisiones están a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social, las aseguradoras y los empleadores autoasegurados, a través de un aporte económico compulsivo, que es independiente del resultado de los litigios que se sustancien entre las partes (resolución SRT 1105/2010 y sus modificatorias). Este sistema de financiamiento mixto, en el que los propios operadores contribuyen a solventar los gastos que demanda la actuación del organismo administrativo con competencia en la materia, es común a los más variados y diversos marcos regulatorios vigentes en nuestro país. Por mencionar algunos, se aplica en materia de energía eléctrica (arts. 66 y 67 de la ley 24.065) y gas natural (arts. 62 y 63 de la ley 24.076).

Asimismo, el sistema incorpora resguardos del debido proceso que contribuyen a la participación de las partes en el procedimiento, garantizando en especial la de los damnificados, y al control de la actividad administrativa.

Al respecto, cabe destacar que el trabajador cuenta con patrocinio letrado gratuito y obligatorio durante la instancia administrativa, y los honorarios y demás gastos en que incurre están a cargo de la respectiva aseguradora; en suma, todo el procedimiento es gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (art. 21 de la ley 24.557; arts. 1° y 14 de la ley 27.348; arts. 36, 37 y 39 de la resolución SRT 298/2017).

Además, la ley 27.348 establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. El plazo solo es prorrogable por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido, la norma deja expedita la vía judicial (art. 3° de la ley). Ello garantiza al damnificado su derecho a ser oído dentro de un lapso razonable, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura, y que, de no ser así, este contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias.

9°) Que, en tercer lugar, resulta razonable la finalidad perseguida por el legislador al atribuir competencias decisorias a las comisiones médicas en esta materia.

Tal como lo destaca el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen, esta Corte, a partir de la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional y de las normas internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, ha dicho que el deber del Estado de garantizar condiciones de trabajo equitativas y dignas comprende la situación de seguridad e higiene en el ámbito laboral y el deber de asegurar la protección de los trabajadores ante los riesgos del trabajo, así como la disposición de remedios apropiados y efectivos para acceder a la reparación de los daños a la integridad física, a la salud y a la vida (Fallos: 332:709, "Torrillo"; 333:1361, "Ascua").

En esa línea, la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo indica como objetivos particulares del seguro que organiza la reparación de los daños derivados del accidente o la enfermedad profesional la rehabilitación del trabajador damnificado y la promoción de su recalificación y recolocación (art. 1°, apartado 2, incisos b y c). A su vez, la ley 26.773 señala que las disposiciones del régimen especial de reparación de los accidentes y enfermedades laborales tienen como objetivo específico la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias (art. 1°).

En consecuencia, resulta acorde a las características de la materia regulada, y a los objetivos públicos definidos por el mencionado régimen legal, la disposición en la esfera de la administración del Estado de un mecanismo institucional de respuesta ágil, organizado en base a parámetros estandarizados, que procure asegurar el acceso inmediato y automático a las prestaciones del seguro, y que evite el costo y el tiempo del litigio.

Ese propósito surge con claridad de las normas que estructuran el sistema. Así, el decreto 717/1996, reglamentario de la ley 24.557, afirma en sus considerandos que "las Comisiones Médicas son los organismos establecidos por la ley para resolver las discrepancias entre la Aseguradora y el damnificado o sus derechohabientes, por lo cual corresponde regular los carriles que permitan una rápida intervención" (párrafo 7). Sostiene, asimismo, que "el procedimiento ante las Comisiones Médicas debe también atender a la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones, por lo cual se considera necesario establecer plazos breves para la resolución de conflictos entre las partes cuando la demora pudiera ocasionar grave perjuicio al trabajador" (párrafo 8).

A su vez, los considerandos de la resolución SRT 298/2017, reglamentaria del procedimiento administrativo, indican que dicho procedimiento procura la inmediatez en el otorgamiento de las prestaciones (tercer párrafo). También señalan que la ley 26.773 vino a establecer un régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, "con el objetivo primordial de facilitar el acceso del trabajador a una cobertura rápida, plena y justa" (cuarto párrafo). Luego, remarcan que, "con el objeto de avanzar en una respuesta normativa superadora de los aspectos más controvertidos del sistema, y con el fin de instrumentar un régimen que brinde prestaciones plenas, accesibles y automáticas, se impulsó la adecuación de la reglamentación del procedimiento ante las Comisiones Médicas mediante el dictado del Decreto n° 1475 del 29 de julio de 2015" (sexto párrafo).

Cabe recordar que incumbe a las comisiones médicas determinar en cada caso particular: el carácter profesional de la enfermedad o el infortunio, el porcentaje de incapacidad resultante y el importe de las prestaciones dinerarias (art. 1° de la ley 27.348). Ciertamente la principal actividad asignada a estas comisiones consiste en efectuar determinaciones técnicas sobre la evaluación, calificación y cuantificación del grado de invalidez producido por las diferentes contingencias cubiertas; determinaciones que requieren conocimientos médicos especializados. Y no afecta esta conclusión el hecho de que, en los casos puntuales en que se niega la naturaleza laboral del infortunio, el organismo deba examinar -como se dijo, con el

debido asesoramiento jurídico- circunstancias fácticas o su encuadre en la legislación pues, en todo caso, la decisión final sobre tales extremos corresponde a la justicia, y las conclusiones del órgano revisten un alcance provisorio, acotado al procedimiento administrativo, a menos que esas conclusiones resulten aceptadas por las partes (art. 2° de la ley 27.348).

En síntesis, el propósito del procedimiento ante las comisiones médicas es que el acceso de los trabajadores enfermos o accidentados a las prestaciones del régimen de reparación sea rápido y automático, para lo cual se asigna la tarea de calificación y cuantificación de las incapacidades derivadas de los riesgos del trabajo a especialistas en la materia que actúan siguiendo parámetros preestablecidos.

Ello permite considerar que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para conferir a las comisiones médicas el conocimiento de tales cuestiones mediante la ley 27.348 (complementaria de la ley de riesgos del trabajo) están razonablemente justificados ya que reconocen fundamento en los objetivos previamente declarados en las leyes 24.557 y 26.773 que organizaron –en cumplimiento de un mandato constitucional- el sistema especial de reparación de los accidentes y las enfermedades laborales.

10) Que, en cuarto lugar, cabe considerar que el régimen legal impugnado también cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial.

Según se ha explicado más arriba, la doctrina del precedente "Fernández Arias" establece que en las controversias entre particulares el control judicial suficiente se satisface con la existencia de una instancia de revisión ante la justicia en la que puedan debatirse plenamente los hechos y el derecho aplicable.

En sentido coincidente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha receptado el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas como uno de los elementos de la garantía del debido proceso legal en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva consagrado por los arts. 8° y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (caso "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001, párr. 137, entre otros). El tribunal interamericano sostiene que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, no hay tal revisión si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso ("Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", sentencia del 13 de octubre de 2011, párr. 204).

Las disposiciones de la ley 27.348 garantizan tal tipo de revisión judicial. Como ya se dijo, su art. 2° prevé la posibilidad de recurrir la decisión de la comisión médica jurisdiccional por vía administrativa ante la Comisión Médica Central, o por vía judicial ante la justicia ordinaria del fuero laboral de la jurisdicción provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda al domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino. A su vez, las decisiones de la Comisión Médica Central son susceptibles de recurso directo ante los tribunales de alzada con competencia laboral o, de no existir estos, ante los tribunales de instancia única con igual competencia, correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la comisión médica jurisdiccional que intervino. Además, la norma estipula que el recurso interpuesto por el trabajador atraerá al que eventualmente interponga la aseguradora de riesgos del trabajo ante la Comisión Médica Central, y que la sentencia que se dicte en la instancia laboral resultará vinculante para todas las partes.

El ordenamiento, que debe ser interpretado en consonancia con los estándares constitucionales mencionados, no limita la jurisdicción revisora en lo relativo a la determinación del carácter profesional del accidente, del grado de incapacidad o de las prestaciones correspondientes. Ninguna norma cercena el derecho a plantear ante los jueces competentes la revisión de las cuestiones fácticas y probatorias sobre las que se pronunció la autoridad administrativa. Por el contrario, al establecer que todas las medidas de prueba producidas en cualquier instancia son gratuitas para el trabajador (art. 2° de la ley 27.348), resulta indudable que la producción de tales medidas es admisible durante el trámite judicial.

Aunque el control judicial de la actuación de la Comisión Médica Central sea realizado en forma directa por el tribunal de alzada con competencia laboral, ello no le quita el carácter de "amplio y suficiente". La norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente y que permite la revisión del acto por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional (conf. causa CSJ 66/2012 (48-N)/CS1 "Núñez, Juan Carlos c/ Universidad Nacional de Tucumán s/ nulidad de acto administrativo", sentencia del 9 de septiembre de 2014, considerando 3°).

11) Que, por otra parte, resulta inadmisible el planteo de inconstitucionalidad —punto (iv) del considerando 2° de esta sentencia— que el actor pre-

tende sustentar en el precedente "Castillo" (Fallos: 327:3610), y en una dogmática cita de otras sentencias en las que esta Corte simplemente resolvió cuestiones de competencia remitiéndose a la doctrina de dicho precedente (conf. casos CSJ 159/2005 (41-V)/CS1 "Venialgo" y Competencia CSJ 804/2007 (43-C)/CS1 "Marchetti", sentencias del 13 de marzo y del 4 de diciembre de 2007).

En el caso "Castillo", el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del procedimiento previsto en el texto original de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo exclusivamente en cuanto dicha ley disponía que la revisión judicial de lo resuelto por las comisiones médicas quedaba a cargo de la justicia federal (conf. art. 46, primer apartado), lo que producía dos consecuencias incompatibles con la Constitución Nacional: (i) impedir que la justicia local cumpliera la misión que le es propia de juzgar controversias entre particulares regidas por el derecho común como lo son las derivadas de infortunios laborales, y (ii) desnaturalizar la misión de la justicia federal al convertirla en "fuero común".

Aquel vicio ha sido subsanado con las modificaciones introducidas por la ley 27.348 que permite recurrir las decisiones de las comisiones médicas jurisdiccionales o de la Comisión Médica Central ante los tribunales con competencia laboral de la jurisdicción local, sea provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los que corresponda intervenir de acuerdo al domicilio de la comisión médica jurisdiccional que haya actuado inicialmente (conf. arts. 2° y 14, que modificó el primer apartado del art. 46 de la ley 24.557).

12) Que en cuanto al alegado carácter regresivo que tendría la norma impugnada —punto (vi) del considerando 2°—, el recurso extraordinario no expone argumentos serios ni aporta elementos relevantes que permitan identificar una clara regresión normativa en el procedimiento previsto en la ley 27.348. Dicho procedimiento, en lo que atañe a la instancia previa obligatoria ante las comisiones médicas, exhibe aristas similares a las que ya contemplaba, en su versión original, la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo.

Tal como quedó dicho en el considerando 5° de este pronunciamiento, la atribución de facultades jurisdiccionales a la administración en materia de accidentes de trabajo encuentra sustento en una larga tradición legislativa. La participación de la administración laboral como instancia optativa o, en ocasiones, obligatoria —según la época— ha tenido siempre la finalidad de proveer la inmediata obtención de las prestaciones médico-asistenciales e indemnizatorias por parte de los damnificados por accidentes o enfermedades del trabajo, así como la de contribuir a que las controversias suscitadas por la aplicación del régimen especial de reparación de contingencias laborales logren una solución rápida y económica.

13) Que, finalmente, no resulta atendible el cuestionamiento —resumido en el punto (v) del considerando 2°— dirigido a demostrar que la aplicación del régimen impugnado colocaría al trabajador accidentado en inferioridad de condiciones respecto de cualquier otro damnificado en ámbitos no laborales.

Reiteradamente ha señalado esta Corte, como fruto de la interpretación de las disposiciones constitucionales que rigen la materia, que "la garantía de igualdad solo exige un trato igual en igualdad de circunstancias" (Fallos: 265:242; 311:1602; 340:1795, entre muchos más).

A la luz de esa directiva, es preciso destacar que no se constata "igualdad de circunstancias" entre un reclamo de resarcimiento de daños basado en regímenes indemnizatorios no laborales y el fundado en el sistema especial de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo. Los primeros no son sistemas de reparación tarifados, difieren en cuanto a los márgenes de responsabilidad que establecen y, por todo ello, suponen exigencias probatorias más gravosas y una muy precisa y detallada ponderación de las circunstancias variables propias de cada caso (conf. art. 4°, último párrafo, de la ley 26.773 y doctrina de Fallos: 305:2244). En cambio, el régimen especial de la ley de riesgos del trabajo, que otorga una más amplia cobertura, es tarifado y procura lograr automaticidad y celeridad en el acceso a las prestaciones e indemnizaciones que contempla. Estas últimas circunstancias, como lo señala el dictamen del señor Procurador General de la Nación interino, justifican y hacen razonable la existencia de una instancia administrativa previa.

Por otra parte, también es preciso señalar que el condicionamiento impuesto por la ley de transitar la instancia de las comisiones médicas antes de acudir ante la justicia no impide que el damnificado pueda posteriormente reclamar con apoyo en esos otros sistemas de responsabilidad (art. 4°, cuarto párrafo, de la ley 26.773, modificado por el art. 15 de la ley 27.348), posibilidad que la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, en su redacción original, había vedado dando lugar a su invalidación constitucional en el precedente "Aquino" (Fallos: 327:3753).

En virtud de lo expuesto, y de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación interino en cuanto resulta concordante, se hace lugar a la queja, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal. Notifíquese y remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda.*

Con "Pogonza" la CS pone fin a veinticinco años de discusión sobre la constitucionalidad de las Comisiones Médicas y su trámite obligatorio en la Ley de Riesgos del Trabajo

Carlos R. Busajm (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los históricos fundamentos a favor y en contra de la actuación del organismo administrativo.— III. Un veredicto de la CS sin sorpresas en "Pogonza, Jonathan Jesús".— IV. Inmediata reacción de otro tribunal cimero.— V. Conclusiones: ¿se logra el objetivo inicial?

I. Introducción

Los legisladores que sancionaron la Ley de Riesgos del Trabajo en septiembre de 1995 con entrada en vigencia el primer día de julio del año 1996, plantearon como objetivos en su primer norma reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención; reparar los daños derivados de accidentes y enfermedades profesionales; rehabilitar al trabajador damnificado; promover la recalificación y recolocación de los trabajadores damnificados y por último promover la negociación colectiva laboral para mejorar de las medidas de prevención y prestaciones. A veinticinco años desde aquel momento y la presente publicación muchos sectores entienden que los objetivos iniciales no fueron logrados o cuanto menos no en su totalidad.

Las regulaciones del sistema más resistidas fueron las siguientes: 1) competencia para la apelación a los dictámenes de Comisión Médica ante la Justicia Federal; 2) cobertura de la contingencia enfermedad solo para las calificadas como profesionales limitadas a un listado cerrado de triple identidad; 3) pago de las prestaciones dinerarias de mayor cuantía por la gravedad del daño mediante renta periódica; 4) el empleador estaba exento de responsabilidad civil ante la ocurrencia de la contingencia excepto expresos supuestos de laboratorio, desplazando la responsabilidad y cobertura tarifada a empresas aseguradoras privadas de objeto único; 5) por último, y tal vez el de mayor resistencia, un sistema cerrado de resolución de divergencias y determinación de tipo grado y carácter de incapacidad por vía administrativa a cargo de las Comisiones Médicas "jurisdiccionales", ya existentes en la intervención de asuntos previsiona-

(*) Abogado litigante, docente en la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC. Docente en la asignatura de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Facultad de Ciencias Económicas, UNC. Profesor de posgrado invitado a la Carrera de Especialización de Derecho del Trabajo organizado en conjunto entre la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional del Litoral y Universidad Católica de Córdoba. Disertante en temas de Derecho del Trabajo y Riesgos del Trabajo. Profesor invitado en la Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios, organizado por la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

les a las que se le adicionó la tarea de dictaminar respecto de una serie de situaciones vinculadas con los accidentes y enfermedades del trabajo. Esta nueva actividad sobre la que deben resolver excede a la inicialmente prevista **(1)** como es diagnosticar dolencias e incapacidad —sin necesidad de valorar situaciones de hecho o derecho— a los fines de reconocer o descartar la posibilidad de que un trabajador pueda acogerse al beneficio del retiro por invalidez.

Todas las características particulares del sistema fueron resistidas desde un comienzo, con el transcurso del tiempo los embates de la doctrina operadores jurídicos y finalmente los pronunciamientos jurisdiccionales y del más alto cuerpo lograron las modificaciones **(2)**.

Los cambios sucedieron mediante reformas legislativas entre las más importantes hay que considerar el DNU 1278/2000, de. PEN 1694/2009, ley 26773/2012 y ley 27.348/2017, cada una de ellas con sus respectivas normas complementarias.

Lo distintivo en cuanto al fallo que nos ocupa **(3)** y los anteriores pronunciamientos de la corte es que resuelve en cuanto a la constitucionalidad de un aspecto fundamental en la ley, como es la intervención obligatoria y previa del organismo administrativo por ende la función que cumplen las Comisiones Médicas Jurisdiccionales en Ley de Riesgos del Trabajo, en los demás los que superan los treinta incluidos los mencionados, la Corte resolvió interpretando normas, fijando criterios y declarando la inconstitucionalidad particularmente en "Castillo", "Aquino" y "Milone".

El máximo tribunal nacional a partir del fallo "Espósito" **(4)** viene resolviendo en respaldo al sistema de Riesgos del Trabajo, solo por mencionar casos "Cannao"; "Aiello"; "Ledesma"; "Bonet".

Es importante destacar que todos los fallos de la Corte que se pronunciaron de la manera antes descripta fueron con la actual integración, en algunos casos por mayoría y otros unánime como el veredicto en "Pogonza".

La reforma introducida mediante la ley 27.348 su dec. regl. 298/17 y la res. SRT 899/17 fueron las que *aggiornaron* y reforzaron las primitivas normas **(5)** que daban cuenta de la intervención de la intervención de las Comisiones Médicas y sus facultades, lo que permitió afirmar la plataforma necesaria para el respaldo de diversos tribunales del país y finalmente por parte de la CS.

Esos cambios regulados por ley del Congreso en prieta síntesis determinaron la intervención de las Comisiones Médicas en forma previa, obligatoria y excluyente de cualquier otra intervención en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o contingencia, de la incapacidad del trabajador y de las prestaciones dinerarias previstas en la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo. La obligatoriedad del patrocinio letrado, la opción de revisión jurisdiccional de los dictámenes por ante la justicia ordinaria provincial, la intervención de los Secretarios Técnicos Letrados para la formulación de dictámenes

(1) Ley 24241 Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones 23/9/1993

(2) Competencia Federal: CS "Castillo, Ángel Santos c/Cerámica Alberdi", 7/9/2004. Listado cerrado de Enfermedades Profesionales: CS "Silva, Facundo c/Unilever de Argentina S.A.", 18/12/2007. Pago de prestación dineraria en renta: CS "Milone Juan c /Asociart s/accidente", 26/10/2004. Responsabilidad civil del empleador: CS "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA", 21/9/2004. Paso previo ante Comisiones Médicas: CS "Pogonza, Jonathan Jesús c/ Galeno ART SA s/ accidente - ley especial", 2/9/2021.

(3) CS, "Pogonza Jonathan Jesús c/Galeno ART SA s/ accidente — ley especial", 02/09/2021

(4) CS, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART SA s/ accidente - ley especial", 7/6/2016.

(5) Ley 24.557, art. 8°, inc. 3°. El grado de incapacidad laboral permanente será determinado por las comisiones médicas de esta ley, con base en la tabla de evaluación de las incapacidades laborales, que elaborará el Poder Ejecutivo Nacional y, ponderará entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral. Ley 24.557, art. 21. 1. Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por la ley 24.241 (art. 51), serán las encargadas de determinar: a) la naturaleza laboral del accidente o profesional de la enfermedad; b) el carácter y grado de la incapacidad; c) El contenido y alcances de las prestaciones en especie. 2. Estas comisiones podrán, asimismo, revisar el tipo, carácter y grado de la incapacidad, y —en las materias de su competencia— resolver cualquier discrepancia que pudiera surgir entre la ART y el damnificado o sus derechohabientes.

previos y valoración de prueba que excluya lo específicamente médico. La necesaria adhesión de las provincias delegando facultades administrativas a estos órganos Federales, el establecimiento de un plazo reducido y específico para el trámite administrativo, severas sanciones a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo incluso a los funcionarios de las Comisiones Médicas **(6)** en caso de incurrir en ciertos incumplimientos, asimismo se precisó que la desvinculación de los Secretarios Técnicos Letrados solamente podrá ser dispuesta con fundamento en una grave causal debidamente acreditada **(7)**.

Vale decir el nuevo esquema regulatorio establecido por la ley 27.348 dista mucho de las normas que originalmente determinaban el marco y modo de actuación de estos organismos administrativos federales.

Los cambios condujeron a una adecuación que permitió sustentar la solución del caso "Pogonza" con fundamento en otros pronunciamientos anteriores de la CS que entendió de aplicación **(8)**.

II. Los históricos fundamentos a favor y en contra de la actuación del organismo administrativo

Muchas fueron las voces que se expresaron a favor de la intervención previa y actuación de las Comisiones Médicas Jurisdiccionales sustentados en los siguientes motivos:

- Se logra homogeneizar criterios, disminuyendo las probabilidades de situaciones de privilegio entre los mismos trabajadores.

- Se dispone de dictámenes rápidos, contribuyendo a la automatización de las prestaciones en función de las necesidades del trabajador.

- Son dictámenes de alta calidad, a costos razonables.

- Facilitan el otorgamiento de prestaciones plenas, accesibles y automáticas.

La CS en antigua jurisprudencia se pronunció respecto a que los tribunales administrativos no son inconstitucionales, en la medida que habilitan el posterior recurso judicial. CS "Fernández Arias c/ Poggio" 19/9/60 y CS "Hussar Otto c/ ANSeS", 10/10/96. La CS sostuvo como requisito para admitir facultades jurisdiccionales a los órganos administrativos, que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos, haya sido razonable. (CS, "Ángel Estrada y Cía. SA s/ res. 71/96 / Sec. Energía y Puertos", 05/04/2005).

Otros tantos criterios tal vez mayoritarios en contra de la intervención previa y obligatoria de las Comisiones Médicas, motivaron la inconstitucionalidad en lo siguiente:

La LRT invistió a los profesionales del arte de curar facultadas jurisdiccionales exorbitantes, destinándoselos indebidamente a resolver conflictos jurídicos ajenos a sus incumbencias específicas y lesionando el principio de acceso a la Justicia y la garantía del debido proceso, consagrados por la Constitución Nacional.

Se infringe el art. 109 de la CN, al otorgar potestades jurisdiccionales a órganos administrativos federales designados por el PEN con exclusión de los jueces naturales del trabajo de cada provincia (art. 5° inc. 2°; art. 21, inc. 2°; art. 46, LRT; ley 27.348)

El procedimiento carece de garantías para el trabajador, ya que los médicos adolecen de aptitud para resolver las relaciones de causalidad entre daño y actividad, que es una función jurisdiccional excluyente. A lo que se suma que el damnificado tiene un recurso de apelación limitado, no pudiendo agregar prueba que no haya ofrecido inicialmente, tratándose en el caso de un "formulario" que debe completar el trabajador.

Los médicos integrantes de las comisiones médicas dependen del PEN y tienen relación de empleo privado con SRT (art. 38, apart. 3°, LRT). Esta falta de estabilidad del empleo público conspira contra su independencia de criterio.

Los gastos que demanda el funcionamiento de las comisiones médicas serán financia-

(6) Res. SRT 613/2016

(7) Res. SRT 899/2017

(8) CS "Fernández Arias c/ Poggio" 19/9/60. CS "Hussar Otto c/ ANSeS, 10/10/96. CS, "Ángel Estrada y Cía. S.A. s/Resolución Nro. 71/96 / Sec. Energía y Puertos", 5/4/2005. Entre otros "Khalil", Fallos 186:337; "Costes", Fallos: 187:79; "Esteban Belmonte", Fallos: 194:317; "Freijomil", Fallos: 195:50.

dos por las ART. Los médicos que deciden los diferendos entre los damnificados y las ART son retribuidos por los fondos que aportan estas últimas, lo que conspira en su imparcialidad (art. 51, ley 24241, modificado por art. 50 de LRT).

Sostuvo la CS en "Giménez Vargas Hnos., Soc. Com. e Ind. c/ Prov. de Mendoza" que "el poder de policía de las provincias es irrenunciable y su pretendida delegación es extraña a las atribuciones del Poder Ejecutivo o de las legislaturas provinciales. Los poderes no delegados o reservados por las provincias no pueden ser transferidos al Gobierno de la Nación, en tanto no lo sean por la voluntad de las provincias expresada en el Congreso General Constituyente" (fallos 239:343).

El establecimiento de una instancia previa y obligatoria lesiona el acceso irrestricto a la justicia, la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, derechos tutelados en el art. 18 de la CN y en los arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Se dijo también que el procedimiento de ley 27.348 vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley.

Lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hasta el momento de resolver en "Pogonza" (2/9/2021) no se había pronunciado respecto de la constitucionalidad de la actuación de las Comisiones Médicas, los únicos precedentes que podrían haber conducido a confusión fueron, "Castillo" en el que solo resuelve respecto a que es inconstitucional la interposición del recurso de apelación de los dictámenes de Comisión Médica ante la Justicia Federal en asuntos de derecho común, no federales cuya competencia originaria es de la justicia provincial, y en "Obregón" **(9)** donde dijo que la habilitación de los estrados provinciales a que su aplicación de lugar no puede quedar condicionada o supeditada al previo cumplimiento de una vía administrativa ante "organismos de orden federal", como lo son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT. En este fallo refiere a que no sería obligatorio el trámite previo obligatorio, ese criterio fue sustentado por otra composición de la Corte (Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton de Nolasco - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raúl Zaffaroni), mas, por sobre todas las cosas, sin que a ese momento se hubiere sancionado la ley 27.348.

III. Un veredicto de la CS sin sorpresas en "Pogonza, Jonathan Jesús"

No sorprendió a los operadores jurídicos en general la decisión de la Corte puesto que las primeras sentencias de la Cámara Nacional del Trabajo posteriores al dictado de la ley 27.348 se pronunciaron por la competencia y constitucionalidad del paso previo por ante las Comisiones Médicas **(10)**, aunque luego fueron surgiendo criterios dispares, algunos de ellos no atacaban directamente la constitucionalidad de la ley 27.348 si no de su dec. 298/17 por exceso reglamentario **(11)**, o fundamentalmente por el hecho de imponer en forma obligatoria el paso previo administrativo obstaculizando el acceso directo a la tutela judicial efectiva, sin la posibilidad de optar **(12)**.

Otros fallos entendieron que con la ley 27.348 nada cambió en cuanto al criterio de la CS que adoptó en "Obregón Francisco c/ Liberty" con lo cual y de acuerdo con la teoría del precedente hasta que la Corte no cambie de criterio, nada impediría acceder en forma directa a la Justicia sin pasar previamente por ante el organismo administrativo **(13)**.

El Máximo Tribunal mantuvo en vilo a los trabajadores, aseguradoras de riesgos del trabajo,

(9) CS, "Obregón Francisco c/Liberty ART SA", 17/4/2012.

(10) CNTrab., sala II, "Burghi Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A.", 3/872017

(11) CNTrab., sala X. "Corvalán, Héctor Eduardo c/Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial", 30/8/2017.

(12) CNTrab., sala VI, "Freytes Lucas Gabriel c/Experta ART SA s/ accidente - ley especial", 12/12/2017

(13) Cámara del Trabajo de Córdoba, sala IV, "Quinteros, Juan Pablo c/ Prefención ART SA", 12/4/2018.

operadores jurídicos, magistrados por cuanto el procurador de la CS, Dr. Eduardo Ezequiel Casal con fecha 1/5/2019, emitió dictamen en los autos del fallo en análisis declarando la constitucionalidad del trámite obligatorio dispuesto por ley 27.348, y recién dos años más tarde fue ratificado por la CS, con mayor precisión el 2/9/2021, un día más tarde casualmente de la entrada en vigencia de la Resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo Nro. 20 que simplifica, agiliza, evita la presencialidad en muchos casos y hasta flexibiliza a límites impensados el trámite por ante las Comisiones Médicas, de tal guisa que incluso a un trabajador con alta sin incapacidad la ART o E/A podría hacerle un ofrecimiento "graciable" cuantificado hasta lo que correspondería pagar una indemnización equivalente a un 5% de incapacidad. El análisis de esta resolución excede el presente trabajo, pero cambia sustancialmente el ya *aggiornado* trámite por ante las Comisiones Médicas reformado por la ley 27.348 y dec. 298/17.

En resumen en el caso el actor interpone el recurso de hecho por ante la CS por cuanto la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia de primera instancia que, tras declarar la falta de aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en el caso, ordenó el archivo de las actuaciones por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas establecida en la ley 27.348.

El procurador Casal dijo que las competencias de las comisiones médicas jurisdiccionales están definidas por leyes formales. En efecto, la ley 24.241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (art. 51). A su vez, las Leyes 24.557 (arts. 21 y 22) y 27.348 (art. 1°) establecen expresamente el alcance de la competencia de estos órganos en materia de riesgos del trabajo.

Entendió que las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere.

Expresó que a su entender el núcleo de las funciones administrativas encomendadas a las comisiones médicas, que consisten en la determinación del carácter profesional de la enfermedad o el infortunio, en la fijación del porcentaje de incapacidad resultante y en la definición de las prestaciones dinerarias de la ley de en cada caso particular (art. 1°, ley 27.348), encuentra suficiente fundamento en el propósito tenido en mira por el Congreso de la Nación al organizar el sistema, que es dotar de celeridad y automaticidad al trámite de acceso a la cobertura.

En suma, concluyó que la competencia que la ley 27.348 les otorga a las comisiones médicas, para intervenir con carácter previo y obligatorio en los conflictos derivados de infortunios laborales, se ajusta a los parámetros constitucionales expuestos a fin de resguardar los principios previstos en los arts. 18, 109 y 116 de la CN.

La Corte por su parte se avoca entendiendo que existe una cuestión federal que debe tratar porque se ha puesto en tela de juicio la validez constitucional de la ley 27.348 con fundamento en que el procedimiento allí previsto vulnera las garantías constitucionales de defensa en juicio, acceso a la justicia, debido proceso adjetivo, juez natural e igualdad ante la ley.

El máximo Tribunal entendió que correspondía examinar el planteo de inconstitucionalidad basado en la afirmación de que la ley 27.348 otorga facultades propias de los jueces a órganos administrativos que no son imparciales, y restringe el control judicial sobre las decisiones que dichos órganos adoptan.

Expresó que en nuestro país existe una larga tradición legislativa en virtud de la cual se le han conferido a órganos de la administración competencias para dirimir controversias entre particulares sobre diversos temas.

Luego ingresa en el análisis de los precedentes de los que hicimos referencia **(14)** y que fueron los fundamentos reiteradamente dados para sostener la constitucionalidad del paso previo ante Comisión Médica, mas, la Corte profundiza el análisis en uno de sus pasajes expresando:

"En 1960, al decidir la causa 'Fernández Arias' (Fallos: 247:646), la Corte señaló que ese ejercicio de facultades jurisdiccionales constituye uno de los modos universales de responder, pragmá-

(14) "Fernández Arias" y "Ángel Astrada y Cía SA"

ticamente, al premioso reclamo de los hechos que componen la realidad de este tiempo, mucho más vasta y compleja que la que pudieron imaginar los constituyentes del siglo diecinueve, y se asienta en la idea de que una administración ágil, eficaz y dotada de competencia amplia es instrumento apto para resguardar, en determinados aspectos, fundamentales intereses colectivos de contenido económico y social, los que de otra manera solo podrían ser tardía o insuficientemente satisfechos (considerando 5°). Como ejemplos de ello, el Tribunal mencionó que, entre otras, las regulaciones existentes en materia de accidentes laborales (ley nacional 9688 y ley 4548 de la provincia de Buenos Aires), trabajo de mujeres y niños (ley 11.317), conflictos colectivos de trabajo (dec.-ley 32.347/1944) y bancarios (ley 12.637) establecían una primera instancia de decisión a cargo de órganos administrativos (considerandos 11 y 16)" (sic).

Sigue diciendo: "[L]a existencia de instancias administrativas previas también forma parte de la tradición legislativa en materia de reparación de accidentes y enfermedades del trabajo…" .... la Corte Suprema se ha pronunciado en reiteradas ocasiones reconociendo la validez constitucional de la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos administrativos siempre que se cumplan ciertas condiciones. En tal sentido, hay dos precedentes que guardan singular relevancia para la resolución de este caso.

Luego de realizar un análisis pormenorizado de los precedentes "Fernández Arias" y Ángel Astrada y Cía SA". indica que la atribución de competencias jurisdiccionales a órganos de la administración dependía de que sus pronunciamientos quedaran sujetos a un control judicial suficiente. El alcance del control judicial "no depende de reglas generales u omnicomprensivas, la medida del control judicial requerido deberá ser la que resulte de un conjunto de factores y circunstancias variables o contingentes, entre los que podría mencionarse, a título de ejemplo, la naturaleza del derecho individual invocado, la magnitud de los intereses públicos comprometidos, la complejidad de la organización administrativa creada para garantizarlos, la mayor o menor descentralización del tribunal administrativo, etc.

Enfatizó que las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango. La ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó estos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (art. 51). A su vez, las leyes 24.557 (arts. 21 y 22) y 27.348.

En el considerando octavo expresamente indicó que, las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere. Tales exigencias se vinculan, por un lado, con la conformación del órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional y, por el otro, con el resguardo de la garantía del debido proceso.

El diseño regulatorio elaborado por el Congreso y reglamentado por la autoridad administrativa del trabajo garantiza la independencia de las comisiones médicas. Estos organismos, que actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo.

En ese sentido, la res. SRT 298/2017 prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente intervendrá un secretario técnico letrado, que emitirá un dictamen jurídico previo (art. 2°). Si ese dictamen es favorable, o directamente no media discusión acerca de la naturaleza laboral de la discapacidad alegada, se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre áreas ajenas a su competencia profesional (art. 7°).

Expresa que los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes conforme al orden de mérito obtenido, y deben contar con título médico expedido por una

universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente.

Sigue indicando que el sistema incorpora resguardos del debido proceso que contribuyen a la participación de las partes en el procedimiento, garantizando en especial la de los damnificados, y al control de la actividad administrativa.

Evaluó también destacando que el trabajador cuenta con patrocinio letrado gratuito y obligatorio durante la instancia administrativa, y los honorarios y demás gastos en que incurre están a cargo de la respectiva aseguradora; todo el procedimiento es gratuito para el damnificado, incluyendo traslados y estudios complementarios (art. 21 de la ley 24.557; arts. 1° y 14 de la ley 27.348; arts. 36, 37 y 39 de la res. SRT 298/2017).

Puntualizó además que la ley 27.348 establece un plazo perentorio de sesenta días hábiles administrativos para que la comisión médica se pronuncie. El plazo solo es prorrogable por cuestiones de hecho relacionadas con la acreditación del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, lo que deberá ser debidamente fundado. Vencido, la norma deja expedita la vía judicial (art. 3° de la ley). Ello garantiza al damnificado su derecho a ser oído dentro de un lapso razonable, en tanto asegura que la petición será resuelta con premura, y que, de no ser así, este contará con recursos legales para evitar dilaciones innecesarias.

Continúa el Supremo realizando una transcripción de normas reglamentarias incluso los considerandos particularmente del dec. 717/96, dec. 298/17 relativa a los procedimientos por ante Comisión Médica, lo que en este aspecto nos hace recordar cuando en "Espósito" prácticamente sintetiza el historial normativo del Régimen de Riesgos del Trabajo.

En definitiva del análisis de las normas a la Corte le permite considerar que los motivos tenidos en cuenta por el legislador para conferir a las comisiones médicas el conocimiento de tales cuestiones mediante la ley 27.348 (complementaria de la ley de riesgos del trabajo) están razonablemente justificados ya que reconocen fundamento en los objetivos previamente declarados en las leyes 24.557 y 26.773 que organizaron —en cumplimiento de un mandato constitucional el sistema especial de reparación de los accidentes y las enfermedades laborales.

En el considerando décimo afirma que el régimen legal impugnado también cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial.

También consideró el agravio planteado por el recurrente en cuanto a la falta de igualdad respecto a otros regímenes indemnizatorios, destacando que como se ha dicho en reiteradas oportunidades la igualdad debe evaluarse en igualdad de circunstancias y en este caso siendo un sistema tarifado no se identifica. Además aclara la Corte que nada impide al damnificado optar una vez transitada la instancia administrativa, por el régimen indemnizatorio amplio conforme el art. 4° de la ley 26773.

Como se podrá advertir la Corte Suprema de Justicia de la Nación dio respuesta a todas las aristas que se plantearon en "Pogonza", seguramente con mayor extensión y detalle de lo que muchos pensábamos.

IV. Inmediata reacción de otro tribunal cimero

A solo doce días de publicado el fallo "Pogonza" el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba se pronunció al respecto **(15)**, en pleno dictaminó en igual sentido resolviendo un recurso de inconstitucionalidad planteado por la parte actora.

Pero es importante destacar que en Córdoba la ley de Adhesión provincial (una de las primeras provincias en adherirse) Nro. 10456 dec. 825/17 y Convenio entre PEP y SRT Nro. 83, establecieron pautas claras y precisas más beneficiosas para el trabajador, entre ellas una instancia de apelación mediante una acción impugnativa amplia en la justicia ordinaria; una supervisión conjunta entre el Poder Ejecutivo Provincial y la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; un plazo de caducidad de 45 días administrativos para iniciar la acción impugnativa ante la justicia ordinaria; efecto devolutivo para todos los casos donde la ART apele el dictamen etc.

(15) TSJ de Cba., "Rosales, Simón Alberto c/QBE ART SA (Hoy Experta ART S.A.)", 14/9/2021

En "Rosales" el tribunal cimero provincial inicialmente destacó: "[A]l enfrentar la cuestión controvertida, asume un alto grado de responsabilidad por la trascendencia del fallo que emita, ya que el análisis de la eventual contradicción entre las normas constitucionales y el actual régimen de riesgos del trabajo es una materia que siempre reviste significación social. Aspecto que se une a que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última ratio del orden jurídico y es procedente solo si el interesado demuestra cabalmente de qué forma se colisiona con la Norma Fundamental, causándole gravamen de imposible reparación ulterior".

Luego de realizar un análisis de similares características que la CS en cuanto a los precedentes "Fernández" y "Ángel Astrada" sostuvo: "Hoy es historia que se le asigne a un acto administrativo el carácter de irrevisable y si, excepcionalmente, se acepta llamarlos jurisdiccionales administrativos, se lo hace en la medida que corresponda la revisión judicial amplia: "[S]i a pesar de todo, leemos en los fallos una mención a facultades jurisdiccionales, tendremos que hacerlo con la reserva mental de que no se confunden ni sustituyen a la propia de los jueces" **(16)**.

Los magistrados consideraron también aspectos que fueron analizados en "Pogonza". Así dijo entre otros: "[L]a garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una sensata igualdad de circunstancias". (...) El derecho de defensa, ya que, aunque muchas veces expresado, cabe insistir en que en el mentado procedimiento administrativo se respeta la bilateralidad, existe limitación temporal del trámite y se garantiza la revisión judicial posterior".El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba reforzó los argumentos tradicionales, por decirlo de alguna manera, con los especiales beneficios que la ley de adhesión provincial 10.456 otorga.

Definitivamente, en pleno se pronuncia, de igual modo, que la CS por la constitucionalidad de la ley 27.348 y sus normas complementarias en consecuencia respalda el paso previo obligatorio por ante las Comisiones Médicas.

Por último, desetacamos que uno de los vocales la Dra. M. Mercedes Blanc de Arabel, quien sostenía la inconstitucionalidad del paso previo obligatorio por ante las Comisiones Médicas, conforme la original redacción de la ley 24557, cambia de criterio sustentado en las modificaciones que la ley 27.348 y decreto reglamentario establecieron, reforzado por las bondades de la ley de adhesión 10.456.

V. Conclusiones: ¿se logra el objetivo inicial?

El pronunciamiento de la CS en "Pogonza", sin lugar a duda, pone fin a la controversia respecto a la constitucionalidad del trámite previo obligatorio a cualquier medida judicial por ante las Comisiones Médicas, en tanto y cuanto sea de los previstos en la reforma introducida por ley 27.348, mas, a nuestro entender, no incluiría los otros motivos por los cuales se solicita la intervención del organismo Federal.

Para mayor claridad, el silencio de la ART o empleador autoasegurado; la divergencia en las prestaciones en especie, la divergencia en el alta, no están previstos en el art. 1° de la ley 27.348. Pero lo más grave es que las enfermedades no listadas incorporadas como contingencia cubierta bajo ciertas exigencias de cumplimiento con la reforma introducida mediante DNU 1278/2000, reglamentado mediante dec. 410/2001 y con un procedimiento específico regulado en la res. SRT 179/2015 no están incluidas en el trámite previo, obligatorio y excluyente.

Coincidimos con el Dr. César Arese en que fue una carencia y tal vez como en "Espósito" el máximo tribunal pudo *obiter dictum* referirse a este **(17)**.

(16) (GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", Fundación de derecho administrativo, Buenos Aires, 2013, 1ª ed., t. I, p. IX-37).

(17) "Los operadores se siguen preguntando entonces y no obtienen respuestas en "Pogonza", para qué ir a la CM si una gran cantidad de contingencias "no listadas" siguen siendo rechazadas. Se dice: "[E]s pérdida de tiempo". Y lo es, ya que la CS gusta de *obiter dictum,* podría haber tenido la honorabilidad de referir a que las CM constituyen para ese universo, un verdadero dispendio de tiempo, esfuerzos y mediatización procesal arbitraria. Deben ir a la justicia que luego les reconoce a los trabajadores sistemáticamente su inclusión en el sistema y las prestaciones correspondientes. Si bien están ratificados

El pretendido objetivo de homogeneizar criterios, disminuyendo las probabilidades de situaciones de privilegio entre los mismos trabajadores, a nuestro criterio será de muy difícil logro es que si bien la ley 27.348 y su reglamentación rigen para todo nuestro territorio se presentan situaciones locales y no coincidentes, dentro de la jurisdicción y competencia Federal se aplica la norma y su decreto reglamentario, la discrepancia con el dictamen podrá ser recurrido mediante apelación que deberá ser interpuesta mediante formulario preforma dentro de los 15 días por ante la Comisión Médica Central, o ante los Tribunales de alzada con competencia laboral, de no existir estos ante los tribunales de instancia única con igual competencia correspondientes a la jurisdicción del domicilio de la Comisión Médica.

Sucedió que las leyes de adhesión de algunas provincias establecieron procedimientos locales con plazos recursivos distintos así mientras que en Jujuy o Santa Fe el plazo para interponer el recurso o acción impugnativa ante la justicia ordinaria provincial es de dos años, siguiendo el de prescripción de la Ley de Riesgos del Trabajo en su art. 44, en la provincia de Buenos Aires es de 90 y en Córdoba de 45 días como plazo de caducidad.

La acción impugnativa o recurso como se pretenda denominar seguirá en cuanto a su resolución la suerte de los tiempos de cada jurisdicción y el tipo de procedimiento o trámite, de doble instancia, instancia única, oral o mixto.

En Córdoba a partir de la entrada en vigencia de una reforma del código de procedimiento laboral **(18)** se reguló un procedimiento declarativo abreviado con audiencia oral ante el juez de conciliación y del Trabajo quien debe tomarlas en forma presencial, determinando en tal caso un plan de trabajo con plazos breves siendo que en las primeras experiencias se ha dictado sentencia en tres meses aproximadamente. Este proceso abreviado incluye las acciones impugnativas o recursos a los dictámenes de Comisión Médica en un comienzo cuando la divergencia fuere por el grado de incapacidad o prestaciones dinerarias, y pendiente de habilitación por los otros motivos, de lo que se sigue que en Córdoba (en un comienzo no en todas las localidades) el paso obligatorio por Comisiones Médicas es imprescindible para luego poder presentar la acción impugnativa por ante la Justicia Ordinaria que dará trámite al Procedimiento Declarativo Abreviado y así obtener un resultado en tres meses.

A la fecha no se ha puesto en funcionamiento la intervención de los peritos forenses que la ley 27.348 prevé, lo que dependerá de cada provincia y podría ayudar a lograr dictámenes más homogéneos que los dictados por los peritos médicos oficiales de cada jurisdicción.

Otro de los inconvenientes que se presenta es que en el extenso territorio nacional hay damnificados que tienen que recorrer cientos de kilómetros para asistir a una junta médica conforme la Comisión Médica con competencia de acuerdo con su domicilio esto es un inconveniente mayor que solo se resolvería en la medida que la Superintendencia de Riesgos del Trabajo habilite mayor cantidad de sedes distribuidas en forma más federal. Tal vez y habrá que ver la res. SRT 20/2021 en la medida que prevé audiencias virtuales en los casos posibles siempre que el damnificado y su asesor cuente con la tecnología suficiente se pueda disminuir este inconveniente que se presenta como obstáculo de bulto.

Por otro andarivel hay que resaltar que el plazo de 60 días con más 30 que prevé la ley 27.348 y dec. 298/17, no se cumplen por cuanto en el mencionado decreto reglamentario en el art. 32 se establece una serie de condicionamientos formales para que el plazo comience a correr. Tal vez mediante el procedimiento regulado en la mencionada res. SRT 20 pueda obturarse esta deficiencia, porque además y hay que decirlo es uno de los presupuestos que la CS en los fallos precedentes y en "Pogonza" analizó para, entre otros motivos, arribar al veredicto final.

Entendemos que los objetivos que persigue el paso obligatorio y previo por ante las Comisiones Médicas se logra parcialmente, cierto es que los trámites por accidentes de trabajo en

ambos convenios y su protocolo, la Ley sobre Riesgos de Trabajo 24.557, continúa manteniendo un listado cerrado de contingencias sin respeto por los conceptos de OIT y con una apertura condicionada (art. 6°)". César Arese. Cita: RC D 610/2021, Rubinzal-Culzoni.

(18) Ley 10596. Con entrada en vigencia el 1/4/2021

muchos casos tienen una respuesta inmediata, aunque con dictámenes que aplican severamente la tabla de evaluación de incapacidades (baremo) y establecen incapacidades menguadas, sobre todo al no evaluar la "limitación funcional" en muchos casos lo que lleva a prestar conformidad ante la necesidad económica del damnificado trabajador, o en tal caso a interponer la acción impugnativa con las consecuencia temporal que se remarcó dependiendo la localidad de residencia.

Por su parte la CS ha sido consecuente con su criterio, en ninguno de los cuantiosos fallos reprochó la actuación de las Comisiones Médicas tanto en "Castillo", "Veniago", "Obregón" por nombrar alguno de ellos, pero al presentarse una plataforma más sólida mediante la ley 27.348, dec. 298 y res. SRT 899; incluso, la más reciente res. 20, el resultado era previsible dándole el respaldo necesario para dejar cerrado uno de los capítulos más controvertidos desde la sanción de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Nos preguntamos por último cuál va ser el resultado de los miles de juicios en trámite cuya primera manifestación invalidante fue posterior a la sanción de la ley 27.348 donde los trabajadores omitieron el paso previo por ante las Comisiones Médicas y que admitida la demanda las aseguradoras plantearon la defensa de falta de acción para ser resuelta con la sentencia de fondo, y si se aplicará para casos anteriores al dictado de la ley 27.348; aunque en este sentido por lo que viene diciendo la Corte en especial en "Espósito" a nuestro entender el voto no debiera ser positivo, pero no deja de ser una gran incógnita.

Palmaria regresividad por la pérdida del acceso inmediato al debido proceso y la obligatoriedad de la jurisdicción administrativa que lo desplaza

Decisorio de la CS "Pogonza"

Alberto D. Chartzman Birenbaum (*)

Sumario: I. Preliminar.— II. Apreciaciones fundantes.—III. El decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.— IV. A modo de colofón.

I. Preliminar

El presente trabajo involucra el decisorio de La CS de fecha 02/09/2021 en autos "Pogonza, Jonathan Jesús c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial" declarando la constitucionalidad de la ley 27.348, a los efectos de la instancia administrativa en el tránsito del procedimiento ante las comisiones médicas, que entendemos tendría carácter excepcional, a la luz de la CN, y el principio de progresividad, que defendemos.

En particular, resaltó que en la instancia administrativa cuestionada las partes cuentan con patrocinio letrado y que las comisiones médicas tienen un plazo perentorio de sesenta días para expedirse, por lo que, a su criterio, no se encuentra afectado el debido proceso. Además, consideró que la revisión judicial de esos actos administrativos es suficiente ya que, a opción del trabajador, se permite la apelación ante la Comisión Médica Central o ante la justicia laboral provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Señaló que si bien se accede a la justicia del trabajo por vía recursiva, ello no impide una revisión plena ni la producción de prueba en esa instancia, remitiendo al caso "Ángel Estrada y Cia SA", del 5 de abril de 2005.

En dicha inteligencia, es conocida nuestra posición al respecto, y nos remitimos en su oportunidad al expedirnos en la causa nº 38953 "Marchetti Jorge Gabriel c/ Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ accidente de trabajo - acción especial" —Tribunal del Trabajo Nº 1 de Quilmes (Buenos Aires)— 05/02/2018, allí el Tribunal de grado entendió que las provincias no pueden desligarse de su facultad/deber de administrar justicia en sus respectivos territorios, ni adherir a invitación alguna en tal sentido a través de una simple ley, sin violentar la Constitución Nacional. Máxime cuando —como en el caso en tratamiento— tal adhesión no solo implica una renuncia de carácter general a dictar las normas de procedimiento,

(*) 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).

sino consentir incluso que sea la Nación quien las sustituya en tal tarea a través de la actuación de un organismo administrativo como es la Superintendencia de Riegos del Trabajo. A mayor abundamiento, concluye: Por todo ello, la ley provincial 14.997 en cuanto adhiere expresamente al régimen legal instituido por el Título I de la ley 27.348, delegando en el poder administrador nacional su facultad jurisdiccional y la competencia que detenta en orden al dictado de la normativa procedimental aplicable, vulnera las imposiciones de los arts. 5°, 75, inc. 12; y arts. 121 y 122 de la Carta Magna y, en suma, las bases de nuestro sistema federal de gobierno, por lo que no cabe otro camino a seguir que decretar su inconstitucionalidad. Y la consecuente inaplicabilidad al caso de autos de los arts. 1° a 4° de la ley 27348 y su modificación al art. 46 de la ley 24.557 y la inconstitucionalidad de los arts. 8°, apart. 3°, 21, 22 y 46 —en su texto original— de la ley 24.557 y del dec. 717/96. En tanto, el Tribunal Superior de la Pcia de Buenos Aires (SCBA), en los fundamentos salientes que podemos rescatar: uno de los magistrados que ha votado por la negativa: explica: Se verifica entonces en el caso que, al adherir al régimen de la ley 27.348, el legislador provincial se ha excedido en sus facultades, transgrediendo también la autonomía provincial y las atribuciones que en su mérito le competen, lo cual constituye un principio indisponible del derecho público (Spota, Alberto Antonio (h); "Aproximación al concepto de autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas", 2008, pág. 356). Cuando un tribunal especializado local ejerce el poder-deber de su jurisdicción lo debe hacer en plenitud, ya que nuestra Carta fundamental local asegura el acceso irrestricto a la justicia y la intervención de tales órganos para la solución de conflictos de índole laboral en un todo de acuerdo con los poderes reservados y los compromisos asumidos (arts. 1°, 11, 15 y 39, inc. 1°, Const. prov.; y 5°, 75, incs. 12 y 22, 121 y 123, CN; causa L. 88.246, "Espósito", sent. de 21-XII-2005). III.2.d.

Bien, vamos por otro andarivel en este caso que nos compete: aquí se declara la constitucionalidad de la ley 27348 y, por ende, la falta de aptitud jurisdiccional del juzgado interviniente, producto de la falta de tramitación del procedimiento administrativo obligatorio ante las comisiones médicas jurisdiccionales. Para confirmar la constitucionalidad de la ley citada, el tribunal explicó que la CS reconoció las facultades jurisdiccionales de los órganos administrativos siempre y cuando exista control judicial suficiente.

II. Apreciaciones fundantes

El procedimiento ante las comisiones médicas instituido desde un primer momento por la ley 24.557, ha sido descalificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los conocidos precedentes "Castillo", "Venialgo", "Marchetti" señalado *ut supra* y "Obregón", también lo es que en ellos se hace mención, exclusivamente, a la imposibilidad de condicionar la habilitación de los estrados provinciales al previo cumplimiento de una vía administrativa ante "organismos de orden federal", como lo son las comisiones médicas previstas en los arts. 21 y 22 de la LRT en su versión original (Castillo, cit., pág. 3620 y su cita)

Con la sentencia de "marras" el sistema de riesgos del trabajo recibió un espaldarazo de la Corte Suprema de la Nación, que en el presente fallo confirmó la constitucionalidad de las comisiones médicas dispuesto en la Ley 27.348 de Riesgos del Trabajo.

La decisión fue entendida, rápidamente, como el "paso necesario para concluir con la Reforma de manera integral y la conformación de los Cuerpos Médicos Forenses, iniciativa que debe encarar la Justicia de cada una de las 15 provincias adheridas y la CS".

"En el fallo Pogonza, el máximo tribunal de justicia sienta un precedente ineludible para el aval a nivel nacional de la constitucionalidad del régimen de Comisiones Médicas como instancia previa, excluyente y obligatoria para la solución de los conflictos derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".

Se declara la constitucionalidad de la ley 27.348 y, por ende, la falta de aptitud jurisdiccional del juzgado interviniente, producto de la falta de tramitación del procedimiento administrativo obligatorio ante las comisiones médicas jurisdiccionales.

Para confirmar la constitucionalidad de la ley citada, el tribunal explicó que la CS reconoció las facultades jurisdiccionales de los órganos administrativos siempre y cuando exista control judicial suficiente.

La atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional, ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos.

El trámite administrativo es un complejo terreno que no tiene capacidad para abarcar las múltiples cuestiones atinentes a los reclamos por daños laborales, y la faz judicial es una mera revisión encorsetada por la etapa anterior y que constriñe a las partes y a los jueces.

¿Sería inconstitucional una norma que pretende vedar el acceso a la justicia, a los trabajadores accidentados e incapacitados por causas laborales, cuando por el contrario debería facilitarles su acceso en aras a la efectivización de sus derechos vulnerados reforzando su protección por mandato constitucional del art. 75, inc. 23 de la CN?

Podría calificar, si se me permite, de voracidad, los alcances de la ley 27.348 en tanto pretende suprimir los derechos de los trabajadores reconocidos por el art. 14 bis de la CN y por los principios protectorios y de reparación integral, a la par de los de irrenunciabilidad; de la norma más favorable; de no regresión; de universalidad; de igualdad; de propiedad y justicia social.

La "prohibición" de acudir a los estrados judiciales deviene conculcadora de los arts. 18 y cctes. de la CN; del bloque normativo constitucional; de los arts. 8° y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; del art. 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; de los arts. XXVI y XXVII de la Declaración Americana de los Derechos Humanos y del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Cito la vigencia de los precedentes "Castillo"; "Venialgo"; "Marchetti" y "Obregón", dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El control de constitucionalidad y el de convencionalidad no es un tipo de inspección exclusiva de los organismos internacionales, ni de instancias superiores, sino que se encuentran a cargo de los jueces de cada país, en el caso del nuestro, a todos de cualquier fuero y jerarquía, dado el carácter difuso del sistema de contralor admitiéndose la posibilidad de efectuarlo aún *ex officio* (cfme. arg. SCBA, L 67.598; S del 02/10/2002, causa "Blanco"; L 93.122; S del 05/10/2011, causa "Sandes"; L. 98.802; S. del 05/06/2013; causa "B.J.M v. Fisco").

El adherir al tránsito obligatorio por las Comisiones Médicas (como instancia administrativa obligatoria), implica en la práctica un reconocimiento inadmisible de facultades legislativas al Estado Federal Central, sobre materias procesales que no integran el derecho común, y que por ende son de lógica reserva provincial.

La Corte Suprema de Justicia tiene resuelto que, de acuerdo con la distribución de competencias impuestas por la Constitución, los poderes de la provincias son originarios e indefinidos (art. 121 CN), mientras que los delegados a la Nación son definidos y expresos (Fallos CS 304:1186 citado en "Tratado de Derecho Constitucional" Gregorio Badeni, Tomo I Pág. 368 y siguientes). Con ello el Art. 121 del mencionado cuerpo normativo reconoce que las provincias tienen todas las potestades que no fueron transferidas por la Constitución al Estado Federal, y todas aquellas que se reservaron en los pactos especiales concertados como paso previo a la inserción en el estado federal (esto es, los pactos preexistentes).

No puedo dejar, tampoco de citar al Tribunal de Trabajo De Nro. 3 La Matanza declaró la inconstitucionalidad del art. 1° de la ley 27.348 **(1)** en cuanto establece una instancia obligatoria y excluyente por ante las comisiones médicas estableciendo en consecuencia la aptitud jurisdiccional de este Tribunal del Trabajo para entender en las presentes actuaciones (doctrina y jurisprudencia citadas, art. 15 y 39 de la Constitución provincial, arts. 18, 29, 75, 109, 116, inc. 22 de la CN, principio de progresividad incorporado en los incs. 19, 23 y 22 de dicho artículo, Pacto In-

(1) "Bustamante Mónica Patricia c/ Provincia ART SA s/ accidente de trabajo — acción especial". "Villalba, Jonathan Vicente c/ Provincia ART SA s/ accidente de trabajo - acción especial".

ternacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 5.2 y 2.1) y demás tratadística internacional con jerarquía constitucional citadas).

Respecto del resto de los planteos de inconstitucionalidad articulados referidos a la mencionada ley, teniendo en cuenta lo resuelto, no se los trata por abstractos, no siendo función de la judicatura emitir tales pronunciamientos.

Se alzaron voces como la de UART, señalando: "Resulta razonable la finalidad perseguida por el legislador al atribuir competencias decisorias a las comisiones médicas —ley 27.348— en materia de riesgos del trabajo, ya que tal procedimiento cumple con todos los recaudos fijados el fallo 'Ángel Estrada' de la Corte Suprema, pues las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango; satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere; actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo; cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo y el trabajador cuenta con patrocinio letrado gratuito y obligatorio durante la instancia administrativa".

Compartimos con la Dra Cañal **(2)**, cuando señala no soslayar la interpretación de la Corte aunque estima que esta ha sido parcial. "Las decisiones legislativas sobre jurisdicción y competencia deben estar regidas por normas superiores de fondo y forma que las ciñen. Estas surgen de la propia Constitución Nacional, y diseñan el sistema íntegramente. Por tanto, compartimos que debe ser tomado como un "principio general", siempre y cuando las modificaciones parlamentarias no incurran en un menoscabo a los principios constitucionales de progresividad, *pro homine,* y acceso a la justicia, entre otros, que delimitan las facultades legislativas y la interpretación judicial".

Con lo cual, la aplicación inmediata de la norma no permite implicar que por su carácter adjetivo sea inmediatamente operativa para sucesos anteriores a su dictado, sin un análisis de si la modificación normativa resulta más beneficiosa que la vigente al tiempo en el que aconteció el siniestro.

En efecto, debe necesariamente tomarse el esquema de la regla más beneficiosa para el actor en los conflictos de intertemporalidad de las normas, tal y como lo se ha señalado in extenso, *in re* "Fiorino, Augusto Marcelo c/ QBE Argentina ART SA s/ accidente - ley especial", causa Nro. 1832/2013, del día 25/04/2017, (Ver también, "Aplicación inmediata de las normas con motivo del dictado del Código Civil y Comercial de la Nación o El fantasma de la interpretación objetiva"; CAÑAL, Diana R.: Parte I: Doctrina Laboral y Previsional Nº 383 (2017, julio), ps. 615-635, Buenos Aires, Errepar; Parte II: Doctrina Laboral y Previsional Nº 384 (2017, agosto), ps. 729-755, Buenos Aires; Errepar).

Con lo cual, y en total consonancia con el ordenamiento jurídico en el marco de la progresividad, en la plena efectividad de los derechos humanos —art. 75, inc. 22 de la CN—, considero que la aplicación inmediata de las normas, sin distinción de su nivel, es posible siempre que no afecte el principio de la norma más favorable.

La distinción formulada *supra* sobre el carácter exclusivamente adjetivo de las normas infra constitucionales es central para resolver. Parece entonces, que es necesario convenir: que de ello se deriva el hecho de que el único eje para el juzgador es la Constitución Nacional misma, a la que se debe subordinar toda la labor legiferante y ordenadora, cualquiera sea el nivel del productor de las reglas. Y de su legitimidad, deberá dar garantía el juzgador con el análisis obligatorio de constitucionalidad.

Tampoco se puede soslayar la doctrina de la CS en el fallo "Jordan, Antonio Víctor y otro c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ accidente - ley 9688" (Competencia n° 991. XXXIII. 30/06/1998 Fallos: 321:1865). Lo que introduce una visión macro sobre las modificaciones en materia de competencia y jurisdicción, señala magistralmente la brillante jurista.

Dos puntos para tener en cuenta al respecto. Primero, que "Jordan" es un precedente del 30 de junio de 1998, momento en el que recientemen-

(2) CAÑAL DIANA, R. Juez de Cámara. Fundamentos, sentencia sala IV. Sala de acuerdos 19/09/2018

te se había reformado la CN, que incorporó los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y que aún, a pesar de ser normas jurídicas en el derecho interno, no era corriente encontrar esta fuente normativa en los fallos de la Corte.

Segundo, este fallo resolvió un conflicto negativo de competencia entre el fuero civil y el fuero laboral, con motivo de la opción incorporada en la modificación del art. 39 de la ley 24557.

Podríamos convenir que tanto "Jordan" como "Urquiza", son precedentes de la Corte que resolvieron un problema de derecho transitorio, que versa sobre el mismo tema, reformas legislativas en materia de competencia cuando se interpone un reclamo por daños y perjuicios, en el marco de la reparación civil. En efecto, el 11 de diciembre de 2014, el Supremo Tribunal resuelve en "Urquiza", un conflicto negativo de competencia que se instala sobre la modificación del art. 4°, último párrafo, y 17, inc. 2°, de la ley 26.773. Sin embargo, en ambos casos de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Procurador Fiscal, los resultados fueron diversos. Mientras que en "Jordan" la CS entiende que es competente para conocer la Justicia Nacional del Trabajo, en "Urquiza" resuelve que es competente la Justicia Nacional en lo Civil.

En sus términos expresa: "No empece a dicha conclusión lo dispuesto por el art. 39, aps. 1° y 2°, LRT; desde que aun cuando por imperativo de la ley sustantiva pudiere considerarse al momento de dictar sentencia sobre el fondo del asunto, inaplicables al contrato de trabajo las disposiciones relativas al régimen de responsabilidad civil, tal circunstancia nada obsta a que, despojado el conflicto de su innegable complejidad jurídica, nos encontremos frente a un infortunio suscitado en el marco de una relación de trabajo, que tiene por sujeto pasivo a un empleador; todo en consonancia con lo previsto por el art. 20, L.O. (...) la atribución específica de aptitud jurisdiccional a determinados juzgados para entender en ciertas materias, en el caso, contrato de trabajo, cabe entenderla indicativa de una especialización que el ordenamiento les reconoce, particularmente relevante a falta de disposiciones que impongan nítidamente una atribución distinta".

Cabe advertir que la modificación de la jurisdicción y la competencia para resolver conflictos de los trabajadores debe ser en pos de mejorar el acceso a la justicia de estos, ante sus Jueces especializados, en consonancia con el principio de progresividad —no regresividad—. La justicia en manos privadas, en procedimientos administrativos, no es propio de nuestro modelo judicialista, lo que se explica en el fallo "Flores" "Flores, Osvaldo Federico c/ Federación Patronal Seguros S.A. s/accidente - ley especial", Sentencia Interlocutoria de fecha 28 de noviembre de 2017.

Si bien la Corte Suprema de Justicia admitió en su doctrina la posibilidad de que las facultades jurisdiccionales las ejercieran órganos administrativos, afirmó que ello era de carácter excepcional y bajo requisitos que lejos están de cumplirse en la nueva ley.

Vale destacar que la propia Corte de los EE.UU., en un modelo que permite el sistema de "Agencias" con facultades jurisdiccionales, sostuvo que ello tenía importantes limitaciones, en particular, la especialidad de la materia.

Es por tal motivo que el tránsito durante el proceso administrativo de este "diseño atípico de acceso a la jurisdicción" y toda vez que la pretensión de que este tenga "carácter obligatorio y excluyente", opera como un vallado constitucional.

Esta condición se opone a los postulados de los arts. 109 y 18, así como los de los arts. 116 y 76 de la Carta Fundamental.

"Es necesario destacar, que entre otras causas, existe un dictamen del Fiscal General de la Cámara (72.879 del 12 de julio de 2017), y un pronunciamiento de la Sala II en la Sentencia Interlocutoria Nº 74.095 del 3 de agosto del 2017, ambos en la causa 'Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial'".

"En el caso de la Sala II, en consonancia con el dictamen fiscal, y el fallo de la primera instancia, se confirmó el rechazo del planteo sobre la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo obligatorio. Por su parte, la Sala X se pronunció el 30 de agosto de 2017, en los autos 'Corvalán, Héctor Eduardo c/ Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial', asumiendo la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, por considerar incons-

titucional las excesivas facultades conferidas a las Comisiones Médicas, en la res. SRT 298/17".

Si de República se trata, y su defensa como tal, convengamos que los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no revisten fuerza vinculante para el resto de los jueces, toda vez que sus pronunciamientos son ley en sentido particular, solo para las partes.

"No obstante, cabe advertir que sus pautas interpretativas —así como las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, no deben ser soslayadas a la hora de realizar el obligado control difuso de constitucionalidad —y de convencionalidad— de las normas que conforman el sistema jurídico vigente, aunque , no implican la obligatoriedad de las doctrinas que establecen. Dicho ello con la salvedad de que si la doctrina que fijan es la más progresiva para su momento, en ese caso no podría resolverse por debajo de ese standard, pero no porque el precedente sea vinculante, sino porque el principio de progresividad deriva de una norma interpretativa incorporada al sistema".

"En efecto, en términos generales, es necesario comprender la estructura jurídica del modelo argentino, dentro de la cual se está juzgando la viabilidad de prorrogar la justicia ordinaria a una justicia administrativa, de carácter obligatorio".

De ser muy cautos en este aspecto técnico podemos incurrir en importantes confusiones que impliquen decisiones contrarias al derecho constitucional vigente.

"En nuestros días, y desde 1994 el paradigma vigente es el de los Derechos Humanos Fundamentales, el que nos obliga a jerarquizar los derechos en el juego entablado entre tres principios centrales: 1) el del debido proceso, que implica la existencia de un juez natural; 2) el *pro homine* y su necesaria consecuencia, 3) el principio de progresividad".

"Mientras el juez ordinario en su liminar compromiso con la Constitución Nacional la que ha jurado defender, debe mirar y guiar el proceso imbuido de los principios de la especialidad, por imperio de la nueva ley, serán todos ellos sacrificados en manos de una Comisión Médica, cuya especialidad no tiene porqué ser provista por fuera de un proceso regular en la justicia, como lo prevé la CN".

"Media con esta nueva ley un desplazamiento del derecho de fondo constitucional (juez natural art. 18 CN y art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos), por una norma de forma, de niveles inferiores, es decir la ley 27.348".

En este estado de cosas estamos en condiciones de extrapolar el tema en relación con la ley 27.348, y el análisis de la pretendida instauración del procedimiento administrativo "obligatorio" ante las Comisiones Médicas". "Así, el art. 1° de la ley 27.348 dispone que "la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales..., constituirá la instancia administrativa previa, de carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo".

El art. 109 de la CN establece: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas". En función de ello la CS consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a entes administrativos —como son los entes reguladores— para dirimir controversias de naturaleza patrimonial entre particulares implica un doble quebrantamiento constitucional ya que si, por una parte, produce la transgresión del principio que prohíbe al Poder Ejecutivo (y, por ende, a los órganos administrativos) el ejercicio de funciones judiciales (art. 109, CN) por la otra transgrede abiertamente la garantía de la defensa en juicio a la persona y sus derechos (art. 18, CN).

"Justamente, en la presente causa, estamos frente a 'controversias de naturaleza patrimonial entre particulares' **(3)**, un conflicto entre trabajador y empleador/aseguradora de riesgos, por la indemnización de accidentes laborales y/o enfermedades profesionales, regidas por el derecho común."

(3) *Ibidem*.

"Ello significa que, el Congreso atribuyó jurisdicción ordinaria a un órgano administrativo, en una materia prohibida por los cimientos de nuestra forma de gobierno, y para más, con carácter 'obligatorio'. Esto, no es ni más ni menos que una vulneración al acceso a la justicia —debido proceso—, y la garantía del juez natural que asegure independencia e imparcialidad.

"Lo que nos lleva, automáticamente al art. 18 de nuestra Carta Magna: 'Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa'. Justamente, la idea del 'juez natural' remite a cuestiones de índole material y de fondo, no exclusivamente a la atribución de competencia, o de conocimiento de una causa a un tribunal que se hubiera constituido antes de los hechos del proceso, solo para evitar la existencia de tribunales especiales.

"No obstante, obsérvese que la ley 27.348 establece de forma obligatoria una instancia previa ante las comisiones médicas, sustrayendo al trabajador de los jueces naturales de la causa, arrancándolo lisa y llanamente, de jueces abogados, para pasar a una esfera atendida por 'jueces médicos'. Entonces, uno se pregunta, si esto podría sinceramente redundar en un beneficio para los trabajadores, siendo que además, quien "juzgue" no lo hará teniendo en cuenta la lógica de los principios del derecho del Trabajo (entiéndase *in dubio pro operario,* art 9°, LCT)".

Veamos el origen de la Comisiones Médicas.

La ley 24557 establece en el art. 21: "1. Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por la ley 24.241 (art. 51)". A su vez el art. 51 de la ley 24.241, establecía: "Comisiones médicas. Integración y financiamiento: Las comisiones médicas y la Comisión Médica Central estarán integradas por cinco médicos que serán designados: tres por la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y dos por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, los que serán seleccionados por concurso público de oposición y antecedentes. Contarán con la colaboración de personal profesional, técnico y administrativo. Los gastos que demande el funcionamiento de las comisiones serán financiados por las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, en el porcentaje que fije la reglamentación."

Luego, realizada la unificación del sistema previsional se determinó en el art. 15, ley 26.425: "El personal médico, técnico, auxiliar y administrativo que se desempeñe ante las comisiones médicas y la Comisión Médica Central creadas por el art. 51 de la ley 24.241 y sus modificatorias será transferido a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, en la proporción y oportunidad que sea necesario para su funcionamiento, conforme lo determine el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

"En definitiva, las ART y la ANSeS, son los únicos que financian el funcionamiento del procedimiento administrativo de las comisiones médicas en proporción de las alícuotas de los empleadores, así como el sostenimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo. Esto es, en el caso, quien financia es parte del conflicto, lo cual genera dudosa imparcialidad, pareciéndose estructuralmente a una tercerización de la justicia, en materia de reparación sistémica".

En retrospectiva, observamos que el desplazamiento de los jueces naturales ha sido una constante en la materia, y con un marcado sentido regresivo. Veamos. ley 24.557: en su art. 46, disponía la opción de recurrir ante las comisiones médicas provinciales, ante el juez federal de cada provincia o ante la Comisión Médica Central. Dichas resoluciones, eran recurribles ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. A su vez, para la acción derivada del antiguo art. 1072 del Código Civil era competente la justicia civil. Sobre estos temas, la CS resolvió en los casos "Castillo" (del 07/09/2004) y "Venialgo".

Luego, la ley 26.773 en su art. 4° y art. 17, inc. 4, establecía que ante la opción por el derecho común, era la justicia civil la competente, desplazando así la interpretación especializada, pues expresamente establecía que los jueces civiles debían aplicar los principios de derecho civil, no los vigentes en materia laboral (tratamiento en el fallo "Acevedo"). Rematando con la ley 27.348, que directamente instituye de manera "obligatoria" a "jueces" médicos, para habilitar luego la vía laboral.

"En consecuencia, se trata de un esquema violatorio del derecho de defensa en juicio con un juez independiente, que es el único que "conoce el derecho", encargado obligatoriamente del control de constitucionalidad y no vinculado por decisiones de otros organismos."

Encontramos, de tal suerte, inconstitucional el procedimiento administrativo obligatorio ante las Comisiones Médicas, instituido en los arts. 1, 2, 3, 14 y 15, y cctes. de la ley 27.348, por considerarlos violatorios de los arts. 18, 29, 109, 116; y por el 75, inc 22, Principio de Progresividad incorporado constitucionalmente, en los incs. 19, 23 y 22 del art. 75; en el P.I.D.E.S.C. —arts. 5.2 y 2.1—; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —art. 26—; y el Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana —art. 1º—; y garantías judiciales de los arts. 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2.3 del PIDESC, arts. 26 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos- de la CN.

En conclusión, tampoco sería factible la aplicación inmediata de esta norma toda vez que la pérdida del acceso inmediato a la jurisdicción y la obligatoriedad de la "jurisdicción administrativa" que la desplaza, es una regulación más regresiva que el régimen anterior.

Al expedirnos en autos "Marchetti" **(4)**, señalamos, en tanto, el Tribunal Superior de la Pcia de Buenos Aires (SCBA), en los fundamentos salientes que podemos rescatar: uno de los magistrados que ha votado por la negativa: explica: Se verifica entonces en el caso que, al adherir al régimen de la ley 27.348, el legislador provincial se ha excedido en sus facultades, transgrediendo también la autonomía provincial y las atribuciones que en su mérito le competen, lo cual constituye un principio indisponible del Derecho Público **(5)**.

Cuando un tribunal especializado local ejerce el poder-deber de su jurisdicción lo debe hacer en plenitud, ya que nuestra Carta fundamental local asegura el acceso irrestricto a la justicia y la intervención de tales órganos para la solución de conflictos de índole laboral en un todo de acuerdo con los poderes reservados y los compromisos asumidos (arts. 1°, 11, 15 y 39, inc. 1°, Const. Prov.; y 5, 75, incs. 12 y 22, 121 y 123, CN; causa L. 88.246, "Espósito", sent. de 21-XII-2005).

En otro orden el resto de los integrantes del Supremo Tribunal Provincial sostuvo que no puede soslayarse que con la adhesión y delegación legal de competencias puede considerarse superada la inconstitucionalidad de la normativa anterior (ley 24.557 y modif.) declarada por esta Corte en la causa "Quiroga" (sent. de 23-IV-2003), en tanto en dicho precedente —aun en el marco de un escenario que difiere del que aquí se examina— se invalidó una norma nacional que imponía la competencia de órganos administrativos y judiciales federales para entender en conflictos de derecho común suscitados en las provincias sin que concurrieran presupuestos que habiliten la competencia federal. Por otra parte, la atribución legal de competencias judiciales a órganos de la Administración Pública ha sido admitida como constitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Ángel Estrada y Cía. S.A. c. Secretaría de Energía y Puertos" (CS, Fallos: 328:651) y "Fernández Arias c. Poggio" (CS, Fallos: 247:646).

En el caso "García, Ivan Alejandro", los camaristas de la sala VI coincidieron en señalar que "el tránsito obligatorio por las comisiones médicas (instancia administrativa) viola el principio de "acceso a la Justicia", es inconstitucional y reafirmaron la competencia directa de la Justicia Nacional del Trabajo.

III. El decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Señala el Supremo Tribunal: en primer lugar, las comisiones médicas han sido creadas por ley formal y su competencia para dirimir controversias entre particulares también emana de una norma de ese rango. La ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creó es-

(4) CHARTZMAN BIRENBAUM, Alberto, "La Suprema Corte de Buenos Aires declara la constitucionalidad de la ley 14.997 que adhiere al sistema de comisiones médicas a efectos del régimen de riesgos del trabajo", LA LEY 14/07/2020, 5.

(5) SPOTA, Alberto Antonio (h), "Aproximación al concepto de autonomía provincial a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, p. 356.

tos órganos administrativos, estableció su integración y su financiamiento (art. 51). A su vez, las leyes 24.557 (arts. 21 y 22) y 27.348 (art. 1°) establecen expresamente el alcance de su competencia en materia de riesgos del trabajo. 8°) Que, en segundo lugar, las comisiones médicas satisfacen las exigencias de independencia e imparcialidad a los efectos de la materia específica y acotada que el régimen de riesgos del trabajo les confiere. Tales exigencias se vinculan, por un lado, con la conformación del órgano administrativo que ejerce la competencia jurisdiccional y, por el otro, con el resguardo de la garantía del debido proceso. El diseño regulatorio elaborado por el Congreso y reglamentado por la autoridad administrativa del trabajo garantiza la independencia de las comisiones médicas. Estos organismos, que actúan en la órbita de una entidad autárquica como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (ver arts. 35 a 38 de la ley 24.557), cuentan con suficiente capacidad técnica para determinar si se cumplen los requisitos para el acceso a las prestaciones sociales previstas por el régimen de riesgos del trabajo. En ese sentido, la res. SRT 298/2017 prevé que cuando esté controvertida la naturaleza laboral del accidente intervendrá un secretario técnico letrado, que emitirá un dictamen jurídico previo (art. 2°). Si ese dictamen es favorable, o directamente no media discusión acerca de la naturaleza laboral de la discapacidad alegada, se dará intervención a los profesionales médicos que se encargarán de determinar, con base en los baremos que establece la ley, el porcentaje de incapacidad que produjo la contingencia. A su vez, la comisión médica tendrá la potestad de disponer la producción de prueba de oficio y solicitar la asistencia de servicios profesionales u organismos técnicos para que se expidan sobre áreas ajenas a su competencia profesional (art. 7°). Los profesionales de la salud que integran las comisiones médicas se eligen por concurso público de oposición y antecedentes conforme al orden de mérito obtenido, y deben contar con título médico expedido por una universidad autorizada, matrícula provincial o nacional y título de especialista expedido por autoridad competente (art. 50 de la ley 24.557, res. SRT 45/2018). Como se dijo, en ciertos casos las decisiones que se adopten deben estar precedidas obligatoriamente por el dictamen jurídico de un secretario técnico letrado, y estos secretarios solo pueden ser desvinculados con fundamento en una grave causal debidamente acreditada (ver res. SRT 899-E/2017).

IV. A modo de colofón

"En relación a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Constitución Nacional no establece su obligatoriedad, no siendo vinculantes para los jueces/juezas inferiores".

Se advierte asimismo que en fallo "Pogonza" de la Corte no se han tratado temas importantes de la litigiosidad en la materia, como lo son las enfermedades laborales "no listadas", que transforman al paso obligatorio por las Comisiones Médicas en una evidente pérdida de tiempo, que solo perjudica a quien las sufre.

"El paso obligatorio por las comisiones médicas implica someter los conflictos individuales del trabajo a órganos administrativos no dotados de facultades jurisdiccionales, sino especializados en materia médica e integrados obviamente por profesionales en la medicina, quienes carecen de idoneidad para llevar adelante un procedimiento en que se debaten cuestiones jurídicas y se imponen la necesidad de determinar el alcance y contenido de las prestaciones, recibir prueba que no se agota en exámenes médicos (testimonial, informativa, pericial técnica, etc.)".

También implica establecer cuestiones de hecho que no se limitan simplemente a la determinación de una incapacidad (como ser la determinación del carácter laboral de una enfermedad o accidente o la índole de las secuelas y la relación con el factor laboral). Estas son funciones típicamente jurisdiccionales que no pueden ser adecuadamente cumplidas por médicos, ya que exceden sus aptitudes y conocimientos profesionales, indudablemente un conocimiento técnico jurídico del cual estos carecen.

La Corte ratifica la constitucionalidad del procedimiento obligatorio ante las Comisiones Médicas

Raúl A. Oyola (*)

Sumario: I. Un nuevo *round* contra el sistema de riesgos del trabajo.— II. Régimen de riesgos del trabajo: un país, varias normas.— III. Los precedentes cercanos.— IV. El caso "Pogonza".— V. La revisión judicial, el acceso a la justicia y ¿una modificación para CABA?— VI. En síntesis: ¿constitucionales o inconstitucionales?, ¿hay una única solución?, ¿y los plazos de caducidad?

I. Un nuevo *round* contra el sistema de riesgos del trabajo

Como ya estamos acostumbrados los operadores jurídicos de la República Argentina, recientemente se ha disputado un nuevo round contra el sistema de riesgos del trabajo de nuestro país, generando que una vez más la Corte Suprema de Justicia de la Nación deba expedirse sobre planteos de inconstitucionalidad referidos a la Ley de Riesgos del Trabajo y sus normas modificatorias y complementarias.

Desde sus inicios fue muy cuestionada la ley 24.557 (BO del 04/10/1995); entre otras tantas cosas; por no garantizar a los trabajadores ningún tipo de seguridad, mediante un procedimiento que siempre estuvo bajo sospecha, lo que provocó un innumerable raid de sentencias por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tratando de traer algo de luz al sistema que regula los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Así en el caso "Castillo, Ángel c/ Cerámica Alberdi SA" el máximo tribunal nacional declaró la inconstitucionalidad del art. 46, inc. 1°, de la ley 24.557 en cuanto determinaba la competencia federal para las acciones previstas y reguladas en la Ley de Riesgos del Trabajo. Dicha doctrina fue ratificada por la CS en las causas "Venialgo, Inocencio c/ Mapfre Aconcagua Aseguradora de Riesgos del Trabajo" y "Marchetti, Néstor c/ La Caja ART SA s/ ley 24.557", permitiendo que los trabajadores pudieran iniciar sus acciones directamente ante los tribunales provinciales locales para cuestionar las resoluciones de las aseguradoras de riesgos del trabajo, siendo entonces competentes los jueces laborales para dilucidar dichas disputas.

Como una especie de embate contra la denominada "industria del juicio" y tomando como bandera la alta litigiosidad laboral, se sanciona la ley 27.348 (BO del 27/02/2017), que entre otras novedades, en su primer artículo nuevamente constituye a las comisiones como instancia previa obligatoria e ineludible para que los trabajadores puedan solicitar las prestaciones de la LRT y la determinación de su incapacidad, además de establecer en el art. 2° que será la justicia ordinaria laboral local quién detentará la competencia para conocer en los recursos contra las decisiones que dicten las comisiones

(*) Abogado egresado de la FCJS de la Universidad de Mendoza. Magister en derecho del trabajo y relaciones laborales internacionales en la UNTREF. Posgrado en derecho procesal del trabajo y derecho societario en la U.N. de Cuyo. Coordinador Académico y de extensión y vinculación de la FCJS de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael. Ex-Coordinador Regional de la Subsecretaría de Trabajo de Mendoza. Secretario del Instituto de Investigación en derecho laboral de la UM. Profesor de Derecho del Trabajo II, Derecho, Internacional Privado, y Práctica Profesional en la FCJS de la Universidad de Mendoza.

médicas. Por su parte el artículo cuarto de la ley 27.348 invita a las provincias a adherir al título I de la ley referido al trámite obligatorio ante las comisiones médicas jurisdiccionales.

Actualmente quince provincias de la República Argentina han adherido a la ley 27.348, debiendo agregar que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no necesita hacerlo, dado que para ella, las reglas dispuestas en los primeros tres artículo de la ley en cuestión y la normativa reglamentaria resultan plenamente aplicables sin que sea necesario una expresa aceptación legislativa.

Con la nueva normativa, la cuestión de la competencia federal dejó de ser el tema para discutir, mutando las controversias al tema de la constitucionalidad de las comisiones médicas y el procedimiento previo, obligatorio y excluyente establecido en la ley 27.348.

II. Régimen de riesgos del trabajo: un país, varias normas

A esta nueva polémica, como es el análisis constitucional del trámite obligatorio ante las comisiones médicas, se suma una situación particular que se da en el tema en estudio: No todas las provincias han aceptado la invitación a adherir a la nueva normativa, lo que provocaría que en principio tendríamos dos normativas diferentes sobre el mismo tema a lo largo y ancho del país, dependiendo el ámbito donde se haya producido la contingencia laboral. Pero en realidad, no son dos normativas las vigentes sobre el tema en crisis, sino que son tres:

a) la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al no adherir a la ley 27.348 mediante una norma, solo tendría como vía recursiva ante los dictámenes de las comisiones médicas el recurso previsto en el art. 2° de la ley 27.348, recurso que tiene notorias limitaciones en materia de revisión de los hechos y producción de prueba;

b) las provincias que aceptaron la invitación a adherir, quienes dictaron leyes que transformaron en acción ordinaria con plazo de caducidad, al recurso del art. 2° de la ley 27.348 se rigen por dichas normas especiales de adhesión; y

c) las provincias que no adhirieron a la ley 27.348, cuya situación analizaremos al final del presente trabajo.

III. Los precedentes cercanos

Si bien era muy esperado un fallo de la Corte Suprema de la Nación sobre el tema de la constitucionalidad del trámite ante las Comisiones Médicas, no es menos cierto que ya venía marcándose un lineamiento jurisprudencial que convalidaba el procedimiento previo administrativo en materia de riesgos del trabajo.

Así, en la causa "Burghi" **(1)** de la CNAT Sala II, "Cortes" **(2)** de la CNAT Sala I, y en posteriores pronunciamientos de las diferentes salas de la CNAT consideraron constitucional el diseño procesal previsto en los arts. 1° y concordantes de la ley 27.348 en cuanto establece la obligatoriedad de la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas jurisdiccionales.

Posteriormente la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso "Marchetti" **(3)** señaló que con la adhesión y delegación legal de competencias puede considerarse superada la inconstitucionalidad de la ley 24.557, en cuanto imponía la competencia de órganos administrativos y judiciales federales para entender en conflictos de derecho común suscitados en las provincias sin que concurrieran presupuestos que habiliten la competencia federal. En dicho fallo se resaltó que el paso por procedimientos administrativos previos y de resolución de conflictos es de antigua data, citando los precedentes de la CS en "Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José", 19/9/60 **(4)**, y. "Ángel Estrada y Cía. c/ Secretaría de Energía y Puertos", del 5/4/05 **(5)** donde la atribución legal de competencias judiciales a órganos de la Administración Pública ha

(1) CNTrab., sala II, "Burghi, Florencia Victoria c/ Swiss Medical ART S.A. s/ accidente — ley especial", 12/07/2017.

(2) CNTrab., Sala I, "Cortes, Iván Marcelo c/ Prevención ART s/ accidente - ley especial", 31/10/2017.

(3) SC Buenos Aires, "Marchetti, Jorge Gabriel contra Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo - acción especial", 13/05/2020.

(4) CS, Fallos: 247:646.

(5) CS, Fallos: 328:651.

sido admitida como constitucional siempre que se garanticen el derecho de defensa y el control judicial suficiente respecto de lo decidido en sede administrativa. Se destacó en el fallo que la CS admite la utilización de una instancia administrativa especializada con adecuado control y revisión judicial, condicionándola a que esta sea "suficiente" y que no conlleve una prolongada secuela temporal que en los hechos signifique privar de la posibilidad oportuna de acudir a los estrados judiciales.

Con base en los antecedentes citados, no se predecía que el máximo tribunal nacional al resolver sobre la constitucionalidad del trámite ante las Comisiones Médicas fuera a apartarse mucho de lo que venían resolviendo los tribunales citados, fundamentalmente porque los argumentos en que se basaban las sentencias tenían un alto sostén en los pronunciamientos previos de la CS.

No obstante ello, la resolución del tema era importante para otorgar un poco de certeza en un tema controvertido y que nunca parece tener fin.

IV. El caso "Pogonza" (6)

En fecha 02/09/2021 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en la causa "Pogonza", resolviendo sobre la constitucionalidad respecto a someterse obligatoriamente al trámite administrativo previo ante las comisiones médicas, para obtener las distintas prestaciones que prevé el sistema de la Ley de Riesgos del Trabajo.

Debe aclararse que el planteo de Pogonza al interponer su acción, fue tachando de inconstitucional el procedimiento previo ante las comisiones médicas, cuestionando las facultades jurisdiccionales de dichos órganos, para así poder presentarse directamente ante la justicia sin necesidad de realizar el trámite administrativo dispuesto por la ley 27348. Es decir que no se trató de un recurso contra un dictamen de la comisión médica.

Como antecedentes del caso resuelto por el máximo tribunal, puede señalarse que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había confirmado la sentencia de primera instancia que, tras declarar la falta de aptitud jurisdiccional de la Justicia Nacional del Trabajo para conocer en el caso, ordenó el archivo de las actuaciones por no hallarse cumplida la instancia administrativa previa ante las comisiones médicas establecida en la ley 27.348.

Contra esa decisión el trabajador interpuso recurso extraordinario federal, el cual fue denegado, interponiendo posterior recurso de queja. El recurrente aduce que la ley 27.348 es inconstitucional porque irrazonablemente le otorga a las comisiones médicas facultades jurisdiccionales que son propias de los jueces; porque no se encuentra garantizada la imparcialidad de los referidos organismos administrativos ya que el sistema es financiado por las ART; y porque el control judicial que prevé la ley no es amplio ni suficiente. Además citando los precedentes "Castillo", "Venialgo" y "Marchetti" de la CS afirma que la ley es inconstitucional porque obstruye el derecho del trabajador de demandar ante su juez natural; además de invocar que las modificaciones procesales introducidas por la ley 27.348 vulneran, asimismo, el principio de progresividad en materia de derechos sociales, entre otros planteos.

Para resolver, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, recuerda lo señalado en los precedentes "Fernández Arias" y "Ángel Estrada", en cuanto a los requisitos de legalidad de los órganos administrativos, sosteniendo que la normativa que regula la creación y la funcionamiento de la comisiones médicas de la Ley de Riesgos del Trabajo, en especial lo legislado a partir de las modificaciones introducidas por la Ley 27.348, cumplen con todos los requisitos necesarios para considerarse como constitucionales. En su fundamentación cita numerosos órganos administrativos que dirimen controversias entre particulares.

Así en el considerando 5° se señala:

"Que en nuestro país existe una larga tradición legislativa en virtud de la cual se le han conferido a órganos de la administración competencias para dirimir controversias entre particulares sobre diversos temas".

(6) CS, 02/09/2021, "Pogonza, Jonathan Jesús c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial",.

Luego de citar distintos antecedentes de organismos administrativos que funcionaban como instancia previa a la judicial, el Supremo Tribunal señala que:

"[E]n la actualidad existen diversas regulaciones que fijan una jurisdicción administrativa previa y obligatoria para la decisión de controversias entre particulares sobre otras materias, como sucede con las Leyes 18.870 (derecho de la navegación), 24.065 (energía eléctrica), 24.076 (gas natural) y 27.442 (defensa de la competencia)".

En los considerandos sexto a noveno el máximo tribunal reitera que considera cumplidos los recaudos principales fijados en los precedentes "Ángel Estrada" y "Fernández Arias", para convalidar el trámite obligatorio, previo y excluyente ante las comisiones médicas afirmando que: a) los pronunciamientos de las comisiones médicas son sometidos a un control judicial suficiente en sede judicial; b) las comisiones médicas han sido creadas por una ley formal; c) el legislador ha tenido razonabilidad en la finalidad perseguida para atribuir competencia decisoria a las comisiones médicas en materia de riesgos del trabajo, y d) la independencia e imparcialidad del órgano a los efectos de la materia específica.

En el considerando décimo el cimero tribunal amplía los argumentos referidos al control judicial suficiente, lo cual será desarrollado en el punto siguiente dado a la trascendencia que tiene el tema para las causas futuras sobre el tema en estudio.

V. La revisión judicial, el acceso a la justicia y ¿una modificación para CABA?

Como hemos señalado en anteriores oportunidades **(7)**, resulta fundamental para la constitucionalidad del nuevo sistema procedimental, la existencia de una ley de adhesión de cada provincia donde se prevea una acción ordinaria para la revisión de las resoluciones dictadas por las comisiones médicas; (en dicho sentido han legislado todas las provincias que adhirieron a la ley 27.348; porque consideramos que la vía recursiva prevista por la ley 27.348 no cumple plenamente con la garantía de garantizar el acceso a la justicia. Y en este sentido entendemos que lo resuelto en "Pogonza" viene a convalidar dicha postura, atento a que resuelve sobre un caso que se encontraba comprendido dentro del ámbito territorial de la Justicia de CABA (que tal como se ha referido precedentemente no dictó una norma de adhesión, quedando como vía recursiva el recurso del art. 2° de la ley 27.348), y del contenido del considerando décimo de la sentencia en crisis se evidencia una transformación pretoriana del máximo tribunal nacional, al convertir el recurso establecido en el art. 2° de la ley 27348 en una acción ordinaria.

La afirmación realizada precedentemente se fundamenta en lo expresado por la CS en su considerando décimo, cuando luego de ratificar que el régimen legal impugnado cumple con las exigencias fijadas en la jurisprudencia de la Corte en cuanto al alcance de la revisión judicial, haciendo referencia a la causa "Fernández Arias", y a las causas "Barbani" **(8)** y "Baena" **(9)** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, textualmente señala:

"Aunque el control judicial de la actuación de la Comisión Médica Central sea realizado en forma directa por el tribunal de alzada con competencia laboral, *ello no le quita el carácter de 'amplio y suficiente.' La norma instituye una acción en la que las partes tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente* y que permite la revisión del acto por parte de un tribunal que actúa con plena jurisdicción a fin de ejercer el control judicial suficiente y adecuado que cumpla con la garantía del art. 18 de la CN" (conf. causa CSJ 66/2012 (48-N)/CS1 "Núñez, Juan Carlos c/ Universidad Nacional de Tucumán s/ nulidad de acto administrativo", sentencia del 09/09/2014, considerando 3°) (lo resaltado me pertenece).

Al referirse el Supremo Tribunal a que la norma "instituye una acción", donde las partes "tienen derecho a ofrecer y producir la prueba que consideren pertinente", entendemos que en el caso de Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

(7) OYOLA, Raúl A., "Constitucionalidad de las comisiones médicas: apostillas sobre el reciente fallo del superior tribunal bonaerense", LA LEY 14/07/2020, 5.

(8) CIDH,"Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", 13/10/2011.

(9) CIDH, "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", 02/02/2001.

donde no existe normativa específica de adhesión a la ley 27.348, se modifica por vía pretoriana el recurso del art. 2° de la ley 27.348, pasando de un recurso en relación y con efecto suspensivo a una acción ordinaria.

El recurso del art. 2° de la ley 27.348 es *en relación y con efecto suspensivo*. La concesión de los recursos en cuanto a su amplitud se distingue en recurso "libres" y "en relación", pudiendo dentro de los recursos libres alegarse hechos nuevos y producirse prueba, lo cual está vedado en los recursos en relación, donde el debate queda acotado con exclusividad a los hechos invocados y a las pruebas ya producidas en la instancia administrativa.

Por su parte, que la concesión del recurso sea con efecto suspensivo, implica que la resolución que las comisiones médicas hayan dictado en la instancia administrativa queda suspendida o paralizada, no pudiendo ejecutarse ni exigirse hasta el momento en que sea resuelta la revisión por parte de los tribunales del trabajo. Entendemos que el efecto suspensivo del recurso que establece el art. 2° de la ley 27.348, al privar a los damnificados de derechos reconocidos parcialmente en sede administrativa, vulnera derechos humanos fundamentales y básicos como son derecho a la vida y la salud.

Es por ello que entendemos que la resolución de la CS en "Pogonza" resulta de suma importancia y sienta una doctrina valiosa para futuras controversias que versen sobre el tema en análisis, como así también para las provincias que en el futuro puedan dictar normas de adhesión al régimen de la ley 27.348, atento a que al pasar de un recurso en relación y con efecto suspensivo a una acción ordinaria plena, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa.

Coincidimos con Badeni cuando señala que "la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio es plenamente aplicable ante los organismos administrativos a los cuales la ley les confiere funciones jurisdiccionales", aclarando que la necesaria revisión judicial ulterior ha de recaer "no solo sobre el fondo de la cuestión resuelta, sino también sobre el debido cumplimiento de aquella garantía" **(10)**, y entendemos que lo resuelto en el caso bajo análisis respecto a una acción ordinaria para la revisión de las resoluciones de las comisiones médicas sigue dicha línea de pensamiento, y es la más ajustada a la normativa Constitucional y Tratados Internacionales vigentes.

VI. En síntesis: ¿constitucionales o inconstitucionales? ¿Hay una única solución? ¿Y los plazos de caducidad?

Podemos concluir señalando que la CS sentó postura respecto a la constitucionalidad del trámite previo obligatorio ante las comisiones médicas, estableciendo que el "recurso" previsto en el art. 2° de la ley 27.348 debe considerarse como una "acción ordinaria" con amplitud para ofrecer prueba, para así tener la posibilidad de una revisión amplia o plena de las resoluciones administrativas dictadas en al ámbito de la SRT. No obstante tratarse de un fallo cuya jurisdicción de origen fuera en CABA; con las especiales características que ello implica conforme se ha señalado a lo largo del presente trabajo; dicha doctrina resulta totalmente aplicable por los diferentes tribunales de las provincias que han adherido y adhieran en el futuro a la ley 27.348 mediante normas locales, y donde además se encuentre operativo el sistema administrativo previo mediante la creación de comisiones médicas en las distintas jurisdicciones que existan dentro de cada territorio provincial, y que a su vez garanticen la revisión judicial amplia y plena de las resoluciones administrativas mediante las normas procesales especiales que se dicten al efecto.

También será de utilidad el fallo en estudio para aquellas provincias que quieran adherir en el futuro a la ley 27.348, porque en caso de seguir los lineamientos del Máximo Tribunal, deberán dictar una legislación local especial que regule la posibilidad de revisión plena por parte de los tribunales del trabajo, y en caso de no hacerlo, corresponderá a la justicia local aplicar la doctrina de "Pogonza" transformando el recurso en relación y con efecto suspensivo del art. 2° de la ley 27.348, en una acción ordinaria de revisión.

(10) BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", FEDyE, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 1149

En cuanto a las provincias que no dicten las normas de adhesión a la ley 27.348, y en consecuencia no realicen la delegación prevista en la norma nacional, ni se creen en sus territorios comisiones médicas en todas sus jurisdicciones, entendemos que no quedarán comprendidas en la obligación de tramitar el procedimiento previo excluyente ante las comisiones médicas, y podrán articular todas las acciones y reclamos directamente en los tribunales laborales locales, conforme a la doctrina sentada por la CS en el caso "Castillo".

Una última cuestión que consideramos de suma importancia son los plazos de caducidad que prevén tanto las normas locales provinciales de adhesión al régimen de la ley 27.348, como la res. 298/2017 de la SRT en su art. 16 (la cuál sería aplicable en principio para los casos en CABA).

La pregunta obligada que surge ante dichas disposiciones es: ¿son constitucionales estas disposiciones que fijan un plazo de caducidad para interponer la demanda para la revisión de lo resuelto por la SRT cuando dicho plazo es menor al plazo legal de prescripción?

Entendemos que la respuesta que indudable debe plantearse ante dicho interrogante es: No, no son constitucionales.

En dicha inteligencia coincidimos plenamente con el desarrollo argumental efectuado por Mario Adaro, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en la causa "Herrera" **(11)** donde por mayoría se declaró inconstitucional la ley 9017 de la provincia de Mendoza por medio de la cual dicha provincia se adhirió a la ley 27.348, en cuanto dicha norma establece un plazo de caducidad de 45 días hábiles judiciales para presentar el recurso ante la justicia laboral. Citamos algunos fragmentos del voto del Dr. Adaro que pueden ser de utilidad para la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas que fijan un plazo de caducidad menor al de dos años para la promoción de la demanda o recurso contra resoluciones de la SRT:

"Surge evidente que la ley provincial... en tanto dispone un nuevo modo de caducidad legal, contradice la ley nacional (20.744) en perjuicio de los trabajadores y, por tanto, transgrede facultades propias del Gobierno Nacional".

"[L]os deberes prescriptos en la normativa se encuentran particularmente acentuados cuando los derechos son titularizados por personas en situación de vulnerabilidad conforme lo establecido en las '100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad'. Entre los beneficiarios de estas reglas se encuentran las personas discapacitadas en forma permanente o temporal (Cap. I, Sección 2°, punto 3 (7 y 8)".

"De tal forma, el art. 3° de la ley 9017 resulta inconstitucional e inconvencional en cuanto vulnera la normativa nacional e internacional determinando la caducidad de un derecho a través de una ley provincial en perjuicio de un trabajador que, pretende una justa indemnización por incapacidad originada en un accidente laboral o enfermedad profesional".

También entendió que ante la aplicación del art. 3° de la ley 9017, transcurrido el plazo de 45 días hábiles judiciales para presentar recurso ante la justicia laboral ordinaria (art. 2°, ley 27348) el trabajador tendrá aniquilado su derecho aun cuando las normas de fondo le permiten ejercer la acción en el plazo de dos años. Lo que carece de toda lógica, vulnera el principio protectorio, las competencias nacionales y deniega infundadamente el acceso a la justicia.

Entendemos que dichos argumentos son contundentes, que receptan los principios del derecho del trabajo, y que tutelan los derechos consagrados en Constitución Nacional y Tratados Internacionales, por lo que pueden utilizarse en cualquier jurisdicción donde se haya establecido un plazo de caducidad para interponer el recurso o acción contra las resoluciones de las comisiones médicas de la SRT.

(11) SC Mendoza, sala II, " Herrera, Walter Ariel c/ Provincia ART SA s/ accidente - recurso extraordinario provincial", 18/09/2020

DERECHO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Doctrina

Apuntes sobre la huelga y la responsabilidad civil

Ricardo A. Foglia (*)

Sumario: I. El tema objeto del presente análisis.— II. Ubicación jurídica.— III. La unidad conceptual del derecho.— IV. Raigambre constitucional del *nenimen laedere*.— V. El amparo constitucional del derecho de huelga.— VI. El eje de tensión.— VII. Una primera distinción.— VIII. Dos derechos en apariencia opuestos. Su conjugación. Huelga desde la óptica del derecho de daños. Causa de justificación. El daño lícito.— IX. El desborde.— X. Consecuencias de la huelga ilícita desde la perspectiva del derecho del daño.— XI. Reflexiones finales.

I. El tema objeto del presente análisis

En este comentario me referiré a la relación entre el ejercicio de la huelga y la responsabilidad civil **(1)**.

Como una primera precisión quiero señalar que la huelga en sí misma no da lugar a responsabilidad civil, lo que sí puede derivar de sus consecuencias y de su forma de ejercicio.

Como señala Kemelmajer de Carlucci **(2)**, "...los conflictos laborales no son solo un problema jurídico; muy por el contrario, están inmersos en relaciones sociales muy complejas, dominadas por la Economía y la Política".

Reconociendo que esto es así, limitaremos este análisis a los aspectos jurídicos ya que los restantes, muy importantes, por cierto, exceden mis conocimientos.

Y dentro del marco jurídico —única perspectiva de este análisis— la cuestión tiene múltiples derivaciones, ya que comprende temas penales (por dar lugar a la comisión de delitos punibles), administrativas (como la declaración de ilegalidad y el sistema procedimental de la ley 14.786), laborales (suspensión del pago de salarios, suspensiones y despidos) y civiles, como es el caso de la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios ocasionados por la medida de fuerza.

II. Ubicación jurídica

Como una primera precisión señalamos que la huelga es un hecho jurídico **(3)**, que, cuando es lícita, se configura como un acto jurídico **(4)**.

Desde una mirada fáctica podríamos señalar que la regulación del derecho de huelga consti-

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

(1) Como señala VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Astrea, 2008, t. I, ps. 284 y ss., la huelga se inscribe el marco del conflicto laboral que es propio de la vida social, que es una "...fractura que quebranta la necesaria solidaridad de quienes integran, o debería integrar una unidad".

(2) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Los daños producidos por las huelgas en la jurisprudencia posterior a 1990", Idearium, 1996, p. 13.

(3) Dice el art., 257 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) que "El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas".

(4) El art. 279 del Cód. Civ. y Com. expresa que "El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea".

tuye una suerte de estatuto central que dimana de múltiples fuentes de regulación (penal, administrativo, laboral y civil), que se unen para forma una suerte de estatuto. La huelga, elemento fáctico con aceptación jurídica, es el punto en cual convergirían diversas disciplinas, constituyendo una regulación específica con eje en ese hecho jurídico.

Desde otra óptica, cada una de las regulaciones se inserta en la materia específica, de forma tal que no hay una unidad regulatoria sino una multiplicidad de visiones, incluida cada una de ellas en la rama jurídica que abarca la relación o cuestión de que se trate.

En el tema específico, la cuestión es establecer si la indemnización por la reparación de los daños y perjuicios causados por la huelga es un capítulo del derecho del trabajo o del derecho de daños.

Kemelmajer de Carlucci **(5)** señala el tema se ubica dentro del Derecho de Daños, lo cual, agrega, no significa "*...ni negar la autonomía del derecho laboral, sino aprender la responsabilidad como fenómeno único*".

Si esto es así, deben aplicarse las normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre reparación del daño en toda su plenitud y sin interferencias ni principios ajenos a los mismos.

Como se advierte, la cuestión es relevante.

III. La unidad conceptual del derecho

El derecho y el orden jurídico son una unidad conceptual y como concepto son indivisibles.

La finalidad del orden jurídico, conforme expresa Ripert **(6)**, es "...hacer reinar el orden en la sociedad..." para hacer posible la convivencia. Como tal, es un medio instrumental a dicho fin **(7)**.

Dado que la finalidad es común, el derecho tiene una armonía lógica y sistémica; y las divisiones en ramas son solo por aspectos instrumentales: la finita y limitada capacidad del conocimiento personal, el incremento paulatino y sostenido de las complejidades de las relaciones humanas, evitar repetir lo mismo infinidad de veces (por ejemplo, qué es persona, sociedad, responsabilidad, daño, etc.) y las diferentes culturas, usos y costumbres.

Ahora bien, todo el sistema normativo se desprende de un tronco común: el derecho civil, que contiene las regulaciones sustanciales sobre persona, familia, obligaciones, contratos y sucesiones, esto es, de la persona antes de nacer, durante su vida de relación y después de su muerte.

Por tal razón todas las normas se relacionan con el derecho civil, que es el marco de regulación.

Frente al cual las disciplinas "desprendidas" se relacionan con el Código Civil y Comercial de la Nación a través del silencio, la supletoriedad que plantean la cuestión de la compatibilidad, la expulsión y la modificación de efectos.

Siendo así, consideramos a la regulación de la reparación de los daños de un régimen dentro del Código Civil y Comercial, donde este se les aplica.

IV. Raigambre constitucional del *nenimen laedere*

El principio de no dañar y la subsecuente obligación de reparar el daño tienen raigambre constitucional **(8)**.

En este sentido cabe recordar que el artículo 14 de la Constitución Nacional expresa que "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ...de usar y disponer de su propiedad...", y el artículo 17 en su primera parte dice "La propiedad es inviolable, y ningún habitante

(5) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit., p. 15. También en "Los dilemas de la responsabilidad civil", en Revista Chilena de Derecho, vol. 28 Nro. 4, ps. 671/679 (Sección Estudios), 2001.

(6) RIPERT, Georges, "Evolución y progreso del derecho", en "La crisis del derecho", Ediciones Jurídicas Europa-américa, 1961, p. 30.

(7) Todavía tienen vigencia las reglas de Ulpiano de "honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere" (vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo que le corresponde).

(8) Además del daño injusto o por violación de la ley o de los derechos de un tercero, también hay daños justos o lícitos que es cuando provienen de una conducta no atribuible, pero que el derecho ordena indemnizar por razones de equidad. Tal es el caso del art. 1750 del Cód. Civ. y Com.

de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley" **(9)**.

En efecto, cuando el artículo 19 de la Constitución Nacional establece que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, solo están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados", está señalando que cuando las acciones perjudican (dañan) a un tercero están sometidas la autoridad de los jueces.

Este carácter constitucional de la reparación de los daños y perjuicios fue expresado inicialmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos "Gunther" **(10)**, "Santa Coloma" **(11)**, reiterado en los casos, entre otros, "Ángel Estrada" **(12)** y "Rodríguez Pereyra" **(13)**; y en nuestra disciplina cabe recordar destacamos el fallo "Aquino" **(14)** en el que el Alto Tribunal señaló que el art. 39.1 de la ley 24.557, en cuanto veda la acción civil es un "...franco retroceso de la reparación integral resulta contrario al principio constitucional que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana" **(15)**.

De esta manera, la reparación de los daños constituye un principio general de derecho cuya fuente dimana de la Constitución Nacional, siendo el Código Civil y Comercial de la Nación la reglamentación general de ese principio general "...que regula cualquier disciplina jurídica", como se lee en el fallo "Gunther" (la referencia era el entonces Código Civil).

La reparación es una derivación de la idea de justicia, ya que si no fuese así, el menoscabo quedaría en cabeza de la víctima y el orden jurídico avalaría su propia ruptura y desequilibrio.

El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. dice: "La violación del deber de no dañar a otro, o del cumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme con las disposiciones de este Código", reparación que, conforme el art. 1740 del mismo cuerpo legal expresa, debe ser plena, entendiéndose por tal "...la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie" **(16)**.

V. El amparo constitucional del derecho de huelga

Como señala Héctor García **(17)**, dado el "... contenido esencialmente dinámico y polivalente del derecho de huelga..." es imposible cristalizarlo en una definición.

Por ello en general la huelga puede ser conceptualizada por las consecuencias fácticas como la medida de fuerza llevada a cabo por los trabajadores, que puede asumir diversas modalidades, con la finalidad de obtener, total o parcialmente, las reivindicaciones o reclamos, a través de una "abstención colectiva y concertada" de prestar tareas.

Izquierdo **(18)** señala que "...se puede afirmar un marcado consenso acerca de la presencia de tres rasgos caracterizantes de la huelga: que se presenta como una abstención laboral; que esa

(9) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que el término "propiedad" abarca tanto derechos reales como personales, materiales o inmateriales (Fallos 184:137), más todos los derechos de las personas fuera de sí mismas, su vida y su libertad (Fallos 145:307).

(10) CS, "Gunther, Raúl F. c/ Ejército Argentino", 05/08/1986, LA LEY, 1987-A, 442, fallos 308:1160.

(11) CS, "Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", 5/8/1986, LA LEY, 1987-A, 442, fallos 308:1160.

(12) CS, "Ángel Estrada y Cía. c/ Secretaría de Energía y Puertos", 05/04/2005 , TR LALEY AR/JUR/57/2005..

(13) CS, "Rodríguez Pereyra, Jorge c/ Ejército Argentino", 27/11/2012 , TR LALEY AR/JUR/60694/2012.

(14) CS, "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios industriales SS", 21/08/2004 , TR LALEY AR/JUR/2113/2004.

(15) Un comentario al fallo puede verse nuestro artículo "Apostilla al fallo "Aquino Isacio c/ Cargo servicios Industriales S.A". Art. 39, ley 24.557; inconstitucionalidad", Revista Trabajo y Seguridad Social, septiembre 2004

(16) Sobre este ver a COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, "Derecho de las obligaciones", La Ley, 2018, p. 676 y ss.

(17) GARCÍA, Héctor Omar, "El Derecho de huelga" en "Tratado de derecho colectivo del trabajo", La Ley, 2014, t. II, p. 552.

(18) IZQUIERDO, Roberto, "Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social", RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), Astrea, año 1999, p. 593.

abstención debe ser concretada por los trabajadores, y que debe ser ejercida colectivamente".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo "Orellano" **(19)** expresó que las huelgas "...implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones previamente expresadas" (considerando 7).

Siendo así, y más allá de las distintas modalidades que puede asumir, se trata de una abstención al trabajo que causa un daño al empleador con una finalidad reivindicativa.

No hay duda de que el derecho de huelga es legítimo y de raigambre constitucional. El artículo 14 bis de la Constitución Nacional expresa: "Queda garantizado a los gremios:....el derecho de huelga". Otras normas de menor jerarquía lo referencian, pudiendo citarse a las leyes 14.786 **(20)**, 23.551 **(21)**, 25.877 **(22)**, dto. 843/2000 **(23)**. También lo menciona el Convenio 87 de la OIT del año 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, ratificado por nuestro país **(24)**.

Como hay daño, la cuestión que se plantea es cuál es límite de la tolerancia jurídica a la causación del daño derivada de un derecho lícito. Con lo cual volvemos al principio, el derecho de huelga no es antijurídico, aunque las consecuencias sí pueden serlo.

VI. El eje de tensión

Como se advierte, se trata de dos derechos de raigambre constitucional en pugna: el deber de no dañar al otro y el de dañar a través de la abstención de las tareas.

No dañar y dañar, he aquí la contraposición y en este sentido la compatibilización o coordinación de los derechos es una cuestión jurídica que pertenece al campo de las ciencias sociales.

Esto es, el daño material existe, la cuestión es su licitud o ilicitud.

Cabe recordar que ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Duarte, Juan P. y otros c/ Banco Río de la Plata s/reincorporación" **(25)** del año 1961, estableció que "...el derecho de huelga no es absoluto, ni excluyente de los demás que consagra la Constitución Nacional —Fallos 242:353—; es correcto seguir que solo su ejercicio legítimo puede ser obstáculo a la ruptura valida del vínculo laboral por parte del empleador" (*sic)* **(26)**.

En el año 1958, en el caso "Hogg" **(27)**, expresó "...que los demás derechos y garantías individuales deben ser interpretados también de manera que no hagan prácticamente ineficaz el derecho de huelga. La facultad que tiene el patrono de despedir a sus obreros y empleados no se ejerce legítimamente cuando por ese medio aquel tiende a frustrar una pretensión justa de los obreros o empleados o a destruir o perturbar la organización sindical o gremial, aunque, desde luego, ofrezca abonar las indemnizaciones correspondientes. El derecho de huelga y los conflictos colectivos que están en su base no pueden ser simplemente disueltos en conflictos individuales con pago de indemnizaciones; así, una huelga por aumento de salarios o por mejoras en las condiciones de trabajo no puede ser frustrada por una consignación; una huelga por despido de un dirigente obrero no puede ser reducida en toda hipótesis a un pleito por despido".

(19) CS, "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", 07/06/2016.

(20) BO. del 09/01/1959.

(21) BO. del 24/4/1988.

(22) BO. del 19/3/2004.

(23) BO. del 04/10/2000.

(24) Ley 14.932, BO. del 29/12/1959.

(25) CS, 04/10/1961.

(26) Dicho criterio fue complementado, en el año 1964 por la doctrina sentada por el Alto Tribunal en el caso "Ribas, Riego" cuando, conforme lo señala Ramírez Bosco, "... sostuvo la criminalidad de la ocupación de fábrica y de la desobediencia a la orden judicial de desocupación; pero no, nuevamente, porque la huelga fuese delito, sino porque su ejercicio se hizo de modo que configuro los delitos de usurpación (art. 181, Cód. Penal) y de resistencia o desobediencia a una orden judicial (art. 239)".

(27) CS, "Hogg, David y Cía. S.A.", 01/12/1958 , TR LALEY AR/JUR/20/1958.

VII. Una primera distinción

Consideramos que el encuadre jurídico de la huelga depende, fundamentalmente, de su causa o motivo.

Es diferente la subsunción jurídica de la huelga cuando su causa tiene su origen en un incumplimiento legal, contractual o convencional del empleador, de cuando la huelga es un instrumento para presionarlo para obtener una mejora en las condiciones de trabajo.

En este segundo caso no hay un incumplimiento normativo, ya que de lo que se trata es de modificar una norma existente o crear una nueva.

En el primer supuesto, esto es, cuando la huelga tiene su motivo en un incumplimiento del empleador (por ej. falta de pago de haberes), nos encontramos frente a una excepción de incumplimiento (*exceptio nos adimpleti contractus*) que en el caso de la huelga es de naturaleza colectiva y con respaldo constitucional, ya que el art. 14 bis de la Constitución Nacional (al cual nos referiremos más adelante).

En este caso y frente al incumplimiento del empleador de las obligaciones a su cargo, el trabajador tiene derecho a dejar de cumplir con la prestación a su cargo, esto con el deber de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

Este principio contractual, que se remonta al derecho romano, como recuerda Vélez Sarsfield en la nota a los arts. 510 y 1201 del Código Civil, se encuentra legislado en el art. 1031 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com. **(28)**. Con la particularidad que, en nuestro caso, se trata de una medida colectiva.

Es de toda justicia que una de las partes no está obligada a cumplir con el contrato, si la otra no cumple con las prestaciones a su cargo. Se trata de una excepción al principio de *pacta sunt servanda.*

Si bien referido al contrato individual de trabajo, Etala **(29)** señala sus características que, con la diferencia del elemento colectivo que señaláramos, entendemos que también son aplicables a la huelga: (i) es una medida de autodefensa privada o autotutela jurídica; (ii) tiende a mantener el equilibro contractual; (iii) tiene como principio general la ejecución de los contratos de buena fe; (iv) requiere una exteriorización del trabajador, indicando el momento a partir del cual hará efectiva la medida y la expresión suficiente de los motivos en los que se funda.

Cabe señalar que la excepción de incumplimiento es diferente al derecho de retención **(30)**, en el que por el incumplimiento se rehúsa la entrega de una cosa y del pacto comisorio en el cual el contrato se extingue **(31)**.

Distinto es, en cambio, el encuadramiento jurídico de la huelga, cuando no tiene su génesis en el incumplimiento de una norma prexistente.

En este caso consideramos, conforme se verá, que estamos en presencia de una causa de justificación, con las características y derivaciones que señalaremos.

Aclaramos que este último supuesto es el que será objeto del presente análisis. El tratamiento de la huelga como un supuesto de *exceptio non adimpleti contractus*, y sus derivaciones en materia de responsabilidad civil, lo analizaremos en un futuro comentario.

Por ello, con esa precisión, seguidamente nos enfocaremos en el tema que nos convoca.

VIII. Dos derechos en apariencia opuestos. Su conjugación. Huelga desde la óptica del derecho de daños. Causa de justificación. El daño lícito

Entendemos que la respuesta a ese interrogante (reparación de los daños) se encuentra en una cuestión de preferencia emergente del propio

(28) Dice "Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación".

(29) ETALA, Carlos A. "La suspensión indirecta individual, retención de tareas o excepción de incumplimiento contractual en el derecho del trabajo", RDL, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 311.

(30) Arts. 2587 a 2593 del Cód. Civ. y Com.

(31) Arts. 1086 a 1089 del Cód. Civ. y Com.

derecho de daños engarzado con el plexo constitucional.

En efecto, uno de los presupuestos de responsabilidad es la antijuricidad entendida como la confrontación entre la conducta querida por la ley y la realizada por el sujeto.

El art. 19 de la Constitución Nacional señala que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

El art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación dice que "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada" **(32)**.

La presencia de una causa de justificación habilita a considerar como lícito a un acto que tiene todos los caracteres para ser considerado ilícito. Esto es el resultado de una opción entre valores **(33)**.

Son actos ilícitos *ab initio* y dañosos desde el punto de vista material o naturista que se transforman en lícitos por imperio de una norma legal de valoración jurídica **(34)**.

Justo López y Ramírez Bosco señalan con justeza que la huelga implica una causa de justificación. Este último autor dice **(35)** que "La actividad de cada huelguista es en sí misma un incumplimiento contractual y por lo tanto un acto objetivamente antijurídico, pero que queda justificado por que el legislador, considerando prevaleciente el bien jurídico 'autodefensa colectiva de los trabajadores' sobre el de cumplimiento de los contratos", da a la huelga esta virtualidad de justificar algo que a su falta seria ilícito".

Desde esta perspectiva la huelga legítima es un acto lícito por estar justificado, como, por ejemplo, lo es el homicidio en legítima defensa o el daño causado a otro por un estado de necesidad **(36)**.

Como señaláramos cada regulación jurídica importa una opción entre diferentes valores, sacrificándose, muchas veces, aquel que el legislador considera de menor entidad, en aras del que reputa superior. Dicho criterio de valoración depende, frecuentemente, de las circunstancias "de las personas, del tiempo y del lugar", como reza el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación **(37)**. Es en los casos de justificación donde ello se pone de mayor evidencia (ponderación de valores), motivo por el cual su aplicación y extensión debe ser restrictiva, por cuanto se está justificando el daño causado y por ende frustrando el derecho al resarcimiento que, de no existir la norma obstativa, le correspondería a su víctima.

Acto lícito y acto justificado tienen iguales consecuencias jurídicas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado fallo "Orellano" señala qué tipos de medidas de fuerza entran en la categoría de huelga cuando señala, en el Considerando 7, que "[l]a huelga y las medidas de acción directa asimiladas a ella —v.gr.: 'paros intermitentes', 'trabajo a reglamento', 'trabajo a desgano'—...". El análisis de este tópico excede el marco de este trabajo.

De esta forma del juego armónico de las normas constitucionales y del derecho de daños emerge que el principio de *nenimem laedere cede* frente a los daños causados por una huelga lícita que no son resarcibles; y no lo son, aunque exista daño en sentido naturista, porque el orden jurí-

(32) La ley Aquilia exigía como elemento de responsabilidad a la iniuria que era la contradicción del acto con el Derecho.

(33) Ver a ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de las obligaciones civiles y comerciales", Abeledo Perrot, 1998, p. 160 y ss.

(34) Son daños que no son indemnizables, ya que la conducta se encuentra legitimada por el derecho subjetivo, sea para incentivar actividades o por exigencia de la vida diaria, siempre que no excedan la tolerabilidad normal.

(35) RAMÍREZ BOSCO, Luis, "Derecho de huelga", Hammurabi, 1991, p. 31.

(36) REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, "Conceptos generales y elementos de delimitación" en "Tratado de responsabilidad civil", Thomson Aranzadi, 2002, 2ª ed., p. 66, sostiene que el principio de nenimen laedere no implica la antijuridicidad, ya que esta importa daño, con lo cual sería parte de este sin importar que el hecho sea antijurídico, sino que sea imputable al sujeto conforme la culpa de su obrar.

(37) De similar factura al art. 512 del Código Civil.

dico dice que en esos casos no hay violación de la ley y, si esto es así, no hay incumplimiento imputable. De esta manera el derecho de huelga es preferente con relación al *alterum non laedere*.

IX. El desborde

Ahora bien, no todas las consecuencias de una medida de fuerza son legítimas. Solo lo son las que están ampradas por el manto de la justificación.

La Corte Suprema, en el fallo "Orellano" expresa esta tensión cuando dice: "Al obstaculizar el normal desarrollo de las actividades de producción de bienes o de prestación de servicios en las que los trabajadores se desempeñan, las medidas de acción directa no solo perjudican al empleador, sino que también afectan los intereses de los destinatarios de dichos bienes y servicios, es decir, de los consumidores y usuarios. Es así que el desarrollo de la huelga provoca una evidente tensión con el ejercicio de los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.), así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.) que también cuentan con protección constitucional. Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones, esos recaudos *que configuran su marco de legalidad. De ahí la importancia de la calificación legal de la huelga que, como lo ha puesto de relieve reiteradamente esta Corte, constituye un requisito ineludible para decidir sobre sus consecuencias* (Fallos:251:472; 254:58 y 65;256:307 y 562; 265:293; 266:191, entre varios más)" (la bastardilla nos pertenece).

Como surge de ello podemos distinguir, entre los límites internos del derecho de huelga, que es su vinculación con la regulación del contrato de trabajo y los límites externos, esto es, su compatibilización con otros derechos de raigambre constitucional **(38)**.

Respecto de los primeros cabe remitirnos a los conceptos vertidos por primera vez en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 8 de abril de 1981 **(39)**, en la que se expresó que la huelga importa "El derecho de los huelguistas es un derecho de incumplir transitoriamente el contrato, pero es también un derecho a limitar la libertad del empresario. Exige por ello una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos, que hacen que cuando tales exigencias no se observen, las huelgas puedan considerarse como abusivas. Al lado de las limitaciones que la huelga introduce en la libertad personal del empresario se encuentra el influjo que puede ejercer en los trabajadores que no quieran sumarse a la huelga (cfr. art. 6.4)..." (Fundamento jurídico Nro. 10). De esta manera tampoco es lícita la huelga que se efectúa sin realizar los procedimientos previos administrativos estatuidos, en nuestro caso, por la ley 14.786.

El daño causado (no prestación de la fuerza de trabajo) debe ser proporcional al sufrido por los huelguistas (pérdida de salario), de forma tal que "...los daños producidos por la huelga no pueden ser superiores a los razonablemente derivados de la propia actividad conflictiva, y por las exigencias inherentes a la presión que la huelga naturalmente implica" **(40)**.

En cuanto a los límites externos, hemos señalado que el derecho de huelga no es absoluto, de forma tal que debe compatibilizarse con otros derechos constitucionales, como el de seguridad, salud, vida, honor y el derecho de la colectividad a los servicios esenciales, entre otros.

Dice la referida Sentencia que, dada "...la incidencia que tiene en los terceros, usuarios de los servicios de la empresa y público en general, a quienes no deben imponerse más gravámenes o molestias que aquellos que sean necesarios. En este sentido puede considerarse que existe abuso en aquellas huelgas que consiguen la ineludible participación en el plan huelguístico de los trabajadores no huelguistas, de manera que el concierto de unos pocos extiende la huelga a todos".

(38) GOÑI SEIN, José Luis, "Responsabilidad civil del sindicato por huelga", Civitas, Revista española de derecho del trabajo, Nro. 43 - 1990, ps. 415/458.

(39) RTC 1981/11.

(40) CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, "El daño licito y el derecho de huelga", Revista de Derecho, núm. 47, Fundación Universidad del Norte, Chile, 2016, p. 10.

De esta manera, cabe analizar la situación que se plantea cuando las medidas de fuerza exceden el alcance de la causa de justificación del hecho jurídico dañoso.

Como se advierte, la determinación de los límites del derecho de huelga es una cuestión central para determinar si sus consecuencias son legítimas, ya que cuando la abstención colectiva y concertada que caracteriza y delimita al derecho de huelga es excedida, se entra en el campo de la ilicitud, por cuanto se agregan otros efectos dañosos que impiden el ejercicio de otros derechos constitucionales (v.gr. propiedad o de libre circulación) que también tienen protección constitucional.

Cuando hay exceso en el ejercicio del hecho (daño) justificado (desproporción), el acto pasa a ser ilícito, penetrando de esta forma en la antijuridicidad, y el autor es, en consecuencia, siendo su autor responsable por ser culpable, ya que violó la ley, razón por la cual la conducta deja de ser justificada para ser antijurídica y, por ende, se es responsable si se configuran los restantes presupuestos de responsabilidad. Se trata, en definitiva, de una valoración de proporción y razonabilidad entre el fin querido y el medio utilizado. Como dice Izquierdo **(41)**, se excede el marco de la licitud de la abstención que implica la huelga cuando se configura "...una indisponibilidad mayor para el empleador que la derivada de tal derecho, en la medida en que la permanencia del trabajador en el establecimiento o centro de trabajo durante la huelga implique para el empleador una restricción material a disponer en plenitud (en un sentido amplio que arranca de su uso y culmina con su enajenación) de los bienes (maquinaria, instalaciones, materia prima, producto, etc.) cuya titularidad le pertenece".

De esta manera para establecer la legalidad o no de una medida de fuerza, y por ende la resarcibilidad de los perjuicios causados (materia de este análisis); y, dado que es imposible prever normativamente todos los supuestos, los jueces deben efectuar dos ponderaciones: una de la preferencia entre varios derechos o valores jurídicos en colisión y otra de proporcionalidad **(42)** entre daño causado con relación al fin querido. Y ese juicio de ponderación es misión central de los jueces.

Y señalamos que en "este caso" el juicio de ponderación es entre dos derechos o valores jurídicos que se desplazan, ya que puede suceder que no haya colisión: los que "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas" **(43)**.

La Corte Federal en el fallo "Orellano", señaló, en lo que hace al objeto de este análisis, dos cuestiones relevantes.

La primera, sobre el contendido material (que denominaremos objetiva), que es que el daño producido por la huelga es lícito en tanto no exceda el marco de la abstención de trabajar de los paros intermitentes, trabajo a reglamento, trabajo a desgano u otras medidas similares conforme la caracterización del fallo "Orellano".

La segunda, subjetiva, es que solo son titulares del derecho de huelga los sindicatos simplemente inscriptos y los que cuentan con personería gremial. Dijo "Es evidente que la doctrina constitucional enunciada implica que, en lo que atañe al derecho de adoptar medidas de acción directa, los sindicatos no pueden ser discriminados en razón de su grado de representatividad. Pero no lo es menos que dicha doctrina únicamente se refiere a las asociaciones sindicales; de modo que no cabe invocarla, como lo hizo la Cámara, sustentar en ella el reconocimiento de tal derecho a los grupos informales de trabajadores" **(44)**.

De esta manera el desborde de la justificación puede ser subjetivo, esto es, cuando los sujetos no son sindicatos simplemente inscriptos o con personería gremial y objetivo, si el medio utilizado es desproporcionado o exorbitante.

(41) IZQUIERDO, Roberto, ob. cit., p. 601.

(42) Valoración de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

(43) ALEXY, Robert, "Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, septiembre/diciembre 2002, p. 26, año 22 Nro. 66.

(44) No nos detendremos a analizar el impacto en ese punto de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-27/21 DE 05/05/2021 por exceder el marco de este trabajo, sin perjuicio de considerar que la misma no ha dejado sin efecto el criterio del Máximo Tribunal del país.

X. Consecuencias de la huelga ilícita desde la perspectiva del derecho del daño

Desde la perspectiva del derecho del daño, y si se configuran los presupuestos de responsabilidad, los daños derivados de una huelga ilícita son resarcibles.

Si bien hay diferentes criterios sobre los presupuestos de responsabilidad, la doctrina en general acepta los siguientes: antijuricidad, daño, relación causal e imputabilidad.

Reunidos estos, nace el hecho resarcible que da lugar a la obligación de indemnizar.

Y en este sentido dicha obligación se extiende tanto al empleador respecto de terceros, como a los trabajadores y eventualmente a la asociación sindical o entidad convocante de la medida.

Nos referiremos a cada supuesto separadamente.

a) Responsabilidad del empleador frente a contratantes, proveedores y terceros:

Consideraremos separadamente el caso de las huelgas lícitas de aquellas medidas que se apartan del criterio de legalidad. Comenzaremos con las primeras.

(a.1) Como hemos visto, y lo señala la Corte Suprema en el fallo "Orellano", la huelga afecta derechos de terceros, como ser los contratantes o clientes del empleador que sufre la medida.

La cuestión que se plantea es que, el empleador, a raíz de una medida de fuerza lícita, puede verse obligado a incumplir contratos por no poder afrontarlos a raíz de aquella; y, como consecuencia de ello, surge la posibilidad de la responsabilidad del empleador por los daños derivados de su incumplimiento. De esta manera, el empleador debería afrontar no solo el daño causado por la huelga, que es ínsito a ella misma, sino además afrontar la reparación de los eventuales daños que puedan sufrir sus contratistas o contratantes a raíz de no haber cumplido con sus obligaciones como su consecuencia.

Cabe señalar que respecto de aquellos vinculados con el empleador por contratos, se aplicarán las reglas allí pactadas.

La cuestión que se plantea es en el caso de inexistencia de contrato; y la pregunta es: ¿debe el empleador resarcir a sus contratantes por los daños y perjuicios que hayan sufrido a raíz de la huelga?

Analizando la cuestión desde el ángulo de las medidas de fuerza lícitas, la pregunta que surge es cuál es el alcance de la justificación, esto es, si solo comprende los daños que dicha medida cause al empleador o si también a los daños que la paralización de este puede causar a sus clientes y proveedores.

La respuesta al interrogante abre dos posibilidades interpretativas relacionadas con "el manto de cobertura" de la causa de justificación.

Respecto de este tema, poco analizado, la cuestión gira, entendemos, acerca de si es factible seccionar la causa de justificación, es decir, que la huelga sea una causa de justificación respecto del empleador, esto es, un acto lícito; que ese mismo hecho no sea justificante frente a los contratantes, por tanto, que sea un hecho ilícito.

De ser así, la justificación sería una suerte de dios *Jano* del derecho de daños con distintas caras, una lícita y otra ilícita, por el mismo hecho. El mismo hecho (daño justificado) que no da lugar a la reparación en una faz, sí la da en la otra.

En abono de esta tesis "unitarista" cabe agregar que en el supuesto de la huelga en servicios esenciales se establece la obligación de la empresa que presta el servicio o actividad de poner en conocimiento de los usuarios, través de medios de difusión masiva, y con 48 horas de antelación a que se inicie la medida, su alcance y duración, lo cual es una comunicación anticipada del daño, hecho este corroboraría que la causa de justificación comprende a las partes y terceros [art. 12 del decreto 272/2006 **(45)**].

(45) B.O. 13/3/2006. Dice el citado artículo " La empresa u organismo prestador del servicio considerado esencial garantizará la ejecución de los servicios mínimos y deberá poner en conocimiento de los usuarios, por medios de difusión masiva, las modalidades que revestirá la prestación durante el conflicto, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, antes del inicio de las medidas de acción directa, detallando el tiempo de iniciación y la duración de las medidas, la forma de distribución de los servicios mínimos garantizados y la reactivación de las prestaciones. Asimis-

(i) Desde un punto de vista "unitario" es factible considerar que no es jurídicamente correcto dividir al hecho sustancial justificado (huelga) en partes, según si algunas de sus consecuencias serían lícitas y otras no.

Desde esa perspectiva el acto jurídico es uno solo, la huelga y su secuela dañosa, y si ese acto está justificado, es lícito, razón por la cual serían lícitas todas sus derivaciones y para todos los sujetos afectados. Si no fuera así, se podría señalar que un mismo hecho sería lícito e ilícito al mismo tiempo vulnerando el *principio de no contradicción*.

Y se puede argüir que tan justificado es el hecho a todos los efectos, que esos mismos contratantes no podrían demandar a los huelguistas, ya que es un acto justificado. Y carecería de razonabilidad si lo pudieran hacer contra el empleador, en definitiva, destinario de la medida. Por eso se podría sostener que el hecho es indivisible a todos los efectos, y si es lícito por justificación, así lo es jurídicamente para todos: empleador, clientes, proveedores y terceros. Consideremos, para ver ello, lo que sucede con otra causa de justificación, como es la *legítima defensa*. Una persona en ejercicio de su legítima defensa mata a aquel que realizó la agresión ilegítima, a raíz de lo cual no puede cumplir con un contrato *intuitu personae*. Este no podría iniciar una demanda de daños y perjuicios contra el autor del hecho, porque está justificado. Entendemos que la situación es similar a la descripta.

Retomando la idea, la Corte Federal, en el citado caso "Orellano", cuando se refiere a las consecuencias dañosas de la huelga, no efectúa distinción entre el empleador y otros, refiriéndose al marco de legalidad *in totum*.

Se podría señalar que si esto no fuere así, los transeúntes y terceros absolutos (es decir, sin ningún vínculo con el empleador o con los empleados huelguistas) podrían reclamar a estos últimos por las molestias o perjuicios sufridos por una medida lícita, lo cual no es factible, dado que la causa de justificación ampara las molestias razonables derivadas de la huelga.

Y esto sería así, porque la Constitución Nacional, al proteger el derecho de huelga, privilegió sus daños emergentes por sobre la indemnidad plena de otros derechos también de raigambre constitucional.

Un elemento corroborante de esta idea unitaria es la regulación de la huelga en los servicios esenciales que regula el art. 24 de la ley 25.877.

De esta manera la situación no generaría una responsabilidad del empleador frente a sus contratantes.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple, ya que no siempre la justificación exime de responsabilidad, que es lo que sucede cuando la huelga tiene su causa en un incumplimiento del empleador ante los trabajadores (ej. falta de pago del salario), como hemos señalado. En este caso el incumplimiento culpable del empleador a una norma existente habilita a que los trabajadores recurran a la huelga, con raíz constitucional, como una derivación del principio de *exceptio non adimpleti contractus*. En este supuesto no hay causa justificante del incumplimiento del empleador.

(ii) La otra interpretación posible es que la justificación comprende solo al que realiza el hecho justificado y al recipiendario, su víctima, no siendo oponible a terceros.

De esta manera solo serían justificados los daños que los trabajadores le puedan causar al empleador por la huelga lícita, pero no los daños que este (empleador) cause a aquellos vinculados contractualmente derivados de su incumplimiento a raíz de la huelga.

Por ello el derecho ampararía las secuelas dañosas que el autor (trabajadores) cause al empleador o a terceros, pero no se extiende más allá, ya que el daño que cause el empleador no sería justificado.

Esta posibilidad plantea dos cuestiones: la primera referida a que un solo hecho daría lugar a dos consecuencias diversas, esto es, daños no resarcibles y daños reparables.

De ser así, cabe analizar la responsabilidad del empleador.

---

mo, deberá arbitrar los medios tendientes a la normalización de la actividad una vez finalizada la ejecución de dichas medidas".

La situación no podría ser caracterizada como un supuesto de caso fortuito, ya que no es imprevisible, inevitable ni ajena a la empresa **(46)**.

Desde esta perspectiva si se considerara que el hecho solo es lícito entre el empleador y los trabajadores huelguistas, el incumplimiento del empleador seria ilícito, esto es, no sería justificado; de forma tal que debería responder por los daños de la huelga.

En este sentido sería de aplicación el artículo 1753 del Código Civil y Comercial de la Nación que expresa: "El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo se dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o en ocasión de las funciones encomendadas... La responsabilidad del principal en concurrente con la del dependiente". Las obligaciones concurrentes o conexas son aquellas en las que hay pluralidad de sujetos, idéntica creación, pero diversidad causal que es su punto de convergencia **(47)**. En estos supuestos el principal que paga tiene acción contra el autor del hecho ilícito para reclamar el reintegro de lo abonado (arts. 851 y 852 del Código Civil y Comercial de la Nación), que en este caso no podría suceder, ya que la conducta de los huelguistas sería lícita.

La noción de dependencia de esa norma es amplia y comprende, entre otros supuestos, a la dependencia laboral, ya que, a sus efectos, es suficiente la posibilidad de impartir órdenes, instrucciones y supervisar al dependiente, resultando irrelevante que se trate de una persona física o jurídica y la tipología contractual. Se trata de una obligación de garantía centrada más en la reparación del daño en sí mismo que en la idea de culpa **(48)**.

El principal, en este caso el empleador destinatario de la huelga, no responde por los daños causados por terceros, como serían los representantes sindicales, el sindicato u otros partícipes de las acciones ilícitas no empleados. La responsabilidad subjetiva queda limitada a los daños causados por sus empleados.

Y dentro de este espectro subjetivo, el principal responde por aquellos daños provocados por los dependientes por el ejercicio u ocasión de su accionar. Respecto de esta cuestión, y como señaló Compagnucci de Caso **(49)**, en "ejercicio" es cuando el perjuicio es ocasionado "...durante el cometido ordenado dentro del género de la actividad respectiva..."; y en "ocasión" es cuando "...la tarea que desarrolla el dependiente ha sido un antecedente necesario..." del daño, y agrega: "...cuando esta ha generado la oportunidad de ocurrencia del hecho dañoso". Al respecto cabe señalar que no es lo mismo *oportunidad* que *ocasionalidad*.

Como se advierte en el caso de la huelga, el obrar del trabajador huelguista no es ni en "ejercicio" de la tarea, ya que causalmente en estos casos el trabajador no desarrolla la tarea ni la función objeto de su contrato, sino que contrariando dicho objeto la incumple y daña a otro, cuestión está absolutamente ajena e incompatible al contrato de trabajo y a la función encomendada.

La cuestión es más difusa respecto de la "ocasionalidad", ya que el hecho solo habría podido ser realizado a raíz del vínculo contractual y por las funciones asignadas, y no podría haberlo ejecutado en otro lugar o circunstancias, en cuyo caso la responsabilidad del empleador sería por el hecho del empleado realizado en ocasión del trabajo. Y respecto los daños que puedan causar a terceras personas que no son empleados del empleador, cabe recordar que no hay culpa de este ni nexo causal.

(a.2) en cuanto a las medidas de fuerza ilícitas, estas pueden constituir un supuesto de caso fortuito si impiden cumplir al empleador y por sus características pueden ser así consideradas.

Fuera de esta cuestión, si la huelga no es lícita, el empleador no debería responder, ya que es

(46) Sobre el caso fortuito puede verse nuestro artículo "Sobre la fuerza mayor o la falta o disminución de trabajo no imputable al empleador", Abogados.com, 01/04/2020.

(47) El art. 850 del Cód. Civ. y Com. dice "Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes".

(48) Un análisis de los distintos fundamentos de esta responsabilidad puede verse a CALVO COSTA, Carlos A., "Derecho de las obligaciones", Hammurabi, 2020, p. 897 y ss.

(49) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, ob. cit., p. 581/2.

ajena a las funciones del trabajador (aunque no a las tareas) y en consecuencia no podría considerarse que en ocasión de las mismas.

Nos inclinamos por la idea "unitaria" de la causa de justificación.

b) Responsabilidad del empleador frente a otros trabajadores no huelguistas:

Es el caso de los daños provocados por los partícipes de la medida de fuerza a compañeros de trabajo. Nos remitimos a lo expresado precedentemente.

c) Responsabilidad de los trabajadores por los daños causados al empleador y a terceros:

Tal como señaláramos, si la huelga se desarrolla conforme las pautas de su legalidad, sus consecuencias están amparadas por el manto de la justificación y por ende se trata de hechos lícitos. Si la conducta fue ajustada a las normas legales, no hay razón alguna para establecer si procede reparar el daño y se trata de una excepción al principio de que todo daño es injusto.

Distinta es la situación si se exceden esos parámetros. Los hechos consecuenciales serían ilícitos y caerían bajo la premisa de reparar el daño causado, conforme se viera más arriba.

En este sentido, reiteramos que una cuestión es el derecho de huelga en sí mismo y otras las derivaciones o forma de su ejercicio.

Desde esta segunda perspectiva no hay razón alguna que habilite a las víctimas de los daños a soportar las consecuencias de hechos dañosos no justificados.

Como se ha señalado precedentemente, la huelga siempre produce daños; esto es, va a afectar a otros, sea el empleador o terceros.

Y si bien es un derecho constitucionalmente protegido, también lo es el principio de *nenimem laedere*. Por eso cuando se superan los límites de la legalidad, cesa la justificación y el autor ingresa en el ámbito de la ilegalidad y por ende nace el deber de resarcir a las víctimas, sea al empleador o terceros, ya que de otra manera se estaría configurando una suerte de *bill* de indemnidad a favor de ciertos dañadores, lo cual, además, propendería la realización de conductas violentas como lesiones, cortes de calles y/o rutas, afectaciones al derecho de circular, usurpaciones, robos o hurtos o incluso a la libertad personal, entre otras.

Estos hechos pueden o coincidir con la tipicidad penal, pero es indudable que, desde el punto de vista del derecho de daños, se lesiona "...un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva" (art. 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación), por lo cual nace el deber de indemnizar.

Se trata de una responsabilidad subjetiva (art. 1724 Cód. Civ. y Com.) en la cual deben acreditarse los presupuestos de responsabilidad.

En este sentido también debe tenerse presente el estándar del artículo 1725 del Cód. Civ. y Com. **(50)** sobre la valoración de la conducta del autor del hecho en función del mayor deber de obrar con prudencia.

Finalmente cabe destacar que, si de las medidas adoptadas por los huelguistas fuera previsible la producción de un daño, o bien su continuación o agravamiento, cualquier interesado puede iniciar una acción preventiva a efectos de hacer cesar o modificar la conducta (Cód. Civ. y Com. arts. 1711 a 1715).

d) Responsabilidad del sindicato por los daños causados al empleador y a terceros:

No siempre los daños producidos por una huelga son imputables a un sindicato, ya que, para configurar la responsabilidad, la entidad debería patrocinar, ordenar, u organizar medidas ilegales, o intervenir activamente a través de sus autoridades en la medida ilícita **(51)**.

En cuanto al juez competente para conocer en la demanda de daños y perjuicios de la empresa empleadora contra el sindicato, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en

(50) Antes del nuevo Código era el art. 902 que hemos transcripto.

(51) KEMELMAJER de CARLUCCI, ob. cit., p. 20 referencia jurisprudencia sobre el particular.

el caso "Ducilo" **(52)** determinó que en la Capital Federal era competente la Justicia Nacional del Trabajo. La cuestión de fondo no fue resuelta, ya que las partes arribaron a un acuerdo transaccional.

El 5 de abril de 2021 el Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones de Cipolletti, dictó sentencia en los autos "Crown Casino SA c/ Sindicato de Empleados de Casinos de Neuquén y Río Negro y otros s/ daños y perjuicios" (Expte. 32493/2013) y condenó al Secretario General del Sindicato y al Sindicato a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados a raíz de una medida de fuerza. Según surge de la sentencia, el conflicto se habría iniciado a raíz del despido con justa causa de un trabajador que había consignado en la red Facebook información negativa y desprestigiante de la empresa. A raíz de la negativa a reincorporar al trabajador, el secretario general del sindicato y un grupo de trabajadores bloquearon en forma total el acceso al casino tanto de empleados, aportadores o proveedores desde el 5 de febrero hasta el 23 de febrero del año 2011. La medida tuvo el apoyo del sindicato demandado, que cuenta con simple inscripción gremial.

En la sentencia se expresa que el empleador está obligado a soportar los daños que sean consecuencia directa y necesaria "...de un desempeño normal del derecho de huelga, por ejemplo, la merma de la producción, pero no está obligado a soportar daños a sus bienes o perjuicios extraordinarios" como, según considera, los detallados.

Con ese fundamento condena en forma solidaria a resarcir los perjuicios al Secretario General del Sindicato, señalando, con fundamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(53)** y del entonces art. 902 del Código Civil **(54)**, que su conducta debe ser juzgada con mayor severidad. También condena al sindicato, ya que tuvo manifiesta intervención en el conflicto (hecho dañoso) avalándolo y organizándolo, y con los partícipes del bloqueo individualizados. En cuanto a la cuenta de daños, esta incluyó la pérdida de la mercadería del restaurante del casino, el reembolso de los gastos notariales de fotografías y filmación, los del letrado interviniente en la causa penal y el lucro cesante por la ganancia frustrada.

e) Responsabilidad colectiva y anónima:

El art. 1761 del Cód. Civ. y Com. introduce la responsabilidad colectiva y anónima para los casos en los que el daño es causado por un autor anónimo, esto es, "...un miembro no identificado de un grupo determinado..." **(55)**.

La norma dispone que todos los integrantes del grupo son solidariamente responsables, excepto aquel que pruebe que "...no ha contribuido a su producción".

Como se advierte, la situación se presenta cuando no es posible individualizar al responsa-

(52) CS, "Ducilo S.A. c/ Asociación Obrera Textil" 01/06/1962 (Fallos: 253:25).

(53) CS, "Riobo, Alberto c/ La Prensa SA", 16/02/1993, TR LALEY AR/JUR/2603/1993.

(54) El art. 902 el Código Civil expresaba "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"· En el Código Civil y Comercial de la Nación es el art. 1725 que dice "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta, no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente".

(55) El Código Civil Ley 340 contemplaba este tipo de responsabilidad en el art. 1119 que decía "El artículo anterior es aplicable a los capitanes de buques y patrones de embarcaciones, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravían: A los agentes de transportes terrestres, respecto del daño o extravío de los efectos que recibiesen para transportar. A los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de ella, en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer; pero no cuando el terreno fuese propio y no se hallase sujeto a servidumbre el tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa, y se ignora la habitación de donde procede, responderán todos del daño causado. Si se supiere cuál fue el que arrojó la cosa, él solo será responsable". Sobre este tipo de responsabilidad puede verse a ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto, ob. cit., ps. 832/33.

ble singular, esto es, en concreto al autor material o el dueño o guardián de las cosas, en cuyo caso la norma responsabiliza a los integrantes del grupo, como responsables solidarios frente a la víctima.

Los recaudos de procedencia, o elementos constitutivos de este tipo de responsabilidad, son la existencia de un grupo de cualquier naturaleza, no siendo necesaria la conexión entre sus miembros, la relación causal entre el accionar del grupo y el daño **(56)**, esto es, que este sea resultado de la acción del grupo, circunstancia de difícil prueba **(57)**, la unidad espacio-temporal de la actuación de los miembros del grupo, la imposibilidad de identificar al autor del hecho, vale decir, no el grado de intervención de cada uno, ya que supondría una individualización, sino un anonimato absoluto de autoría **(58)** y sí de intervención en el colectivo, y el sujeto pasivo.

No se trata de una responsabilidad por el hecho ajeno, sino por el hecho propio de un integrante o de varios integrantes del grupo que no se puede individualizar. Es un hecho del grupo, de forma tal que la autoría debe pertenecer a todos.

Ello no empece a que si uno de los miembros del grupo, solidariamente, afronta el pago de la condena, pueda repetir contra los restantes su cuota de contribución conforme lo determinan los arts. 840, y 841 del Cód. Civ. y Com. **(59)**.

Para liberarse de responsabilidad, se debe acreditar quién fue el autor material del hecho o bien que la persona integrante del grupo no tuvo participación en su causación.

A su vez, el artículo 1762 regula la actividad peligrosa para terceros de un grupo con la misma consecuencia que la señalada precedentemente (solidaridad del grupo), pero la eximente es más estricta que la precedente, ya que solo se libera de responsabilidad el que demuestre que no fue parte del grupo, de manera que no basta con probar que no fue autor material del hecho.

En ambos casos el fundamento de estas responsabilidades, de índole objetiva, es el riesgo creado por el accionar del grupo.

Se trata de una presunción de culpa, que es más fuerte en el caso de la actividad peligrosa.

Desde esta perfectiva un grupo de trabajadores, terceros y representantes sindicales, podrían ser responsables por los daños y perjuicios causados en los términos de esas normas **(60)**.

---

(56) Esta cuestión es la que mayores dificultades de construcción presenta en el caso concreto, ya que puede ser una causalidad alternativa, esto es, cuando se desconoce que conducta concreta causo el daño o ante un caso de causalidad acumulativa, que es cuando son actos independientes en donde cada conducta contribuye a la producción del resultado dañoso. En todos los casos se desconoce cuál de los miembros de la colectividad fue el autor del hecho dañoso.

(57) CARBONNIER, Jean, "Derecho Civil", Editorial Bosch, 1971, t. II, vol. III, p. 78, señala a este respecto que de lo que se trata es "situar así la causa del daño, no ya en el hecho material directamente dañoso (el disparo), susceptible de identificación incierta, sino en la anterior actitud, común a todos los interesados...".

(58) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, 1997, p. 607 a 609.

(59) Art. 840. "Contribución. El deudor que efectúa el pago puede repetirlo de los demás codeudores según la participación que cada uno tiene en la deuda. La acción de regreso no procede en caso de haberse remitido gratuitamente la deuda". Art. 841. "Determinación de la cuota de contribución. Las cuotas de contribución se determinan sucesivamente de acuerdo con: a) lo pactado; b) la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad; c) las relaciones de los interesados entre sí; d) las demás circunstancias. Si por aplicación de estos criterios no es posible determinar las cuotas de contribución, se entiende que participan en partes iguales".

(60) Se ha señalado que dicha norma, en cuanto establece una presunción de autoría no sería de aplicación a los reclamos sociales en los participan activistas sociales o sindicales por cuatro importaría una estigmatización a quien se encuentra ejerciendo un derecho regular, lo cual sería contrario a la Constitución Nación y a diversos Tratados Internacionales. RIVERO, Ramón Ricardo, "¿El Código Civil y Comercial estigmatiza el reclamo social?", en Revista IUDEES - UNTREF, 01/07/2020. No coincidimos con esa interpretación, ya que dicho tipo de protestas no son una carta blanca para dañar al prójimo, cuyos derechos son tan valiosos y merecen tanto respeto como los de los reclamantes. Por ello la norma jurídica coordina derechos y compatibiliza garantías constitucionales, de forma tal que la huelga y otro tipo de reclamos no pueden generar a otros daños desproporcionados e irrazonables. En estos casos no hay estigmatización del reclamo social, sino conductas ilegales realizadas bajo el manto de un reclamo. No registramos fallo constitucional alguno en las normas referidas que pueden imponer responsabilidades objetivas, como por ejemplo lo hace el art. 1722, 1753, entre otros, del Cód. Civ. y Com., sin que haya merecido reproches en tal sentido.

Sobre la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de una huelga en una situación similar a la señalada se expidió por primera vez el Tribunal Constitucional español el 14 de abril de 2016, en la Sentencia 69/2016 (Recurso de Amparo núm. 3660-2013).

Como antecedente de ese fallo pueden citarse los pronunciamientos de ese Tribunal del 8 de abril de 1981 (al cual nos hemos referido) y la Sentencia 72/1982 del 2 de diciembre de ese año, que describió los elementos medulares que definen la huelga abusiva, a saber: que la empresa sufra daños graves y que vayan más allá de lo razonablemente requerido por la actividad conflictiva; y que exista intencionalidad de causar esos daños.

Se trataba de un piquete informativo **(61)**, de aproximadamente 100 personas bajo distintas banderas sindicales, a raíz de la huelga general convocada el 29 de septiembre de 2010, llevado a cabo en un *pub* en la provincia de Albacete. Dichos piquetes realizan tareas de información, propaganda y persuasión para que los trabajadores se sumen a la medida de fuerza.

En el caso, una persona integrante del grupo (Sr. De la Rosa), trabajador del sindicato Comisiones Obreras de Castilla-La Mancha, que dirigía al grupo con un altavoz, discutió vivamente con el dueño del local que no quería cerrarlo. Su propietario sufrió lesiones no pudiendo acreditarse qué miembro o miembros del grupo se las causaron. A raíz de todo ello el empresario cerró el negocio. La víctima (propietario) inició una demanda contra el gremialista, como dirigente del grupo, reclamando el resarcimiento de los daños materiales y el lucro cesante por el cierre del negocio, como consecuencia de la agresión y violencia del piquete dirigido por el demandado que portaba el megáfono con el que arengaba y dirigía la actividad de los restantes integrantes **(62)**.

El Juzgado de Primera Instancia de Albacete Nro. 5 hizo lugar a la demanda y condenó al piquetero que llevaba el megáfono al pago de todos los daños y perjuicios **(63)**, tanto a los directamente cometidos por él como a los de autoría no acreditada. Cabe señalar que para condenar al accionado, sostuvo que la relación de dependencia comprendía a cualquier relación jurídica o de hecho, circunstancial o no.

El condenado interpuso un incidente de nulidad con fundamento en que había violado su derecho constitucional a la huelga, el que fue desestimado. Interpuso recurso de reposición, que también fue rechazado, y ante ello interpuso un amparo que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Construccional.

El 14 de abril de 2016 el Tribunal Constitucional (en pleno) emite sentencia revocando en par-

(61) El Real Decreto 17/77 (4 de marzo de 1977) señala en el art. 6.6 que "Los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la misma, en forma pacífica, y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna".

(62) Cabe señalar que la ley orgánica 4/2015 que comenzó a regir el 30/3/2015, de seguridad ciudadana en el art. 36 califica como infracciones graves, entre otras "... 2. La perturbación grave de la seguridad ciudadana que se produzca con ocasión de reuniones o manifestaciones frente a las sedes del Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, aunque no estuvieran reunidas, cuando no constituya infracción penal. 3. Causar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos, u obstaculizar la vía pública con mobiliario urbano, vehículos, contenedores, neumáticos u otros objetos, cuando en ambos casos se ocasione una alteración grave de la seguridad ciudadana... 7. La negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente...-" y el art. 37 como leves "La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, cuya responsabilidad corresponderá a los organizadores o promotores. 2. La exhibición de objetos peligrosos para la vida e integridad física de las personas con ánimo intimidatorio, siempre que no constituya delito o infracción grave. 3. El incumplimiento de las restricciones de circulación peatonal o itinerario con ocasión de un acto público, reunión o manifestación, cuando provoquen alteraciones menores en el normal desarrollo de los mismos. 4. Las faltas de respeto y consideración cuyo destinatario sea un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones de protección de la seguridad, cuando estas conductas no sean constitutivas de infracción penal. .... 7. La ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal. Asimismo la ocupación de la vía pública con infracción de lo dispuesto por la Ley o contra la decisión adoptada en aplicación de aquella por la autoridad competente. Se entenderá incluida en este supuesto la ocupación de la vía pública para la venta ambulante no autorizada"

(63) 255,82 euros de daños personales y 561 euros en concepto de lucro cesante.

te el pronunciamiento de grado. El ponente fue el Mag. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

El meollo de la cuestión era decidir si podía condenarse al líder de un grupo de huelguistas a reparar los daños y perjuicios causados por personas indeterminadas del grupo. No estaba probado que fuera el autor de las lesiones sufridas por el empresario.

Como punto de partida señala que, si bien el derecho de huelga tiene un carácter conflictivo **(64)**, en el caso el piquete se extralimitó, no pudiendo considerarse incluidas en el derecho fundamental de huelga las conductas realizadas. Al respecto señala (Considerando 3.) que "...la agresión física e insultos dirigidos al cierre de un local de trabajo no pueden considerarse incluidas en el derecho fundamental de huelga, situándose extramuros de este, en tanto sobrepasan los límites constitucionalmente protegidos 'en orden a asegurar el libre desarrollo de las tareas de información, persuasión y presión'".

En cuanto a la imputación responsabilidad por los daños ocasionados por el piquete a un trabajador sobre el cual no se había probado la concreta participación del trabajador, señala que la atribución de responsabilidad en esas condiciones supone un menoscabo del derecho de huelga. Expresa que el solo hecho de ser integrante e incluso líder de un piquete no es razón suficiente y constitucionalmente válida para atribuirle responsabilidad. Según el Tribunal Constitucional, para que esta emerja, es menester constatar la participación directa en los daños causados, siendo insuficiente el ser líder o cabecilla del piquete. Distinta, en cambio, es la respuesta que da el Tribunal a la cuestión del lucro cesante, esto es, las pérdidas (o lo que dejó de ganar) del empresario por el cierre del negocio debido al piquete informativo. En este caso tiene por probado que el demandado no solo participó y dirigió el piquete, sino que tuvo una discusión acalorada con el dueño del *pub* por no haberlo hecho, incitando a los miembros del piquete al cierre del negocio, lo que dio lugar a que el estableciente debiera cerrar, lo cual genera responsabilidad del accionado, ya que su conducta "...no se ajusta al ejercicio legítimo del derecho de huelga" (Considerando 4 punto b) párrafo primero). De esta manera, y conforme la doctrina del fallo citado, es menester acreditar la falta de voluntad del empleador en cerrar su establecimiento y la participación de los trabajadores en el piquete que dio lugar a ese cierre.

En el voto disidente, encabezado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Re, se expresa, a efectos de analizar la responsabilidad civil por daños de una medida de fuerza, que debe analizarse la conducta de cada uno de los partícipes y su contextualización en el marco del conflicto y agrega: "Explicar el conflicto que subyace en el curso de la huelga no es un acto ajeno al derecho; antes bien, se trata de su expresión primaria, inherente o congénita, conectada de forma patente y natural con el desarrollo de la medida colectiva, entre cuyas facultades se encuentra no solo la de dar a publicidad o proyección exterior a la misma, sino también recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición".

Seligrat González **(65)** critica el pronunciamiento señalando que "...el hecho que medie el derecho constitucional de huelga no excluye para aplicar la doctrina para los daños causados por miembro indeterminado del grupo determinado".

Cabe señalar que el Código Civil Español no tiene una norma general sobre la cuestión, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han recurrido a las disposiciones sobre la solidaridad. Sí hay algunas normas en algunos regímenes especiales **(66)**.

(64) En la Constitución española el derecho de huelga esa entre los derechos fundamentales. El art. 28.2 de la misma establece "Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule este derecho las establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

(65) SELIGRAT GONZÁLEZ, Víctor Manuel, "Huelga y responsabilidad civil. Danos causados por miembro indeterminado de piquete de huelguistas: la imputación de responsabilidad civil de todos sus miembros. A raíz de la STC de 14 de abril de 2016", Revista Española de Derecho del Trabajo, Nro. 190, septiembre de 2016.

(66) El art. 4 de la Ley Orgánica del Derecho de Reunión establece "Los participantes en reuniones o manifestaciones que causen un daño a terceros, responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones, responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquellos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos". El Código de Comercio, que en su artículo 827, regula la situación del abordaje

Con ello queremos señalar que, dado el texto expreso de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, la interesante doctrina apuntada no es de aplicación en nuestro país.

XI. Reflexiones finales

Como principio sociológico, cabe señalar que la huelga es una de las manifestaciones del conflicto social **(67)**.

Desde esta perspectiva, y limitando nuestro análisis a la huelga como causa de justificación, la cuestión de los daños causados por la huelga y su reparación se relaciona con la posición de una sociedad frente al respeto de la ley y el valor del principio de no dañar a otro.

La Constitución Nacional efectúa una preferencia del derecho de dañar a otro en caso de huelga, el que habilita a causarlo, frente a otro derecho de similar fuente que lo veda. Esto es, hace ceder el principio de *nenimen laedere*.

Ahora bien, como es sabido, no hay derechos ilimitados ni absolutos. En el caso de la justificación, la norma legal admite violar otros derechos causando perjuicios, siempre que se configuren estrictos requisitos de admisibilidad, como lo hace, por ejemplo, respecto de la legítima defensa, el estado de necesidad y el ejercicio regular de un derecho **(68)**.

Como no es posible realizar un listado de todas las causas de justificación, ya que el listado sería infinito, es menester efectuar un cada caso no expresamente previsto por la ley una evaluación de proporcionalidad y razonabilidad entre el fin querido y el daño causado.

Y en esta evaluación no debe perderse de vista que, si bien por una parte está el legítimo derecho a reclamar y recurrir a la huelga, por el otro está la no afectación de la dignidad de las personas, que comprende, entre otros, la vida, la salud, la propiedad, la libertad en sus diversas formas, que deben soportar el daño.

De ahí que, como dijéramos, la cuestión se relaciona con la tolerancia de la sociedad a la cuantía del daño que debe padecer.

No se trata de limitar el derecho de huelga, sino de encarrilarlo dentro de los parámetros constitucionales y legales, y de reparar los daños que se causen cuando su ejercicio es abusivo.

Quizá sería conveniente el dictado de una norma jurídica general estableciendo los recaudos, límites y condiciones de su ejercicio, como lo hace la ley 25.877 y el decreto 843/2020 para la huelga en servicios esenciales.

---

imputable a dos buques; la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece en su artículo 132, que establece la responsabilidad solidaria, cuando son varios los sujetos que deban responder por el mismo daño causado por un producto defectuoso; Ley de Navegación Aérea de 1960 que, en el artículo 123, establece que en caso de colisión de aeronaves los empresarios de las aeronaves involucradas son solidariamente responsables de los daños que causados. La Ley de Caza del 4 de abril de 1970 dice que "En la caza con armas, si no consta el autor del daño a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza". La ley 38/99 de Ordenación de la Edificación dice que "...cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpa sin que pudiere precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente".

(67) La Relatoría Especial para la Libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe "Protesta y Derechos Humanos" del año 2019, pág. 5 punto 1, señala que "La protesta es una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación. Como ejemplos pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a un grupo, partido o al propio gobierno; la reacción a una política o la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo".

(68) El art. 1718 del Cód. Civ. y Com. dice "Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo".

La alternancia en el poder de las organizaciones sindicales y la inclusión de la representación de las minorías

La reforma del modelo sindical argentino a través de la Ley Mucci

Santiago L. Sfeir (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La actualidad en torno a la alternancia en el poder en las organizaciones sindicales argentinas.— III. La ley Mucci. La reforma truncada del modelo sindical argentino.— IV. Algunas conclusiones finales.— V. Bibliografía.

I. Introducción

Ríos de tinta han corrido en torno a los principios regentes de libertad y democracia sindical y su incidencia en el Modelo Sindical argentino, más la doctrina se distancia aún más al tratar la temática de la relación entre estos principios cardinales y la reelección indefinida de las autoridades de las entidades gremiales.

Este debate de larga data se ha visto plasmado en los antecedentes de las normativas que han regulado las asociaciones gremiales hasta la llegada de la ley 23.551 y su dec. regl. 467, ambos en el año 1988. Así las cosas se vio consagrada la posibilidad de reelección indefinida de aquellos dirigentes sindicales carismáticos y cuya imagen es del agrado de la mayoría de los afiliados.

Así las cosas, hemos de recordar entre los antecedentes más prolíficos del actual modelo sindical argentino el proyecto de ley impulsado en el año 1983 por Antonio Mucci quien, ingresando el nuevo gobierno radical luego del retorno democrático al suelo argentino, procedió a pretender regular el régimen de asociaciones gremiales argentino a través de una óptica diáfanamente distinta la cual se vio truncada por el activismo sindical de la época.

Es así como el propósito de este breve trabajo investigativo será el de realizar un breve *racconto* en cuanto a la incidencia de la llamada Ley Mucci en la temática de la reelección indefinida y la participación de las minorías en el gobierno de las entidades sindicales, en contrapunto con la actual legislación sobre el tema, analizando las potenciales virtudes y problemáticas que podría surgir en cuanto a tales circunstancias.

II. La actualidad en torno a la alternancia en el poder en las organizaciones sindicales argentinas

El texto de la ley 23.551 ha sido contundente en su articulado en cuanto a la temática aquí bajo análisis.

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Socio en la firma LMS Abogados. Especialista en las ramas de derecho del trabajo y derecho comercial. 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.

El art. 17 del citado texto legal consagra de manera corta y sin rodeos: "La dirección y administración serán ejercidas por un órgano compuesto por un mínimo de cinco miembros, elegidos en forma que asegure la voluntad de la mayoría de los afiliados o delegados congresales mediante voto directo y secreto.(...) Los mandatos no podrán exceder de cuatro años, teniendo derecho a ser reelegidos".

En tan escuetas palabras, el legislador ha sido terminante en cuanto a dos cuestiones: (i) en primer lugar, no ha limitado la cantidad de reelecciones consecutivas a las cuales podrá someterse la lista que haya resultado victoriosa en las últimas elecciones; y por el otro lado; (ii) no ha establecido representación de las minorías sindicales dentro de los órganos de administración y dirección del organismo sindical.

Es así como, acudiendo a las palabras de Aquino, nos encontramos ante una clara mengua en el derecho consagrado por el art. 14 *bis* de la CN de los derechos de constituir, conformar sus organizaciones que porten el estandarte de la libertad y la democracia. Así, el autor considera:

"No puede ni debe soslayarse que cuando nuestra ley fundamental se refiere a la forma democrática de una organización sindical, dicha garantía debe versar también y específicamente en lo conectado con el sistema electoral y de organización interna de una asociación sindical, mientras que el art. 7° de la ley gremial prescribe que no podrán establecer diferencias por razones ideológicas, políticas, sociales, de credo, nacionalidad, raza o sexo, debiendo abstenerse de dar un trato discriminatorio a sus afiliados.

"Por añadidura, damos resalto al postulado normativo incluido en el art. 16, inc. G, de la ley cuando establece que los estatutos de los sindicatos deben consagrar un régimen electoral que asegure la democracia interna de conformidad a los principios de la presente ley y que no se puede plantear como exigencia para presentar listas de candidatos a órganos asociacionales, avales que superen el 3% de sus afiliados; extremo que se ensambla con lo dispuesto en el art. 8° cuando determina que las asociaciones sindicales deben garantizar la efectiva democracia interna.

"Precisamente, y a los fines de la efectiva concreción de los valores de transparencia, libertad, pluralismo y democracia, deviene indispensable formular una crítica puntual en contra del deficitario y antiguo sistema adoptado para la realización de los actos electorales, el cual resulta proclive a situaciones fraudulentas en perjuicio de los colectivos de trabajadores agrupados en los respectivos entes" **(1)**.

De tal forma , comulgando con el autor citado, consideramos la existencia de una clara suerte de discriminación en cuanto a la participación de las minorías en la dirección y administración de las entidades sindicales que atenta en contra de los principios regentes de libertad y democracia que torna sumamente cuestionable —desde nuestra óptica— el actual sistema de elección previsto por la Ley de Asociaciones Sindicales.

Ahora bien, esta doctrina de carácter limitativa de la participación de las minorías y de posibilitar la reelección indefinida de las autoridades se ha visto convalidada por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y por el Comité de Libertad Sindical, ambos pertenecientes a la Organización Internacional del Trabajo.

Así, los organismos se han mostrado renuentes y severos con las objeciones de las disposiciones que dificulten o bien prohíban la reelección indefinida.

Sobre esto tiene dicho la Comisión de Expertos: "Las prohibiciones impuestas a la reelección de dirigentes constituyen también un importante obstáculo al derecho de las organizaciones de elegir libremente a sus representantes cualesquiera sean su alcance o modalidad: prohibición absoluta, prohibición de reelección en caso de ejercicio anterior de cargos sindicales o prohibición en caso de haber cumplido un cierto número de mandatos sucesivos. La Comisión considera incompatible con el Convenio toda disposición, independientemente de la forma que revista, por la que se restrinja o prohíba la reelección para

(1) AQUINO, Claudio A., "Incompatibilidades del modelo sindical argentino con los principios y valores republicanos de un Estado de Derecho (1983-2019)", [Tesis de doctorado no publicada], Universidad del Museo Social Argentino, 2020, p. 25-26.

cumplir un mandato sindical. Las disposiciones de esta índole pueden dar origen a situaciones especialmente problemáticas para las organizaciones que no cuentan con un número suficiente de personas capacitadas para ejercer funciones sindicales. Lo mismo puede ocurrir en el caso de las disposiciones que fijan límites a la duración de los mandatos de los dirigentes sindicales" **(2)**.

En este mismo sentido se expidió el Comité de Libertad Sindical al considerar: "La prohibición de reelección de los dirigentes sindicales no es compatible con el Convenio Nro. 87. Esta prohibición puede tener además graves consecuencias para el normal desarrollo de un movimiento sindical donde este cuente con un número insuficiente de personas capaces de desempeñar adecuadamente las funciones de dirección sindical" **(3)**.

Es así como hemos de concluir con respecto a este punto que la reelección indefinida y la falta de representación de las mayorías se encuentra perfectamente encuadrada, *a priori*, dentro de los parámetros de la norma internacional y de las directrices dadas por la Organización Internacional del Trabajo.

III. La ley Mucci. La reforma truncada del modelo sindical argentino

Así las cosas, hemos de iniciar el presente acápite manifestando nuestra discrepancia con los parámetros contenidos por el art. 17 de la ley 23.551 como así también con las líneas dadas por los organismos dependientes de la Organización Internacional del Trabajo, resultando nuestro criterio coincidente con el análisis realizado por Claudio Aquino en su trabajo investigativo de tesis doctoral.

Así las cosas, el autor se sumerge en el derecho constitucional para poder dar fundamentos objetivos respecto de los cuales la reelección limitada produciría ciertas bondades en el régimen de vida de las organizaciones sindicales.

Destaca el autor así anteriores regímenes constitucionales que vedaban la posibilidad de reelección presidencial inmediata como era el caso de la Constitución de 1853/1860 una vez concluido el período de seis años.

Este paradigma tuvo un vuelco con la llegada de la reforma peronista de 1949 el cual habilitó la reelección ilimitada del presidente; habida cuenta de ello, la vigencia de tal texto constitucional fue breve debido a la vuelta al texto anterior en 1957.

Así las cosas, la reforma de 1994 trajo una solución más armónica y moderada que habilitó la posibilidad de existir una reelección presidencial consecutiva, debiendo existir un mandato de por medio para la nueva postulación del candidato, en conjunto con la reducción del período presidencial de seis a cuatro años.

Así, el citado autor se pregunta el motivo por el cual tal imposibilidad de reelección indefinida resulta sano para un gobierno democrático nacional, más no para las organizaciones sindicales.

De ello realiza una clasificación de aquellos motivos que tornan viable la limitación: "(i) La reelección indefinida implica el riesgo del abuso del poder y de tiranía; (ii) Los presidentes con opción a reelección indefinida tienen múltiples ventajas para eternizarse en el poder, es decir, se corre un grave riesgo de autocracia electiva; (iii) La reelección indefinida conduce a la dominación de la política por un grupo selecto; (iv) La reelección indefinida genera corrupción" **(4)**.

A tenor de lo hasta aquí expuesto, resulta imposible no realizar el paralelismo entre las circunstancias que generan la reelección indefinida en el orden democrático nacional con las cúpulas de organización y administración en el marco de las asociaciones gremiales.

Es aquí en donde hemos de acudir al antecedente directo de la Ley de Asociaciones Sindicales, la llamada Ley Mucci.

Luego de la salida del gobierno de facto con el fracaso del conflicto bélico por las Islas Malvinas, es que el 30 de octubre de 1983 triunfa la formula Raúl Alfonsín-Víctor Martínez, asumiendo el mandato el día 10 de diciembre del mismo año.

(2) Organización Internacional del Trabajo, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva", Conferencia Internacional del Trabajo, 81 Reunión, Ginebra, 1994, Párr. 425, p. 94.

(3) *Ibidem*.

(4) AQUINO, Claudio A., ob. cit., p. 46 - 47.

Dentro del gabinete designado por el flamante poder ejecutivo, es que el sillón del Ministerio de Trabajo fue ocupado por Antonio Paulino Mucci, sindicalista miembro de la organización gremial correspondiente a las artes gráficas.

En este contexto, con mayoría en la Cámara baja del Congreso Nacional, es que a los siete días de haber resultado electos, se recibió en el parlamento el proyecto de Ley de Reordenamiento Sindical —en adelante referido como Ley Mucci— que provocó gran revuelo en las filas sindicales y en el justicialismo.

Los objetivos básicos del texto de la ley recaían en limitar la reelección indefinida de cargos en las altas cúpulas de los sindicatos como así también establecer representación de las minorías en los consejos directivos.

Tal proyecto recibió media sanción tras el paso por diputados, más el activismo del entonces Secretario General de la CGT Brasil, Saúl Ubaldini, motivó la reunificación de las CGT y, tras el paso por la cámara de Senadores, la Ley Mucci fue rechazada por un escueto margen de 24 contra 22 votos.

Ahora bien, y habiendo concluido este breve recorrido histórico, hemos de detenernos a analizar el texto de la Ley Mucci con detenimiento.

No escapa a nuestro conocimiento que el referido proyecto no se limitaba a los aspectos mencionados sino que también preveía la normalización de elecciones sindicales, la promoción en la creación de nuevas entidades, y también quitar a los sindicatos el manejo de las obras sociales, más el propósito del presente trabajo versa sobre los aspectos relativos a la reelección indefinida y a la representación de minorías, por lo cual nos centraremos en tales aspectos.

Es así como, a partir de un pormenorizado análisis del texto del proyecto presentado en el Congreso, siguiendo a Massano, hemos de destacar que el proyecto de Mucci, a grandes rasgos importaba un primer vértice en torno a las elecciones en el marco de las organizaciones sindicales; así, destaca el autor que el proyecto comenzaba de la siguiente forma: "En sus líneas fundamentales llamaba a elecciones primero de delegados y comisiones internas y luego para las conducciones de los sindicatos, imponía la fiscalización de esas elecciones por parte de la Justicia electoral, intentaba instalar la representación de las minorías en los consejos directivos y, hasta tanto no asumieran las nuevas conducciones, le daba al Ministerio de Trabajo la facultad de designar delegados administradores a cargo de las organizaciones" **(5)**.

Estos parámetros nos permiten concluir la importancia de los procesos electorales en torno a la idea de reorganización y normalización que acuñó Mucci al momento de la elaboración del proyecto.

A grandes rasgos, se preveía la dirección de los sindicatos compuesta por 9 miembros, más la tercera parte debería ser para la minoría, rigiendo tales disposiciones no solamente para las organizaciones de primer grado, sino también para las de segundo y tercer grado.

En cuanto a las reelecciones, preveía mandatos de tres años con solo una reelección inmediata; en este mismo sentido, se pautaba dentro de las condiciones para revestir la calidad de candidato deber ser mayor de edad, y no tener condenas por delitos dolosos, sumando para aquellos que fueran candidatos por primera vez contar con antigüedad de 2 años continuos o discontinuos y, al menos, seis meses antes de la fecha a convocatoria de elecciones, en el puesto de trabajo.

Así las cosas, a pesar de prever la validez de la elección requiriendo el voto del 50% del padrón, otorgándole la victoria a aquel candidato que obtuviere, al menos, el 20% de los votos, nada dice en cuanto al cómputo de las minorías para la cobertura del tercio de los puestos en el órgano directivo.

Resulta así sumamente interesante preguntarse como esta figura de representatividad de las minorías y de alternancia en el poder habría podido beneficiar a la democracia sindical evitando la aparición de vicios propios de aquel que se encuentra enquistado en el poder.

Más esta propuesta de la Ley Mucci tuvo su réplica por parte del movimiento peronista de la

(5) MASSANO, Juan P., "Reorganización del Movimiento Obrero Sindicalizado en la posdictadura argentina: El caso de la "Ley Mucci", [Tesis de grado publicada], Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata, p. 44.

época, optando por una reorganización sindical más moderada que importaba el llamado a elecciones luego de 120 días de aprobado el proyecto de ley en el Congreso, y que obviaban la participación de las minorías en los organismos de control y organización de las entidades, como así también coartaba la intervención estatal.

Como fue oportunamente reseñado, el proyecto de Ley de Mucci se vio truncado posteriormente por el rechazo en la Cámara de Senadores, acabando allí la posibilidad de entrada en vigencia de este modelo de reorganización sindical.

Cierto resulta que, consideramos, la intromisión del estado nacional en cuestiones de tamaña sensibilidad consideramos que importa una clara violación al principio de libertad sindical y, en ese sentido, celebramos su rechazo, más la renuencia por parte de ciertos sextos a la apertura del juego en favor de las minorías resulta algo que, a nuestro criterio, atenta en contra de la democracia sindical.

IV. Algunas conclusiones finales

Sin detenernos en aspectos más controversiales del texto de la Ley Mucci, hemos de concluir que esta introducía cambios que, a nuestro juicio, devienen necesarios.

La actualidad de las organizaciones gremiales y el descontento general de la población con respecto a los dirigentes sindicales, dejan en evidencia la existencia de los vicios detectados por Aquino en tanto que se genera abuso de poder por parte de aquellos dirigentes que se encuentran enquistados en el poder, se pone en riesgo la autocracia electiva, deviniendo en la dominación política por un grupo selecto de sujetos, y derivando todos estos aspectos, tarde o temprano, en inminente corrupción.

Por ello, consideramos que hemos de entonces encontrar la forma de lograr un equilibrio saludable a través de la alternancia en los cargos claves de las organizaciones sindicales que eviten la aparición de vicios propios de los puestos de poder, como así también de la representación de las minorías como mecanismo de control frente a las actitudes reprochables que puedan ser asumidas por el grupo selecto que se mantiene a la cabeza.

Acudiendo a la impecable pluma de Wright Mills, el autor considera: "El sindicato es una institución humana establecida para acumular poder y para ejercerlo. Su dirigente no pertenece a la élite del dinero ni a la del prestigio, pero forma parte de la élite del poder. El dirigente sindical es un miembro poderoso; acumula el poder y lo ejerce sobre los miembros del sindicato y sobre la patronal" **(6)**.

Debemos concluir que, como bien resultan ser los dirigentes sindicales sujetos propios de poder, estos han de requerir un cierto control para que tal posición no se transforme en un despotismo que pueda devenir en una tergiversación de la naturaleza de las entidades gremiales, es decir, sustituir la protección del interés de los trabajadores por transformar la entidad en un medio para la realización de los cometidos de un grupo selecto.

V. Bibliografía

AQUINO, Claudio A., "Incompatibilidades del modelo sindical argentino con los principios y valores republicanos de un Estado de Derecho (1983-2019)", [Tesis de doctorado no publicada], Universidad del Museo Social Argentino, 2020.

MASSANO, Juan P., "Reorganización del Movimiento Obrero Sindicalizado en la posdictadura argentina: El caso de la "Ley Mucci", [Tesis de grado publicada], Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata.

Organización Internacional del Trabajo, "Libertad Sindical y Negociación Colectiva", Conferencia Internacional del Trabajo, 81 Reunión, Ginebra, 1994.

WRIGHT MILLS, Charles, "La élite del Poder", Fondo de Cultura Económica, 1963.

(6) WRIGHT MILLS, Charles, "La élite del Poder", Fondo de Cultura Económica, 1963.

La acción preventiva de daños: el derecho del trabajo y sus operadores frente a una oportunidad

Nicolás Oppel (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Una primera reflexión. La tutela judicial efectiva, elemento ineludible en la búsqueda de un marco protectorio que cumpla cabalmente su objetivo.— III. Breve repaso de los requisitos para su procedencia.— IV. Contenido de la sentencia y potestades jurisdiccionales. Bien jurídico tutelable. Procedimientos.— V. Algunas conclusiones y nuevos interrogantes.

I. Introducción

El paradigma de la responsabilidad de daños ha evolucionado. En tiempos lejanos, las "Leges XII Tabularum" y la "Lex Aquilia" del derecho romano, establecieron las primeras normas vinculadas con el daño injustamente causado sobre una cosa ajena. No se hallaba aún consolidada la separación entre el ámbito penal y civil por lo que la acción no era de tipo indemnizatoria, sino que procedía a modo de pena o castigo. La influencia de la Iglesia Católica en la Edad Media fue determinante para asentar la división entre la reparación del daño y la pena, consagrada luego en las obras de Domat y Pothier. El Código Napoleónico francés en 1804 receptó sus ideas y sobre la base de esta disociación, fundó la responsabilidad civil en la noción de culpabilidad. Primaban por aquellos tiempos ideas de liberalismo que quedaron plasmadas en el art. 1382 "todo hecho cualquiera del hombre, que cause un daño a otro, obliga aquel por cuya culpa se hubiese producido a repararlo". No hay responsabilidad sin culpa. El hombre era garante de sus actos y debía responder, en tanto y en cuanto, hubiera mediado una falta que le sea reprochable para no limitar su libertad (en la necesidad de protegerlo frente al Estado). ¿Cuál era la función de aquella responsabilidad? Básicamente el resarcimiento por el daño causado.

Estos lineamientos fueron adoptados por nuestro Código Civil que en la nota al art. 1109 reconoce expresamente haber tomado el art. 1382 precitado como fuente. Sobre el derecho de daños entendido en su perspectiva resarcitoria, quedó plasmada por Vélez Sarsfield en su nota al art. 1132. Allí sostuvo: "La *caucion damni infecti* del derecho romano cuyo fin era procurar al vecino una caución para reparar el perjuicio que pudiera causarle la caída de un edificio no tiene objeto desde que se le concede acción por las pérdidas e intereses del perjuicio, cuando lo sufriese. La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina". Mosset Iturraspe afirmaba que esta doctrina provenía del individualismo filosófico y el liberalismo económico, fruto de las cuales son el libre albedrío y la autonomía de la voluntad (arts. 1137, 1197, Cód. Civil, entre otros) **(1)**.

(*) Abogado (UBA) con especialización en Derecho del Trabajo (UCA).

(1) MOSSET ITURRASPE, en "Responsabilidad Civil", Ed. Hammurabi SRL, Buenos Aires, año 1997, p. 43.

Pero el derecho en su constante evolución dio un paso más. La doctrina y jurisprudencia avanzaron hacia un enfoque más comprensivo del sujeto dañado. Una perspectiva más humanitaria que comenzó a integrar y darle entidad a las desigualdades sociales, como así también a las consecuencias del progresivo maquinismo y el desarrollo industrial.

Uno de estos pasos ha sido la introducción de la responsabilidad objetiva que desarrolló un enfoque de contenido más social, al centrar la atención en la víctima del daño. De manera gradual, fueron introduciéndose modificaciones al texto del Código original. Debido a su orientación, tuvieron lugar regulaciones que además, de buscar una efectiva reparación del daño causado, se focalizaron en la previsión y prevención de ese daño. Es decir, la adopción de medidas que pudieran evitar que se produzca el hecho que podría aparejar ese daño.

Así lo ha expresado el catedrático civilista español Llamas Pombo: "[E]n la segunda mitad del siglo XX hemos asistido a un cambio de protagonista dentro del teatro de operaciones de la responsabilidad civil: el 'primer actor' ya no es (como en el art. 1902 del Cód. Civil) 'el que causa daño a otro', ni tampoco (como en el art. 1101) 'los que incurrieran en dolo, negligencia o morosidad...', sino precisamente ese 'otro' que es víctima de un daño extracontractual o contractual, de manera que importa poco por quién o por qué motivo se va a afrontar la indemnización de ese daño, con tal de que dicha reparación se produzca. El protagonista es ahora la víctima, de manera que la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que 'todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado', o algo parecido" **(2)**.

Podemos mencionar a modo de ejemplo en tal sentido, la introducción del art. 1071 bis en materia de protección al derecho a la intimidad, del art. 2499 (retomando el comentario anterior de Vélez Sarsfield) que introdujo la protección cautelar del daño temido, por nombrar algunos. Ossola refiere que el cambio no se circunscribió al orden de los factores de atribución, sino que implicó la construcción de un nuevo sistema de responsabilidad con la consagración definitiva del principio *alterum non laedere* y su implicancia sobre la tutela de la persona humana y su dignidad. Esto dio lugar a la posterior aparición de la prevención como un mecanismo central para evitar que se produzcan los daños **(3)**. Debe añadirse a este paulatino proceso de cambio, la reforma constitucional de 1994 que incluyó en el nuevo art. 43 la posibilidad de interponer la acción expedita y rápida del amparo contra los actos u omisiones de la autoridad pública o particulares que lesionen, restrinjan o alteren derechos y garantías reconocidos por la propia Constitución.

Empero, no es menor advertir que del propio texto surgían limitaciones a su implementación como ser, la no existencia de un medio judicial más idóneo (otorgando a la acción un carácter subsidiario) o el requerimiento de que la arbitrariedad o ilegalidad resulte manifiesta (siendo exigible que aquellos vicios resulten apreciables frente al examen más superficial). La jurisprudencia de la CS no ha quedado al margen de esta evolución y en diversos fallos ha receptado el rango constitucional del deber general de no dañar ("Santa Coloma, Luis F. y otros c. Ferrocarriles Argentinos", CS Fallos 308:1160, "Gunther, Fernando c. Ejército Argentino", CS Fallos 308:1118, entre otros).

Finalmente, la sanción del Código Civil y Comercial otorgó un marco normativo más apropiado a esta concepción preventiva del daño al regularla en forma expresa como una función de la responsabilidad en su sección 2º cap. 1º tít. V. Esta reforma amplió el marco potencial de acción de las personas en la defensa de sus derechos [posibilitando la intervención del sistema jurisdiccional *ex ante* a fin de reducir a su mínima expresión la posibilidad de producción de un daño **(4)**]. A la vez, insumió de una enorme responsabilidad a la jurisdicción al otorgar-

(2) LLAMAS POMBO, en "Prevención y reparación: las dos caras del derecho de daños" en La responsabilidad civil y su problemática actual, Coordinado por Moreno Martínez, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 446.

(3) OSSOLA, Federico, "Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2016, p. 11.

(4) Algunos autores (como el citado Dr. Llamas Pombo) discurren en torno a la inclusión de la función preventiva en el marco de la responsabilidad civil (lo que

le mayores facultades de actuación, y esta, en aras de garantizar una tutela judicial efectiva (concepto este último que también merece una atención particular y que se entrelaza indefectiblemente con el interés protectorio que rige nuestra especialidad) debe responder de acuerdo con los que los modernos tiempos le exigen.

El derecho del trabajo se presenta aquí como un escenario propicio para su desarrollo por su carácter tuitivo y a ello nos abocaremos. A la vez que iremos descubriendo este "novedoso" instituto con los requisitos que se exigen para su admisibilidad, examinaremos su contenido y vías procedimentales apropiadas para observar de qué forma se puede (y debe) vincular con el derecho laboral para darle a esta herramienta protectoria la utilidad que se precisa.

II. Una primera reflexión. La tutela judicial efectiva, elemento ineludible en la búsqueda de un marco protectorio que cumpla cabalmente su objetivo

Para aproximarnos al tema que nos convoca, resulta ineludible abordar el derecho a la *tutela judicial efectiva*. Este es un derecho fundamental, que atraviesa a todos los demás, porque es aquel que posibilitará que aquellos puedan tornarse efectivos y no sean meramente ilusorios. Aunque el texto de la Constitución Nacional no lo incluyó en forma expresa, la propia CS lo ha adoptado en numerosos fallos como uno de los elementos a considerar en aras de garantizar el acceso a la jurisdicción (en particular en el fallo "Pedraza" donde se sostuvo que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, incluido en el art. 18 de la CN, no se satisface con la sola previsión legal de posibilitar su acceso sino que además, requiere que esa tutela judicial pueda ser efectiva, esto es, que sea oportuna y que posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento).

El constitucionalista Bidart Campos al respecto ha sostenido que integra la tutela judicial efectiva, entre varios elementos, el derecho a una sentencia justa, fundada y dictada en tiempo razonable **(5)**. Varios artículos de Tratados Internacionales en materia de derechos humanos (con jerarquía constitucional desde la reforma al texto madre de 1994) la incluyen en su cuerpo normativo. Por caso (solo por nombrar dos de ellos) el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro pero que sea efectivo ante el juez competente que lo ampare contra actos que violen derechos fundamentales y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías de un tribunal competente independiente e imparcial. Justamente con relación al art. 25 de la Convención la CIDH ha dicho que "el art. 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento" **(6)**. También: "El derecho a la tutela judicial efectiva y la consecuente obligación de los Estados de proveer los recursos internos adecuados y eficaces en la tutela de los derechos fundamentales, son reconocidos como un pilar básico del Estado de Derecho".

cuestiona) sosteniendo que debe considerársela inmersa en el nuevo sistema del "Derecho de daños".

(5) BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución Reformada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, t. II, p. 145.

(6) Caso "Forneron e hija vs. Argentina" Sentencia CIDH del 27/04/2012 párr. 107, remitiéndose a fallo dictado en "Acevedo Buendía y otros vs. Perú" del 01/07/2009, párr. 69 y "López Álvarez vs. Honduras" del 01/02/2006 párr. 8º.

La tutela judicial efectiva debe abordarse desde una perspectiva formal, que se expresa en la posibilidad de concurrir ante un juez competente para incoar una acción en procura de la tutela de derechos y garantías; y desde su aspecto sustancial, de manera que el recorrido jurisdiccional posea la celeridad y el alcance suficiente para tornar efectivo este derecho. En los casos en que se encuentra en juego un derecho fundamental de la persona, la importancia de una respuesta judicial adecuada y oportuna reviste especial carácter. Justamente dentro del derecho del trabajo, por su neto carácter tuitivo, adquiere suma importancia la acción preventiva, como así también, la intervención judicial efectiva, donde los procesos deben ser ágiles y responder a la demanda tutelar de manera acorde. En definitiva, resulta insoslayable el enfoque que debe procurarse al analizar la temática preventiva, de modo que su objetivo de cuidado no sea una simple declaración sino una posibilidad cierta para la persona que lo demande.

III. Breve repaso de los requisitos para su procedencia

La función preventiva de la responsabilidad se establece en el Código Civil y Comercial a partir del art. 1710. El artículo reza lo siguiente "Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo". Los artículos subsiguientes regulan la acción preventiva y su legitimación, establecen que esta "procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución" y que "estará legitimado para reclamar quien acredite un interés razonable en la prevención del daño".

De la lectura de estos artículos podemos observar una serie de requerimientos. Estos son, la "antijuridicidad" de una acción u omisión, "la previsibilidad" de la producción del daño, su continuación o agravamiento (antijuridicidad y amenaza o peligro de daño); "el interés razonable" del sujeto que reclame para el reconocimiento de su legitimidad, la no exigencia de concurrencia de los factores de atribución y la "factibilidad" de alcanzar el objetivo preventivo buscado.

Sobre el concepto de la antijuridicidad numerosas discusiones se han suscitado muy anteriores a la incorporación de la función preventiva en el campo del derecho de daños. Nos recuerda Vázquez Ferreyra **(7)** que desde hace tiempo el jurista Von Liszt distinguió entre la antijuridicidad material y formal, entendiendo a la primera como la mera lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y a la segunda como la infracción a una norma estatal, mandato o prohibición del ordenamiento jurídico, es decir, como expresa antinormatividad. En el ámbito de la función resarcitoria, la antijuridicidad ha sido estipulada específicamente en el art. 1717, Cód. Civ. y Com., como "cualquier acción u omisión que causa un daño injustificado". Puede advertirse que ha sido incorporada en el Código en su concepción amplia, excediendo el sentido meramente formal (contrario a una norma expresa) e incluyendo su sentido material, superando así la posición del Código Civil anterior que en su art. 1066 entendía la ilicitud como contraria a una norma expresa. Su modificación no hizo más que receptar una visión que se hallaba bastante pacífica en la doctrina y jurisprudencia, esto es, que el presupuesto se configura por el elemento objetivo de la contradicción entre el hecho y el orden jurídico en su conjunto, omitiendo la consideración subjetiva de dolo o culpabilidad. La CS de hecho así lo ha interpretado al decir que la antijuridicidad se da por la simple violación al deber de no dañar, que es contraria a derecho (emanado de la propia Constitución Nacional en su art. 19), salvo que exista una causal de justificación **(8)**. Estas causales, a diferencia del texto del Código anterior, han sido específicamente (no de forma taxativa) detalladas

(7) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto en "La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial", publicado en RCyS 2015-IV, 38 cita online AR/DOC/554/2015.

(8) Por nombrar un caso resonante en el campo del derecho del trabajo, "Aquino Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/ recurso de hecho" del 21 de septiembre de 2004.

en el art. 1718, atendiendo como tales al ejercicio regular de un derecho (distinguiéndolo del ejercicio abusivo), la legítima defensa, el estado de necesidad.

Empero, en el ámbito de lo preventivo el presupuesto encuentra algunos obstáculos en la determinación de su configuración. La norma prevé tres circunstancias: evitar la producción de un daño, su continuidad y su agravamiento y solo los dos últimos casos permitirían contemplar la antijuridicidad a la luz del hecho ya producido. Pero en el primero de los casos, el hecho aún no acaeció, toda vez que el daño que se busca evitar aún no se ha materializado.

Aquí pueden citarse diversos criterios, un primero sostiene que toda amenaza de daño no justificado implica la propia antijuridicidad, por cuanto amenazar un bien jurídicamente protegido implica la vulneración del principio constitucional del *alterum non laedere*. Otro alega que es preciso evaluar la conducta para juzgar su antijuridicidad, es decir, se debe sopesar si la conducta que se busca evitar o modificar es contraria al ordenamiento en su concepción integral (desde el punto de vista material, no meramente formal). Así, López Herrera afirma que "solo puede ser antijurídica una omisión si existe un deber legal de actuar para prevenir el daño. Esa antijuridicidad no tiene que ser formal, sino comprensiva del ordenamiento jurídico todo. Es decir, que allí donde exista un deber de actuación, impuesto por la ley, reglamento, tratado internacional o por una tendencia jurisprudencial, se podrá plantear la acción preventiva" **(9)**. Una tercera perspectiva refiere que este análisis sobre la conducta debe efectuarse desde una perspectiva formal, es decir, debe considerarse si es ilícita. Por tanto, se exige desde aquí el incumplimiento de un deber legal específico para habilitar la acción. Vázquez Ferreyra por caso afirma que "para hacer valer la función preventiva ante la mera posibilidad de que se ocasione un daño, la antijuridicidad al ser calificativa de la conducta, deberá ser una antijuridicidad formal y no meramente material" **(10)**. Por último, otro criterio distingue la órbita contractual de la extracontractual para efectuar dicho análisis (sosteniendo que pese a la aparente unificación de sendos ámbitos de responsabilidad, los arts. 1716 y 1749 distinguen entre el incumplimiento de una obligación y la violación al deber general de no dañar). Mientras que en el primer caso debe juzgarse la conducta desde una perspectiva formal, en el segundo caso debería ser menos rigurosa la exigencia y sopesarse desde la perspectiva material.

Pese a la aparente ausencia de distinción normativa en el Código Civil y Comercial entre la responsabilidad de tipo contractual y la extracontractual, que en principio podría conducir a pensar en la aplicación indistinta e indiscriminada de la acción preventiva, la cuestión presenta algunas complejidades en el marco de la responsabilidad frente al deber general de no dañar y la órbita del incumplimiento de obligaciones contractuales. Resulta claro que el legislador subsumió ambas esferas a las mismas consecuencias en materia de responsabilidad pero no sería correcto sostener que "son lo mismo". En el ámbito extracontractual, la antijuridicidad se da allí donde se incumple el deber de no dañar (material, esto es desde una concepción que analice la totalidad del ordenamiento jurídico vigente), en la interpretación ya reseñada de la CS. En el campo de lo contractual, el deber de no dañar no es suficiente en su aspecto material (el daño o amenaza de daño en sí) sino que aquel debe ser producto del incumplimiento de una obligación preexistente. Este incumplimiento se torna en ocasiones de difícil determinación cuando es el propio Código el que prioriza en materia contractual la realización del interés de las partes por sobre la exactitud de la prestación comprometida. La problemática de esta definición radica en el tipo de proceso en el que deberá develarse requiriendo para ello en ocasiones la producción de prueba o al menos un marco de bilateralidad y sustanciación.

(9) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 998.

(10) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil. antijuridicidad formal o material", RCyC 2016 (abril), 3; RCyS 2016-VIII, 5; DJ 14/09/2016.

Un fallo que se ha expedido al respecto es "Walmart SA c. Grainco" de la sala D de la CNCom. **(11)** donde se rechazó el reclamo por no verificarse la antijuridicidad en la conducta de la demandada (en el caso, la acción precautoria pretendía que la accionada se abstuviera de resolver un contrato o incumplirlo y en consecuencia no ejerciera el derecho a la restitución o desalojo). Idéntica resolución se adoptó en el fallo "Jumbo c. BNA" **(12)** donde se intentaba evitar un desalojo por la vía preventiva del daño que podía provocar y la sala que intervino entendió que resultaba improcedente el reclamo si el demandado poseía el derecho nacido de un contrato para ejercitar la acción que pretendía, máxime cuando lo relativo al contrato se encontraba sujeto a tratamiento por otro Tribunal que intervenía a su respecto.

Ello así, se ha dicho que la antijuridicidad se determina como contrapartida de la ausencia de justificación del acto que genera el peligro por lo que, podría entendérsela como configurada en aquellos casos en que se dé una conducta contraria al ordenamiento —en su sentido material, es decir, comprensiva de este en su conjunto— sin que ella se halle justificada **(13)**. Con gran acierto, Fiorenza resume las siguientes posturas sobre el carácter de la justificación y el análisis sobre el que debe evaluarse la conducta: "La pauta de valoración es la prudencia y razonabilidad, completadas con la buena fe..." —Galdós—; "... el asunto debe ser juzgado a la luz del abuso del derecho (...), pues es menester un ejercicio regular y funcional de los derechos, dentro de los límites que imponen la buena fe, la moral y las buenas costumbres" —Ubiría—; "... un límite esencial de cualquier acción preventiva radica en el ejercicio regular de derechos, previsto en el Código como una causa de justificación..." —Zavala de González—; "... la omisión antijurídica del deber de prevención se revela cuando la toma de medidas adecuadas es requerida por el ordenamiento jurídico para la evitación del daño, conforme los principios generales y el deber de buena fe, y el agente con su hecho incumple ese deber" —Cossari— **(14)**.

Con aplicación de estos preceptos, resulta insoslayable ponderar el carácter de los derechos en juego, siendo precisa la adopción de un criterio más flexible cuando se hallen en juego derechos fundamentales de la persona dando así justificación a la perspectiva social que pretendió adoptar el nuevo Código en materia de daños. Por último, cabe agregar que la profundidad del tratamiento que se le dé al concepto dependerá del tipo de proceso (cuestión que abordaré a continuación) en el que se presente. Resultando razonable en el marco de procesos que precisan de máxima celeridad un estudio más superficial de la cuestión en aras de garantizar eficacia a la decisión que se adopte. En la pretendida búsqueda de una respuesta certera no se puede dejar de lado la celeridad que puede merecer una acción de tipo preventiva, teniendo en mira la efectividad de la tutela judicial. Por tanto, el análisis de las causales de justificación no podrá resultar un motivo que desvirtúe el objetivo mismo de la pretensión, máxime cuando se trate la cuestión de atender a la protección de derechos fundamentales. En concordancia con lo dicho, cabe agregar que la propia norma establece la inexigibilidad de factores de atribución para determinar la responsabilidad preventiva. Se ha dicho al respecto que "no es un problema de responsabilidad y, por ende, no interesaría el factor de atribución. Lo que interesaría es que estamos ante una conducta antijurídica que puede generar un daño" **(15)**. En los "Fundamentos del proyecto de reforma al Código Civil" se afirmó que no se requería la concurrencia de ningún factor de atribución dado que ello era función del ámbito resarcitorio de la responsabilidad civil.

(11) CNCom., sala D, 18/10/2016, "Wal Mart Argentina SRL c. Grainco SA y otro s/ medida precautoria", Información Legal, TR LALEY AR/JUR/84705/2016.

(12) CCiv. y Com. Paraná, sala III, 30/05/2017, "Jumbo Retail Argentina SA c. Banco de la Nación Argentina - ordinario s/ acción preventiva", Información Legal, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/37037/2017.

(13) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "La responsabilidad civil en el nuevo Código", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2015, 1ª ed., t. I, p. 216.

(14) FIORENZA, Alejandro A., "La antijuridicidad como presupuesto de la obligación preventiva de daños", del 19/04/2018 publicada en SAIJ Id SAIJ: DACF180083.

(15) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La función preventiva de la responsabilidad civil. antijuridicidad formal o material", RCyC 2016 (abril), 3; RCyS 2016-VIII, 5; DJ 14/09/2016.

Lorenzo Gnecco nos señala que en el ámbito del derecho del trabajo el espectro de la posible antijuridicidad presentaría un horizonte de mayor holgura habida cuenta de la integración del ordenamiento con otras fuentes jurídicas propias de la disciplina como las convenciones colectivas de trabajo o laudos, usos y costumbres (fuentes establecidas por la LCT), inclusive las directivas constitucionales del art. 14 bis.

La previsibilidad ha sido otro de los elementos que se ha fijado como requisito para la procedencia de la acción preventiva. Ello así, en el art. 1711 se ha dicho que la acción u omisión, además, de ser antijurídica, debe tornar previsible la producción del daño, su continuidad o agravamiento. Sobre la determinación del carácter previsible de un hecho (u omisión), el art. 1708, Cód. Civ. y Com., comienza por indicar que las disposiciones del tít. V son aplicables tanto a la prevención del daño como así también al aspecto resarcitorio. De ello se desprende que el mecanismo para juzgar la probabilidad de producción de un hecho dañoso debe seguir las reglas de la teoría de la causalidad adecuada (que surge de los arts. 1726, 1727 y 1728, Cód. Civ. y Com.). Se debe evaluar si el hecho u omisión torna predecible la producción de una situación de amenaza de daño o de agravamiento del ya producido, a partir de la conducta activa u omisiva del sujeto sobre el que pesa el deber preventivo. Se trata ni más ni menos, que un juicio sobre la relación causal entre dos fenómenos, uno de los cuales, provoca la producción del otro en determinadas condiciones. No resulta suficiente a tal fin que uno resulte condición necesaria del otro, sino que es preciso que el primero sea la causa adecuada del segundo. Ello así, dado que la causalidad es la relación entre la conducta debida y el resultado probable, con el perjuicio esperable según el curso normal de las cosas **(16)**. López Herrera sostuvo al respecto: "Esta previsibilidad se juzga en abstracto, teniendo en cuenta lo que es previsible para un hombre medio, sin dejar de lado las particulares circunstancias. Así, este artículo debe ser relacionado con el 1725: cuanto mayor sea el conocimiento de las cosas, mayor será el deber de actuar" **(17)**.

La cuestión en el ámbito preventivo presenta matices dado que como se ha planteado anteriormente, el juicio de valor debe ser formulado *ex ante* con las dificultades que esto conlleva. Esta cuestión ha sido planteada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en donde se ha expuesto que el instituto de causalidad adecuada ha sido "ideado" específicamente para la función resarcitoria de la responsabilidad civil por lo que en definitiva recaerá sobre el juez la responsabilidad de adecuar las exigencias en función de los obstáculos que la propia naturaleza preventiva presenta, debiendo distinguir entre los daños "conjeturales" de aquellos que con cierto nivel de certeza pueda preverse que acaecerán de no adoptarse medidas, sin que tampoco sea requerible una certeza absoluta sobre su ocurrencia. Este complejo análisis jurisdiccional debe necesariamente integrarse por los principios humanistas que persigue el Código y que motivaron la inclusión de esta acción.

Justamente la falta de correcta invocación en la previsibilidad del daño fue el motivo por el que en uno de los pocos casos del fuero en que fue invocado el mecanismo preventivo del Cód. Civ. y Com. se lo rechazó. Allí se dijo "Con relación a la acción preventiva prevista en el art. 1711 del Cód. Civ. y Com. no se reunían los requisitos para su procedencia, por no advertir un daño previsible o la continuación o agravamiento de uno ya consumado y que el actor no lo indicaba en forma puntual, más allá de las manifestaciones vertidas en el escrito de inicio" por lo que resulta de importancia señalar los requisitos que impone la norma para su procedencia **(18)**.

Junto con la previsibilidad otro recaudo que exige la norma para su procedencia es el de evitabilidad ("por cuanto de ella dependa" y "medidas razonables"). Se refiere a la posibilidad fáctica y jurídica de suprimir, reducir o evitar los efectos del acto u omisión dañosa. De no darse

(16) LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) en "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, ps. 305 y ss.

(17) En su "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", ob. cit., p. 999.

(18) Juzgado Nacional del Trabajo Nº 69 en autos "Arlia Goyeneche, J. F. c. Brons & Salas Soc. Civil y otros s/ acción declarativa" del 12/11/2020.

este presupuesto, exigir aquel objetivo provocaría una situación de imposible cumplimiento.

La legitimación para reclamar el cumplimiento de aquel deber preventivo, el art. 1712 la otorga a todo aquel que acredite un interés razonable en la prevención del daño. Criterio amplio por cierto (admitiendo el propio Código Civil y Comercial en su art. 14 en forma expresa los derechos individuales como así también los de incidencia colectiva). La tarea de decidir sobre este aspecto recae en el magistrado que puede cotejar tres variables: la primera es si quien acciona resulta ser la posible víctima del daño (en forma directa o indirecta); la segunda es analizar si quien acciona representa legítimamente los intereses del sujeto colectivo que invoca; y la tercera, si quien pretende accionar se encuentra obligado a actuar para prevenir el daño (podría ser el caso de quien posee el poder de policía pero precisa una orden judicial para efectivizar una acción tendiente a prevenir un daño). En este sentido la legitimación activa se proyecta en el ámbito del derecho del trabajo primordialmente sobre la persona del trabajador, considerado por la jurisprudencia como sujeto de preferencial tutela; pero también sobre las organizaciones gremiales en razón del indubitable interés que pueden poseer en materia de prevención de daño sobre la persona de los trabajadores incluidos en su ámbito de representación (ello así, sin que esta sucinta descripción resulte limitativa por cuanto tal y como ha sido dicho quien justifique un interés razonable podrá peticionar la acción preventiva). De esta manera, tanto un trabajador como un sindicato podría interponer una acción a fin de que una empresa que no cumple cabalmente con sus obligaciones en materia de seguridad e higiene y pone en peligro la salud de sus empleados (debe existir un riesgo que resulte previsible), arbitre los medios para hacer cesar esa omisión de cuidado. No obsta a ello cualquier autorización de tipo administrativo con que pueda contar la empresa dado que el art. 1757 del Código expresamente refiere que aquella no la exime de la responsabilidad (tanto en su función resarcitoria como preventiva) como así tampoco el cumplimiento de técnicas de prevención si persiste el riesgo.

En lo que refiere al sujeto obligado, de la lectura del articulado se desprende que se trata de una legitimación pasiva amplia, por cuanto expresamente refiere que el deber se impone a toda persona sin distinción. Esto incluye tanto a personas físicas como jurídicas. Gnecco sostiene además, la inclusión de los administradores de las personas jurídicas por el deber general del art. 1710 y por el específico deber de lealtad y diligencia que en su desempeño se les impone como también el de implementar sistemas y medios preventivos para la reducción del riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica, siendo responsables no solo ante esta y sus miembros sino ante terceros por los eventuales daños que pudieran causar en el ejercicio de sus funciones cnf. art. 160, Cód. Civ. y Com. **(19)**. La responsabilidad radica en quien cause un daño no justificado, quien no adopte medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud o quien agrave un daño, en cuanto de esa persona dependa. Por lo que el deber podría alcanzar, no solo a quien podrían serle atribuidos los potenciales daños en vinculación causal, sino también sobre aquellos que pueden evitar el daño, aunque no resulten ser los potenciales causantes de aquel, en cuanto de ellos dependa. Concepto este último que pone un coto a la responsabilidad atándolo a que el cumplimiento de la función preventiva se encuentre dentro de su esfera de control.

De las normas de responsabilidad impuestas en el Código Civil y Comercial ha sido expresamente exceptuado el Estado, tanto de manera directa como subsidiaria (cnf. arts. 1764 y 1765, Cód. Civ. y Com.), lo que ha sido cuestionado por la doctrina alegándose a su respecto que resulta contrario a la Constitución Nacional como a los Tratados internacionales en Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

¿A cargo de quien se encontrarían las gestiones preventivas (y sus costos)? La jurisprudencia citada ha puesto a cargo del potencial dañador. En el caso, el juez desestimó un pedido de la accionada para que la potencial víctima de un daño afronte el costo económico de la instalación una medida preventiva (la colocación de

(19) GNECCO, Lorenzo en "Acción preventiva de la responsabilidad civil en el Derecho laboral", Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2018, p. 210.

una red de contención alrededor de una cancha de golf) **(20)**.

IV. Contenido de la sentencia y potestades jurisdiccionales. Bien jurídico tutelable. Procedimientos

En el art. 1713 se establece que la Sentencia que adopte el juez "debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, medidas de dar, hacer o no hacer según corresponda con un criterio rector que lo conduzca a la menor restricción posible y de asegurar el medio más idóneo para que la medida sea lo más eficaz posible en la persecución del fin preventivo".

Sobre la delimitación del poder decisorio López Herrera sostiene: "El juez tiene el deber de restringir lo menos posible la libertad de actuación del responsable del probable daño. Esto vale tanto para el juez que dicta la medida, como para el obligado que pide la sustitución por otra medida menos gravosa. Finalmente, y muy relacionado con el punto anterior, el juez debe asegurar, como en toda sentencia judicial, su eficacia. Por eso debe elegir entre todos los medios disponibles, no solo el que cause la menor restricción a la libertad del obligado, sino también el remedio más eficaz para asegurar el cometido preventivo. De esta manera no está obligado a otorgar la medida que peticiona el interesado, sino que puede ser distinta. Igualmente puede sustituirla por otra más eficaz a pedido de parte. Por último, la eficacia depende también de las circunstancias, como dice el artículo, lo que quiere decir que la medida preventiva puede cambiar con el paso del tiempo" **(21)**. Las palabras de López Herrera plasman uno de los aspectos en que se debe considerar que la tutela judicial resulte efectiva, pues una Sentencia que adopte soluciones de difícil cumplimiento o que, debido a no ser adoptar medio más eficaz, torne ilusoria la pretensión precautoria, no habrá de alcanzar el objetivo tutelar buscado. Galdós sostiene que la ponderación judicial debe apoyarse a en tres parámetros interpretativos: 1) procurar la menor restricción posible de los derechos; 2) utilizar el medio más idóneo; 3) asegurar la eficacia y efectividad del resultado de la medida preventiva, atendiendo a su finalidad **(22)**. Una aplicación de estos preceptos puede observarse en un fallo de la Justicia Nacional del Trabajo en la que se ordenó por vía cautelar una reinstalación frente a un despido invocado como discriminatorio. Allí el juez a cargo, con un criterio que luego fue confirmado por la CNTrab., sostuvo: "El principio de intervención mínima (art. 1710, Cód. Civ. y Com.) me lleva a entender que no es razonable reinstalar a la actora en el mismo puesto que desempeñaba antes del cambio de conducción en la Obra Social demandada, porque son tareas que requieren de la máxima confianza de los dirigentes (algo que no se puede construir por sentencia). Es por ello, que la presente medida procurará la reinstalación en tareas análogas, en otra sección de la Obra Social" **(23)**.

Además, de la lectura del artículo citado puede advertirse que posibilita expresamente la actuación oficiosa del juez tanto en forma definitiva como provisoria (no solo posibilita, en rigor, efectúa al respecto un mandato: el juez *debe*) en lo que respecta a las medidas a adoptar en aras de prevenir la ocurrencia, continuidad o agravamiento de un daño. Cita Peyrano en un artículo que publicó en el año 2005, el caso "Carrizo" de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que como su cronología nos indica fue dictado bastantes años antes que tuviera lugar la reforma al Código, y pese a ello no solo adoptó una decisión preventiva del daño sino que además, lo hizo de oficio y por fuera de lo que la parte demandante peticionaba en el caso. Allí, producto de la colisión entre un ferrocarril y un automotor se demandó la reparación de los daños y perjuicios causados a la víctima del daño lo que fue objeto de rechazo debido a la conducta que desplegó en el caso, sin embargo,

(20) BORDA, Alejandro — FOSSACECA (h), Carlos A., "El ejercicio de la acción preventiva en el ámbito de un conjunto inmobiliario", Argentina, publicación: ED t. 281. Fecha: 28/02/2019 Cita Digital: ED-DCCLXXVII-685.

(21) LÓPEZ HERRERA, Edgardo, comentario al art. 1713 del Cód. Civ. y Com., en RIVERA - MEDINA (dirs.), Código Civil y Comercial comentado, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. IV.

(22) GALDÓS, Jorge M., "La prevención del daño. Primera parte. Reglas y principios introductorios", Rubinzal Culzoni Online, RC D 302/2021, p. 3.

(23) Resolución del 13/01/2017 en autos "Soto María del Carmen c. OSPIN s/ juicio sumarísimo", nro. 103015/2017, Juez Raúl H. Ojeda.

lo novedoso ha sido que con posterioridad a la sentencia se mantuvo la medida de prevención de daños dispuesta, mandó a verificar si persistía el estado de riesgo en el paso a nivel y en su caso intimó a la empresa concesionaria del ferrocarril a adoptar las medidas de seguridad pertinentes **(24)**.

En el fuero laboral, también se dio operatividad al carácter oficioso de las medidas a adoptar en materia preventiva a fin de evitar posibles siniestros. En la causa, la concubina e hijos menores iniciaron una acción resarcitoria de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del fallecimiento de un trabajador de la empresa producto de un hecho en el que fue víctima de una severa descarga eléctrica al disponerse a reparar una luminaria, cuestión sobre la que se atribuyó responsabilidad a la ART y a la empresa empleadora. Pero la jueza que entendió allí, no se limitó a la cuestión de la reparación del daño, sino que en el marco de lo normado por el art. 1711, Cód. Civ. y Com., puso en conocimiento de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo la sentencia con el objeto de que "en su calidad de órgano de contralor sobre la materia: a) arbitre todas aquellas medidas, fiscalizaciones y/o demás procedimientos que resulten necesarios para garantizar que la empresa demandada cese en sus flagrantes incumplimientos a las normas de seguridad en el trabajo y adecúe su maquinaria y/o proceso productivo, de modo tal que preserve la integridad de sus subordinados; b) pondere la actuación de la aseguradora de riesgos del trabajo interviniente respecto de su afiliada, con especial miramiento en las conclusiones a las que arriba la perito técnica sobre la absoluta inexistencia de controles previos al fatídico infausto que motiva la presente, a fin de evaluar la procedencia de eventuales sanciones administrativas por inobservancia a sus deberes, en caso de así estimarlo, c) ponga en conocimiento de estos estrados jurisdiccionales el resultado de las acciones que adopte con el objeto de brindar cabal satisfacción a las medidas dispuestas en los puntos 'a' y 'b'" **(25)**.

Es cierto, sin embargo, que existe debate respecto de la competencia de los jueces para intervenir por vía cautelar en las relaciones de trabajo mientras estas se hallan vigentes, en los casos en que la decisión judicial pueda afectar las facultades del empleador. Así lo ha sostenido la Fiscalía General del Trabajo: "No son admisibles las cautelas que impliquen afectar las potestades legales del empleador con relación al contrato, más allá del juicio que podrían suscitar estas en un expediente posterior, en el cual estuvieran sometidas a consideración del organismo jurisdiccional, las consecuencias indemnizatorias del acto o de la reinstalación, según cual fuese el sistema de tutela contra el despido arbitrario" **(26)**. Con cita de este dictamen, también se ha dicho que "La justicia Nacional del Trabajo no estaría llamada a conocer en cuestiones que impliquen afectar potestades legales del empleador o del trabajador en el marco de un contrato de trabajo, sin perjuicio de la consideración que oportunamente pudiera efectuar el organismo jurisdiccional acerca de las consecuencias indemnizatorias que podrían emerger de las decisiones adoptadas en el conflicto que se relata. Adoptar la actitud contraria llevaría, en mi opinión, a una intervención en las relaciones laborales entre el empleador y su dependiente, interfiriendo en ámbito reservado por el orden jurídico a la apreciación de aquellos, "cuya conducta antijurídica ha de resolverse, en su caso, en la declaración de su responsabilidad y en la determinación pecuniaria de las consecuencias" **(27)**.

Desde otra perspectiva, se ha sostenido que "el derecho contemporáneo y sus operadores, deben dar soluciones mejores a los conflictos suscitados en el seno de las relaciones labora-

(24) PEYRANO, Jorge W. en "La jurisdicción preventiva civil en funciones", octubre de 2005 publicado en LA LEY (Suplemento Procesal), p. 151.

(25) Juzgado Nacional del Trabajo Nº 22 en el fallo "Gaetan, L. R. c. Lucomp SA", nro. 47075/2012 (SD 23.328 del 28/02/2020).

(26) Dictamen fiscal 50.691 del 17/06/2010, en autos "Altamiranda, Roberto c. Consorcio de Propietarios del Edificio Juan B. Justo 4064 s/ medida cautelar", del registro de la sala I, CNTrab.

(27) Dictamen fiscal de la Dra. Picón del 26/12/2016 en autos "Albano, Andrea R. c. Diagnóstico Mediter SA s/ acción de amparo", nro. 107031/2016.

les, pues la falta de evolución de los criterios del Poder Judicial nos transformaría en meros espectadores de la realidad, en realizadores de necropsias contractuales, dejando de lado la posibilidad de resolver conflictos en relaciones vivas, vigentes, que claman por soluciones justas". Se destacó en el fallo que ningún impedimento legal existe para que el juez pueda intervenir en relaciones vigentes, y que de ningún artículo surge que su actuación deba circunscribirse a contratos ya extinguidos o daños ya producidos, sino que, por el contrario, el art. 1710, Cód. Civ. y Com., manda a prevenir aquellos que puedan evitarse.

En búsqueda de una efectiva tutela judicial y en defensa de los principios que rigen la materia, se propuso el fallo que se cita adoptar una posición más activa. La acción preventiva, como hemos repasado, facultaría al juez a intervenir en defensa del principio de continuidad del vínculo. Así se ha dicho: "Lo entiendo así, en tanto la trabajadora peticionante pugna por la plena vigencia del art. 10 de la LCT, y más allá de lo que se resuelva en definitiva, no puede desatenderse el pedido de dar una vía procesal idónea —hoy inexistente en modo directo— a los debates en los que se prefiere la preservación del vínculo (dando preeminencia a la naturaleza alimentaria del salario) por sobre la clásica lógica contractual de la resolución del conflicto a través del despido indirecto por falta de pago de las remuneraciones... A esta tendencia se encamina la legislación de fondo, con la reforma al art. 66, LCT (ley 26.088) y con las Acciones Preventivas del art. 1710 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.944), la que debe tener un acompañamiento en el ámbito del Poder Judicial de la Nación en casos como el presente, en los que se pretende evitar un daño mayor (la ruptura del contrato)" **(28)**.

El bien jurídico tutelable objeto de la medida de prevención ha quedado en evidencia, no se limita a la integridad psicofísica de las personas pese a que pueda ser la primera opción que se nos figura. De la letra del articulado ya reseñado no surge restricción alguna al respecto por lo que no cabe distinguir en torno al tipo específico de daño que se busque evitar. Por tanto, toda clase de objeto o interés susceptible de un daño jurídico se halla comprendido en el deber de prevención, ya sea las referidas a daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Bien cita Gnecco un fallo de la CS en el que se postuló que el término propiedad previsto en los arts. 14 y 17 de la CN amparan todo el patrimonio de las personas, incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales, y en general todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo, su vida y libertad **(29)**. En el caso del trabajador, por citar al sujeto propio del interés tuitivo que persigue la especialidad laboral, es objeto de tutela no solo su salud —entendida de manera integral—, sino también su remuneración, vestimenta, instrumentos personales, y como bien inmaterial su imagen, su vida privada, su identidad, dignidad. Por caso cito una Sentencia en la que se invocó la normativa del art. 1710, Cód. Civ. y Com., en el marco de una medida cautelar que dispuso la reinstalación en el puesto de trabajo de un presunto activista sindical que habría sido —*prima facie*— objeto de discriminación **(30)**.

Por tanto, una acción de tipo preventiva podría estar orientada a detener o evitar cualquier acción u omisión antijurídica que previsiblemente vaya a afectar alguno de estos derechos y no solo aquellos relacionados con los potenciales siniestros laborales.

Es necesario señalar que la acción preventiva puede instarse a través de medidas preventivas procesales (cautelares) y medidas preventivas sustanciales. Sin embargo, debe distinguirse unas de otras y para ello, Galdós expone con gran criterio algunas diferencias entre ellas: Las cautelares, son instrumentales y accesorias de otro proceso principal; en tanto la medida preventiva sustancial recae sobre la pretensión sustancial objeto del proceso, y son autónomas (aunque pueden decretarse tanto en un proceso

(28) Juzgado Nacional del Trabajo Nº 50, resolución del 27/12/2016 en "Albano, Andrea R. c. Diagnóstico Mediter SA s/ acción de amparo", nro. 107031/2016 (Juez subrogante Dr. Raúl H. Ojeda).

(29) Fallo "Don Pedro Emilio Bourdieau c. Municipalidad de la Capital" Fallos 145:307 citado por GNECCO, L. en "Acción preventiva de la responsabilidad civil en el Derecho laboral", Ed. La Ley, Buenos Aires, año 2018, p. 199.

(30) Juzgado Nacional del Trabajo Nº 72, resolución del 08/03/2018 en "Alvarenga, Rolando E. c. Metalsa Argentina SA s/ acción de amparo", nro. 5783/2018.

en trámite como en uno autónomo). La cautelar puede dictarse dentro de cualquier tipo de proceso, en tanto la sustancial puede instrumentarse en el marco de un amparo, procesos comunes (ordinarios o sumarísimos) o autónomos (autosatisfactiva). Como es propio de su naturaleza, la cautelar exige la acreditación del peligro en la demora y requiere de urgencia para su procedencia (también son provisorias por naturaleza, cnf. art. 202, Cód. Proc. Civ. y Com., y proceden a petición de parte) en tanto la que responde a una petición de fondo, se rige por los requisitos que impone el Código en sus arts. 1710/1713 y como el propio art. 1713 lo dice, pueden ser provisorias o definitivas, dictadas a su vez de oficio o a pedido de parte. Por último, puede señalarse como diferencia entre una y otra, que la cautelar debe responder al efecto normativo regulado (la inhibición general de bienes por caso) mientras que la petición sustancial otorga al juez amplia facultades decisorias, pero con las limitaciones antes descriptas de criterio y razonabilidad **(31)**.

Cierto es que a la espera de una reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no se previó para ello un formato específico de acción. En lo que respecta al proceso de tipo cautelar (subtipo como hemos visto de la pretensión preventiva genérica), el derecho procesal presenta entre sus posibilidades de instrumentación la medida cautelar innovativa prevista en el art. 230, Cód. Proc. Civ. y Com., como así también la medida cautelar genérica del art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com., aquellas creadas por vía pretoriana como la medida "anticautelar", o las medidas típicas como ser la inhibición general de bienes, embargo preventivo, anotación de *litis*, prohibición de innovar o intervención judicial. Por su parte en el marco de un proceso sustancial, las posibilidades pueden ser la de instrumentar una acción preventiva por la vía ordinaria, de precisarse un trámite urgente o más acelerado, puede incoarse un proceso sumarísimo (arts. 321, inc. 2º y 498, Cód. Proc. Civ. y Com.) e inclusive una acción de amparo, habeas corpus o habeas data para el caso de darse los presupuestos previstos para su procedencia.

Resta mencionar la denominada medida "autosatisfactiva" y la "sentencia anticipada". La primera de ellas se diferencia de la medida cautelar por no precisar de la iniciación de una acción posterior por lo que no posee carácter incidental, sino que se presenta como una pretensión principal. La jurisprudencia ha sido conteste en exigir a este tipo de procesos un grado de verosimilitud del derecho aún mayor que el exigido a las medidas cautelares. No se encuentra regulada en nuestro derecho positivo pues deriva de una creación pretoriana. Requiere irremisiblemente el carácter de urgencia, ya que, su finalidad es evitar la consumación de ese daño inminente e irreparable que pueda abolir o restringir los intereses del demandante **(32)**. A su respecto, también se ha dicho que "... una resolución anticipatoria en el marco de un proceso urgente, a diferencia de la pretensión cautelar, requiere la acreditación de la denominada 'urgencia pura' que se configura cuando existe una muy fuerte posibilidad de que el justiciable sufra un año 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). Otra definición a su respecto aportó la Dra. Ferreirós al decir que "Cabe destacar que después del fallo de la CS 'Camacho Acosta' del 07/08/1997 (LA LEY 1197-E-653) nadie duda de que la medida innovativa puede funcionar como tutela anticipada; tal como lo destaca el procesalista peruano Juan Monroy Gálvez, se trata de una verdadera 'tutela coincidente' dado que apunta a obtener por la vía precautoria, todo o parte de lo que se pretende como postulación de fondo. Por ello la legitimación solo se daría cuando media la posibilidad de un *periculum un damni* (perjuicio irreparable) y el *fumus bonis iuris*. Así se justifica excepcionalmente y por razones axiológicas, la violación del dogma que establece que no corresponde hacer lugar a una medida precautoria coincidente con el objeto del juicio **(33)**. Para su procedencia es exi-

(31) GALDÓS, Jorge M., "La prevención del daño - Primera parte. Reglas y principios introductorios", Rubinzal Culzoni Online, RC D 302/2021, p. 8.

(32) Conf. VARGAS, Abraham, "Teoría General de los procesos urgentes", en PEYRANO, Jorge W. (dir.), Medidas autosatisfactivas, p. 154.

(33) Conf. MORILLO, Augusto, "Medidas cautelares" Ed. La Ley, 2006, p. 46 y FERREIRÓS, Estela, "Eficacia y garantía jurisdiccional en la defensa de los derechos la-

gible una verosimilitud del derecho "calificada", nuevamente en forma comparativa, superior a la exigible en las medidas cautelares usuales e inclusive el juez atendiendo a la excepcionalidad de la vía, puede sustanciar el proceso de considerarlo preciso sin dejar de atender a la extrema celeridad que requiere su tramitación. La sentencia anticipada, por su parte otorga antes del dictado del fallo de forma provisoria o definitiva, el objeto sustancial pretendido. La Corte Suprema la reconoció a partir del caso "Camacho Acosta" aunque aún se discute en la doctrina sobre su naturaleza y cabe destacar que han sido reguladas por algunos códigos procesales locales (provincias de Chaco, San Juan, Río Negro, entre otras).

Por último y al margen de esta amplia gama de posibilidades, cabe decir que el art. 319 del Cód. Proc. Civ. y Com. como así también las facultades ordenatorias e instructivas de los arts. 34 y 36 del mismo Código, le permiten al juez en su carácter de director del proceso, disponer el tipo de procedimiento que regirá la acción incoada. Es decir, que el juez posee un extenso margen de herramientas para tornar efectivo el derecho preventivo del daño pues como ya se dijera, el propio art. 1713, Cód. Civ. y Com., lo autoriza a disponer medidas ya sea a pedido de parte o bien de oficio.

En este sentido la CS ha dicho que "los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales" **(34)**.

V. Algunas conclusiones y nuevos interrogantes

Resulta inevitable repensar el rol de la jurisdicción desde esta moderna perspectiva, en la que el deber de no dañar adquiere una nueva significancia. No se trata ya de buscar un responsable que repare el daño causado sino, de evitar que ese daño se produzca, continúe o se agrave. En este sentido, hace tiempo que el derecho del trabajo dejó de lado las proclamas de la revolución francesa que pregonaban por sobre todo la "libertad" e "igualdad", y que sobre la base de una sociedad materialmente desigual asentaron profundas injusticias.

Sin embargo, esta visión que incluye un análisis social tardó más tiempo en llegar al campo del derecho civil. Pero como bien dice Serrat "se ha hecho camino al andar" y paulatinamente la cuestión del daño ha ido enfocándose, ya no en el sujeto dañador en búsqueda de culpa o dolo, sino en la víctima como sujeto que merece la restitución del bien jurídico dañado. La reforma del texto del Código Civil aproximándose a la efectivización de las garantías establecidas por la Constitución Nacional resulta sumamente positiva y merece la atención del todo el espectro jurídico. Así, entender la prevención como una función propia de la responsabilidad precisa de una adaptación de cada uno de los integrantes (del propio sujeto tutelado, del abogado que lo asiste en la defensa de sus derechos, del juez que entiende en la causa, todos deben impregnarse de este novedoso enfoque de la responsabilidad). Por ello, he hecho hincapié al inicio en el concepto de tutela judicial efectiva, pues es este un derecho que no siempre ha sido entendido como tal en el sentido que hoy ha adquirido y que hemos reseñado.

La intervención judicial debe resultar efectiva para el fin preventivo buscado, y para ello, es necesaria un adecuado conocimiento del instituto en análisis. Como hemos visto, el juez ha sido provisto de herramientas de intervención activas en las que no debe circunscribirse a la petición que le ha sido cursada, sino que debe enfocarse en la protección del bien tutelado, pudiendo para ello actuar en forma oficiosa. Esta responsabilidad no ha sido dada sin limitaciones, por ello, el propio Código le ha impuesto el deber de ponderar criteriosamente la menor restricción posible que pueda garantizar la protección y del medio más idóneo para asegurar su eficacia. Su decisión debe estar razonablemente fundada y para su adopción debe interpretar la ley teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, leyes análogas, como así también (expresamente lo prevé el Código) las disposiciones que surgen los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los principios y valores ju-

borales. Las medidas autosatisfactivas" Revista de Derecho Laboral y Seg. Social Lexis Nexis 2003-A-1407144.

(34) "Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses SA en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c. Aguas Bonaerenses SA y otros s/ amparo" del 02 de diciembre de 2014 (doctrina de CS, Fallos: 327:2127 y 2413; 332:1394, entre otros).

rídicos que rigen el ordenamiento (arts. 2º y 3º, Cód. Civ. y Com.).

Resulta indudable que las disposiciones comunes analizadas en el presente atraviesan al Derecho del Trabajo en su conjunto, en el que opera como derecho supletorio, en tanto este como rama especial cuenta con su propio ordenamiento regido por el principio protectorio. Así lo ha dicho Justo López: "[S]i bien el derecho laboral constituye una rama con autonomía, como se dijera se trata de una autonomía relativa pues no se trata de un ámbito aislado absolutamente de las demás ramas del derecho con una separación absoluta en compartimentos estancos" **(35)**. Se ha afirmado además, y resulta incontrastable, que el nuevo Código incorporó el "paradigma protectorio" que "tutela a los débiles, y su fundamento constitucional es la igualdad"; esto es, se aleja del pensamiento clásico de una igualdad abstracta, incorporando la ya mencionada cuestión social, evaluando cada situación a la luz de la posición vital del sujeto. Este acercamiento del derecho civil al régimen de protección del más débil trae aparejado una implícita reducción en la a veces citada incompatibilidad con el derecho laboral. Por tanto, tal y como hemos analizado la cuestión, no se han observado incompatibilidades insanables del instituto preventivo previsto, con el derecho laboral, sino más bien su complementación en tanto en determinadas circunstancias prevé derechos más amplios que los que el propio ordenamiento laboral establece (véase, por ejemplo, la amplitud fijada en torno a la legitimación activa y pasiva).

En definitiva, pueda observarse claramente que el derecho ha evolucionado y que los actores que integran su campo de acción deben adaptarse para permanecer acordes a las exigencias sociales que demandan la atención de la jurisdicción desde una posición más activa que garantice que su accionar posea efectividad. Quedará para el futuro evaluar si ello ha ocurrido, analizar el tratamiento que se le ha dado en la jurisprudencia al instituto en análisis y observar si ha redundado en una sociedad más justa, en la que el sujeto que precisa de la tutela jurisdiccional para evitar la producción de un daño ha encontrado allí no solo una respuesta favorable, sino también la traducción de aquella respuesta en un mecanismo que le brinde efectividad a la decisión adoptada y logre el fin tuitivo buscado.

(35) LÓPEZ, Justo, "Incidencia del derecho civil en el derecho del trabajo", LT, XXX-A-195, citado por GNECCO en Acción preventiva de la responsabilidad civil en el derecho del trabajo, ya reseñado, p. 119.

La actuación del Ministerio Público Fiscal no penal para prevenir nulidades procesales

Claudio Héctor Giacin (*)

Julián Emilio Hernández Varela (**)

Sumario: I. Objeto.— II. El Rol del Ministerio Público Fiscal hasta nuestros días.— III. El dictamen y otras formas de intervención del fiscal no penal, como instrumento del MPF para garantizar los derechos constitucionales y procesales constitucionales: sus diversas formas de implementación.— IV. Planteo de nulidad.— V. Conclusión.

I. Objeto

El objeto del presente trabajo es analizar la función preventiva e impugnatoria del Ministerio Público Fiscal no penal (en adelante, MPF) en materia de nulidades procesales.

II. El rol del Ministerio Público Fiscal hasta nuestros días

Originariamente, el art. 91 de la Constitución sancionada en 1853 estableció que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CS) estará integrada por nueve miembros y dos fiscales.

Sin embargo, con la reforma producida en 1860 se eliminó el número de miembros que deben componer la Corte, como también, toda referencia respecto del Ministerio Público, siendo ello establecido por una norma especial como fue en aquel entonces, la ley 27 **(1)**.

Sin embargo, originariamente la citada ley no estableció una competencia específica del Ministerio Público, como tampoco, su ubicación institucional.

La ley 1893 —sancionada en el año 1886— estableció que las funciones del Ministerio Público dentro del ámbito de la Capital (conf. art. 117 de la ley 1893) era entre otras cosas "4º Velar por el cumplimiento de las leyes, decretos, reglamentos y demás disposiciones que deben aplicar los Tribunales, pidiendo el remedio de los abusos que notaren", y "6º Intervenir en todos los negocios concernientes al orden público".

Entre otras cosas, la citada norma estableció que los agentes fiscales serán nombrados y removidos por el Poder Ejecutivo Nacional (conf. art. 124 de la ley 1893), lo que fue ampliado al

(*) Abogado UBA con Orientación en Derecho Empresarial Económico. Especialista de Derecho del Trabajo (UCA). Docente Universitario (UBA Derecho) (UAI). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTYSS). Miembro del Ateneo de Estudios Procesales "Lino Enrique Palacio" de CABA.

(**) Abogado. Asesor en la Dirección de Asuntos Legales de Comercio y Minería del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación. "Derecho del Consumidor y la Empresa" (UA). Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura de CABA: a) "Introducción a la Justicia- Aula CayT", b) "Nociones de Derechos Humanos I", c) "Condiciones de Admisibilidad del Proceso Contencioso Administrativo y Triburario I". Miembro del Ateneo de Estudios Procesales "Lino Enrique Palacio" de CABA. Socio de la Asociación de Derecho Administrativo (A.D.A. Ciudad).

(1) Su art. 6º dispuso que la Justicia Nacional estaría conformada por una Corte Suprema compuesta por cinco miembros y un Procurador General.

ámbito Nacional en 1893 con la sanción de la ley 43 **(2)**.

En aquel marco, la Corte destacó en el año 1891 que dicho organismo cumplía el rol de consejero del presidente de la República **(3)**. Asimismo, en el año 1896 se sancionó la ley 3367 estableciendo que los procuradores Fiscales podrán representar al Fisco Nacional **(4)**, lo cual, posteriormente fue modificado por el art. 5º, inc. "a" de la ley 12.954 **(5)**.

Así, como bien destacaba Ayarragabay "nuestro Ministerio Público no participa de las características esenciales de las escuelas europea y angloamericana; sus rasgos propios se han ido acentuando en la historia jurídica y política, por la fuerza misma de las circunstancias y singularidades de nuestro medio, hasta constituir un tipo peculiar argentino. Ejerce funciones de dos categorías: la de representación patrimonial del fisco y la representación de la ley, en nombre del interés social. Esta acumulación de atributos le aproxima al Ministerio Público europeo. Por tal índole se diferencia sustancialmente del sistema angloamericano, o sea por su intervención en favor de los particulares en materia civil, ejercitada con idéntica intensidad que la acción pública en materia penal, al acusar y perseguir" **(6)**.

Sin embargo, el problema —previo a la reforma de 1994— sería la injerencia que el Presidente y la Corte tendrían dentro de la actividad del Ministerio Público Fiscal, situación que tuvo su debate jurídico y posterior resolución por parte de la CS quien interpreto que sería independiente de ambos poderes **(7)**.

Posteriormente, ahí por el año 1992, la Corte interpretó que el rol del MPF debe ceñirse a la tutela del orden público y buscar la defensa del orden jurídico en su totalidad **(8)**.

Así las cosas, en el año 1994 se produjo una reforma de nuestra Constitución Nacional, la cual, entre otras cosas, incorporó la figura del Ministerio Público como un organismo público con autarquía funcional y financiera. La Ley 24.309 de Reforma de la Constitución Nacional lo estableció como un órgano extrapoder **(9)**, situación por lo cual, el debate entre los constituyentes concluyó en dar una ubicación orgánica por fuera de los tres poderes originarios pero manteniendo interacción constante con ellos **(10)**.

En el punto siguiente, expondré las funciones establecidas por el constituyente al órgano aquí estudiado.

Luego de la reforma de 1994, el art. 120 estableció como función principal "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República", lo cual fue receptado en el art. 1º de la ley 27.148.

---

(2) Estableció que el Poder Ejecutivo se encontraba autorizado a nombrar procuradores fiscales en aquellas secciones que estime conveniente.

(3) Fallos 43:321.

(4) El art. 1º establecía: "Desde la promulgación de la presente ley, en todo asunto de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que el Fisco Nacional demande o sea demandado, será exclusiva y necesariamente representado por los procuradores fiscales, y si el asunto fuese a la Suprema Corte, por el Procurador General de la Nación. En los casos en que el Poder Ejecutivo lo crea conveniente podrá también representar al Fisco en reemplazo de los funcionarios mencionados, el Procurador del Tesoro".

(5) El art. 5º, inc. a) establece: "Serán funciones del Cuerpo de Abogados del Estado que se ejercerán por la Dirección General o por las distintas delegaciones según corresponda: a) Representar al Estado y a sus reparticiones ante las autoridades judiciales, tanto si aquel litiga como actor o si lo hace como demandado, siempre que no corresponda esta actuación al ministerio fiscal. También representará al Estado ante los tribunales contencioso-administrativos".

(6) AYARRAGABAY, Carlos A., "El Ministerio Público", Ed. J. Lajouane & Cía. - Librería Nacional, Buenos Aires, 1928, p. 299.

(7) Fallos 327:5863.

(8) Fallos 315:2255.

(9) El art. 3º, inc. "G" de la Ley 24.309 estableció al Ministerio Público como un órgano extrapoder.

(10) Convención Nacional Constituyente, 34 reunión, 3ª sesión ordinaria de fecha 19/08/1994. Informe del Convencional Héctor Masnatta, p. 4671; discurso del Convencional de De La Rúa, p. 4687.

En virtud de ello, la presente reforma no ha tenido como intención colocar al Ministerio Público Fiscal como un órgano imparcial juzgador, sino más bien, parcial, en cuanto ello se refiera a la legalidad y siempre que de los intereses de la sociedad se trate.

Aclarado ello, en la actualidad el MPF se encuentra reglamentado por las leyes 24.946 y 27.148. La primera de las precedentemente mencionadas mantiene su vigencia en cuento no sea contraria a la última de ellas (conf. art. 89 de la ley 27.148).

Así las cosas, la ley 27.148 establece las funciones de este órgano, entre las cuales encontramos la de dictaminar en cuestiones que lleguen a conocimiento de la CS y de los Tribunales, en los supuestos en que verse sobre aplicación de normas constitucionales y convencionales, cuestiones de gravedad institucional, intereses colectivos o difusos, afectación a intereses de la sociedad, entre otras.

Siguiendo entonces, lo transcripto, el art. 31 de la citada ley 27.148 establece las competencias de las fiscalías "no penales", entre las cuales podemos advertir aquellas ceñidas a proporcionar opinión en cuestiones relacionadas con el debido proceso (conf. art. 31, inc. "a" de la ley 27.148) o con la afectación de garantías constitucionales y convencionales, como también, funciones activas como recurrir aquellos actos que pudiesen afectar las mentadas garantías, entre otras cosas **(11)**.

En aquel contexto, el MPF cumple —en materia de derecho procesal— un rol orientador y preventivo dentro del procedimiento por vía del dictamen y, en caso de que se afecte alguna garantía constitucional o convencional, puede adoptar un rol activo a los fines de impugnar el acto que aqueje a estas.

III. El dictamen y otras formas de intervención del fiscal no penal, como instrumento del MPF para garantizar los derechos constitucionales y procesales constitucionales: sus diversas formas de implementación

Según la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPN 27.148), a los fiscales se le indicó el deber de "realizar los actos procesales y ejercer todas las acciones y recursos necesarios para el cumplimiento de los cometidos que les fijen las leyes" (art. 39, párr. 1º, parte final, anterior LOMPN 24.946 y art. 31, incs. a a l de la actual ley LOMPN 27.148).

Esta norma determina en principio tres posibles formas de *intervención*/actuación: impetrar acciones, presentar recursos y realizar los actos procesales que resulten necesarios.

Entiéndese según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al vocablo "intervenir" como: intervenir, del lat. *intervenire*. Ejercer funciones propias de examinar, controlar, disponer, dirigir, limitar o suspender, fiscalizar, tomar parte de un asunto (según el conjunto acepciones vinculadas). Ver Diccionario RAE edición web.

La primera intervención del MPF en los procesos se confiere, comúnmente, para que el fiscal se expida sobre la competencia. En este sentido, la LOMPN establece como atribución común a todos los fiscales de primera instancia, intervenir "en todas las cuestiones de competencia", mientras que la norma que se ocupa de las atribuciones de los fiscales "no penales" enuncia entre los deberes y atribuciones de aquellos el de "Intervenir en las cuestiones de competencia o la de "defender" la competencia de los tribunales..." (art. 41, inc. c, LOMPN 24.946 —art. 31,

(11) Los incs. b) y c) del art. 31 establecen "b) Peticionar en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes, o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional. c) Solicitar la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, plantear nulidades, plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso".

incs. a a l *en especial inc. e* ["orden público"] de la actual Ley LOMPN 27.148).

Conforme la LOMPF en su art. 2º se señala: "Funciones en defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad. Para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, el Ministerio Público Fiscal de la Nación deberá:'... Asimismo, el Ministerio Público Fiscal de la Nación podrá *intervenir,* según las circunstancias e importancia del asunto, en los casos presentados en cualquier tribunal federal del país o tribunal nacional con competencia sobre la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los casos en los que no se haya transferido dicha competencia, *siempre que en ellos se cuestione la vigencia de la Constitución o de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, o se trate de: c) Conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos. d) Conflictos en los que se encuentre afectado el interés general de la sociedad o una política pública trascendente. e) Conflictos en los que se encuentre afectado de una manera grave el acceso a la justicia por la especial vulnerabilidad de alguna de las partes o por la notoria asimetría entre ellas. f) Conflictos de competencia y jurisdicción de los órganos jurisdiccionales. g) Casos en que una norma especial lo determine'".*

III.1. Forma de ejercer la función de intervención: el dictamen *como pieza y medio de intervención del MPF*

Al respecto, es la propia ley orgánica la que prevé al respecto: "Los dictámenes, requerimientos y toda otra intervención en juicio de los integrantes del Ministerio Público deberán ser considerados por los jueces con arreglo a lo que establezcan las leyes procesales aplicables al caso" (art. 28, ley 24.946 [primera ley LOMPF y art. 31, incs. a al l de la actual ley 27.148]), y tales instrumentos serán las herramientas del fiscal para:

"... a) *Velar* por el debido proceso legal. b) *Peticionar* en las causas en trámite donde esté involucrada la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional. c) *Solicitar* la recusación con causa de los jueces intervinientes, producir, ofrecer y solicitar la incorporación de prueba, peticionar el dictado de medidas cautelares o dictaminar sobre su procedencia, *plantear nulidades,* plantear inconstitucionalidades, interponer recursos, interponer las acciones previstas en la ley 24.240 y realizar cualquier otra petición tendiente al cumplimiento de la misión del Ministerio Público Fiscal de la Nación y en defensa del debido proceso. d) *Intervenir* en casos en los que se encuentren en juego daños causados o que puedan causarse al patrimonio social, a la salud pública y al medio ambiente, al consumidor, a bienes o derechos de valor artístico, histórico o paisajístico, en los casos y mediante los procedimientos que las leyes establezcan. e) *Intervenir* en cuestiones de competencia, habilitación de instancia y en todos los casos en que se hallaren en juego normas o principios de orden público; f) en los procesos de nulidad de matrimonio y divorcio, de filiación y en todos los relativos al estado civil y nombres de las personas, venias supletorias y declaraciones de pobreza; g) en todos los procesos judiciales en que se solicite la ciudadanía argentina. h) *Investigar* en los casos que interviene a fin de esclarecer si hay afectaciones a la legalidad, a los intereses generales de la sociedad y/o a los derechos humanos y las garantías constitucionales. i) *Impulsar* la actuación conjunta con las fiscalías de distrito y las procuradurías especializadas,... l) *Ejercer las demás funciones previstas por leyes especiales...".*

Consecuentemente, y en concordancia con la norma aludida y como ha sido puesto también de relieve por la jurisprudencia de todos los fueros no penales, los dictámenes no son vinculantes, *aunque corresponde atribuirles la característica de indicativos/requisitorios* —lo destacado me pertenece— *y como consecuencia ellos no constituyen actos procesales pasibles de ser impugnados por las partes*, pues, más allá de la conformidad o no de las partes respecto del dictamen fiscal, este no es idóneo para incidir en su mayoría en la esfera de derechos e intere-

ses de aquellos cuando no se encuentran comprometidas normas de orden público.

III.2. Clasificación de los actos jurídicos procesales fiscales de intervención que velan por la regularidad del proceso y del procedimiento

III.2.a. Actos promovidos por el Ministerio Público Fiscal: observaciones al procedimiento y al proceso

Estos actos, son actos jurídicos procesales fiscales (es una resolución en la cual el Fiscal expide y puede comprender desde su opinión, sugerencia, etc., hasta un requerimiento en particular) que, como consecuencia de una intervención motivada (que puede ser una vista conferida y/o notificación personal o electrónica emitida por la jurisdicción), el magistrado fiscal al recibir la causa y analizar entre otros aspectos los formales, interpreta que existen omisiones ya sea incurridas por la jurisdicción o por la actuación procesal de las partes, terceros y/o colaboradores de la justicia, etc., faltantes o carencias que conformarían un obstáculo para expedirse de manera efectiva, correcta y completa en la materia de vista, como pueden ser la existencia de resoluciones pendientes de efectuar, actos pendientes de cumplir, firmas que estampar que hacen a la existencia o no de resoluciones judiciales emitidas; falta de cuerpos de expedientes y/o pruebas de incorporar y de producir, etc., entre otros aspectos formales; por ejemplo:

"... Previo a cumplir con la vista conferida, en resguardo del derecho de defensa de las partes y el principio de bilateralidad, considero que VS debe sustanciar la presentación de fs. 28..., Cumplido estaré en condiciones de dictaminar. Fiscalía 22 de agosto de 2019...".

También desde el punto de vista práctico se puede decir que son resoluciones fiscales preparatorias tendientes a la emisión del dictamen final.

Estos actos, según el criterio de adopta cada magistrado fiscal a los efectos de la confección de la estadística mensual, semestral y anual, pueden ser clasificarse en observaciones con y sin número de dictamen, y pueden estar ser referidos a: Medidas cautelares solicitadas; Autorización de poderes; Ofrecimientos de prueba; Juicios de menores e incapaces; Asistencia a audiencias (otros); Observaciones al procedimiento; Pedidos de pronto despacho; Recurso de hecho; Aclaratorias; Recursos de apelación; Recursos extraordinarios; Oposiciones al archivo; Ejecución de multas; Observaciones sobre impuestos y tasas; Informes por secretaría de Fiscalía, y Otros.

III.2.b. Vistas (dictámenes) evacuadas como consecuencia de la intervención del PJN y otros

Las vistas, son los actos judiciales efectuados por un juez o magistrado, en los que se proponen y/o requieren la intervención requirente obligatoria del Ministerio Público Fiscal y consisten en ordenar por resolución la remisión del expediente al Fiscal a los efectos que este magistrado se pronuncie sobre algún aspecto de la causa o acerca de alguna materia específica. En el vocabulario forense cotidiano, se expresa que una causa "fue en vista al Fiscal", cuando el expediente fue remitido desde la jurisdicción al fiscal para que este se expida acerca de una determinada materia ("... De la Defensa planteada por la parte actora a fs. 104 y la réplica de la contraparte, confiérase vista al Sr Fiscal...") o sea, que es muy común que se utilice el término vista como sinónimo de dictamen cuando ambos son términos claramente disímiles.

Esta pieza procesal, constituye el acto jurídico fiscal que el MPF tiene y utiliza como uno de los medios de expresión para materializar su intervención en las causas, donde debe realizar y velar por la defensa de la Constitución y los intereses generales de la sociedad, para garantizar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte. Y digo unos de los medios porque existen otros que más adelante se analizarán.

En definitiva, los dictámenes, son una parte esencial y obligatoria en el proceso —que de estar de acuerdo el magistrado judicial hace suyo los argumentos expuestos por el Fiscal en su opinión emitida—, que elabora el o la fiscal para que el juez o jueza decida la cuestión que están tratando. En este sentido, un dictamen es mucho más que una simple opinión fundamentada: en ese documento, el fiscal representa el interés ge-

neral de la sociedad, mantiene o asegura la Regularidad del proceso, Debido proceso y el Acceso a la jurisdicción, o de tutelar los intereses generales —en los fueros no represivos— sobre el punto del conflicto que se esté discutiendo. Este acto procesal de intervención requirente obligatorio que puede ser motivado por la actuación de las partes, de la jurisdicción, por terceros y por auxiliares de la justicia, que es en esencia una sugerencia fundada sobre aspectos de derecho, de representación, del proceso, de actuación y de defensa de derechos y de la legalidad, es garantía del control de regularidad por lo cual si cualquiera de estas finalidades se ven comprometidas y no hubo o tomó intervención el Fiscal, se encontrará viciado por omisión y será pasible de un planteo de nulidad. Privar la intervención del MPF, limita el ejercicio y las funciones de los Fiscales con la consecuente violación a las normas de fondo y procesales reglamentarias de los derechos Constitucionales.

Por último en este aspecto se señalan que algunas de las materias obligatorias de dictamen son: Competencia y nulidades inconstitucionalidades incidencias de integración del proceso; y las materias discrecionales son: Personería, Litispendencia, Cosa juzgada; Transacción, Prescripción, Acumulación', Reconvención, Rebeldía, Medidas de prueba, Desistimientos, Allanamientos, Conciliación, Ejecución de sentencia, Impuestos, Tercería, Acción de amparo, Proceso sumarísimo, entre otras/os.

III.2.c. Asistencia a audiencias

Actos de intervención presencial y personal del Fiscal en la audiencia con constancia escrita en autos a los efectos de ejercer el derecho de cumplir con las misiones encomendadas y sus funciones (previstas en el art. 120 de la CN y en la LOMPF).

III.2.d. Notificaciones

Son las comunicaciones procesales de actos procesales cumplidos en las causas referidos a las materias, temas e incumbencias establecidas como funciones del MPF. Ellos pueden ser cumplidos de forma: personales y electrónicas, y tales notificaciones comúnmente refieren ya sea a resoluciones juridiciales como también a dictamen emitidos que se notifican en materia de: Audiencias de prueba, Audiencias de alegar, Sentencias definitivas, Sentencias interlocutorias, Desistimientos, Allanamientos, Conciliaciones, Archivo, Exhortos, Otros.

Si en cualquiera de las finalidades y en las materias aludidas precedentemente, no hubo o no tomó intervención el Fiscal, ya sea mediante las notificaciones o estas fueron anómalas, o la actuación del magistrado Fiscal fue anómala, dicha causa se encontrará viciada por omisión o por irregularidad, por lo tanto, será pasible de un planteo de nulidad.

III.2.e. El recurso de apelación

Respecto del recurso, cabe puntualizar que esta forma de intervención consiste en la formulación y presentación de una apelación fiscal a una decisión jurisdiccional, en la cual el Magistrado Fiscal limita su actuación a la mera interposición de la pieza recursiva (revocatoria u ordinario de apelación), siendo el fiscal de Cámara el que, en aquella instancia, determina si sostiene o no la apelación, procediendo, en su caso, a fundarla (arg. arts. 245, 246 y 260, Cód. Proc. Civ. y Com.), sin perjuicio claro está del derecho que le asiste a este último de apelar los fallos de la Cámara también. Este tipo de acto, además, y como los enumerados y descriptos en los siguientes puntos III.2.f, III.2.g, III.2.h y III.2.i, pueden o podrán o no, estar registrados numéricamente bajo la forma de dictamen o solo como un simple escrito original con su respectiva constancia de presentación y recepción en el expediente.

III.2.f. Actos de sostenimiento recursivo

Son los producidos por el Fiscal General ante la Cámara respectiva de actuación, con relación a las apelaciones deducidas por los Fiscales de primera instancia.

III.2.g. Actos de impulso/ denuncia

Estas son las actuaciones en las cuales el magistrado de forma individual o con la actuación conjunta con las fiscalías de distrito, fiscalías de diversas materias y las procuradurías especializadas, etc., producen o generan denuncias en razón de encontrarse frente a circunstancias

que puedan constituir o constituyan la comisión de ilícitos.

III.2.h. Actos de requerimiento cautelar/ petición de medidas cautelares

Estos actos o esta actuación fiscal, se encuentra determinada por ley para ser activada ante circunstancias en las cuales por amenaza a la garantía de la defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en especial, en los conflictos en los que se encuentren afectados intereses colectivos, un interés y/o una política pública trascendente, normas de orden público y leyes no disponibles por los particulares, el debido proceso, el acceso a la justicia, así como cuando se trate de una manifiesta asimetría entre las partes o estén amenazados o vulnerados los derechos humanos, las garantías constitucionales o la observancia de la Constitución Nacional.

III.2.i. Actos recusatorios de solicitud de excusación

La finalidad de tales actos es mantener la garantía de imparcialidad del juez en el proceso a los efectos de evitar incidencias de nulidad, como consecuencia de la existencia de causales de impedimento que recaen sobre quien debe juzgar a las partes, y así contribuir mayor seguridad jurídica a la regularidad del proceso.

En síntesis, la intervención del Fiscal, entonces, es la garantía del control de la *regularidad del proceso* (evitando y previniendo así futuros planteos de nulidad), de la aplicación de normas de fondo y reglamentarias de derechos constitucionales (garantías constitucionales), como así también de las funciones previstas para los Fiscales en la ley 27.148 y el art. 120 de la CN.

IV. Planteo de nulidad

Liminarmente, destácase que en materia de nulidad de los actos jurídicos la clasificación en actos de nulidad absoluta y actos de nulidad relativa, lo cual se encuentra vinculado al interés en juego (particular o de orden público) y su subsanación dentro de la continuidad del proceso.

En ese marco, el Procurador General de la Nación al dictaminar en la causa "Ruarte" **(12)**, justificó su intervención en defensa del debido proceso legal y a fin de evitar una sentencia nula que atente contra el orden público, para lo cual, sostuvo: "Entre las funciones de este Ministerio Público se encuentra la de velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal (art. 25, inc. h de la ley 24.946) y en ejercicio de ese deber-atribución, un atento examen de las actuaciones pone al descubierto el modo formalmente erróneo e inadecuado en que se condujo el proceso, defecto de tal entidad que afecta la validez misma del pronunciamiento que VE habrá de dictar... constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentren involucrados aspectos que atañen al orden público toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional, no podrá ser confirmada por sentencias ulteriores..."

En efecto, a los fines de dar cumplimiento con la misión consagrada en el art. 120 de la CN, el art. 31, inc. c) de la ley 27.148 establece que el Ministerio Público puede pedir la declaración de nulidad.

Sentado ello, nuestro Código Procesal Civil y Comercial, norma ritual local dispone que proceda la sanción de nulidad al acto cuando aquel carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (conf. art. 169 del Cód. Proc. Civ. y Com.), situación que autoriza al fiscal en mira al interés general plantearlo ante el juez, criterio que fue ratificado por la jurisprudencia civil en la causa "Tenenberg" **(13)**.

Así, advertimos que no puede omitirse al dictamen fiscal a la hora de dictar sentencia definitiva o interlocutoria, ya que, en tal oportunidad este cumple un rol de formador de opinión del juzgador.

---

(12) Procuración General de la Nación en autos "Ruarte Bazán, Roque C. c. Universidad Nacional de Córdoba s/ recurso judicial", art. 32 ,ley 24.521 R. 724, L XKVI del 12/07/2011 ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

(13) CNCiv., sala G, 26/12/1985, "Tenenberg de Arfa, Noemí B. c. Manuela, Elso, A.", JA 1986-IV-751.

Es por ello, que el Fiscal, actúa en defensa del interés público y a tal fin, la ley lo reconoce como titular de la acción de nulidad absoluta, ello, en los casos de encontrarse aquel comprometido.

V. Conclusión

La función que cumplen los fiscales "civiles en general" o "no penales" desde la sanción de la ley 27.148, dejó de ser meramente formal, mediante dictámenes o simples emisiones de opinión, cuando los jueces se lo solicitan o las leyes así lo disponen. La etapa actual, es una donde el rol del fiscal dejó de ser pasivo y se compromete directamente con los intereses que se encuentran detrás del conflicto individual, logrando un papel protagónico y comprometido con la defensa de los intereses generales.

Frente a ello, también se debe destacar que existe un cambio conceptual del interés público con el correr del tiempo, en gran parte con base en el reconocimiento de nuevos derechos hacia la sociedad. Sin embargo, toda vez que las leyes de ordenamiento regulan la intervención con fórmulas genéricas como "asuntos concernientes al orden público", se impone la necesidad de establecer la confección de protocolos y reglamentaciones que eviten caer en una noción vaga y confusa que permita a los jueces, a través de su libre arbitrio, otorgarle participación solo en determinados momentos.

En ese marco, actualmente convivimos con una amplia legislación discrecional **(14)** sin establecer un marco de acción para el magistrado, lo cual, como bien señala Lionetti de Zorzi "... un término que carece de un significado cierto y delimitado corre el riesgo de ser atribuido por el juez o, en su defecto, por la doctrina" **(15)** y como bien agrega Guibourg al interpretar las ideas de Jorge W. Peyrano que "... si pensamos que la ley debe aplicarse en forma lisa y llana a menos que haya buenas razones para apartarse de su sentido original, lo que queremos implicar es que nos reservamos el derecho de introducir excepciones o modificaciones en el sentido original de la ley, cuando las condiciones del caso así lo aconsejen. Falta aclarar aquí cuáles son las condiciones que nos aconsejan tal cosa y cuánta energía de justicia contienen para vencer nuestro umbral de inercia literal. Develar esos misterios nos abriría el camino para un ejercicio racional de la ponderación, procedimiento que todos invocan, pero nadie, ni siquiera Alexy, ha podido explicar. Esta aclaración nunca se formula, y con razón: si supiéramos responder a tal pregunta como previsión de casos futuros, tanto valdría introducir esos criterios excepcionales en la ley misma. Si no lo hacemos, es por reconocimiento de nuestra ignorancia, no solo del futuro de los hechos, sino también de los criterios que a cada uno puedan parecer aplicables a la hora de valorar cómo y cuánto apartarse del texto.

"Esa es la base desde la cual empezamos por menospreciar las fórmulas sacramentales, seguimos por flexibilizar la apreciación de las pruebas y los márgenes de interpretación de las leyes (y de la Constitución) y finalmente confiamos nuestra vida, nuestro honor y nuestras fortunas a un sistema de enunciados presidido por principios generales y derechos humanos, tan entrañables como vagos. En otras palabras, confiamos tan poco en la capacidad predictiva del legislador, y tanto en la capacidad cognitiva de los jueces, que sometemos al primero a límites difusos y exigimos a los segundos precisarlos con exactitud en cada caso, con la supuesta ayuda de una virtud metafísica controvertida y más que inasible. De este modo, la flexibilidad no aparece como un pequeño margen de discreción, como habría querido Aristóteles y propone Peyrano, sino como una directiva general en el sentido de buscar la materia antes que la forma, los principios antes que la ley y la justicia antes que la seguridad, como mandan hoy la Constitución y el Código Civil y Comercial" **(16)**.

De este modo, el MPF colabora con una solución que respete la constitución y los tratados, como también, sus leyes reglamentarias. La pre-

(14) Como regla general, el art. 3º del Cód. Civ. y Com. establece: "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada".

(15) LIONETTI DE ZORZI, Juan Pablo, "Cuestiones básicas del nuevo Código Civil y Comercial Nacional Argentino bajo la mirada de tres filósofos del derecho", Alegatos, 93, México, mayo-agosto de 2016.

(16) GUIBOURG, Ricardo, "Flexibilizaciones, motivos y circunstancias", LA LEY 25/11/2019.

sente se ciñe en la necesidad de otorgar previsibilidad en las soluciones que adopte el órgano jurisdiccional, ello, a los efectos de dar certeza a quienes recurren a este último.

A modo de conclusión, podemos observar que el Ministerio Público Fiscal cuenta con distintas herramientas para asegurar el debido proceso, lo cual, como bien señala Herrero "Para que el proceso constituya el sendero hacia lo justo como quiere la Constitución, el Ministerio Público debe velar por la pureza como método de debate dialéctico, que es lo mismo que decir que debe velar por el efectivo cumplimiento de la garantía del debido proceso, como lo encarece en tres oportunidades la ley 24.946. Y velar por el debido proceso, implica impugnar toda norma, acto o conducta procesal que lesione la imparcialidad del juez, quebrante la igualdad de las partes, o les niegue a estas la oportunidad de participar con utilidad en el proceso, tomar conocimientos de sus actos y etapas, ofrecer y producir pruebas, gozar de audiencia (ser oído), es decir, ejercer en plenitud su derecho de defensa" **(17)**, siendo justo no la solución, sino más bien, el camino que transiten las partes hacia su concreción.

Sin embargo, en la actualidad la costumbre instalada en el Poder Judicial genera que no se suelan cumplir con la participación establecida en la ley, como también, los fiscales no asumen el rol activo que esta propone. Además, se suele asumir su intervención como cumplimiento de un requisito de procedimiento.

Respecto a ello, ha expuesto Monti "Por fin esta magistratura, muchas veces descuidada y apenas conocida en su proyección constitucional, tiene ahora un estatuto legal acorde con la alta misión que le concierne en la custodia del orden jurídico con base en la Constitución, la defensa de la causa pública y la tutela de los intereses generales de la sociedad. Pero viene al caso reiterar aquí que las mejores reglas no bastan. Solo si ellas se van articulando con los comportamientos adecuados de los ocupantes de los cargos y se afianzan a través de una práctica constante arraigada en la comunidad, cabe aguardar buenos resultados. El legislador ha hablado y lo ha hecho bien, ahora repetiremos con Antígona: 'Solo falta justificar esas palabras magníficas'" **(18)**.

Como colofón, la constitución y sus leyes reglamentarias receptan lo aquí tratado, como además, la jurisprudencia de la corte, restando únicamente, su implementación en los hechos por parte de los órganos que intervienen en el proceso.

(17) HERRERO, Luis R., "El Ministerio Público Fiscal en el Fuero Federal de la Seguridad Social a la luz de la Reforma Constitucional de 1994. ¿Representante del Estado o de los intereses generales de la sociedad? ¿Vigía de los jueces o una parte más en el proceso?", Revista "Aequitas", Facultad de Ciencias Jurídicas - USAL, 6, vol. 6, año 2012.

(18) MONTI, José L., "El Ministerio Público a la altura de nuestro tiempo", ADLA 1998-A, p. 101.

Mochila Argentina: análisis constitucional del principio de protección contra el despido arbitrario

Hernán Rodríguez Vagaría (*)

Sumario: I. Breve descripción.— II. Protección contra el despido arbitrario antes de la reforma de 1957.— III. Protección contra el despido arbitrario desde 1957 a "Vizzoti".— IV. Principios emergentes de "Vizzotti".— V. Constitucionalidad del sistema de "Mochila Argentina".

I. Breve descripción

Mochila Argentina es un proyecto legislativo sin estatus parlamentario que está circulando en distintos ámbitos.

Básicamente, consiste en la conformación de un fondo/seguro con aportes que realizarán los empleadores y que se utilizará para afrontar la indemnización por despido de los trabajadores del sector privado.

Si bien los contornos concretos del proyecto no están todavía definidos, a partir de sus notas y directrices principales, podría sostenerse que:

1) El sistema de "Mochila Argentina" tiene características propias que lo diferencian del sistema "Mochila Austríaca" **(1)**.

2) La magnitud del aporte que deberán afrontar los empleadores dependerá de la rotación de personal histórica del propio empleador (a mayor despidos, mayor aporte).

3) El fondo será manejado por ANSeS, la Superintendencia de Seguros, u otras entidades de control a definirse.

4) El sistema considera la "antigüedad" acumulada del trabajador en sus distintos trabajos.

5) Ante la situación de despido, el trabajador podrá requerir la indemnización que será recibida de forma mensualizada (manteniendo el salario del último mes en relación de dependencia, actualizado) hasta conseguir el próximo trabajo o agotar la "antigüedad" acumulada, lo que ocurra primero.

6) Si el trabajador es contratado por un nuevo empleador antes de agotar la indemnización a la que tiene derecho, el trabajador continuará acumulando antigüedad partiendo de los meses no "consumidos" de la indemnización **(2)**.

7) La antigüedad acumulada al momento de la jubilación o de muerte del trabajador será complementaria de su haber jubilatorio o será un activo de su acervo hereditario, según el caso.

8) El fondo y la indemnización operan, en la práctica, de la misma manera en caso de renuncia del trabajador que en caso de despido.

9) Para desalentar conductas abusivas, se ha previsto que el trabajador que renuncie no co-

(*) Abogado. Magíster en Derecho Empresarial y profesor de Derecho Constitucional.

(1) Sistema implementado en Austria en 2003.

(2) Esta particularidad del sistema es la que origina el nombre de "mochila". Es decir, porque acompaña al trabajador.

brará el primer mes indemnización (sin que ello implique perder ningún mes de antigüedad acumulada, la cual comenzará a recibir a partir del segundo mes) y que el empleador que despida deberá afrontar de forma directa (de su bolsillo y no del fondo) el primer mes de indemnización al trabajador.

10) Si bien el flujo de fondos generado por el sistema responderá por los despidos en el sector privado, los empleados del sector público que pasen a trabajar al sector privado podrán computar en su "antigüedad" los años de trabajo en el sector público.

¿Es constitucional el sistema de "Mochila Argentina"? Para responder esa pregunta hay que repasar primero que fue lo que entendió la Corte Suprema de Justicia que era constitucional y que era inconstitucional sobre el tema.

II. Protección contra el despido arbitrario antes de la reforma de 1957

En Argentina, las ideas de "justicia social" comenzaron a prosperar a fines del siglo XIX pero tuvieron clara acogida en la Corte Suprema a principios del siglo XX y tuvieron recepción normativa a partir de los mismos años con leyes tales como la ley 9688 (de accidentes de trabajo), la ley 11.157 de 1921 (que congeló alquileres), la ley 11.729 del año 1934, la ley 11.933 del mismo año (que consagró el seguro obligatorio de maternidad) y el dec. 33.302 del año 1945. Ese mismo torrente de ideas y normas alcanzaron rango constitucional con la reforma del año 57 (y también, en la frustrada reforma de la constitución del año 49) que fue cuando se incorporó el art. 14 bis al texto constitucional y con él, el mandato constitucional de proteger al trabajador contra el "despido arbitrario".

La ley 11.729 fue la ley que modificó la indemnización de los empleados de comercio establecida en el "viejo" Código de Comercio (que era equivalente al salario de un único mes), fijándola en medio mes de sueldo por año de antigüedad y el dec. 33.302/1945 fue la norma que duplicó esta última indemnización (la llevó a un mes de salario por año de antigüedad) extendiéndola al resto de las actividades. Tanto la una, como la otra, fijaban un tope a la indemnización.

Entre los fallos de la Corte Suprema de la Nación más importantes sobre el tema aquí tratado hasta la reforma de la Constitución de 1957, cabría recordar lo resuelto en "Saltamartini" **(3)**, "Rusich" **(4)**, "Dordal" **(5)**, "Mengual" **(6)**, "Aguis Fuatte" **(7)** y "Brunet" **(8)**.

Cabe mencionar el fallo "Saltamartini" de 1936 porque allí la Corte consideró inconstitucional la aplicación retroactiva de la indemnización por despido fijada por el inc. 3º del art. 157 del Cód. de Comercio (conforme modificación introducida con la ley 11.729) poniendo un límite al legislador. Allí se sostuvo que "... es patente que tal efecto retroactivo dado a la ley sancionada en 1934 que grava con una indemnización ineludible al patrimonio del empleador en forma que este no ha podido prever, aunque con el elevado propósito de beneficiar al empleado, viola el derecho de propiedad de aquel al imponerle una nueva obligación en razón de servicios realizados y finiquitados con anterioridad a la ley...".

"Rusich" fue especialmente importante porque allí la Corte Suprema (año 1938) convalidó el pago de vacaciones por el empleador previsto en la ley 11.729 "en resguardo de la salud y de la mayor eficacia del dependiente u obrero", porque ratificó la legitimidad del Congreso para imponer una indemnización prudencial al empleador por despedido incausado y porque ha sido citado en innumerable cantidad de fallos a partir de entonces.

"... [L]a ley y el Estado deben intervenir para evitar el abuso y la arbitrariedad, porque la ley de la oferta y la demanda rige para el empleado y el obrero de una manera desigual y con grandes desventajas con relación al que ofrece el trabajo" (Diario de Sesiones, año 1933, t. 2, p. 262).

(3) CS, 10/09/1936, "Salmartini, Pedro c. Compañía de Tranways La Nacional, indemnización de despido".

(4) CS, 20/07/1938, "Rusich, Elvira c. Compañía Introductora de Buenos Aires SA".

(5) CS, 21/04/1941, "José Dordal c. Calderón y Ropero".

(6) CS, 02/10/1947, "Mengual Rafael c. Manufactura Algodonera Argentina SA".

(7) CS, 26/07/1948, "Miguel Aguis Fuatte c. Singer Sewing M. Co.".

(8) CS, del 12/03/1956 "Pedro Brunet c. Luis J. Cura".

Otorgar el descanso o vacaciones sin remuneración importa, en el hecho, negar ese justo reposo porque ni el dependiente, ni el obrero, en la generalidad de los casos, pueden realizar economías y ahorros para costearse la vida y la de su familia. El legislador argentino, siguiendo el ritmo universal de la justicia, ha creído que el patrón, aún sin dolo y sin culpa, debe indemnizar al obrero accidentado o víctima de una enfermedad profesional; ha creído y resuelto que las mujeres y los niños solo en cierta medida y condiciones pueden trabajar; ha resuelto que solamente en ciertos días de la semana pueden el industrial y el comerciante hacer trabajar a sus obreros y dependientes; que el patrón no puede despedir a su dependiente sin justa causa —cualesquiera sean los términos del contrato de trabajo—, sin indemnizarle prudencialmente..." (en "Rusich").

"Dordal" (año 1941) resulta fundamental también porque sentó otro límite claro y preciso respecto de la magnitud que debían tener las obligaciones patronales bajo el "Constitucionalismo Social". En "Dordal" en armonía con los pilares del Constitucionalismo Social (que intenta conciliar y armonizar los principios del Constitucionalismo Clásico con los derechos sociales) se sostuvo expresamente que si la obligación patronal "gravitaba sobre el patrimonio del comerciante en forma o intensidad o alcance aniquilador del mismo, destruyendo la posibilidad de continuar el giro del negocio, la garantía constitucional del art. 17 (es decir, la garantía de protección de la propiedad del empleador) reclamaría su imperio".

A "Mengual" (año 1947) es preciso recordarlo porque convalidó la constitucionalidad del art. 45 del dec. 33.302/1945 (emitido durante el gobierno de facto) que estableció el deber de abonar a los empleadores el sueldo anual complementario correspondiente al año 1945 que ya había finalizado para el momento de emisión del decreto (en contra de la doctrina de "Saltamartini"). Al hacerlo, en síntesis, sostuvo que el decreto comportó una retroactividad "de emergencia" requerida por exigencias de orden público, frente a la cual no existen derechos adquiridos del empleador.

"Aguis Fuatte" (año 1948) resulta relevante porque en él la Corte sostuvo que la exigencia del art. 2º de la ley 11.729 que mandaba computar como base para la indemnización por antigüedad el tiempo anterior a la vigencia de la ley no era inconstitucional [ratificando a "Mengual", como sucedió en "Sosa, Adán" **(9)** del año 1957 y abandonando definitivamente a "Saltamartini"].

"Brunet" (año 1956) fue importante porque sostuvo que "la determinación de un mínimo de indemnización para el caso de despido, cualquiera sea el caso de duración del contrato laboral" era "una cuestión de prudencia legislativa" ajena de revisión de los tribunales.

III. Protección contra el despido arbitrario desde 1957 a "Vizzoti"

En el año 1957 se reformó la Constitución Nacional, incorporando el art. 14 bis **(10)** y reconociendo con rango constitucional el principio de "protección contra el despido arbitrario" que rige hasta al día de hoy.

Entre los fallos de la Corte Suprema de la Nación más importantes sobre el tema desde la reforma de la Constitución de 1957 hasta el *leading case* "Vizzoti" **(11)** (año 2004), destacamos especialmente lo resuelto en "Paredes" **(12)**, "Prattico" **(13)**, "Aceval" **(14)**, "Mata" **(15)** y "De Luca" **(16)**.

---

(9) CS, 23/12/1957, "Sosa, Adán c. Merz Hnos. s/ indemnización por enfermedad inculpable".

(10) La reforma también otorgó al Congreso la potestad de dictar el Código de Trabajo.

(11) CS, 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c. AMSA SA".

(12) CS, 25/10/1974 "Paredes, Humberto c. Compañía Colectiva Costera Criolla SA s/ diferencia de haberes".

(13) CS, 20/05/1960 "Carmelo Prattico y Otros c. Basso y Cía.".

(14) CS, 06/10/1961 "Aceval, Héctor L. c. Acindar Industria Argentina de Aceros SA s/ indemnización por clientela".

(15) CS, 28/03/1962 "José María Mata c. SA Ferretería Francesa".

(16) Sobre los topes indemnizatorios, previos a "Vizzoti" puede consultarse a los siguientes fallos de la CS: "Ulman, Miguel c. VASA s/ despido" del 11/09/1984; "Paluri, Henio c. Establecimientos Metalúrgicos Santa Rosa SA s/ despido" del 13/12/1984; "Grosso, Bartolo c. San Sebastián SACIFIA s/ cobro de pesos" del 04/09/1990; "Martinelli, Oscar H. C. y otros c. Coplinco Cía. Platense de la

En "Paredes" (año 1958) la Corte sostuvo que el pago del salario —en la medida que no exceda arbitrariamente el monto corriente— "... no se condiciona al resultado de la empresa...".

En "Prattico" (año 1960) se sostuvo que "los actos estatales encaminados a conceder a los trabajadores remuneraciones que "les aseguren un nivel de vida adecuado" suponen un ejercicio válido del Poder de Policía y que "toda vez que la libertad de contratar del empleador entrare en conflicto la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquella, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo" (mismo criterio que fue ratificado enfáticamente por la Corte, en "Roldan" **(17)** en el año 1961 y por Fayt en su voto en "Unión Obrera Metalúrgica c. SOMISA" del año 1991).

"Aceval" (año 1961) resulta de particular interés porque, al analizar el caso de los beneficios de los viajantes de comercio, la Corte ratificó el criterio mayoritario de "Cine Callao" respecto de la determinación de la cuantía de la indemnización debida, al sostener que "... es propio de determinación por el Congreso e irrevisable por los tribunales de justicia, a los que está vedado el examen de la conveniencia y del acierto de las medidas normativas adoptadas en el ámbito de las atribuciones propias del legislativo...".

A su turno, cabe destacar también el fallo "Mata" (de 1962) porque ratificó que el Congreso cuenta con facultades para "reglamentar el contrato de trabajo e imponer determinadas prestaciones a quienes, en ese contrato, asumen posiciones de empleadores", sostuvo que (a partir de la reforma de la constitución del año 1957) "uno de los deberes inexcusables del Congreso" es "el de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables, entre los que figura, de manera conspicua, el de tener "protección" contra el "despido arbitrario" y porque enfatizó (que en la medida que se trate de cargas razonables) "el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender jurídicamente de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios". Debe señalarse también que en "Mata" hubo (en línea con "Dordal") un intento concreto por parte de los Jueces de la Corte de conciliar la propiedad del empleador y la tutela del trabajador. En uno de sus pasajes de "Mata" puede leerse que "la carga impuesta al empleador no debe gravar su patrimonio de manera expoliatoria o exorbitante".

En "De Luca" del año 1969 (que trató la constitucionalidad del sistema de la estabilidad rígido del personal bancario establecida en la ley 12.637 y su dec. regl. 20.268/1946) la Corte concluyó que con el régimen de estabilidad (y la obligación de reincorporar al empleado y pagarle, de por vida, todos los sueldos que hubieren podido corresponderle hasta el momento en que alcance el derecho a la jubilación) "... no se está en presencia de una verdadera indemnización por despido arbitrario, sino de una especie de sanción represiva impuesta a la entidad que se niega a reincorporar al empleado; sanción que a su vez asume, desde el punto de vista de este, el carácter de un premio, tanto más cuantioso cuanto más corto haya sido el lapso de trabajo, puesto que, en definitiva, el art. 6º del dec. 20.268/1946 conduce paradójicamente a beneficiar más a quienes cuentan con menor tiempo de servicio y menos, en cambio, a quienes cuentan con más años de trabajo...".

El Procurador General, en su opinión a la Corte sobre el caso "De Luca", desarrolló también otros conceptos que resultan relevantes para comprender todo el sistema de indemnizaciones laborales. Entre ellos, destaco cuando dijo:

1) que el sistema de la estabilidad absoluto "... desconoce el derecho que asiste a las empresas particulares para dirigir su actividad con un margen razonable de autonomía, que sin duda asegura el art. 14 de la CN cuando consagra la libertad de comerciar y ejercer toda industria lícita...", que el art. 14 bis de la CN se limita "... a garantizar a los trabajadores en general la protección contra el despido arbitrario..." y que lo

Industria y Comercio" del 16/12/1993; "Marianetti, Luis P. c. Bodegas y Viñedos López SAIC" del 27/10/1994; "Campos González, José c. Carrier Lix lett SA" del 30/06/1997; "Villareal c. Roemmers" del 10/12/1997; "Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi Sociedad Anónima de Industria y Comercio" del 27/05/1999; y "Fabbro, Luis A. c. Camea SA" del 27/05/1999.

(17) CS, 16/06/1961, "Roldán, José E. c. Antonio Borrás s/ salario familiar".

anterior no obsta a que "persiguiendo legítimos objetivos sociales", "... se puedan establecer regímenes que mediante la creación de sistemas indemnizatorios más flexibles garanticen mejor a los trabajadores, teniendo en cuenta su antigüedad en el empleo", y "... la conservación de este mientras no existan causas razonables que justifiquen la separación";

2) que "una cosa son las simples multas civiles, siempre vinculadas al resarcimiento de un daño, que, por eso, han de ser percibidas por quienes tengan derecho a la reparación; y otro, en cambio, es el caso de que verdaderas y graves penas sean impuestas en exclusivo beneficio de particulares, pues así vendría a restablecerse un tipo de institución propio de formas de organización social anteriores al Estado moderno. El pago de las cantidades de que se trata aparece, por tanto, únicamente como una exacción en provecho de determinados particulares, es decir, como enriquecimiento de unas personas a costa de otras sin motivo valedero que lo justifique. Y bien, se ha reconocido como indiscutible que no le está permitido al Estado proceder de ese modo aunque fuese so color del ejercicio de facultades impositivas, porque ni por ese, ni por otro motivo, es posible tomar los bienes de unos ciudadanos con el fin de darlos a otros sin título alguno para recibirlos (...). Si ello es así, tampoco puede el legislador realizar tales actos de disposición arbitraria del patrimonio de los particulares por vía del ejercicio de las atribuciones emanadas del art. 14 nuevo de la Constitución Nacional. Por otra parte cuando se crean cargas que debe soportar únicamente un grupo de personas para procurar a otro un beneficio dado, es preciso, en atención al principio aludido, que entre ambos sectores medien vínculos que justifiquen las prestaciones impuestas (...). Y con mayor razón será aplicable esta exigencia si del beneficio que se otorga deriva, como aquí ocurre, un resultado susceptible de objeción desde el punto de vista ético pues quien percibe dicho beneficio obtiene, sin actividad alguna de su parte, una ganancia segura con la que puede eximirse de la normal obligación de trabajar, o, por lo menos, crearse una fuente adicional de recursos".

La ley 20.744 que estableció el Régimen de Contrato de Trabajo es la norma base que rige hoy en día el tema que nos ocupa. Fue sancionada (a libro cerrado) en 1974 y mantuvo la base de cálculo para la indemnización por despido incausado (salario completo por años de antigüedad), fijando topes máximos a la suma resultante. Esa ley fue el "corolario" y la "respuesta" de las sentencias judiciales antes mencionadas (haciéndose eco también de la ley 16.881 —promulgada parcialmente— el año 1966 pero que fue promulgada parcialmente por el Poder Ejecutivo y declarada inconstitucional en 1967 por la Corte en "Collela c. Fevre y Basset") y de la puja política de los cincuenta años previos.

Cabe señalar que a partir de la sanción de la ley 20.744 (es decir, a partir de 1974) hasta "Vizzoti" los fallos más relevantes de la Corte en materia de despidos estuvieron concentrados principalmente en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los topes fijados/mantenidos por las leyes 21.297, 24.013, 25.013, 25.877 o eliminados temporalmente con la ley 23.697 (vigente hasta sanción de ley 24.013) y ya no en la constitucionalidad del sistema de indemnización prevista por el legislador. Vale decir, simplificando conceptos, los principales argumentos que se desarrollaron en la jurisprudencia y ámbitos jurídicos a partir de 1974 hasta "Vizzoti" con relación al despido bajo régimen de "estabilidad impropia" estuvieron concentrados en la razonabilidad o arbitrariedad de los "topes" sin ahondar en el análisis del mecanismo (en sí mismo) elegido por el legislador para proteger al trabajador.

IV. Principios emergentes de "Vizzotti"

El fallo "Vizzoti" (año 2004) es el *leading case* más importante desde la reforma de la Constitución del 94 en materia de indemnizaciones laborales y, por ello, amerita detenerse un momento en el mismo. Resulta pertinente hacerlo aunque las argumentaciones en "Vizzoti" no se producen respecto de la razonabilidad del sistema elegido por el legislador para proteger al trabajador contra el despido arbitrario, sino sobre la razonabilidad (o irrazonabilidad) de los "topes" indemnizatorios respecto del sistema elegido por el legislador. En boca de la Corte: "... [S]i el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación...".

En breves palabras, en Vizzoti se resolvió que el tope a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa establecida en los párrs. 2º y 3º del art. 245 de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo solo debía aplicarse hasta el treinta y tres por ciento (33%) de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable porque entendió que por sobre dicho umbral resultaba confiscatoria del derecho del trabajador (previsto en el párr. 1º de este art. 245) y violatorio de los arts. 14 bis y 19 de la CN. Es decir, en Vizzoti los jueces de la Corte resolvieron el caso partiendo de la base conceptual de que el legislador había creado un sistema de protección mediante la fijación de una indemnización tarifada (equivalente al salario de un mes por año de antigüedad) y que el tope fijado por el propio legislador era inconsistente con la finalidad del mecanismo establecido. La Corte concluyó así que la fijación de un tope que cercenara más de un 33% la indemnización consagrada por el párr. 1º del art. 245 resultaría confiscatoria.

La Corte sostuvo lo anterior de forma expresa al decir que "... se advierte que la aplicación en la especie de la *ratio decidendi* de "Jáuregui" [del 07/08/1984], apareja que determinadas diferencias entre la remuneración establecida en el primer párrafo del art. 245, y el máximo previsto en su segundo párrafo, también podrían tornar irreales las pautas indemnizatorias en juego y, por tanto, censurables con base en la Constitución Nacional..." y que "... permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la CN".

Entre los demás conceptos elaborados o ratificados en el fallo "Vizzoti", que cabría tener presentes para el análisis del tema objeto de este artículo, se destacan los siguientes:

1) "El importe de la indemnización [vigente] es tarifado (...) mediante el cómputo de dos circunstancias propias del contrato disuelto: antigüedad y salario del trabajador despedido".

2) "Es posible que la fijación de un importe máximo a la mentada base pueda producir tensiones con los propósitos de alcanzar la reparación en concreto".

3) "[N]o hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquellas...".

4) "[L]l resarcimiento del empleado debe ser equitativo, y ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir, adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad" (como sostuvo en "Carrizo" del 06/07/1982).

5) "[L]a reparación tiene contenido alimentario y se devenga, generalmente, en situaciones de emergencia para el empleado..." (también en línea con "Carrizo").

6) "Si es válido como principio, de acuerdo con lo ya expresado, que la indemnización por despido sin justa causa pueda ser regulada por la ley con carácter tarifado, p. ej., sin admitir prueba de los daños en más o en menos, también lo será, con análogos alcances, que aquella someta la evaluación de los elementos determinantes de la reparación a ciertos límites cuantitativos...".

7) "[L]os derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último...".

8) "En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el

primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcriptos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula...".

9) "[L]a regulación de las obligaciones patronales con arreglo a las exigencias de justicia, constituye un deber para el Estado..." (como sostuvo en "Mata").

10) "[E]l trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6º y 7º), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)...".

11) "Es perentorio insistir (...) que el trabajo humano "no constituye una mercancía" (en línea con "Paredes").

12) "[E]l cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa [como sostuvo en 'Dordal', 'Brunet' ya mencionados y en 'Méndez' **(18)** del 12/02/1958], éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podría hacerse depender, jurídicamente, de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios" (aseveración similar a que puede encontrarse en "Mata").

V. Constitucionalidad del sistema de "Mochila Argentina"

En línea con lo señalado en los apartados previos, la Constitución Argentina consagró en el art. 14 bis el principio de protección contra el despido arbitrario y como puede constatarse en la normativa argentina previa y posterior a la reforma constitucional de 1957, el mecanismo elegido por el legislador para proteger al trabajador ha consistido siempre (hasta ahora) en un sistema de indemnización tarifado (que fue incrementado en 1934 y en 1945 y luego ratificado en 1974) que ha tenido por objetivo neutralizar el daño provocado por el despido incausado/arbitrario del empleador. Bajo nuestro sistema, por principio general, el empleador no tiene vedada la posibilidad de despedir.

Como sostuvo la Corte de forma expresa en "De Luca" el sistema de indemnización no debe ser una "sanción represiva" en contra del empleador. Y como se sostuvo en "Vizzoti" el sistema de indemnizaciones tiene por propósito "alcanzar la reparación" del daño sufrido **(19)**.

Ello resulta completamente consistente con el principio jurídico de que la indemnización es la reparación del daño (y no un castigo), es plenamente consistente con la consagración del Constitucionalismo Social en nuestro país y es particularmente consistente con lo resuelto en Aquino **(20)** [en donde quedó clara la prelación que tiene la reparación del daño por sobre la indemnización tarifada **(21)** prevista por el legislador].

Es un error sostener que "Vizzoti" contrapone la suerte del trabajador con la suerte del empleador en el tema de la indemnización cuando señala que el trabajador es un sujeto de tutela preferente. La tutela preferente al trabajador no está puesta en duda por nadie en el siglo XXI. Lo importante, en lo que refiere a la protección contra el despido arbitrario, es que el daño del trabajador provocado por el despido sea neutralizado mediante el pago de la indemnización y no que el empleador tenga vedado despedir al trabajador **(22)** o que sea quien tenga que

(18) CS, 12/02/1958, "Méndez Victoria Peñarol c. Méndez, Jorge".

(19) Entre los daños provocados por el distracto cabría tener comprendidos no solo la pérdida del puesto de trabajo en sí mismo, y la fuente de ingreso sino también los distintos derechos del trabajador que pierde al extinguirse la relación (p. ej., descanso anual mayor a 14 días en relaciones superiores a 5 años, obra social, etc.).

(20) CS, 21/09/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA".

(21) En el caso la indemnización refería a la indemnización tarifada por accidentes de trabajo.

(22) La postura del Diputado Zamora en el debate parlamentario de la ley 25.561 de Emergencia Pública y de

afrontar forzosamente la indemnización de forma directa. Es un error metodológico leer los principios que emanan de "Vizzoti" fuera de su contexto. El caso, como ya quedó dicho, versaba sobre la razonabilidad del tope indemnizatorio fijado por el legislador respecto del mecanismo de indemnización establecido por el propio legislador. Si el mecanismo elegido por el legislador fuere el de la "Mochila Argentina", el razonamiento de la Corte no debería ser este.

Muy distinto es el supuesto tratado en los casos "Valente" **(23)** (año 2004) y "Aceval Pollacchi" **(24)** (año 2011). Allí si se trató de casos de indemnización como "disciplinamiento del despido" y ello fue así en un contexto de excepción/emergencia y por expresa voluntad del Poder Legislativo y Ejecutivo. Tales casos versaron sobre la "doble indemnización" fijada en el marco de la "suspensión de despidos" dispuesta por el art. 16 de la ley 25.561 y el DNU 883/2002 del 27 de mayo de 2002 [y DNU sucesivos sobre la misma materia **(25)**] en "momentos de dramática crisis institucional y social para la vida de la República", tal como lo entendió la Corte. En el consid. 10 del voto de Highton de Nolasco y Maqueda en "Aceval Pollacchi" puede leerse: "... En el marco de esta interpretación del referido art. 14 bis, no aparece irrazonable que el legislador, en consideración de la crisis profunda y de su consiguiente impacto en el empleo, haya procurado, teniendo en cuenta el principio protectorio, disuadir excepcionalmente —por tiempo determinado— los despidos sin causa, tornándolos —sin prohibirlos— más onerosos, privilegiando así un objetivo de contención social en las apremiantes circunstancias descriptas".

El Constitucionalismo Social, es una versión superadora del Constitucionalismo Clásico y tuvo por objetivo primordial compatibilizar el sistema de producción con una creciente absorción comunitaria de los riesgos sociales **(26)** (maternidad, niñez, vejez, condiciones laborales dignas, salario mínimo vital y móvil, limitación de la jornada laboral, compensación adicional en días feriados, vacaciones pagas, cobertura de accidentes laborales, desempleo, desocupación, falta de vivienda, etc. etc.). Es justamente la absorción de los riesgos sociales —sin derecho a una indemnización patrimonial a quien la afronta (es decir, sin la indemnización prevista por el art. 17 de la CN)— la característica central del Constitucionalismo Social. El Constitucionalismo Social no es antagónico con el Constitucionalismo Clásico y ello quedó evidenciado en nuestro país por el simple hecho de que fue consagrado a partir de la "incorporación" del art. 14 bis al texto constitucional respetando todos los antiguos artículos y preceptos de la Constitución Nacional. Es decir, el art. 14 bis **(27)** llegó a nuestro ordenamiento para complementar un sistema preestablecido y no para derogarlo **(28)**.

La Corte Suprema reconoció (incluso antes de la reforma de 1957) en infinidad de oportunidades el deber impuesto por el Poder Legislativo o Ejecutivo a ciertos individuos (principalmente a propietarios, empresarios, empleadores), a ciertas compañías (principalmente a bancos, compañías de seguro, aseguradoras de riesgo de trabajo) y al Estado, según el caso, para atender un riesgo social determinado. El legislador no siempre eligió a los mismos sujetos para absorber los mismos riesgos sociales y ello es así,

---

Reforma del Régimen Cambiario refuerza este entendimiento porque su propuesta cuando se discutió la nueva norma consistió justamente en la prohibición lisa y llana de los despidos, no redimible en el plano indemnizatorio. Es decir, porque tal criterio no estaba consagrado por nuestro ordenamiento. Cabe recordar también que la Corte en "Varela" (año 2018) sostuvo expresamente que "... nuestro régimen constitucional y laboral no ha vedado el supuesto de despido sin causa...".

(23) CS, 19/10/2004, "Valente, Diego E. c. BankBoston NA".

(24) CS, 28/06/2011, "Aceval Pollacchi, Julio C. c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles SA s/ despido".

(25) Los DNU 662/2003, 256/2003, 1351/2003, 369/2004 y 823/2004 mantuvieron la duplicación indemnizatoria.

(26) Conf. VANOSSI, J. "Estado de Derecho", Ed. Astrea, CABA, 2008, 4ª ed., p. 437.

(27) Cabe destacarse que conforme surge del art. 7º de la ley 24.309 (que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional (y conforme lo entendió la propia Convención Constituyente de 1994), la Convención Constituyente tuvo vedado introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional. Es decir, la prohibición alcanzó a todo el bloque de artículos de la primera parte (incluyendo al 14 bis).

(28) Resultan ilustrativas de ello las palabras de los constituyentes del partido socialista en la Convención Constituyente de 1957 (p. ej., la exposición del convencional Martella, el 21/10/1957).

justamente, porque lo fundamental en el Constitucionalismo Social no es quien debe afrontarlo sino poder neutralizarlo de una forma razonable y en armonía con los distintos derechos en juego. Entre los fallos clásicos en donde se visualiza este aspecto de forma evidente, podría mencionarse a "Ercolano" **(29)**, "Rusich", "Cine Callao" **(30)** e "Inchauspe" **(31)** entre tantos otros.

Sin lugar a duda, es "Rusich" el que nos permitiría ver ahora de forma más nítida lo recién manifestado. Es decir, la importancia de la cobertura del daño sufrido por sobre quien es el sujeto que la absorbe. Aquella vez, la Corte sostenía que "... El legislador argentino, siguiendo el ritmo universal de la justicia, ha creído que el patrón, aún sin dolo y sin culpa, debe indemnizar al obrero accidentado..." pero hoy sabemos que, por voluntad del propio legislador, los accidentes de trabajo, en principio, los deben cubrir las Aseguradoras del Riesgo del Trabajo (ART) y no los empleadores.

El despido arbitrario provoca una situación de desamparo (de riesgo social) que nuestro ordenamiento jurídico desea evitar y neutralizar **(32)**. Hoy, como ya quedó expuesto, existe un sistema tarifado de indemnizaciones que debe ser afrontado por el empleador de forma directa.

El sistema de "Mochila Argentina" no propone innovaciones en lo que refiere al monto de la indemnización sino solo un cambio en el sujeto responsable directo de afrontarla (ANSeS, la Superintendencia de Seguros, u otras entidades de control, con un fondo común conformado con los aportes de todos los empleadores) y un cambio en la manera en que la antigüedad será computada y en la forma mensualizada en que se abonará la indemnidad **(33)**.

Como consecuencia de todo lo anterior, *prima facie*, debería sostenerse que el sistema de "Mochila Argentina" es constitucionalmente válido.

Cabe entenderse, a su vez, que el sistema de "Mochila Argentina" proveería una adecuada protección al trabajador porque el monto total de indemnización a la que tendrá derecho el trabajador coincide con el del sistema vigente **(34)** y mantiene el ingreso del trabajador (actualizado) luego del distracto como si continuara el vínculo. Bajo ese entendimiento, cabría colegirse que con la implementación del nuevo sistema no habrá una afectación al principio de progresividad **(35)** sino la implementación de un sistema sustitutivo del actual.

Ni de la letra de la Constitución Nacional ni de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación surge que el único sistema de protección posible al trabajador contra el despido arbitrario consista en el sistema actual. Por lo que venimos señalando, a su vez, resultaría incorrecto afirmar que el art. 245, LCT, tiene, además, del objetivo de reparar el daño provo-

(29) CS, 28/04/1922, "Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta" (ver voto de la mayoría y el voto en disidencia del Dr. Bermejo).

(30) CS, 22/06/1960, "Cine Callao" (ver voto de la mayoría y el voto en disidencia del Dr. Boffi Boggero).

(31) CS, 01/09/1944, "Inchauspe Hnos. Pedro c. Junta Nac. de Carnes".

(32) El principio civil y comercial de que los contratos de plazo indeterminado pueden ser rescindidos en cualquier momento por las partes otorgando un preaviso razonable y sin pago de una indemnización no aplica en el derecho laboral por la tutela que el legislador estableció en favor de los trabajadores (con fundamento en el riesgo social que se genera).

(33) En principio, el hecho que la indemnización sea abonada de forma mensualizada debería ser considerada una opción válida del legislador porque no existe ningún mandamiento constitucional que imponga el deber del pago de la indemnización en un único pago. No obstante ello, cabe señalarse que en el fallo de la Corte Suprema del día 26/10/2004 "Milone, Juan A. c. Asociart SA ART" (en materia de reclamos de indemnización por accidentes de trabajo) la Corte Suprema entendió que "... no resulta censurable desde el plano constitucional por establecer como regla, para determinadas incapacidades, que la reparación dineraria sea satisfecha mediante una renta periódica, sí es merecedora del aludido reproche (...) por no establecer excepción alguna para supuestos como el sub examine, en que el criterio legal no se adecua al objetivo reparador cuya realización se procura...". Vale decir, el pago de la indemnización de forma mensualizada, en principio, es válido pero hay supuestos específicos en los que resulta inválido.

(34) Cuestión cuya razonabilidad o no escapa a este trabajo.

(35) Consagrados por el art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos con rango constitucional.

cado al trabajador por el despido arbitrario, un objetivo de castigo al empleador o que prohíba despedir. Tampoco podría sostenerse ello en los supuestos del art. 178, LCT (despido por embarazo), del art. 182, LCT (despido por matrimonio) y del art. 212, LCT (despido por accidentes y enfermedades inculpables). En todos estos supuestos es válida la desvinculación y la ley prevé el derecho a una indemnización tarifada agravada. La protección al trabajador ante el despido arbitrario es la indemnidad que recibe.

La jurisprudencia de la Corte y la doctrina mayoritaria anterior y posterior a la reforma de 1994 es pacífica en cuanto reconoce al principio de estabilidad relativa en el ámbito privado. La reinstalación forzosa en el puesto de trabajo es la excepción y no la regla como quedó claro en el voto dividido de la Corte en "Álvarez" **(36)** (año 2010), en el voto unánime el "Pellejero" **(37)**, ambos casos del mismo día (en materia de discriminación laboral) y en la demás jurisprudencia del tema **(38)**.

El voto de Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay (los dos primeros siguen siendo jueces de la Corte) en "Álvarez" es sumamente importante para el tema de este artículo. Entre otros conceptos, allí sostuvieron que "... la exégesis de la Constitución no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente...", manifestaron que "... la libertad de contratar integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y —en principio— comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio..." y dijeron: "... En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación. Así, establecido el vínculo contractual, tanto las bases como la forma en que el trabajo ha de realizarse y cómo habrán de ser resueltos los conflictos que se susciten durante su prestación, no están librados a la voluntad de las partes sino a la reglamentación que dicte el poder público, en cumplimiento de los deberes de justicia distributiva y del fin inmediato de la autoridad, que es el establecimiento y resguardo del orden público y de la paz social. Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quien. Al respecto, la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la CN) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la CN)", "... en esta línea, este Tribunal ha señalado que no se puede obligar a un empleador —contra su voluntad— a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia. También manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido...".

De prosperar el proyecto de "Mochila Argentina" deberán hacerse modificaciones a la legislación vigente y deberá regularse seguramente, entre otras supuestos, un tratamiento diferenciado a los casos de despido que hoy tienen indemnidad agravada así como el tratamiento aplicable en los casos específicos y temporales de estabilidad reconocidos en el sector privado (como ser, art. 177, LCT y arts. 48 y 50 de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales). Seguramente también será necesario prever casos específicos en donde el trabajador pueda requerir toda la indemnización en un único pago (es decir, no mensualizada) para superar con mayor facilidad el test/escrutinio de razonabilidad **(39)** y cabría también dejar aclarado como y quien responderá por los conceptos/rubros no cubiertos por la indemnización por despido

(36) CS, 07/12/2010, "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA".

(37) CS, 07/12/2010 "Pellejero, María Mabel".

(38) Entre otros, puede mencionarse a los siguientes fallos de la CS: "Varela, José G. c. Disco SA s/ amparo sindical" del 04/09/2018, "Laurenzo, Juan Manuel c. Unión Platense SRL s/ despido" del 04/06/2020, "Fontana, Edith F. c. Cibie Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo" del 08/04/2021.

(39) Tomando en cuenta, por analogía, lo decidido en "Milone".

(40). Es posible imaginar reparos e impugnaciones desde el sector privado (que será quien financiará al fondo) sobre el beneficio que tendrían los empleados del sector público que "se pasen" al sector privado porque podría entenderse que con tal beneficio (partiendo de la base que el Estado no aportará al fondo porque en el Estado rige el principio de estabilidad absoluta) se viola el principio de igualdad del art. 16 de la CN. Por su parte, sin dudas, la implementación del nuevo sistema requerirá un plazo de transición para ponerlo en práctica plenamente. La falta de claridad y previsiones expresas en el proyecto que ha sido circularizado sobre estas cuestiones no tornan al sistema propuesto inconstitucional. Son solo cuestiones que deberán seguir siendo analizadas, y ajustadas, a medida que madure el proyecto y adquiera estatus parlamentario.

Cabe enfatizar también, como ya quedó expuesto, que de la ley vigente no surge un principio de estabilidad para el trabajador del sector privado sino el deber de pago de una indemnización para neutralizar el daño provocado por el distracto. Es decir, bajo nuestro ordenamiento, el empleador tiene abierta la posibilidad de despedir sin justa causa (de forma arbitraria) pero el legislador protege al trabajador reconociéndole el derecho a ser indemnizado, conforme la indemnidad tarifada establecida por la ley, para neutralizar el daño provocado por la desvinculación. Vale decir, ese es el mecanismo elegido y fijado por el legislador —como regla general— para proteger al trabajador contra el despido arbitrario **(41)**. Por ello, salvo por pocas excepciones, puede sostenerse que el empleador no está obligado a mantener al empleado en su puesto ni a su reinstalación forzosa.

El Protocolo de San Salvador (ley 24.658 del año 1996 - Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales) no altera lo anterior. Su art. 7º, inc. d) establece que los Estados garantizarán:

"[L]a estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional…".

Como ya quedó puesto de resalto, de las distintas alternativas posibles, nuestro legislador fijó (para proteger al trabajador del sector privado contra el despido arbitrario), básicamente, el derecho a ser mantenido indemne. El sistema de "Mochila Argentina" está en línea con ello.

Cabe destacar también que el art. 14 bis fue incorporado a la CN en el año 1957. Si los constituyentes hubieran querido receptar como único sistema posible de resarcimiento del trabajador del sector privado el que estaba vigente entonces (o al que está vigente ahora), lo hubieran podido establecer. En su lugar, consagraron el principio de protección contra el despido arbitrario. Es justamente esa postura de la Convención Constituyente la que da amplio margen al legislador para establecer el régimen que considere más pertinente, siempre y cuando respete dicho estándar. Es decir, que se proteja al trabajador neutralizando el daño provocado por el despido.

A todo lo expuesto, y más allá de la suerte y recepción que tenga "Mochila Argentina", hay que reconocer que es una iniciativa sumamente valiosa y abre la posibilidad para tener un debate profundo sobre el sistema vigente de indemnizaciones por despido. Máxime cuando el país se encuentra estancado hace una década y existen deberes fundamentales y permanentes **(42)** que imponen a los Poderes Públicos, impulsar y dar cabida, dentro de la razonabilidad y los principios de nuestra constitución, a mecanismos que propendan a la reactivación económica, a la generación de empleo y permitan afrontar el flagelo de la pobreza y el desempleo que hoy alcanza cifras alarmantes y que requieren una respuesta urgente.

(40) Indemnización por clientela en el caso de los viajantes de comercio.

(41) A mayor abundamiento destacamos que en el fallo de la Corte Suprema del 31/03/1999 "Donatti, Luis A. c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires" la Corte hizo propio lo expuesto por el Procurador General quien sostuvo literalmente que "la protección contra el despido arbitrario" (art. 14 bis de la CN), típica de la contratación laboral privada (...) se resuelve en el pago de una indemnización tarifada".

(42) Conforme art. 75, inc. 19.

La evolución de la doctrina laboral de la Suprema Corte bonaerense en materia de intereses moratorios

Juan Facundo Temperoni (*)

Sumario: I. Nociones generales.— II. El análisis acerca de la tasa aplicable durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield.— III. Doctrina actual.— IV. Supuestos particulares.— V. Palabras finales.

I. Nociones generales

Dentro del universo de las obligaciones de dar sumas de dinero, definidas ahora en el nuevo Código Civil y Comercial como aquellas en las que el deudor adeuda cierta cantidad de moneda, determinada o determinable al momento de constitución de la obligación (art. 765), poniendo el foco en su función económica y a tono con la concepción manifestada por el propio Vélez Sarsfield **(1)**, desde la clásica literatura científica civilista enseñaba Borda que los intereses *moratorios* son los que se pagan en concepto del perjuicio sufrido por el acreedor por el retardo en cumplir la obligación **(2)**; algo similar expresaba Ameal al señalar que constituyen la indemnización consiguiente al estado de mora del deudor **(3)**. A su turno, la Corte bonaerense hubo de formular precisiones congruentes aseverando que se trata —por regla— de un resarcimiento que la ley concede *ipso iure* al acreedor de una obligación de dar sumas de dinero frente a la mora de su deudor y que su finalidad exige la fijación de una tasa que cubra ese retardo del incumplidor, o como se suele afirmar, que cumpla con la misión de resarcir la renta de la que se vio privado el acreedor durante el lapso en que no pudo disponer de los fondos adeudados **(4)**.

De allí su distinción con los intereses denominados *compensatorios o lucrativos* que son los

(*) Abogado (UNLP). Ha cursado la Especialización en Derecho Procesal Profundizado (UNA); el programa de posgrado de Actualización Teórica y Práctica en Derecho de las Relaciones Individuales de Trabajo Profundizado (UBA); y egresado de la Escuela Judicial (Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires). Es abogado relator de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. En su función docente, se encuentra a cargo de la asignatura Derecho Procesal Laboral y de la Seguridad Social perteneciente a la Maestría en Derecho Procesal (UNLP). Es profesor adjunto en la asignatura Derecho Laboral de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Católica de la Plata, UCALP) e integra el cuerpo docente de la diplomatura de posgrado en Causales de Extinción del Contrato de Trabajo (UCALP). Se ha desempeñado en distintos cargos docentes en la Cátedra III de la asignatura Derecho Social de la Carrera de Abogacía, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). También ha actuado en reiteradas oportunidades como profesor invitado en la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, dentro de la asignatura de Derecho de las Relaciones Individuales del Trabajo Profundizadas (UNTREF). Ha sido —y es— expositor en actividades académicas organizadas por diferentes instituciones. Es autor de publicaciones científicas sobre temas pertenecientes al derecho del trabajo.

(1) Aludimos a la famosa nota que acompaña al art. 622 del anterior Cód. Civil, que —en lo pertinente— refería a los "perjuicios e intereses" que debe pagar el deudor moroso.

(2) BORDA, Guillermo A., "Manual de Obligaciones", Ed. Perrot, Buenos Aires, 1974, 5ª ed., p. 215.

(3) AMEAL, Oscar J., "De las obligaciones de dar sumas de dinero" en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.), *Código Civil y leyes complementarias, Ed. Astrea. Buenos Aires, 1981, t. 3, p. 123.*

(4) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires —en adelante, SCBA— causa L. 92.783, "Vigueras" (sent. del 17/03/2010).

que se deben por el goce de un capital ajeno **(5)**; o bien, con aquellos otros fijados en ciertos pronunciamientos judiciales para el supuesto incumplimiento en término del pago del capital de condena, ya de naturaleza jurídica *sancionatoria* y no indemnizatoria **(6)**.

Toda vez que la gran mayoría de los litigios laborales tienen su génesis en pretensiones que persiguen el cumplimento de obligaciones de naturaleza dineraria (así, de toda obviedad, lo reclamado en concepto de salarios adeudados, indemnizaciones derivadas del despido, resarcimientos de incapacidades, etc.), los intereses moratorios han venido a configurar en esta clase de controversias un invariable componente de acentuada significancia patrimonial, motivando innumerables intervenciones del más alto Tribunal de la Provincia de Buenos Aires, fundamentalmente en razón de la cardinal controversia acerca del tipo de tasa a aplicar a los créditos reconocidos en las sentencias de condena dictadas por los órganos jurisdiccionales de grado.

La presente publicación tiene por objeto brindar un panorama del derrotero de dicha jurisprudencia a lo largo de los años, en una crónica que naturalmente habrá de mostrar los diferentes cambios normativos que la han acompañado.

II. El análisis acerca de la tasa aplicable durante la vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield

El art. 622 del viejo Cód. Civil señalaba en su párrafo liminar: "El deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar".

Lógicamente, fue frente a los supuestos de falta de acuerdo entre las partes como de precepto legal que regulara este aspecto, que la Suprema Corte hubo de definir la tasa de interés aplicable al capital que integra la condena dispuesta judicialmente, en una función que en la actualidad afirma como propia con fundamento en la necesidad de asumir su labor uniformadora de la jurisprudencia fijando doctrina legal sobre la interpretación de una norma de derecho común **(7)**, pero que décadas atrás y en tanto hubo de calificársela como una *cuestión de hecho o circunstancial* concibió perteneciente a la soberanía jurisdiccional de los jueces de las instancias ordinarias, salvo notoria irrazonabilidad **(8)**. Según lo dicho, habrá de advertirse que la moderna posición guarda armonía con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Banco Sudameris" (sent. del 17/05/1994; CS, Fallos: 317:507) **(9)**, donde acudiendo a la opinión minoritaria registrada en la causa "López" (sent. del 10/06/1992; CS, Fallos: 315:1209) juzgó que la determinación de la tasa de interés remite a la consideración de un tema de derecho común y no constituye cuestión federal, quedando ubicada por regla "en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa" **(10)**. Es que entonces, y colocados en el ámbito de su natural competencia revisora, entendida como una cuestión de derecho —y con repercusión en cientos de litigios— le corresponde a la Corte provincial, en tanto tribu-

(5) SCBA causa Ac. 83.173, "Cooperativa Eléctrica de Pehuajó Ltda." (sent. del 29/09/2004).

(6) SCBA causas L. 117.832, "Campos Dure" (sent. del 02/11/2016) y L. 118.092, "Molina" (sent. del 30/05/2018).

(7) SCBA causa L. 94.446, "Ginossi" (sent. del 21/10/2009), opinión mayoritaria no exenta de ciertas disidencias en el punto (así, en los votos de los doctores Hitters y de Lázzari).

(8) SCBA causas Ac. 23.981, "Curiggiano" (sent. del 28/12/1978) y Ac. 34.674, "Fernández" (sent. del 24/09/1985). En un enjundioso trabajo sobre el tema, pueden verse pronunciamientos en ese mismo sentido que se remontan incluso a la década de 1950 en DE LA COLINA, Pedro R., "La fijación judicial de la tasa del interés (y otros temas del Derecho Privado Económico) en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", JA, 2019-I.

(9) También de este fallo se han ocupado los votos que conformaron la voz mayoritaria en el citado caso "Ginossi".

(10) Aunque exceda el propósito del presente trabajo, no está de más mencionar que en el caso "Bonet" (sent. del 26/02/2019; CS, Fallos: 342:162) sostuvo que cabía hacer excepción a tal principio cuando la decisión recurrida resulta claramente irrazonable en virtud de la aplicación automática de tasas de interés que arrojan un resultado desproporcionado que prescinde de la realidad económica existente al momento del pronunciamiento (consid. 5º del voto de la mayoría).

nal de la causa, ejercer en cada oportunidad en que es llamada a intervenir una de sus típicas funciones casatorias (art. 161, Constitución de la Provincia de Buenos Aires) y fijar la doctrina pertinente interpretando la norma aplicable.

Dejando a un lado lo anterior, desde antaño en no pocas ocasiones el Tribunal ha fallado sobre la tasa de interés aplicable. Por ejemplo, en épocas en que el capital era reajustado en función de la depreciación monetaria ha juzgado pertinente establecer una tasa de interés "pura" del 8% **(11)** o bien del 6% anual **(12)**.

Pero una etapa diferente dio inicio con la entrada en vigencia de la ley 23.928 (BO de 28/03/1991), que en su art. 7º prohibió "la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991", en una regla ratificada por la ley 25.561 en su art. 4º (BO del 07/01/2002) y cuya constitucionalidad, por cierto, fuera declarada por la Suprema Corte **(13)**. Sostuvo aquí —definición que se mantendría inalterable por años— que a partir de la fecha antes indicada correspondía aplicar a los créditos pendientes de pago reconocidos judicialmente la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente durante los distintos períodos de aplicación **(14)**. Hizo su aparición así, la conocida doctrina del Tribunal que, al cabo, indica que cuando no hay convención de partes ni previsión en la ley acerca de una alícuota determinada, debe acudirse a la denominada *tasa pasiva* de interés utilizada por la institución bancaria provincial.

Este criterio fue revalidado en la ya citada causa L. 94.446 "Ginossi" (sent. del 21/10/2009) en oportunidad de analizar la cuestión luego de la desarticulación del sistema de convertibilidad. En este importante precedente, en el que como vimos, también sostuvo el Tribunal que era propia de su competencia la selección de la tasa de interés, expresamente se pronunció en contra de la pertinencia de emplear la *tasa activa*, ello, en la ponderación que este tipo de accesorio —por su composición— conduce a un resultado equivalente al prohibido por los arts. 7º y 10 de la ley 23.928, confirmados por el art. 4º de la ley 25.561. En relación con esto último, cabe indicar —en tanto tales lineamientos fueron reiterados en el precedente descripto— que en la causa Ac. 88.502, "Latessa" (sent. del 31/08/2005), de linaje civil, ya había recalcado que la tasa activa tiene incorporado, además, de lo que corresponde al "precio del dinero", un *plus* constituido por el costo financiero propio de las entidades que se dedican a la intermediación de capitales **(15)**.

Posteriormente, fue la sanción de una ley provincial la que generó un nuevo pronunciamiento en el tema. En efecto, la ley 14.399 (BOP del 12/12/2012) modificó el art. 48 de la Ley de Procedimiento Laboral local (11.653, BOP del 16/08/1995) y dentro de las reglas referidas a la liquidación (en el cap. V *Vista de la causa, veredicto y sentencia*) estableció que al monto total de condena se le debían adicionar los intereses "devengados desde la fecha de su exigibilidad y hasta el efectivo pago, según el cálculo de intereses 'al promedio de la Tasa Activa' que fija el

(11) SCBA causa Ac. 21.175 "Acosta" (sent. del 23/09/1975).

(12) SCBA causas L. 46.507, "Rodríguez" (sent. del 07/07/1992) y L. 49.590, "Zuñiga" (sent. del 01/06/1993).

(13) SCBA causas L. 85.591 "Fernández" (sent. del 18/07/2007) y L. 119.112, "Pérez" (sent. del 09/05/2018); entre muchos otros.

(14) SCBA Ac. 43.448, "Cuadern" y Ac. 43.858, "Zgonc" (ambas, sents. del 21/05/1991) y L. 48.431, "Lasa" (sent. del 25/02/1992).

(15) Al respecto, no es ocioso memorar que años atrás, en el precedente "Yacimientos Petrolíferos Fiscales" (sent. del 03/03/1992; CS, Fallos: 315:15) la Corte Federal se había expedido en sentido desfavorable a aplicar esta tasa (la activa), que dijo, desvirtuaba la desindexación perseguida por la ley 23.928 superando los índices de precios que anteriormente empleaba el Tribunal y generaba un enriquecimiento indebido en el acreedor. Recordó que esta tasa está integrada "no solamente por la renta y la depreciación de la moneda sino también, y en gran medida, por el desmesurado costo generado por la intermediación financiera, circunstancia que lleva a diferencias impropias de una economía estable y que no deben, salvo supuestos particulares en que medie alegación y prueba en contrario, ser soportadas por el deudor" (consid. 32).

Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento" **(16)**.

En el indicado contexto, en las causas L. 108.164, "Abraham"; L. 102.210, "Campana" y L. 108.142 "Díaz (las tres sentenciadas el día 13/11/2013 y a las que les siguieron muchas más) el alto Tribunal provincial declaró la inconstitucionalidad de la norma introducida en el régimen procesal a poco de considerar que colisionaba con los arts. 31, 75, inc. 12 y 126 de la CN en tanto legislaba sobre una materia de derecho común (naturaleza que, según relatamos, había sido definida en anteriores oportunidades) cuya regulación es competencia del Congreso de la Nación **(17)**; con esa definición, en ausencia de acuerdo de partes y de interés legal, una vez más señaló que resultaba de aplicación la tasa pasiva con la que opera el Banco de la Provincia de Buenos Aires **(18)**. Y es que, como surge de las directrices sentadas por el Tribunal, siendo indudable que la ordenación jurídica de las relaciones del trabajo es un ámbito cuya legislación, de orden común, las provincias han delegado al Estado federal, privativo del Poder Legislativo de la Nación, se incluye en ese campo lo regulado por la ley provincial en tanto se refiere a aspectos sustanciales de las relaciones entre acreedores y deudores, más precisamente, a los efectos de la mora en el cumplimiento de la obligación pecuniaria emergente del contrato de trabajo y su resarcimiento mediante la aplicación de los intereses, sin que con ello se divise el propósito del legislador bonaerense de incluir accesorios al capital de condena por una eventual inconducta procesal **(19)**.

III. Doctrina actual

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (conf. leyes 26.994, BO del 08/10/2014 y 27.077, BO del 16/12/2014) motorizó nuevas reflexiones sobre la temática, principalmente, pues si bien en su art. 768 dispuso que a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes y que la tasa se determina: "a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales", agregó en su inc. "c)" como novedad, que en subsidio se lo hará "por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central".

El nuevo precepto pese a la singularidad que incorpora su último inciso conserva la esencia del art. 622 del Cód. Civil derogado, ya que, la fijación de la tasa aplicable —a falta de acuerdo o ley especial— continúa siendo una potestad judicial, si bien ahora con la expresa previsión que indica que debe tratarse de una de aquellas fijadas bajo la órbita del Banco Central, como son las implementadas por las instituciones bancarias por él autorizadas **(20)**. Esa exégesis es la que se desprende de lo fallado por la Suprema

(16) Aclaramos: nada de eso hubo de traer la posterior ley 15.057 (BOP del 27/11/2018) que estructura el nuevo procedimiento laboral local y que en su art. 59 únicamente se limita a establecer que dictada la sentencia, el secretario deberá practicar "liquidación de capital, intereses y costas".

(17) No participó de esa conclusión el juez Negri, quien en su voto en minoría abogó por la validez constitucional del dispositivo legal, ya que, en su postura vino a resolver los contenidos que "la Nación aún no ha decidido", puesto que el Código de Trabajo y Seguridad Social al que alude la Constitución Nacional no ha sido dictado y tampoco —dijo en las causas citadas— existe una ley nacional que resuelva la cuestión.

(18) Puede apuntarse que en algunas causas que les siguieron a aquellas sindicadas aquí como "casos testigos" hubo cierta variación en la conformación de la opinión mayoritaria del Tribunal acerca del examen constitucional de la ley 14.399, pues en los juicios en los cuales el empleador condenado pese al traslado conferido por el Tribunal acerca de la sanción de dicha ley se abstuvo de impugnar su constitucionalidad, el ministro Soria, dado el carácter disponible de los derechos que podría haber invocado el interesado en contra de la aplicación de la norma, consideró a esa conducta equivalente a una renuncia y se pronunció por la aplicación de la legislación en cuestión, y así, de la tasa en ella prevista (el caso emblemático es L. 109.467, "Chiappalone", sent. del 24/06/2015).

(19) Una posición contraria puede verse en Cornaglia, Ricardo J., quien señala que la demora en procesos de créditos alimentarios es un tema procesal —entonces, no delegado por las provincias— y el legislador de la ley 14.399 decidió que quien se beneficie con ella resulte sancionado con la aplicación de una tasa activa. En CORNAGLIA, Ricardo, "La deuda de valor y los intereses moratorios en relación con la ley 14.399 de la provincia de Buenos Aires y su control de constitucionalidad", RDLSS 8/2014, 757.

(20) En el plano autoral, esta posibilidad interpretativa había sido planteada por FORMARO, Juan J., en "Aplicación de la ley en el tiempo y los intereses moratorios judiciales. Cese de la vigencia de la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires", LA LEY, 03/12/2015, 1.

Corte en la causa L. 118.587, "Trofe" (sent. del 15/06/2016), donde dijo que la evolución de las distintas tasas de interés pasivas aplicadas por el Banco de la Provincia de Buenos Aires y determinadas en el marco reglamentario del Banco Central, imponía precisar la doctrina mantenida hasta ese momento, estableciendo así que los intereses debían ser calculados "mediante la utilización de la tasa pasiva más alta" fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta [30] días, condición que verificó reflejada en la tasa de interés pasiva en su variante denominada *digital* aplicada por el mentado establecimiento bancario **(21)**, pasando a configurar una robusta directriz que se mantuvo a través del tiempo **(22)**. A la par, al sentenciar la causa "Trofe" hubo de descartar el Tribunal —en lo que surge de su opinión mayoritaria— el empleo de la tasa contemplada en el art. 552 del Cód. Civ. y Com. para las sumas debidas en concepto de alimentos **(23)** pues precisó que si bien el carácter alimentario de los créditos laborales desde antiguo es predicado como una de las notas de los derechos de los trabajadores, ese aserto no llevaba a identificar dichas acreencias con los alimentos tal cual se hallan estos regulados por los preceptos del derecho civil; dijo que aceptar que el ordenamiento jurídico resguarda a las acreencias laborales de una manera, en modo alguno conduce a aplicarles la tasa que la mentada norma ha previsto en una cláusula puntual para el específico supuesto de incumplimiento del pago de la cuota alimentaria.

Todavía, esta doctrina, que con la descalificación constitucional de la norma prevista en la ley 14.399 y bajo la vigencia del actual Código Civil y Comercial conserva como desenlace el empleo de la tasa pasiva (la "más alta"), hubo de extenderse a litigios en los que las sentencias habían condenado a abonar determinados resarcimientos conforme la ley 24.557 (previo a las reglas que introdujo la ley 27.348), esto, como paso posterior a juzgar que las res. 414/1999 y 287/2001 dictadas por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo —que establecían determinado tipo de interés para los casos de pago fuera de término de ciertas prestaciones sistémicas— eran inaplicables al proceso judicial **(24)**.

IV. Supuestos particulares

IV.1. La tasa de interés bajo las reglas de las deudas de valor

En lo relevante para la materia en estudio, en las causas civiles C. 120.536, "Vera" (sent. del 18/04/2018) y C. 121.134, "Nidera SA" (sent. 03/05/2018), poniendo el foco en la construcción del resarcimiento por daños y perjuicios, juzgó el Tribunal provincial que cuando se fije en la sentencia un *quantum* a valores actuales **(25)**, en principio debe emplearse una tasa de *interés puro*, es decir, el accesorio destinado a la retribución de la privación del capital, despojado de otros componentes (así, la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, producto del fenómeno inflacionario). Fundando su decisión en la explícita finalidad de evitar distorsiones en el cálculo y determinación del crédito, estableció aquel interés en el 6% anual **(26)**, el que

(21) Como antecedente de esta línea de razonamiento, puede citarse a la causa L. 118.615, "Zocaro" (res. del 11/03/2015), una de entre tantas que muestra un período en cual la Corte provincial comenzó a confirmar las sentencias de los tribunales de los tribunales de grado que habían aplicado a los créditos reconocidos la aludida tasa pasiva "digital", aunque sin expedirse sobre el fondo del asunto y por juzgar que los recursos extraordinarios deducidos no demostraban que dicha definición contrariase la doctrina legal vigente por entonces.

(22) Da cuenta de ello, lo señalado en la causa L. 118.858 "Pincini" (sent. del 26/10/2016) y las que le siguieron (entre varias: L. 120.708, "García", sent. del 19/02/2020).

(23) Equivalente "a la tasa más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso".

(24) SCBA causas L. 113.328 "M., O. E." (sent. de 23/04/2014) y L. 117.464, "Ruggeri" (sent. del 20/12/2017).

(25) Por cierto, precisó allí que la estimación de los rubros indemnizatorios a fin de reflejar los "valores actuales" no debía confundirse con la utilización de aquellos mecanismos de "actualización", "reajuste" o "indexación" de montos históricos, siendo que estos últimos suponen una operación matemática, y en cambio, la primera solo expresa la adecuación del valor a la realidad económica del momento en que se pronuncia el fallo.

(26) Retomó la tasa que —como se vio inicialmente— había aplicado mucho tiempo antes, cuando los créditos eran objeto de actualización. Se razonó aquí que el interés puro lucía proporcionado, respetuoso de la evolución jurisprudencial, y congruente con el contexto de las tasas aplicadas a las operaciones que, al expresarse en mone-

—dijo— debe ser impuesto al crédito indemnizatorio según el *diez a quo* establecido en la sentencia y hasta el momento tenido en cuenta para la evaluación de la deuda; de allí en adelante, habrá de aplicarse la tasa de interés pasiva más alta que emana de la doctrina legal a la que nos referimos en el punto anterior.

Claro que esta doctrina igualmente reviste interés en el plano de determinados litigios cuyo conocimiento es competencia de los tribunales del trabajo, desde que en el precedente L. 119.914, "A., D. A." (sent. del 22/06/2020), en una tesitura replicada en la causa L. 122.532 "Papalia" (sent. del 29/09/2020), siguiendo aquel camino y bajo el principio de la reparación integral, la Corte se encargó de identificar a los créditos enmarcados en el derecho común consistentes en indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de contingencias laborales con las denominadas "deudas de valor". Con esa concepción, entendió aplicables las reglas de justipreciación que para estas últimas contempla el art. 772 del Cód. Civ. y Com. en cuanto indica que el monto pertinente "debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda". Luego, y aunque en los dos precedentes recién mencionados no se haya tocado el punto, es evidente que en estas hipótesis la aplicación de la tasa de interés habrá de responder a las directivas sentadas en los otros casos también descriptos "Vera" y "Nidera SA".

Sin embargo, resta aclarar que dicha solución que se traduce en la aplicación del interés puro, ha sido descartada por la mayoría del Tribunal **(27)** en los supuestos en los que el crédito, ahora situado en los lindes del régimen especial de riesgos del trabajo (leyes 24.557, 26.773, etc.), ha sido cuantificado conforme el índice RIPTE **(28)**, mecanismo que en puridad no es identificable con la cuantificación del monto resarcitorio fundado en el derecho civil a valores llevados al momento de la sentencia, ni importa, por ejemplo, la utilización de herramientas indexatorias.

IV.2. La aplicación del actual art. 12 de la Ley de Riesgos del Trabajo

Queda por decir que la doctrina forjada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aries en torno a la tasa pasiva de los intereses moratorios parece no aprehender aquellas situaciones que acontecen cuando las decisiones de los tribunales del trabajo contienen la explícita aplicación de las particulares reglas que en materia de intereses referidos a las prestaciones dinerarias del régimen de riesgos del trabajo prevé el actual art. 12 de la ley 24.557, modificado por el art. 11 de la ley 27.348 (BO del 24/02/2017), ya que, como ha sido observado por la Corte, aquella fundamental jurisprudencia perfilada —entre otros— en los fallos "Ginossi"; "Abraham" y "Trofe" supone la ausencia de una tasa fijada normativamente **(29)**.

V. Palabras finales

La cuestión abordada muestra su complejidad a través de distintas aristas. Una acentuada dinámica y una particular vinculación entre el derecho y la realidad económica convergen con el delicado equilibrio que plantea el instituto a la luz de los derechos y obligaciones propios de los vínculos que enlazan a los acreedores y deudores.

Tal vez podría decirse que el tema que gira en torno a los intereses moratorios, y puntualmente, a la selección de la tasa utilizable ante la inexistencia de una ley nacional que brinde una solución en el punto, ha representado y seguirá representando uno de los asuntos de mayor presencia a lo largo del tiempo en las controversias que llegan por medio de los recursos extraordinarios locales hasta el más el más Alto Tribunal de la Provincia de Buenos Aires.

Pero además, nuevos ingredientes normativos alertan que la materia —y sus asuntos conexos— continuará exigiendo de otras líneas de análisis, así, el juego de las reglas contenidas en

---

das fuertes o con base en un capital ajustable por índices, pueden ser tenidas como referencia.

(27) SCBA causas L. 119.593, "Gaveglio" (sent. del 11/03/2020) y L. 120.061, "Bruno" (sent. del 14/07/2020).

(28) Por todos sabidos, se trata del mecanismo de mejoramiento periódico de las prestaciones dinerarias previsto originariamente en el art. 8º de la ley 26.776 y actualmente en su art. 17 bis (conf. arts. 16 y 21, ley 27.348).

(29) SCBA causa L. 121.551 "Lince" (sent. del 14/07/2020).

los incs. “b” y” c” el art. 770 del Cód. Civ. y Com. en orden a la capitalización de intereses **(30)** e incluso —tal como se refirió, y ya exclusivo de nuestra disciplina— el especial tratamiento que el legislador le ha otorgado a las prestaciones dinerarias previstas en el régimen de infortunios laborales al rodearlas de un mecanismo de intereses.

Con todo, hemos intentado brindar un relato cronológico de los criterios que ha plasmado el máximo órgano jurisdiccional bonaerense acerca de un tema que seguirá suscitando la atención de los integrantes de la comunidad jurídica, y especialmente, la de aquellos que conviven en el mundo del derecho del trabajo.

(30) Excepciones a la prohibición general que indica que no se adeudan "intereses de los intereses" y que ya cuenta con algún precedente que se ha ocupado sobre su empleo (conf. SCBA, causa L. 119.766, "Pantano", sent. del 13/10/2020).

Visión remix de la perspectiva de género en el derecho laboral

Gerardo R. Mosquera (*)

Sumario: I. Aclaración preliminar.— II. La protección de la mujer ante la violencia de género.— III. Aplicación de la perspectiva de género y normas de protección de violencia contra la mujer al trabajador varón.— IV. Necesidad de actualizar y extender la perspectiva de género al trabajador varón.

I. Aclaración preliminar

Texto y contexto son las dos caras que presenta siempre la literatura y que van íntimamente unidas cuando interpretamos los mensajes implicados. Podríamos decir que el contexto es todo lo que rodea al texto, y que puede ser de carácter multipolar. La lectura que hacemos de un texto dependerá del contexto que utilicemos. En este caso, abordaremos la perspectiva de género teniendo en cuenta algunas situaciones particulares de violencia que personas del sexo masculino pueden padecer en el marco de una relación laboral, las cuales no dejan de ser preocupantes y merecen por parte de la justicia una protección similar a la que se le brinda a la mujer en iguales circunstancias. Intentaremos demostrar que, en definitiva, el plexo normativo que hoy se presenta como novedoso y necesario para terminar con las desigualdades, la discriminación y los abusos que ha venido sufriendo la mujer, deben extenderse en su aplicación también a los trabajadores varones, no solo porque esa condición lo hace acreedor de una tutela preferente **(1)**, como lo aconseja el tribunal cimero de nuestro país, sino porque el derecho a la igualdad y no discriminación y el respeto por la dignidad de todo dependiente, sea varón o mujer, así lo exige.

Ante todo es preciso establecer la diferencia entre la palabra "sexo" y "género". La primera de ellas (sexo) se refiere se refiere "a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer" **(2)**, "a sus características fisiológicas, a la suma de características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres" **(3)**. El género, en cambio, es una construcción cultural, social e histórica, que alude a los roles que la sociedad atribuye a sus integrantes **(4)**, es de-

(*) Abogado especialista en derecho laboral. Asesor letrado del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires (Delegación Saladillo). Mediador prejudicial. Doctorando en el doctorado de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).

(1) Autos: Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido. - Ref.: Contrato de trabajo. Despido. - Mayoría: Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco. - Disidencia: - Abstención: - Fecha: 14-09-2004 - Tomo: 327 - Folio: 3677 - Nro. Exp.: V. 967. XXXVIII. - Autos: Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. - Ref.: Riesgos del trabajo. Responsabilidad civil. Accidentes del trabajo. Daños y perjuicios. Alterum non laedere. - Mayoría: Petracchi, Zaffaroni. - Disidencia: - Abstención: Fayt. - Fecha: 21-09-2004 - Tomo: 327 - Folio: 3753 - Nro. Exp.: A. 2652. XXXVIII. - Autos: Ferreyra, Gregorio Porfidio c/ Mastellone Hnos. S.A. s/ accidente - acción civil. - Ref.: Riesgos del trabajo. Responsabilidad civil. Accidentes del trabajo. Daños y perjuicios. Alterum non laedere. - Mayoría: Petracchi, Zaffaroni, Highton de Nolasco. - Disidencia: - Abstención: Fayt, Lorenzetti, Argibay. - Fecha: 28-06-2005 - Tomo: 328 - Nro. Exp: F. 928. XL. - A. 436. XL; RHE Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L. 08/04/2008 T. 331, P. 570

(2) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 28 relativa al art. 2º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5º.

(3) Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Recomendación General N.º 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, E/C. 12/GC/20, 2009. párr. 20.-

(4) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 28 rela-

cir, se refiere a las identidades, funciones y atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se les atribuye a las diferencias biológicas.

II. La protección de la mujer ante la violencia de género

Desde hace un tiempo a esta parte, se han dictado importantes normas nacionales e internacionales, tendientes a eliminar la discriminación contra la mujer, protegerla de situaciones de violencia y del acoso laboral, procurando mediante acciones positivas y decisiones judiciales con perspectiva de género, cumplir con el mandato constitucional establecido en el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional dispone el amparo especial para mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad.

Así, podemos citar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: la Ley de Protección Integral de la Mujer 26.485; y el Convenio 190 de la OIT que reconoce el derecho de toda persona a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, entre las principales normas que con más fuerza y potencia resguardan a la mujer de las situaciones de violencia laboral.

Las normas dictadas vinieron a tratar de equilibrar de alguna manera las profundas desigualdades existentes en el trato, en el acceso a los puestos de trabajo, en el cobro del salario, en síntesis, en las injusticias que ha venido padecimiento la mujer por su propia condición de ser sexualmente, una mujer.

Pese a esos loables esfuerzos y los logros obtenidos, que ahora cuentan incluso con la perspectiva a favor de decisiones judiciales, las brechas de género en el ámbito laboral siguen afectando más a las mujeres: las mujeres tienen una mayor carga global de trabajo, a pesar de la reducción registrada en los últimos años, persiste la brecha de participación laboral; siguen presentando tasas de desempleo más altas que las de los hombres; su ingreso al mercado de trabajo se produce preferentemente en el sector informal de la economía; tienen menor acceso a la seguridad social, están sobrerrepresentadas en los sectores económicos de menor productividad, status e ingreso; el trabajo doméstico remunerado representa parte importante de la fuerza femenina, persiste la discriminación salarial mujeres persiste; la participación femenina en la negociación colectiva sigue siendo baja y las migraciones se han feminizado.Todo ello justifica por sí solo las acciones positivas y la sanción de normas en protección de la mujer, siendo necesario incluso la ampliación de sus derechos y la implementación de mecanismos y vías para hacerlos valer.

III. Aplicación de la perspectiva de género y normas de protección de violencia contra la mujer al trabajador varón

Ahora bien, en la relación laboral, el empleado varón también sufre situaciones de discriminación, violencia y vulneración de sus derechos, que merecen a nuestro criterio idéntico tratamiento y una protección similar al que se le brinda a la mujer en situaciones o circunstancias similares.

En tal sentido, la Corte Suprema ha dicho que el principio de la igualdad que establece el art. 16 de la Constitución Nacional solo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias **(5)**; que la igualdad asegurada por el art. 28 de la Constitución Nacional a los habitantes del país es la igualdad ante la ley a fin de que ninguna norma legal pueda establecer entre ellos diferencias de trato en situaciones substancialmente idénticas **(6)**; y que la garantía constitucional de la igualdad comporta la consecuencia de que todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones **(7)**.

Así cuando un trabajador varón al que se le abona un salario inferior al que le corresponde podría interpelar a su empleador por violencia económica y patrimonial ya que en tal circunstancia, al igual que lo que podría acontecer con una trabajadora mujer, el empleador estaría ocasionando un me-

tiva al art. 2º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5º.

(5) VALDEZ CORA, Ramón, 1938, t. 182, p. 355;

(6) Robegno, Pedro Jorge c/ Ducilo Productora de Rayón S.A., 1955. t. 233. p. 173.

(7) Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena y otros c/ Destefanis, Antonio. 1968.T. 270, p. 374.

noscabo en sus recursos económicos, limitando sus ingresos, aplicándose aquí, por analogía, el art. 5°, inc. 4 de la ley 26.485, en base a la autorización que emana del art. 2° del Cód. Civ. y Com., el cual refiere a leyes análogas, a los tratados de derechos humanos y a los principios y valores jurídicos.

Igualmente, podría hacerse plena aplicación del plexo normativo que protege a la mujer de manera directa, cuando la violencia del empleador ejercida sobre el trabajador varón impacta y repercute de manera negativa sobre la familia del dependiente, entre cuyos integrantes pueda haber una mujer.

Del mismo modo, podría hacerse uso de la normativa específica sobre violencia de género cuando se adopten por el empleador acciones intimidatorias o extorsivas tendientes a obligar al empleado varón —a quien se entrega una vivienda para habitarla con su pareja y sus hijos— a que suscriba una renuncia al empleo o la firma de un acuerdo en el que no le reconozcan los créditos que legítimamente le correspondan por el despido.

Existe una frondosa legislación que ampara la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, desde la propia Carta Magna (arts. 16 y 36) hasta los tratados de derechos humanos cuya jerarquía es similar a la de la propia Constitución, como lo es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que los hombres y mujeres gocen de igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos, consagrando la igualdad de todas las personas ante los tribunales y cortes de justicia (art. 14. 1.), la prohibición de toda discriminación y la garantía a todas las personas de protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (art. 26). La igualdad entre el hombre y la mujer también se encuentra consagra por la Declaración de los Derechos del Hombre.

IV. Necesidad de actualizar y extender la perspectiva de género al trabajador varón

Dejé para el final la explicación del porqué del título de este trabajo a modo de cierre. Habitualmente se utiliza la palabra remix en el ámbito de la música, para producir un tema usando partes del tema original logrando así hacer una nueva versión.

Ello es precisamente lo que he intentado lograr en este breve relato: obtener una visión de la perspectiva de género que incluso también al trabajador varón, ya que también él —y más aún en los tiempos actuales en el cual el derecho del trabajo se ha flexibilizado de hecho, disminuyendo su poder de protección— necesita de acciones por parte del Estado, y en particular del Poder Judicial, de una mayor abrigo, tutela y amparo, del mismo modo que la mujer, no pudiendo escatimarse la utilización de las normas que de manera saludable han servido para empoderar y resguardar al sexo femenino contra los abusos, el acoso y la violencia laboral.

Juzgar con perspectiva de género significa aplicar las normas internacionales y nacionales sobre la igualdad y no discriminación en razón de sexo o género, tanto en el tratamiento procesal de los casos, como en el dictado de las sentencias que definen las distintas controversias **(8)**.

Las mujeres y los trabajadores en general, cualquiera sea su sexo o género, merecen la tutela preferente como lo recomienda y ha resuelto nuestro más Alto Tribunal. Ambos integran, a nuestro criterio, una "categoría sospechosa", ya que de manera recurrente son objeto de discriminación, abusos, violencia y se encuentran por su condición en condiciones de desigualdad, o son pasibles de un trato impropio, con lesión de su dignidad.

Es por tal razón que se debe ampliar el concepto de perspectiva de género, sin que este se ciña exclusivamente a los casos en los que la víctima de una situación de acoso o violencia laboral fuera una mujer, haciendo aplicable por analogía y por imperio del principio *pro homine* la normativa específica dictada para el cuidado de la mujer a las situaciones similares en las que los hombres son víctimas de los hechos idénticos que prevé la norma como antecedente para su aplicación.

El *mashups* es una combinación de dos o más temas musicales. Será labor de los jueces como directores del proceso de componer una nueva pieza musical mezclando para ello los preceptos jurídicos, aun cuando algunos de ellos puedan parecer exclusivos de un colectivo de personas o género, para dar así una mayor e igual protección, tanto al hombre como a la mujer en idénticas situaciones o circunstancias.

(8) Juzgar con perspectiva de género. La ley 26.485 como herramienta potenciadora de buenas prácticas, por Graciela Alejandra Vázquez. Tratado de Géneros, Derechos y Justicia. Rubinzal Culzoni Editores, p. 325.

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 Adolfo N. Balbín

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 jurisprudencia del superior tribunal sobre el derecho a la no discriminación. Alegó también que se había desnaturalizado el propósito de la ley y desconoci-

do 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.*

Algunos elementos de la temática atinente a los despidos discriminatorios y el caso "Caminos" de la CSJN

Adolfo N. Balbín (*)

Sumario: I. Introducción y una breve reseña de la causa que motivó el presente.— II. El contrato de trabajo y su extinción a través de las diferentes formas de despido.— III. El ejercicio de las libertades de contratar y ejercer una industria, y los derechos de la persona que presta servicios.— IV. La extinción del vínculo laboral mediando discriminación, la materia probatoria en dicho campo y una breve aplicación de ello a partir del caso "Caminos".— V. Palabras finales a modo de conclusión.

I. Introducción y una breve reseña de la causa que motivó el presente

En este trabajo me propongo, como objetivo general, efectuar un somero estudio de algunos elementos que entiendo centrales para comprender, desde la teoría y la práctica, el tema de los despidos discriminatorios o injustificados agravados.

Para ello, tomo como referencia el decisorio de la CS recaído en el reciente caso "Caminos" **(1)**, mas no busco efectuar un comentario de este, sino subrayar algunos de sus puntos y desarrollarlos con aportes complementarios, en línea con lo que explicité en el párrafo anterior.

En ese orden, partiendo de la ubicación de la figura de los despidos discriminatorios en el elenco de las formas de despido vigentes en nuestro derecho nacional, pretendo remarcar las características distintivas de aquella institución como puntapié para luego desarrollar ciertos elementos centrales de su ámbito, y que atañen tanto a los derechos de quien emplea como a los de aquella persona que pone su fuerza de trabajo a disposición.

Desde tal panorama, partiendo de algunas apreciaciones que la Corte efectuó en "Caminos", y desarrollándolas sucintamente en órbita con el objetivo general planteado, referiré a la libertad de contratar y de ejercer una industria por parte del empleador, así como también al derecho a no ser discriminado en el empleo que titulariza el trabajador, subrayando este último en orden a su carácter fundamental, y pretendiendo clarificar, en tal íter, las limitaciones a los poderes ordinarios del empleador en el vínculo laboral.

En ese terreno, centralizando el derecho a la no discriminación laboral, y conjugándola con algunas obligaciones públicas y privadas paralelas, trabajaré ciertas cuestiones de la materia probatoria en la temática que corona el presente.

Para lograr los objetivos propuestos, creo conveniente referir muy brevemente a ciertos puntos que enmarcan el caso "Caminos". Encaminado a ello, corresponde mencionar que la

(*) 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.

(1) CS, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido", 10/06/2021.

mentada causa se encontró vertebrada en un reclamo articulado por una trabajadora despedida por el Colegio e Instituto cordobés Nuestra Señora de Loreto, quien argumentó que el distracto se había debido a un motivo discriminatorio de parte de su empleador, vinculándose ello con la difusión televisiva de una relación que esta mantenía con un exalumno de la institución. Partiendo de un contundente dictamen, la Corte expresó valiosas palabras coronadas con el derecho a la no discriminación de quienes prestan servicios, en conjunción con los atributos jurídicos de los empleadores y ciertas obligaciones que pesaban sobre el juzgador en casos de esa naturaleza.

Para mayor claridad, y tal como se deriva del decisorio del Superior Tribunal Nacional, vale agregar que la Sala cuarta de la Cámara del Trabajo de Córdoba había rechazado la demanda instaurada por la Sra. Caminos, por medio de la cual peticionó que se declarase la nulidad del despido formalizado por su empleador (calificándolo como discriminatorio), junto a la reinstalación laboral y una reparación pecuniaria. Para así decidir, centralmente, la Cámara entendió que en el caso de la actora no se había configurado un despido discriminatorio, argumentando que para que pudiera comprobarse un distracto de tal naturaleza la requirente debía haber probado la alteración al derecho de igualdad, en el sentido de negársele a ella lo que se les otorgaba a otros en una similar situación.

A su turno, el Superior Tribunal de Justicia cordobés expuso que el agravio de la actora contra la sentencia de la Cámara carecía de fundamentación y solamente contenía un desarrollo genérico, señalando además que el despido se había relacionado con el cumplimiento de funciones laborales contrarias a las directivas emanadas del empleador.

Articulándose un recurso extraordinario federal, en instancia provincial se denegó su otorgamiento, y al recurrir la actora a la Corte Nacional vía queja, esta se declaró admisible tras considerarse que el rechazo se había debido a un excesivo rigor formal, omitiéndose el tratamiento de cuestiones decisivas para la dilucidación de la contienda.

En función de ello, y partiendo del objetivo general y de los específicos expuestos más arriba, así como también de la breve referencia de la causa "Caminos", avanzaré a continuación con el trabajo propuesto.

II. El contrato de trabajo y su extinción a través de las diferentes formas de despido

Quien trabaja y quien da empleo lo hacen a través de un cúmulo de derechos y obligaciones que nacen de un acuerdo inicial que entiendo corresponde mencionar como vínculo jurídico laboral en orden a la clara disparidad de fuerzas que se encuentran a lo largo de toda la relación.

Entre otras características, aquel vínculo es de tracto sucesivo, en el sentido de que se extiende en el tiempo, con mayor o menor prolongación dependiendo del caso. Empero, la relación de trabajo no se extiende eternamente, puesto que de base encuentra una limitación en la propia persona que pone su fuerza a disposición de la otra y a cambio de un salario. En ese tramo, y en una estrecha vinculación entre la sistemática legal laboral y la previsional, se reconoce a la jubilación como la causal ordinaria de extinción del contrato de trabajo.

No obstante ello, alejadas de aquella causal ordinaria o normal, el vínculo jurídico laboral también se puede extinguir de forma anormal, apareciendo en escena el despido al que la Ley de Contrato de Trabajo, ambivalente como el mismo campo disciplinar del que forma parte esencial, parece darle prioridad al regularlo antes que la jubilación, en el título décimo segundo.

Distanciado de un análisis de orden metodológico que ahora no resulta pertinente efectuar tomando en cuenta el limitado alcance de este trabajo, es dable mencionar que en el derecho del trabajo nacional no existe una única forma de despido sino cuatro: el justificado, el parcialmente justificado, el injustificado y el injustificado agravado o discriminatorio, dependiendo ello tanto de los motivos que actúan como causa fuente, así como también de las consecuencias jurídico prácticas que producen cada uno de ellos.

Empezando por el nivel menos gravoso, encontramos el despido por justa causa, que se da cuando el empleador extingue el contrato de trabajo que lo unía jurídicamente con un traba-

jador, cuando el último brinda motivo suficiente para que el vínculo se rompa. En el derecho laboral se exige que el trabajador cometa una falta que tenga por virtualidad generar en la persona del empleador una injuria (es decir, una afectación o daño) de gravedad suficiente, tal que permita poner fin a la relación. En este caso, el empleador puede despedir sin tener la obligación de pagar una indemnización.

En un segundo nivel, colocándose en un escalafón más gravoso que el anterior, se incorpora el despido parcialmente justificado, en cuyo terreno, invocando y probando el empleador la afectación de su actividad productiva por una causal económica más o menos alejada de su voluntad y del riesgo ordinario propio de la actividad que lleva a cabo en la empresa —fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador—, y en orden a la entidad del perjuicio (vinculado con una prueba estricta de su real concreción), la ley permite que aquel pueda despedir pagando únicamente la mitad de la ya podada reparación del art. 245 de la LCT.

Por su parte, y en un tercer nivel, se encuentra el despido llamado injustificado (o injustificado común), que se produce cuando el empleador, sin tener la obligación de explicar los motivos o razones de la rescisión del vínculo, pone fin al contrato que celebró en su momento con el trabajador, por simple voluntad, debiendo pagar una reparación que, amén de su denominado carácter indemnizatorio (tal como se lee en el art. 245 de la LCT), es de carácter tarifario, es decir, limitado a partir de una cuenta preestablecida por el legislador, y que sirve en definitiva, a mi modo, más que para consagrar un serio sistema de reparación en beneficio del trabajador, para anticipar los costos derivados de la ruptura del vínculo laboral.

Finalmente, en el nivel más gravoso, y ubicándose en un lugar central dentro de este trabajo, nos encontramos con el despido injustificado agravado o discriminatorio. En este, la extinción deriva de una conducta arbitraria del empleador que decide despedir en orden a determinada característica del trabajador que entiende como indeseable y que lo diferencia del resto de sus compañeros (pertenencia a cierta etnia, profesar una religión puntual, tener una orientación sexual determinada, entre otras), o bien cuando se produce con motivo del ejercicio por parte de quien trabaja, de un derecho fundamental, como por ejemplo un derecho sindical, el tendiente a regularizar un vínculo que adolece de ciertos defectos, el estado de gravidez, matrimonio, entre otros.

Según la línea actual de la CS **(2)**, el empleador tiene la facultad constitucional de despedir sin causa en orden al ejercicio del derecho de libre empresa emanado de la Carta Magna. No voy a profundizar en esto ahora porque hacerlo implicaría correr el foco de atención de este trabajo. Lo único que explicitaré es mi oposición al criterio referido, que encuentra sin más un fundamento claro en la obligación de "indemnizar" a quien resulta despedido, lo cual por sí solo quita al ejercicio de aquella presunta facultad para despedir su carácter de libre.

Pero más allá de la crítica sintetizada muy rápidamente en el anterior párrafo, y partiendo del criterio vigente de nuestro Máximo Tribunal de Justicia Nacional en cuanto a la facultad de despedir, en materia del despido injustificado agravado hay acuerdo en entender que los derechos que tiene quien resulta afectado en el curso de un contrato de trabajo, exceden de aquellos que emanan de la aplicación legal de las anteriores tres formas de despidos que reseñé en pocas palabras más arriba.

Derivado de ello, y también como criterio jurisprudencial de la CS **(3)**, resulta aplicable a la extinción del contrato laboral mediando discriminación, primordialmente, la ley 23.592 **(4)** —y varios preceptos constitucionales y supra legales **(5)**, así como también algunas normas

(2) Explicitada en el caso "Caminos" que motivó el presente (específicamente en el considerando 3, primera parte, del voto del Dr. Rosenkrantz), o en el caso "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical", 04/11/2018 (puntualmente en el considerando 15, primer párrafo, del voto del Dr. Rosatti), entre otros.

(3) Explicitado, entre otros, en el importante fallo "Álvarez, Maximiliano c. Cencosud SA s/ acción de amparo", 07/12/2010.

(4) B.O. 05/11/1988.

(5) Remito a la importante reseña efectuada por el voto mayoritario de la CS en la causa "Álvarez" antes referenciada, en su considerando tercero.

de la LCT **(6)**— que, al prescribir en su art. 1°, párrafo primero, la posibilidad, a pedido del damnificado, de obligar a quien de manera arbitraria "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" a dejar sin efecto aquel acto lesivo o cesar en su realización y a reparar el daño material y moral causados, abren una enérgica posibilidad defensiva en beneficio del trabajador agraviado. De tal forma, superando ampliamente la escueta protección emanada del art. 245 de la LCT, el dañado puede optar entre solicitar la declaración de nulidad del despido, la reincorporación y los salarios caídos, o bien mantenerse en situación de despido pero reclamando una reparación verdaderamente integral que resarza todos los daños derivados de la extinción agravada del vínculo laboral.

III. El ejercicio de las libertades de contratar y ejercer una industria, y los derechos de la persona que presta servicios

El reciente decisorio de la CS que impulsó este breve trabajo es importante puesto que reitera la doctrina fijada en otros precedentes del mismo Tribunal, aunque de manera combinada con el derecho de libre empresa que se entiende posee el empleador como director y organizador en el ámbito de aquella.

Tal mensaje, a mi modo de ver, se encuentra directamente emparentado con la interpretación que, desde distintas posiciones, se postuló respecto del carácter relativo de los derechos constitucionales, distanciándose de la absolutez con que algunos los cualifican.

En ese tramo, y dentro de la materia tratada por nuestro Superior Tribunal Nacional, se ventilan, por un lado, el derecho empresarial antes mencionado, y, por el otro, el de todas las personas que trabajan, a no ser discriminadas.

Para clarificar el punto, voy a trabajar brevemente sobre algunos contenidos que forman parte estructural del vínculo laboral, tomando como norte el texto de la LCT.

De base sabemos que el trabajador y el empleador se vinculan mediando para la ley un acuerdo inicial que esta dice que debe abrazar —a través del consentimiento (art. 45), es decir la propuesta hecha por una de las partes y aceptada por la otra— no necesariamente todos los elementos que van a formar parte de aquel acuerdo, sino básicamente los esenciales (objeto, jornada, remuneración, lugar de prestación de servicios), aplicándose a lo demás el cúmulo de las restantes e importantes fuentes disciplinares, como por ejemplo las regulaciones emanadas del convenio colectivo de trabajo aplicable a la situación (art. 46).

Pero además tenemos delimitadas, en la misma Ley de Contrato de Trabajo, las características más sobresalientes de aquel acuerdo denominado en el art. 21 como un contrato de trabajo. En ese terreno aparecen las llamadas notas tipificantes del mentado contrato, es decir, los elementos indispensables que debe tener para que pueda ser encuadrado como un vínculo laboral en los términos de la LCT. Estas son la obligación de prestar un servicio o cumplir una tarea por cuenta ajena, mediando una relación de dependencia, y que aquella obligación sea a cambio de una remuneración.

Para el fin que me he propuesto en este punto, basta tomar una somera nota de la ajenidad antes apuntada, porque sirve para comprender que el trabajador no presta servicios para sí, o en su exclusivo beneficio, sino que lo hace en provecho directo de otra persona, aunque no de forma gratuita. A lo que cabe sumar, también, que la ley reconoce desde el precepto legal definitorio de ese acuerdo inicial, que media una disparidad de fuerzas negociales con entidad para reiterase y reproducirse a lo largo de toda la vinculación.

En dicho tramo nos encontramos con que la persona que se ha obligado a prestar servicios (traducida, básicamente, en la puesta a disposición en beneficio de la otra de su fuerza de labor), lo hace, a nivel macro, en un espacio que la LCT identifica como empresa, tipificada como la organización de medios materiales (enseres de labor, materia prima), inmateriales (clientela, llave comercial) y personales (trabajadores y trabajadoras, de todos los rangos y escalafones), organizados para el logro de un objetivo que

(6) Arts. 17 y 81, puntualmente.

puede o ser o no con fines de lucro (art. 5°, LCT). Se observa aquí cómo quien trabaja lo hace en un espacio ajeno que pertenece, o que, al menos, organiza, otra persona (art. 64, LCT).

Pero, además de ello, y en línea con los aspectos trazados al referenciar brevemente el art. 21 de la LCT, el legislador también ha otorgado al empleador lo que en el plano doctrinario algunos han denominado, con buen tino, como poderes jerárquicos **(7)**, entre los que se encuentra la facultad de dirección.

En ese punto básico es que debe insertarse, adquiriendo sentido, el derecho de libre empresa trabajado ampliamente en la doctrina y referenciado por la Corte en el caso "Caminos" que ha motivado estas páginas.

A su respecto, y siguiendo en la especie el criterio de Germán Bidart Campos **(8)**, cabe reparar en este terreno en la existencia de dos libertades, una enumerada en la Constitución y la otra no: la de comercio e industria y la de contratar. En cuanto al primer grupo, y en una correlación de los arts. 14 y 20 de la CN, el autor antes mencionado dio cuenta de que estas "giran en torno de una actividad humana que, también genéricamente, presuponen normalmente un trabajo y una profesión de quien realiza la actividad" ello en vinculación con el derecho de trabajar de quien presta servicios; agregando que aquella libertad se da incluso en los casos en los cuales no medie habitualidad y también cuando no surja un propósito de lucro (esto último se recepta en la última parte del art. 5° de la LCT).

En igual senda, y en cuanto a la libertad de contratar, Bidart Campos refirió que esta ofrece diversos aspectos como el de decidir o no la celebración de un contrato, el de elegir con quien contratar y el de regular el contenido de aquel, tipificando a ellos como formas de concreción de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, no obstante el concepto amplio de aquellas dos libertades, el autor mencionado también reparó en las limitaciones que necesariamente se deben tomar en cuenta en el terreno en que estas se desenvuelven. De tal forma, en cuanto a la libertad de contratar escribió que "La autonomía de la voluntad como centro del contrato no debe en modo alguno absolutizarse ni sacralizarse. La presencia razonable del estado es necesaria, porque son múltiples las áreas donde actualmente sobreabundan situaciones de disparidad y asimetría entre las partes contratantes". Por su parte, en relación a la libertad de comercio e industria, si bien apuntó que "son fundamentalmente actividades humanas, y en cuanto humanas, privadas, es decir, libradas a la iniciativa de los particulares", también agregó inmediatamente que "Ello no descarta la reglamentación razonable" del estado, y que "(...) una presencia estatal razonable para la gestoría de la política y de la actividad económicas se compadece perfectamente con la constitución, y hasta es requerida por su plexo de valores, cuando a este se lo interpreta a tono con la democracia social y con el estado social de derechos".

Con esos elementos se puede entender cómo, a la par que el legislador de la LCT le otorgó al empleador el poder de dirección que antes mencioné, también, en el mismo terreno, prescribió que aquel debe ser ejercido con carácter funcional "atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador" (art. 65), aspecto desde el cual encontramos un límite objetivo —con vista a la empresa— y uno de alcance subjetivo —direccionado a la necesaria protección que debe recibir la persona que presta servicios—.

Se observa entonces que, a pesar de que le son reconocidas al empleador las libertades de contratación y ejercicio del comercio e industria, interviene en la relación de intercambio laboral un interés superior al de las partes individualmente consideradas, con el fin de regular, desde el objetivo central del derecho laboral, a quien aparece en aquella vinculación como una persona negocialmente hiposuficiente, es decir, el trabajador.

En el precedente andarivel, Carlos Livellara escribió que "las facultades directrices encuen-

(7) Ver, por ejemplo, DE LAS HERAS, Horacio, "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza (dirs.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 283 y ss.

(8) Del autor, "Manual de la Constitución reformada", Ediar, Buenos Aires, 2000, 2ª reimpresión, t. 2, p. 58 y ss.

tran su fundamento en la acción armónica, no solo del derecho de crédito derivado del contrato de trabajo de especificar la prestación laboral, sino de la titularidad que corresponde al empleador como organizador y coordinador de la comunidad laboral (empresa), que el Estado reconoce y restringe, por estar comprendido el interés social de la comunidad mayor (bien omún)" **(9)**.

Por eso, dentro de la parte introductoria del campo disciplinar del derecho del trabajo se dice que este no responde totalmente ni al derecho público ni al privado, advirtiendo algunos la configuración de un tercer género o campo de conocimiento científico en el que, a pensar del reconocimiento de derechos y libertades individuales, media un obligatorio encuadre de construcción estatal desde el cual, al menos en parte, se tiende a resguardar a la persona que presta servicios.

Por eso también el art. 65 establece, como límite subjetivo al ejercicio del poder de dirección empresarial, la preservación y mejora (tenemos aquí dos aspectos, uno más estático y el otro más dinámico) de los derechos personales y patrimoniales del trabajador. Es decir que el ejercicio de las libertades que mencioné más arriba (contratación y libre industria), no pueden ser ejercidas de manera irrazonable o desproporcionada, receptándose tanto en la doctrina laboral como en la constitucional, limitaciones indispensables de aquellas en beneficio de la persona que presta servicios. Y, a su respecto, una de las limitaciones que actúa con más fuerza en el campo de las denominadas como libertades de contratar y ejercer industria (en línea con lo afirmado por la CSJN en "Caminos") es la prohibición de discriminar a la persona que trabaja.

IV. La extinción del vínculo laboral mediando discriminación, la materia probatoria en dicho campo y una breve aplicación de ello a partir del caso "Caminos"

Fruto de aquella intervención pública que tiende a limitar el ejercicio de la potestad de dirección del empresario (derivada de las libertades de industria y contratación), puntualmente en la materia de los despidos ha arraigado con fuerza la obligación de no discriminar, lo que conlleva no solamente la consagración de una prohibición legal y constitucional para el empleador, sino también la consolidación de ciertos efectos derivados de la extinción mediando la violación de aquella obligación. En cuanto a lo último, se origina, además del derecho del trabajador a solicitar la nulidad del despido y la reincorporación al empleo con más los salarios caídos, o bien el de requerir el pago de una indemnización integral (conforme expliqué brevemente en el apartado número dos), la producción de ciertos efectos que tocan precisamente a la materia de la prueba, lo que a mi modo ha sido correctamente considerado por la CSJN en el caso "Caminos".

Ello abre dos cuestiones que expondré brevemente: una que ahora vincularé más con la forma, y la otra respecto de la cual haré lo mismo pero con el fondo. Ambas se relacionan, no solamente con el derecho del particular de llevar a la práctica ciertos mecanismos defensivos, sino también con una obligación pública estatal de evitar o al menos menguar los efectos perniciosos derivados de la discriminación en el empleo, dándose ello así puesto que, como derecho humano fundamental, requiere de la indispensable y ensamblada intervención de aquellos primeros obligados a velar por el respeto y la aplicación de los derechos y garantías constitucionales.

Así las cosas, tomando en cuenta los efectos profundamente negativos que la discriminación en la extinción del contrato de trabajo produce, derivado básicamente de la aplicación de la ley antidiscriminatoria 23.592 y de la lectura progresiva que en gran parte del plano jurisprudencial se ha efectuado de las cláusulas constitucionales y supra legales, se han habilitado dos dispositivos tutelares en beneficio de la persona despedida mediando discriminación: uno es de fondo, y se traduce en los derechos especiales vinculados a la reincorporación o bien a la indemnización integral de los que ya he hablado, otorgándole ahora aquella cualificación discrecional puesto que se vuelven exigibles cuando ya se ha acreditado que un despido se debió a un motivo discriminatorio; y el otro dispositivo defensivo resulta de forma, porque aparece en

(9) LIVELLARA, Carlos A., en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (dir.), "Tratado de derecho del trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1982, t. 3, p. 629.

escena, con carácter instrumental, con el fin de facilitar el recurso a alguna de las dos alternativas fondales precedentemente mencionadas, facilitando la acreditación de la existencia, en el caso puntual, de las conductas a cuya interdicción se propende por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia especializadas.

Me refiero, concretamente, a la materia probatoria en los despidos discriminatorios, referenciada por la CS en importantes precedentes, entre los que destaca el caso "Pellicori" **(10)** expresamente traído a cuenta en el expediente "Caminos".

Sintéticamente, en "Pellicori" la CS refirió al régimen probatorio aplicable a las situaciones encuadrables en la ley 23.592, al controvertirse el motivo real de un acto particular tildado como discriminatorio. En ese punto, nuestro Máximo Tribunal Nacional consideró que en aquel terreno se proyectaba el mensaje tutelar proveniente sobre todo del ordenamiento internacional, al permitir primero "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, a su vez, "al modular, a partir de lo anterior, la distribución de la carga probatoria" (ver consid. quinto, segundo párrafo, última parte).

En ese marco, invocando la directiva emanada del Comité contra la Discriminación Racial, y sobre la base de lo que entendió como dato realista en alusión a la mayor dificultad probatoria que recae en quien invoca la presencia de un motivo discriminatorio en la extinción del vínculo laboral, la CSJN entendió que, alejada de la obligación de aportar en un proceso judicial una plena prueba, al demandante le bastará con acreditar prima facie que ha sido víctima de una discriminación, mediante el ofrecimiento y la producción de los medios idóneos que permitan entrever, de manera objetiva y razonable, un trato diferente en su perjuicio (consid. quinto párrafo tercero, y consid. sexto párrafo segundo).

En este punto, corresponde señalar que en un proceso judicial ordinario tanto el ofrecimiento como la producción de la prueba no constituyen una obligación para las partes que intervienen en él, sino solamente una carga procesal, es decir, un imperativo del propio interés, en el sentido de que si no la producen, o no lo hacen de manera suficiente y con los medios adecuados e idóneos, dicha conducta no es pasible de infracción alguna, ello aun cuando, conforme lo ha planteado la doctrina procesal, quien proceda de aquella forma "(...) se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate, y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable" **(11)**.

Sin embargo, en materia de discriminación laboral aquella regla cede parcialmente en beneficio de la persona presuntamente afectada. De tal forma, quien denuncia una discriminación, si bien debe aportar al proceso elementos de convicción que orienten al juzgador en el descubrimiento de la verdad material, lo puede hacer mediando de su parte un "esfuerzo probatorio de baja intensidad" **(12)**, es decir un beneficio vinculado con un aligeramiento o suavización de su carga probatoria, puesto que, como lo ha dicho la CSJN (en línea con lo explicado más arriba), en orden a la dificultad con que suele encontrarse la persona que denuncia que en un caso determinado ha mediado una discriminación, a esta le basta con probar la verosimilitud en su reclamo (es decir, no la certeza de este en base a una plena prueba) a partir de una serie de indicios que permitan al juzgador, al menos, presumir que le asiste razón a la persona denunciante.

A consecuencia de lo anterior, correrá en la persona del demandado la carga de aportar prueba contundente que permita revertir la presunción arribada a partir de aquella forma de intelección y actuación adjetiva, so pena de entenderse como prevalentes los argumentos de la parte demandante, con las consecuencias puntuales que correspondan.

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

(11) PALACIO, Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 21 ed. p. 426.

(12) Ver, por ejemplo, GATTI, Ángel, "Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales", BdF, Buenos Aires, 2015, p. 549.

En ese terreno, vuelvo a repasar lo que dije más arriba respecto de la obligación pública de actuar en el terreno de la discriminación, en son de conjurar las consecuencias negativas derivadas de ella. A su respecto, si bien es verdad que la obligación de no discriminar pesa en cabeza de todas las personas independientemente de su calidad pública o privada, también lo es que la autoridad pública tiene en esta materia una función especial que cumplir, en su rol tanto de organizadora y promotora de conductas que eviten formas de obrar peyorativas (por ejemplo a través de la implementación de una política pública que propenda a la visibilización de situaciones problemáticas, a la concientización social o bien a la capacitación en materia de derechos humanos fundamentales), como también de interpretadora y juzgadora de conflictos en que se debatan cuestiones vinculadas con la alteración de derechos fundamentales de las personas. En cuanto a lo último, el Poder Judicial tiene una función crucial que cumplir.

En ese íter, respecto del caso "Caminos" hay que subrayar que la CS dejó sin efecto el fallo del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba, al entender —en línea con la síntesis expuesta en el primer punto de este trabajo— que no había proferido un adecuado tratamiento al argumento de la actora referido a la presunta comisión de un trato discriminatorio por parte de su empleador.

Cabe reparar en que, utilizando el argumento central de la arbitrariedad de sentencias (que amplía el espectro en que se puede intervenir y entender en la instancia extraordinaria federal), la Corte consideró que la forma de resolver provincialmente el planteo de la Sra. Caminos —a través de líneas argumentales que se vinculaban solamente con la presunta legitimidad del obrar del empleador quien había invocado, como razones para la extinción del contrato de trabajo, ciertas faltas en los deberes laborales cometidos por aquella, y su negativa a que le cambiaran de tareas en el establecimiento educativo en el que prestaba servicios— perdía sustento legal sobre la base de que en la especie la requirente había cumplido con la carga de acreditar verosímilmente (en línea con la sentencia "Pellicori" ya sintetizada) la comisión de un acto presuntamente discriminatorio por el empleador, a partir de una supuesta extinción derivada de una difusión pública respecto de una relación de pareja que la actora tenía con un ex estudiante de la institución en que laboraba.

Repárese en que la Corte no dijo en "Caminos" que había mediado un despido discriminatorio en contra de la actora, sino que consideró (en lo que hace al ámbito probatorio) que atento que no se había tratado el argumento de aquella vinculado con el presunto despido basado en la difusión de una relación sentimental con un ex alumno (entendida como una cuestión relevante en la especie), la sentencia provincial debía dejarse sin efecto, disponiéndose, a consecuencia de ello, su remisión al Tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al criterio apuntado.

Por su parte, respecto de la libertad de contratar, la CS también consideró que, si bien existe un derecho del empleador de ejercerla, resultaba obligatorio explicitar el carácter vinculante que en la especie cumplimentan las normativas que propenden a impedir la comisión de actos discriminatorios en las relaciones de trabajo, citando especialmente la ley 23.592 ya trabajada páginas atrás. Por eso en el apartado tercero del presente trabajo hice hincapié tanto en las libertades de contratación e industria (íntimamente vinculadas) como en el límite crucial que aquellas tienen en el terreno de la protección de los derechos personales y patrimoniales de quienes prestan servicios.

En cuanto a lo último, observo que la actual construcción de la protección frente a los actos discriminatorios mediando un vínculo laboral, si bien tiende a tutelar el ingreso económico del trabajador —evitando la disolución del contrato a partir de una conducta arbitraria del empleador—, pretende calar más hondo en relación a la protección que se dirige a la persona que pone su fuerza de trabajo a disposición de otra, tutelándose de tal forma derechos personalísimos como la dignidad y la igualdad, así como el ejercicio de prerrogativas que se consideran como fundamentales para el desarrollo de la persona que trabaja y que son, por ende, inalienables.

Por ello, tomando en cuenta el hondo calado del que antes hice mención, la autoridad judicial debe cerciorarse, en el caso concreto, y frente a la denuncia de un particular, que bajo el

ropaje de un despido simple no pretenda camuflarse un acto realmente discriminatorio que, en su caso, habilitaría el ejercicio de derechos de una intensidad muy superior a los derivados del sistema tarifario ordinario.

V. Palabras finales a modo de conclusión

Partiendo del caso "Caminos" de la CS, he trabajado sobre algunos temas que consideré importantes respecto al tópico atinente a los despidos discriminatorios o injustificados agravados.

En aquel terreno, pude observar que la CS referenció algunas cuestiones que corresponde tener muy presentes al momento de estudiar y analizar, tanto desde la teoría como la práctica, una situación en la que se hubiere materializado la extinción de un vínculo laboral mediando discriminación.

Así las cosas, puntualizando las cuatro grandes formas de despidos que existen, y caracterizando brevemente cada una de ellas, pretendí no solamente subrayar las disparidades que conceptual y aplicadamente separan a aquellas, sino también la mayor entidad del perjuicio que se le provoca a una persona cuando se la despide por características personales que se entienden como indeseables o inconvenientes, o bien por el ejercicio de derechos fundamentales, ambos íntimamente vinculados con una persona que pone su fuerza de trabajo a disposición de otra.

En ese orden, subrayando el derecho a la no discriminación como central en el horizonte de las prerrogativas fundamentales de las personas, así como también la obligación básica, pública y privada, de implementar los mecanismos adecuados tenientes a evitar la mengua de aquel derecho, se referenció la posibilidad de la persona perjudicada de llevar a la práctica atribuciones de especial entidad cuando media su alteración.

A su respecto, resulta tan importante proteger contra la discriminación en el empleo a las personas que trabajan, que incluso se pone un coto a los ordinarios poderes empresarios de dirección y organización, limitándose, por ende, las libertades de contratación y libre industria, referenciadas directa e indirectamente (de forma respectiva) por la CS en el fallo "Caminos".

En ese íter, aun cuando se sigue admitiendo que media en el vínculo laboral una distribución desigual de fuerzas negociales, al menos se reacciona con mayor entidad frente al derecho de las personas a no ser discriminadas, reconociéndose la posibilidad de ejercer derechos que, mediando una forma extintiva diferente a la discriminatoria, no tendrían, en línea con la interpretación actualmente prevalente, ningún tipo de asidero.

Derivado de lo precedente, sin perjuicio de que la CS no se pronunció sobre el fondo del debate ventilado en el expediente "Caminos", al menos reiteró, en conjunción con las libertades empresariales antes mencionadas, y sus límites, la necesidad de que el juzgador se pronunciara respecto a un punto central en aquel debate, que era la denuncia efectuada por la actora respecto a la supuesta extinción laboral mediando discriminación.

En cuando a ello, trayendo a cuenta la obligación pública y privada de la que ya hablé, el Estado, personificado ahora en el Poder Judicial, debe cumplir una obligación central en el análisis de aquellos expedientes, profundizando su estudio a fin de dilucidar si medió o no discriminación en un caso concreto, para así reaccionar de manera consecuente —de corresponder— en línea con los derechos especiales que sobre todo a partir de la ley antidiscriminatoria se le reconocen a las personas afectadas.

De tal modo, rememorando lo central del precedente "Pellicori" hice referencia a algunas cuestiones vinculadas con el beneficio probatorio que tiene quien hubiera aludido haber sufrido una discriminación en el empleo, terreno en el cual no solamente se subrayó la suficiencia de aportar indicios objetivos y razonables en línea con la denuncia efectuada, sino también la importancia de matizar esa carga privada con aquella obligación pública estatal, a fin de analizar, con somera atención, los argumentos conducentes para la dilucidación del conflicto.

Para finalizar, considero importante señalar que si la ciencia jurídica en su totalidad requiere de un constante estudio y reflexión, el dere-

cho del trabajo no resulta ajeno a la mentada exigencia. Y si aún permanecen en el derecho del trabajo figuras que pareciera no se condicen del todo con el contrato laboral con que muchos inician el estudio legal de aquel campo disciplinar, al menos debemos concientizarnos de que los operadores jurídicos, públicos y privados, tenemos la obligación de tomar en cuenta los derechos centrales de las dos personas que forman parte de ese acuerdo inicial, subrayando, como impone el norte tutelar especial de la materia que ha encuadrado el presente, aquellos que titularizan quienes resultan ser sujetos de preferente tutela constitucional.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Notificación de incapacidad del trabajador luego de la intimación a jubilarse. Arbitrariedad de la sentencia que rechazó la indemnización del art. 212, LCT. Disidencia. *Certiorari negativo.*

Con nota de Martín Morelli

1. — La sentencia que concluyó que el vínculo laboral se extinguió por jubilación, pues el empleador cursó la intimación prevista en el art. 252 de la LCT antes que el actor notificara su incapacidad en los términos del art. 212, párr. 4° de la LCT, se apartó de la solución prevista por la normativa, toda vez que el art. 252 del régimen referido, en la redacción vigente al momento del distracto —texto ordenado por ley 24.347— disponía que una vez notificada la intimación a iniciar el trámite jubilatorio el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año.

2. — La intimación para jubilarse no extingue la relación de empleo, sino que, por el contrario, la mantiene vigente hasta que se cumpla alguna de las condiciones extintivas, a saber, la concesión del beneficio o, en su defecto, el transcurso de un año. En el caso, la comunicación de la extinción por incapacidad absoluta —23/07/2009— antecedió a la concesión del beneficio jubilatorio —20/08/2009— y al vencimiento del término —07/08/2009— por lo que la minusvalía del dependiente, acreditada en sede judicial, se habría configurado durante la vigencia del contrato de trabajo.

3. — El argumento basado en una supuesta violación al principio de buena fe luce inmotivado ya que la sentencia lo sustenta en la omisión de informar previamente la afección sufrida por el dependiente, pero reconoce que fue a partir del emplazamiento patronal a jubilarse que comenzaron los pedidos de licencias médicas hasta que [el actor] comunicó la extinción del vínculo en los términos del art. 212, párr. 4° de la LCT. Tampoco explica de qué manera la supuesta violación al referido principio obstaría a la procedencia de la reparación prevista en la normativa bajo examen.

CS, 08/07/2021. - Corvalán, José Darío c. Intercórdoba SA s/ ordinario – art. 212, LCT.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/105660/2021]

CSJ 001826/2017/RH001

Suprema Corte:

-I-

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba revocó la sentencia dictada por la Sala Décima de la Cámara Única del Trabajo y, en consecuencia, rechazó la demanda dirigida a obtener la indemnización prevista en el artículo 212, párrafo cuarto, de la Ley de Contrato de Trabajo (v. fs. 164/171, 174/175 y 206/209 del expediente principal, al que me referiré, salvo aclaración en contrario) .

Sostuvo que no corresponde hacer lugar al reclamo porque la verdadera causa de la desvinculación no fue la incapacidad absoluta invocada por el actor, sino la previa conminación patronal cursada para que el trabajador inicie el trámite jubilatorio (art. 252, LCT). Resaltó que una vez intimado el dependiente la extinción del contrato quedó sujeta a la obtención del beneficio o, en su defecto, al plazo de un año, y que esa disolución no acarrea consecuencias indemnizatorias. Sumó que el actor no objetó la procedencia del modo extintivo ni del término anual y que recién invocó su afección quince días antes del vencimiento del plazo, cuando informó por telegrama su minusvalía. En ese plano, estimó afectado el principio de buena fe porque el trabajador puso fin al vínculo por invalidez pero no comunicó el padecimiento oportunamente. Destacó que una vez iniciado el trámite previsional el estado de salud del futuro beneficiario no tiene incidencia sobre él y, por tanto, debe prevalecer la modalidad extintiva establecida por el artículo 252. Por último, rechazó que el caso sea análogo al resuelto por la Corte en el precedente de Fallos: 330:1910, "Ramos".

-II-

Contra la decisión el actor dedujo recurso extraordinario, que fue contestado y denegado, lo que dio origen a la queja (cfse. fs. 211/228, 231/235 Y 237/238 y fs. 34/38 del legajo respectivo).

El recurrente expone que la sentencia es arbitraria porque el vínculo laboral se extinguió al producirse la incapacidad absoluta del dependiente, ocasión en la que se hallaba con licencia médica y en que la patronal debió haber tomado conocimiento de ese cuadro al realizar los controles periódicos inherentes a los conductores del transporte público. Aduce que el fallo incurre en una aplicación irrazonable de la norma laboral, contraria a los derechos del trabajador, al referir la institución del artículo 252 de la LCT a un supuesto de hecho inequívocamente regulado en el artículo 212. En ese sentido, argumenta que el artículo 252 prevé la extinción del contrato laboral por jubilación, mientras que el artículo 212, párrafo cuar-

to, contempla una prestación irrenunciable dirigida a compensar al trabajador afectado por la pérdida de su capacidad. Reprocha que la sentencia pone en pugna instituciones diferentes, ya que convierte al precepto del artículo 212 en una regla inoperante, soslayando la doctrina de Fallos: 330:1910, al tiempo que cuestiona la aserción de que el beneficio previsional fue la causa extintiva que operó en primer término pues está probado que la comunicación de la incapacidad ocurrió antes de que se verificara alguno de los extremos del artículo 252. Concluye que la decisión vulnera las garantías de igualdad, propiedad, legalidad, defensa en juicio y debido proceso, como también la supremacía constitucional y la tutela de los derechos del trabajador (arts. 14, 14 bis, 16 a 19, 30 y 31, C.N.; 7 y 23, incs. 2 y 3, DUDH; y 21 DADH).

-III-

Si bien los agravios que cuestionan el modo de extinción del vínculo laboral remiten al estudio de extremos fácticos y de derecho común, ajenos a la vía, cabe hacer excepción a ese principio cuando, como aquí, la sentencia no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con los planteos de las partes y las constancias probatorias, y se apartó de la solución legal prevista para el caso, de manera tal que la decisión se funda en afirmaciones dogmáticas que le proveen un apoyo aparente (Fallos: 327:5438 "Helgero"; 330:372; "Farini Duggan"; entre otros).

En tal sentido, la Corte tiene reiterado que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, cuando ésta no exige un esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la regla (Fallos: 320:61 "Piñeiro"; 323:1625, "Arcuri"; 341:1268, "Páez Alfonzo"; y 341:1443, "Martínez") .

En el *sub lite,* no se encuentra controvertido que el trabajador -de 55 años al tiempo del distracto- desempeñó tareas de conductor-guarda único del transporte de pasajeros, en recorridos urbanos e interurbanos, durante más de treinta y tres años.

Tampoco se encuentra discutido que fue intimado a jubilarse el 7 de agosto de 2008; que inició el trámite correspondiente el 30 de noviembre de ese año; que comunicó al empleador su incapacidad total y absoluta el 23 de julio de 2009 [acompañando un certificado médico con el cuadro patológico consolidado al 4/6/2009; fs. 7] y que el beneficio previsional le fue conferido el 20 de agosto del mismo año. Esos extremos, reseñados por el juez de mérito, fueron reafirmados en la sentencia recurrida.

A su vez, también arriba firme a esta instancia que el actor dispuso de licencias médicas por sus afecciones desde el mes de agosto de 2008 y que las patologías invocadas le provocaron una incapacidad laboral permanente y total.

En ese contexto, estimo que la decisión del a quo, en cuanto concluyó que el vínculo laboral se extinguió por jubilación pues el empleador cursó la intimación prevista en el artículo 252 de la LCT antes que el actor notificara su incapacidad en los términos del artículo 212, párrafo cuarto, de la LCT, se apartó de la solución prevista por la normativa.

Ello es así, toda vez que el artículo 252 del régimen referido, en la redacción vigente al momento del distracto -texto ordenado por ley 24.347- disponía que una vez notificada la intimación a iniciar el trámite jubilatorio " ... el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año. Concedido el beneficio o vencido ese plazo el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales" .

En consecuencia, surge notorio del precepto que la intimación no extingue la relación de empleo sino que, por el contrario, la mantiene vigente hasta que se cumpla alguna de las condiciones extintivas, a saber, la concesión del beneficio o, en su defecto, el transcurso de un año. Como se indicó ut supra, arriba firme a esta instancia federal que la comunicación de la extinción por incapacidad absoluta -23/7/2009- antecedió a la concesión del beneficio jubilatorio -20/8/2009-y al vencimiento del término -7/8/2009- por lo que la minusvalía del dependiente, acreditada en sede judicial, se habría configurado durante la vigencia del contrato de trabajo.

Vale añadir que el propio superior tribunal anotó que el actor informó de su incapacidad -total y permanente- quince días antes del vencimiento del plazo y "Que ninguna manifestación en ese sentido efectuó L.,], sino hasta el día en el que puso fin al vínculo por invalidez" (fs. 207vtal208). Tales afirmaciones se contradicen con la decisión del a qua, que concluyó que el vínculo se extinguió por jubilación.

Por último, el argumento del tribunal basado en una supuesta violación al principio de buena fe luce inmotivado ya que la sentencia lo sustenta en la omisión de informar previamente la afección sufrida, pero reconoce "... Que fue a partir del emplazamiento patronal que comenzaron los pedidos de licencias médicas hasta que comunicó [el actor] la extinción del vínculo en los términos del arto 212, 40 párrafo, de la LCT el día 23 de julio de dos mil nueve" (fs. 207vta). Se agrega a ello que tampoco explica de qué manera la supuesta violación al referido principio obstaría a la procedencia de la reparación prevista en la normativa bajo examen.

En las condiciones descriptas, incumbe descalificar la decisión recurrida con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, por apartarse de la solución legal y, en consecuencia, no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias probadas de la causa, quedando demostrada la relación directa entre lo debatido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (ver doctrina de Fallos: 323:3664, "Portela", entre muchos otros).

-IV-

Por lo expuesto, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso, dejar sin efecto la sentencia y devolver los autos al tribunal de origen para que, por quien competa, dicte una nueva con arreglo a lo indicado. Buenos Aires, Noviembre de 2019.— *Víctor Abramovich.*

Buenos Aires, 8 de julio de 2021

Considerando:

Que los agravios del apelante encuentran adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a los que corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al expediente principal y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. — *Elena I. Highton de Nolasco. — Juan Carlos Maqueda. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti. — Carlos F. Rosenkrantz.*

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Notifíquese y, previa devolución de los autos principales, archívese. — *Carlos E. Rosenkrantz* (en disidencia).— *Elena I. Highton de Nolasco.— Juan Carlos Maqueda. — Ricardo. L. Lorenzetti.— Horacio Rosatti*

Una nueva confirmación por la CSJN de los alcances del art. 252, LCT

Martín Morelli (*)

Sumario: I. Objeto de estudio preliminar: arts. 252 y 212 de la Ley de Contrato de Trabajo.— II. El camino del fallo "Corvalán" previo a la resolución de la CS.— III. Resolución de la CS.— IV. Conclusión.

I. Objeto de estudio preliminar: arts. 252 y 212 de la Ley de Contrato de Trabajo

I.1. Estudio preliminar

Que la CS haya intervenido este fallo no deja aún de sorprenderme pero agradezco que lo haya hecho, toda vez que permite hablar sobre el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo; un artículo que nunca pensé —vale aclarar— llegaría nuevamente a las grandes ligas luego del fallo "R. 1097, XXXIX. — recurso de hecho — Ramos, Ernesto c. Ingenio Ledesma SAAI" del 24 de abril de 2007.

¿Por qué el art. 252, LCT es tan importante? Porque viene a traer fin —*sin pago de indemnización laboral alguna*— a la relación laboral habida entre las partes; en otras épocas más lejanas era muy habitual situaciones como las del

(*) Abogado (UBA). Posgrado de Especialización en Derecho Constitucional del Trabajo, Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, Reino de España. Ayudante de primera cátedra Goldin, Elementos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, UBA. Maestrando en derecho del trabajo (UCES).

Sr. Corvalán de trabajadores que recorran todo (o casi todo) su trabajo dentro de una única unidad productiva, algo que por el cambio de sociedad y de trabajos resulta de menor vista en el mundo actual pero aún quedan casos como el del Sr. José Darío Corvalán.

El acceso a la jubilación, como sabemos, es el modo ideal de terminación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, donde la actividad infungible del trabajador llega a su fin para tomar su merecido descanso. Ahora bien, la particularidad de este precedente es conocer si, intimado el trabajador a proceder a iniciar los trámites jubilatorios y antes de que se logre esa extinción del contrato sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, la relación puede finalizarse por otro medio, obteniendo así el trabajador alguna indemnización.

Siguiendo este último punto este fallo hace también referencia —y se pone en puja con la otra norma— al art. 212 (específicamente el cuarto párrafo) de la LCT en cuanto por una enfermedad se derivó una incapacidad absoluta para el trabajador, por lo que se buscó de esta manera que el empleador abone una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245, LCT.

Desde ya les dejo expresado que comparto el fallo del Tribunal Supremo y principalmente lo expuesto por el procurador general de la Nación pero para entender completamente este resolutorio es importante repasar la legislación vigente y los antecedentes de hecho del.

I.2. Art. 252, Ley de Contrato de Trabajo

Debemos recordar que el artículo bajo análisis tiene dos requisitos objetivos: a) la edad, b) los años de servicios con aportes computables.

Alcanzados dichos requisitos el trabajador se encontrará en condiciones de obtener Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el art. 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones; en tal situación el empleador podrá intimarlo **(1)** a que inicie los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines.

"Va de suyo que ni el arribo del trabajador a la edad legal jubilatoria, ni la concurrencia de este extremo con la cantidad de años de servicios y aportes, provocan la extinción del contrato laboral, sino que hace falta una expresión voluntaria y positiva de alguna de las partes en tal sentido" **(2)**. Por tal motivo, englobada tal situación total [edad, años de aportes y entrega de certificados correspondientes **(3)**], el empleador "deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año". ¿Cuál es la consecuencia objetiva de todo este proceso? El mismo artículo lo aclara al disponer: "Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales".

I.3. Art. 212, Ley de Contrato de Trabajo

El cuarto párrafo de este artículo, en lo que aquí nos compete hace referencia a que cuando un trabajador tuviese una disminución definitiva en su capacidad laboral debido a un accidente, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la expresada en el art. 245 de la LCT; es decir que por la incapacidad del trabajador de realizar sus tareas habituales (en las condiciones de intensidad y continuidad que el trabajo requiere) que anterior a esta patología realizaba, se produce la extinción del vínculo laboral por causas ajenas a las partes siendo necesario que se ponga fin a la relación laboral por alguna de ellas y otorgándole al trabajador el derecho a reclamar una indemnización laboral comprendida en los parámetros de la LCT.

En resumen, el pago de esta indemnización está compuesto por cuatro elementos a decir del profesor Ackerman: (i) vigencia de la relación de trabajo, (ii) incapacitación inculpable del trabajador, (iii) disminución permanente de la capa-

(1) Debe recordarse que si el trabajador es mal intimado por el empleador (ya sea porque no tiene los años de aportes necesarios y/o la edad para hacerlo) el trabajador se puede considerar gravemente injuriado y despedido por culpa del empleador.

(2) ACKERMAN, Mario E., (dir.), "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Rubinzal Culzoni Editores, 2017, 2ª ed., t. III, p. 264.

(3) Reiteramos la necesidad de corroborar los años trabajados en otras empresas.

cidad de trabajo e (iv) imposibilidad de ejecutar las tareas asignadas **(4)**.

Mucho se ha dicho y escrito respecto a la naturaleza jurídica de este instituto pero lo cierto que aun teniendo raíces en la seguridad social el legislador puso en cabeza del empleador el pago de dicha indemnización.

II. El camino del fallo "Corvalán" previo a la resolución de la CS

Para poder entender lo repasado *ut supra* y las decisiones tomadas por los Juzgados y/o Tribunales hasta llegar a la sentencia de la CS que posteriormente veremos es importante enmarcar el presente caso.

II.1. Hechos

El Sr. José Darío Corvalán inició demanda contra Intercórdoba SA, para quien se desempeñaba en relación de dependencia (con reconocimiento de antigüedad y fecha de Ingreso reconocida del día 01/01/1976) en la categoría de conductor-guarda, según el Convenio Colectivo de AOITA hasta el día 23/07/2009 (vigente el contrato laboral según sus palabras), fecha en que comunicó mediante telegrama laboral que se encontraba incapacitado en forma total, absoluta y permanente para trabajar, por lo que solicitó el pago de la indemnización prevista en el cuarto párrafo del art. 212, LCT, lo que fue rechazado por la empresa negando su incapacidad y suma alguna de dinero.

La empresa por su parte contestó demanda negando que se le adeude suma alguna ya que —según sus dichos— el actor terminó su relación laboral con Intercórdoba SA por haber obtenido el beneficio de jubilación ordinaria por edad y por años de servicio. Asimismo, destacó que el actor: a) fue notificado en tiempo y forma con fecha 7 de agosto de 2008 que estaba en condiciones de obtener su beneficio de jubilación ordinaria por años de servicio y edad y se lo intimó para que iniciara los trámites respectivos entregándole toda la documentación pertinente en los términos del art. 252 LCT; b) obtuvo el beneficio jubilatorio y por ello el vínculo se extinguió sin obligación indemnizatoria alguna por parte del empleador; c) el telegrama careció de virtualidad jurídica para quedar encuadrado en el art. 212 de la LCT; d) niega e impugna el "certificado" expedido, su grado de incapacidad, su estado (total o absoluta) y que sea de carácter permanente.

Es importante destacar que el actor en su demanda negó que se hubieran dado en autos los extremos fácticos requeridos por el art. 252 de la LCT; concretamente negó hubiere vencido el plazo de un año del preaviso para obtener el beneficio jubilatorio y negó hubiere obtenido beneficio jubilatorio alguno con anterioridad a la extinción del vínculo laboral. Sumado a ello aclaró que previo al telegrama remitido había venido solicitando carpetas médicas durante el último periodo laboral.

II.2. Sentencias previas

Con fecha 24/05/2013, la Cámara del Trabajo (Sala 10ma., Sec. N.º 20) resolvió: "1) Hacer lugar a la demanda interpuesta por el actor Sr. José Darío Corvalán y, en consecuencia condenar a la accionada Empresa Intercórdoba SA, a abonar al nombrado la indemnización prevista en el art. 212 cuarto párrafo de la LCT, en función del art. 245 de la LCT, todo de acuerdo a las pautas establecidas en la única cuestión planteada y normas legales referenciadas, con más los intereses establecidos en dicha cuestión, debiendo ser abonadas las sumas correspondientes por la condenada dentro del término de diez días de notificada del auto aprobatorio de la liquidación a practicarse, bajo apercibimiento de ejecución forzosa.- (...)". Asimismo, mediante Auto N° 297 dictado con fecha 30/05/2013, la Cámara dispuso aclarar la Sentencia con relación al monto indemnizatorio.

En lo que aquí interesa para así decidir es importante resaltar algunos segmentos de dicha sentencia:

- "(...) El Máximo Tribunal de la Provincia de Córdoba ha sostenido... El art 212-4to, párr. LCT regula un beneficio excepcional ante la imposibilidad psicofísica definitiva de prestar tareas, circunstancia en la que la ley ampara al trabajador con prescindencia del modo de extinción del vínculo. El derecho a su percepción se mantiene inalterable y se concreta cuando la incapacidad aparece con toda su entidad durante la vigencia del contralo de trabajo..." (T.S.J., Sala

(4) ACKERMAN, Mario E., (dir.), ob. cit., t. II, p. 809.

Laboral, "Sosa, Dardo Juan c/ Miguel Ángel Papa S.R.L- Ordinario Art. 212 LCT Recurso Directo", Sentencia N° 79 del 06/08/2009) (...)".

- "(...) Señalo que deviene irrelevante que la demandada lo hubiera emplazado al actor en los términos del art. 252 de la LCT ya que a la fecha en que el accionante notifica la extinción del vínculo, no había transcurrido el año que dispone la ley por lo cual el contrato se encontraba vigente por lo que cumple con los requisitos prescriptos por la normativa (...)".

- "(...) Si bien es cierto que el art. 91 de la LCT determina que el contrato de trabajo dura hasta que el trabajador está en condiciones de obtener su jubilación ordinaria, lo real en el caso de autos, es que antes de dicha fecha el peticionante portaba, a juicio de los médicos tratantes y también de los peritos oficiales, un grado de incapacidad tal que le impedía seguir desarrollando tareas en relación de dependencia. Por otro lado, la parte actora ha probado que con anterioridad el actor ya se habla encontrado en varios meses con carpetas médicas por cause sus afecciones y la demandada no ha acompañado ningún examen periódico previo a la extinción del vínculo referido a tales dolencias, como para verificar el grado de incapacidad que ellas le generaban...".

II.3. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba

Atento el recurso deducido por la demandada y concedido por la Cámara del Trabajo, el expediente fue elevado al Superior quien con fecha 14/06/2017, mediante Sentencia N° 81, dictada en audiencia pública, la Sala Laboral del Máximo Tribunal provincial resolvió "I.- Admitir el recurso deducido por la parte demandada y, en consecuencia, casar el pronunciamiento conforme se expresa. II. Rechazar la demanda incoada por el Sr. José Darío Corvalán. III. Con costas por su orden (...)".

En lo que aquí interesa para así decidir es importante resaltar algunos segmentos de dicha sentencia:

- "(...) El Sentenciante con sustento en la confesional ficta, en la pericial médica y psiquiátrica consideró demostrado que al tiempo de la desvinculación el actor portaba las patologías denunciadas en el telegrama de fecha 23/07/09. Luego, acreditada la incapacidad psicofísica que le impedía seguir prestando tareas, lo hizo acreedor a la indemnización del art. 212, 4° párrafo de la LCT (...)".

- "(...) Del contexto en el que se desarrollaron los hechos, surge que la verdadera causa de la desvinculación no fue la incapacidad absoluta del accionante para la prestación de sus labores, sino que este con anterioridad solicitó su retiro de la actividad previa conminación de la patronal (...)".

- "(...) Que fue a partir del emplazamiento patronal que comenzaron los pedidos de licencias médicas hasta que comunicó la extinción del vínculo en los términos del art. 212, 41o. párrafo de la LCT (...)".

- "(...) En tales condiciones, la modalidad extintiva que se produjo en primer término debe prevalecer, toda vez que la circunstancia de encontrarse enfermo en el periodo del año acordado por el art. 252 LCT, no modifica, en principio, su situación de trabajador en condiciones de jubilarse. Es que, a partir de la notificación, el contrato queda sometido a una condición el otorgamiento del beneficio jubilatorio o, en su defecto, a un plazo de un año a contar desde aquella durante el cual el empleador debe conservar la ocupación y que al cumplirse, la relación se extingue por mandato legal sin consecuencias indemnizatorias **(5)**. Que en el caso concreto, estando en curso el año aniversario el actor, no cuestionó su procedencia ni puso en conocimiento su afección sobreviniente. Que faltando quince días para el vencimiento del término recién informó la situación de incapacidad total y permanente según certificado médico expedido por la Dra. Martha V. Greenway que transcribió en el telegrama. Que el principio de buena fe impone al dependiente anoticiar a la patronal si surge un acontecimiento diverso a los requisitos que determina la norma —edad, años de servicios y aportes—, esto es la presencia de una enfermedad inminente o crónica de gravedad. Que ninguna manifestación en ese sentido efectuó Corvalán, sino hasta el día en el que puso fin al vinculo por invalidez. Luego, subsistente el plazo y especialmente una vez

(5) El destacado me pertenece.

que se han Iniciado las gestiones, el estado de salud del futuro beneficiario no tiene incidencia alguna sobre el trámite previsional (...)".

- "(...) Atento a la solución a la que se arriba, cabe señalar que la situación resuella por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos 'Ramos, Ernesto c/ Ingenio Ledesma SAAI (Fallos: 330:1910), difiere del supuesto *sub examen*. En aquel, coexistió la jubilación por invalidez y la extinción del contrato de trabajo por incapacidad absoluta. Mientras que en el *sub lite*, se considera la hipótesis de la ruptura del vínculo laboral en los términos del art. 252 LCT. por acogimiento de la jubilación ordinaria, por reunir la edad y los aportes (...)".

A raíz de dicho pronunciamiento la parte actora presentó Recurso Extraordinario Federal cuya denegación dio lugar a la presentación del Recurso de Queja que termino tratando la CS

III. Resolución de la CS

III.1. Resolución

Por mayoría (de cuatro votos contra uno) la CS hizo lugar a la queja y se declaró procedente el recurso extraordinario, dejándose así sin efecto la sentencia apelada y remitiéndose el expediente a los fines de que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a las consideraciones de la presente **(6)**.

Para así decidir, los Supremos entendieron que los agravios del apelante tenían adecuada respuesta en los fundamentos y conclusiones del dictamen del Sr. procurador fiscal.

III.2. Dictamen del procurador

Lo interesante del fallo de la CS claramente está en la decisión del procurador general quien luego de analizar los antecedentes del caso considero que "(...) incumbe descalificar la decisión recurrida con base en la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias, por apartarse de la solución legal y, en consecuencia, no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias probadas de la causa, quedando demostrada la relación directa entre lo debatido y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (...)". Por tal motivo, a su entender, corresponde hacer lugar a la queja.

Para así decidir, primero aclaró —debido al motivo que llegó a su análisis resultaría un ajeno a los parámetros dispuestos históricamente para que la CS tome el caso—: "(...) Si bien los agravios que cuestionan el modo de extinción del vínculo laboral remiten al estudio de extremos fácticos y de derecho común, ajenos a la vía, cabe hacer excepción a ese principio cuando, como aquí, la sentencia no ha dado un tratamiento adecuado a la controversia de acuerdo con los planteos de las partes y las constancias probatorias, y se apartó de la solución legal prevista para el caso, de manera tal que la decisión se funda en afirmaciones dogmáticas que le proveen un apoyo aparente (...)".

Acto seguido recordó una pauta hermenéutica de la CS que muchos de nosotros como litigantes y los jueces deberíamos siempre recordar: "(...) la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, cuando esta no exige un esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso contempladas por la regla (...)".

Ya en el caso concreto dejo asentadas situaciones de hecho de relevancia para la resolución del caso y que llegaban firmes a su estudio, a saber:

- Edad del trabajador, categoría laboral, tareas realizadas.

- Fecha de intimación a jubilarse, inicio de tramites jubilatorios, comunicación de su incapacidad total y absoluta, fecha de concesión del beneficio previsional.

- El actor dispuso de licencias médicas por sus afecciones desde el mes de agosto de 2008 y que las patologías invocadas le provocaron una incapacidad laboral permanente y total.

Con todos estos antecedentes estudiados, el Sr. procurador general dictaminó que a su saber "(...) la decisión del a quo, en cuanto concluyó que el vínculo laboral se extinguió por jubilación pues el empleador cursó la intimación prevista en el art. 252 de la LCT antes que el actor notificara su incapacidad en los términos del

(6) El Dr. Rosenkrantz consideró que el recurso extraordinario era inadmisible (cfr. art. 280 CPCCN).

art. 212, párrafo cuarto, de la LCT, se apartó de la solución prevista por la normativa.

"En consecuencia, surge notorio del precepto que la intimación no extingue la relación de empleo sino que, por el contrario, la mantiene vigente hasta que se cumpla alguna de las condiciones extintivas, a saber, la concesión del beneficio o, en su defecto, el transcurso de un año. Como se indicó ut supra, arriba firme a esta instancia federal que la comunicación de la extinción por incapacidad absoluta —23/7/2009— antecedió a la concesión del beneficio jubilatorio —20/8/2009— y al vencimiento del término —7/8/2009— por lo que la minusvalía del dependiente, acreditada en sede judicial, se habría configurado durante la vigencia del contrato de trabajo (...)".

IV. Conclusión

De lo resuelto por el procurador general y de los argumentos vertidos por los letrados del actor al presentar el recurso extraordinario y la queja se puede desprender este análisis.

Todos entendemos (que la capacidad productiva y creadora del hombre es el elemento esencial del contrato de trabajo y del Derecho del Trabajo en general; así las cosas, una vez que esa capacidad se extingue (cualquiera sea el acto que le de origen) la relación laboral se extingue con ella. Pero para que esto último suceda tienen que concurrir siempre elementos objetivos y subjetivos conforme lo *ut supra* detallado en este artículo.

Aún más, no deja de ser importante remarcar y recordar que la buena fe laboral debe imperar en todo el transcurso de la relación laboral hasta el punto de considerarse que es fundamental su utilización antes de iniciar y luego de finalizar una relación laboral; este principio no fue utilizado para resolver el caso por ninguno de los Tribunales que tuvieron jurisdicción sobre este, lamentándose este autor por dicha situación.

En cuanto a la resolución del conflicto aquí comentado, resulta por más llamativo que el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (y que justifica considerar lo arbitrario de esta) es que considera que el contrato de trabajo queda sometido a una condición cuando el trabajador es intimado por la empleadora en los términos del art. 252, LCT.

Es así como considero acertado el argumento vertido por la parte actora en cuanto consideró que el Tribunal realizó una interpretación desnaturalizadora de la LCT, poniendo en pugna instituciones jurídicas distintas y diferenciadas, perjudicando las metas y objetivos del legislador y arribando a una solución completamente disvaliosa al aniquilar el sentido y alcance del cuarto párrafo del art. 212, al que convierte lisa y llanamente en una norma inútil e inoperante. En esta línea de pensamiento el Tribunal no entiende que ambas normas prevén situaciones completamente distintas, y que en modo alguno implican la exclusión de una respecto de la otra.

Ello me hizo recordar lo expresado hace añares por el profesor Fernández Madrid, quien, adelantado para su época, manifestó (conforme la cita del Dr. Ackerman): "Dado que la naturaleza de la cobertura de la indemnización que contempla el 4º párrafo del art. 212 es diferente de la que prevé el art. 245 del RCT, no colisiona con la normativa del art. 252 del mismo cuerpo legal, puesto que el hecho de que el empleador se exima de la indemnización de extinguirse el contrato por jubilación, no implica que no deba abonar el resarcimiento por incapacidad absoluta si el trabajador se encuentra en esta última condición, ya que lo que protege en este caso es la imposibilidad futura de obtener una tarea redituable" **(7)**.

La queja arribada a la CSJN es un claro ejemplo de dicha situación y que el Alto Tribunal la haya anulado sigue justificando estas situaciones. Lamentablemente un caso de este calibre tuvo que llegar a la CSJN antes que los tribunales inferiores (especialmente los de mayor rango en competencia laboral en la provincia de Córdoba) se dieran cuenta que el contrato laboral aun con la intimación correctamente realizada, está plenamente vigente, por lo que esta puede ser pasible de extinción previa por otras razones.

En tal sentido, si se hubiese producido la muerte del trabajador luego de la intimación a jubilarse, ¿alguien dudaría de que les corresponde a sus derechohabientes la indemnización comprendida en el art. 248, LCT? Y si fuera

(7) ACKERMAN, Mario E., (dir.), t. III, p. 271.

el caso de que se diera una situación de tal magnitud que el empleador considere la existencia de una injuria tal que no permita la prosecución de la relación laboral, ¿se consideraría igualmente que este no sea válido porque está el trabajador en vísperas de obtener la jubilación?

Por suerte, el art. 252, LCT volvió a las grandes ligas y se dejó nuevamente asentado por el Máximo Tribunal la plena vigencia de la relación laboral y la LCT durante el tiempo que tarde (máximo un año) que el trabajador obtenga el beneficio jubilatorio.

DESPIDO

Improcedencia. Insuficiencia de la comunicación del despido. Falta de precisión de los hechos endilgados al trabajador para decidir su despido. Improcedencia de la multa del art. 80 de la LCT cuando la obligación de entregar nuevas certificaciones deriva de la existencia de diferencias salariales.

Con nota de Oscar A. Bruno

1. — Además de no haberse acreditado incumplimiento alguno, la comunicación del despido no reúne los recaudos exigidos por el art. 243 de la LCT. En este sentido, si bien no se exige un detalle pormenorizado de cada uno de los hechos en los cuales la empleadora fundó la decisión, sí es requerida una comunicación suficientemente clara que permita conocer los motivos que determinaron la adopción de tal medida, a fin de permitir que el trabajador efectúe la correcta defensa de sus intereses, así como para evitar que, en los escritos judiciales introductorios, se puedan alterar o modificar las causas antes invocadas. Las expresiones utilizadas acerca de "... haberse detectado la realización de tareas y actividades incompatibles con su normal función y desenvolvimiento laboral..." resultan una fórmula sumamente genérica y ambigua y sin precisión alguna del momento ni de la descripción de los hechos que, a juicio de la empleadora y luego de dieciséis años de antigüedad en la empresa sin antecedentes disciplinarios, merecieron tal decisión.

2. — Si bien es cierto que quien utiliza un medio de comunicación es responsable del riesgo propio de dicho medio, tal principio no resulta aplicable cuando se utilizó un medio común para este tipo de comunicaciones —telegrama— y la noticia no llegó a cumplir su cometido por culpa del destinatario.

CNTrab., sala I, 10/06/2021. - Schmidt, Roberto Carlos c. Telecentro SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73921/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. n° CNT 025788/2017/CA001

Buenos Aires, junio 10 de 2021.

Considerando:

La doctora *Vázquez* dijo:

I. Contra la sentencia del 07.10.20 que hizo lugar a la demanda, apela la demandada a tenor del memorial digital de fecha 19.10.20, cuya replica fue presentada por el accionante el día 22.10.20. Por su parte, la representación letrada de la parte demandada y el perito contador cuestionan la regulación de sus honorarios por considerarlos reducidos (del 19.10.20 y 27.10.20).

II. La accionada se queja porque la Sra. Jueza a quo consideró que el despido dispuesto carece de justa causa que lo justifique ya que, según su criterio, se encuentra configurada la causal de injuria invocada en el telegrama de despido. Cita jurisprudencia en respaldo de su posición. También se agravia por las diferencias salariales y la multa del artículo 80 de la LCT.

III. Memoro que el Sr. Roberto Carlos SCHMIDT ingresó a trabajar a las órdenes de la demandada el 9 de agosto de 1997, que prestó tareas como Supervisor de Service hasta fines de 2013, momento en el que fue ascendido a Jefe de Departamento HUBS y se lo excluyó de la norma convencional que rige la actividad (CCT 223/75). También surge de autos que la desvinculación fue dispuesta por la demandada, en la misiva confeccionada el día 27 de mayo de 2016 en los siguientes términos "Atento haberse detectado la realización de tareas y actividades incompatibles con su normal función y desenvolvimiento laboral nos consideramos gravemente injuriados y disuelta la relación de empleo con justa causa y por vuestra exclusiva culpa. Liquidación final y certificados de trabajo a su disposición dentro del plazo legal" (cfr. TCL acompañado por el accionante, v. sobre reservado Nº 7126), misiva que fue rechazada por el accionante el 29 de junio de 2016, desconociendo los hechos que se le imputaban.

Al respecto, adelanto que comparto las conclusiones vertidas por la Sentenciante de grado pues, además de no haberse acreditado incumplimiento alguno, la comunicación del despido no reúne los recaudos exigidos por el artículo 243 de la LCT. En este sentido, si bien no se exige un detalle pormenorizado de cada uno de los hechos en los cuales la empleadora fundó la decisión, sí es requerida una comunicación suficientemente clara que permita conocer los motivos que determinaron la adopción de tal medida, a fin de permitir que el trabajador efectúe la correcta defensa de sus intereses, así como para evitar que, en los escritos judiciales introductorios, se puedan alterar o modificar las causas antes invocadas.

De este modo, considero que las expresiones utilizadas acerca de "... haberse detectado la realización de tareas y actividades incompatibles con su normal función y desenvolvimiento laboral..." resultan una fórmula sumamente genérica y ambigua y sin precisión alguna del momento ni de la descripción de los hechos que, a juicio de la empleadora y luego de dieciséis años de antigüedad en la empresa (1997 a 2016) sin antecedentes disciplinarios, merecieron tal decisión. Por ello tal aseveración, a mi juicio, no resulta suficiente para cumplimentar las formalidades exigidas por la ley (arg.art.386 CPCC).

Como tiene dicho esta Sala, el requisito apuntado no constituye un mero formalismo, sino que es un medio de dar a la persona trabajadora la posibilidad de encarar su defensa judicial sabiendo cuáles cargos concretos se le hacen. Y, en este contexto, cabe destacar que, el detalle preciso de los hechos causantes de la desvinculación, encuentran sustento en el deber de buena fe, con el que deben conducirse las partes, tanto durante el desarrollo de la relación laboral, como en el momento de su extinción (arg.art.62, 63, 242 y cc.LCT) y, asimismo, en el derecho constitucional de defensa en juicio (artículo18 Constitución Nacional) (Conf. esta Sala, in re "Galmarini Miguel Ángel c/ Disco S.A. s/ despido" del 12.12.08).

Resta indicar que tampoco surge del expediente ningún elemento probatorio suficiente e idóneo que permita modificar la decisión toda vez que, tal como bien se precisa en origen, no surgen de las constancias de la causa elementos que acrediten las "actividades incompatibles" invocadas atento el desistimiento de la prueba testimonial oportunamente ofrecida (cfr. fs.246). En consecuencia, como la comunicación del distracto remitida por TELECENTRO SA no cumple con los recaudos exigidos por el artículo 243 LCT, tal circunstancia conduce a mantener lo decidido en grado en este aspecto.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, resulta correcto lo señalado por la recurrente en cuanto a la fecha de notificación del distracto. En este sentido, la demandada dice que envió la misiva el día 27.05.16, mientras que el actor afirma haberse notificado recién el día 24.06.16 cuando se apersonó al Correo a retirar aquella comunicación. Si bien es cierto que la notificación posee carácter recepticio (cfr. C.S.J.N., Sent. del 16/03/82 en autos "López Matías c/Establecimientos Fabriles Guereño S.A.", Fallos:304-351), también lo es que, en casos como éste, la comunicación no llegó a la esfera de conocimiento, en el plazo estipulado, por culpa del destinatario. En este sentido, y en argumentos que comparto, la jurisprudencia ha resuelto que: "Si bien es cierto que quien utiliza un medio de comunicación es responsable del riesgo propio de dicho medio, tal principio no resulta aplicable cuando se utilizó un medio común para este tipo de comunicaciones (telegrama) y la noticia no llegó a cumplir su cometido por culpa del destinatario. En este sentido debe interpretarse el fracaso de la notificación por informarse en el domicilio en cuestión que el destinatario "se mudó de domicilio". Pero dado que el domicilio al cual se dirigió la comunicación era el correcto, la comunicación debe entenderse válida y eficaz" (C.N.A.T., Sala VII, S.D. Nº 40.230, 28/06/07, en "Inca Sergio Pascual c/Coto C.I.C. S.A. s/Despido").

En el caso, el Correo informó que la misiva enviada por la empresa, al mismo domicilio que consignó el accionante en sus telegramas, salió a distribución los días 30.05.16 y 01.06.16 y fue devuelta por el agente distribuidor con la observación "domicilio cerrado-de José aviso de visita" (v. fs. 78). Por otro lado, el actor reconoce que recién fue el día 24.06.16 a retirar dicha misiva, demora que no resulta imputable a la empresa. En este marco, no comparto lo decidido por la Sra. Jueza de primera instancia en cuanto tuvo por extinguida la relación el día 24.06.16, sino que, a mi criterio, la relación laboral se extinguió el día 30.05.16, fecha en que el accionante debió recibir el telegrama o, en caso de no estar en su domicilio, concurrir a la sede del Correo y retirarla.

Sobre el final de este voto, realizaré una nueva liquidación que se ajuste a lo propuesto precedentemente.

IV. La demandada se queja también de las diferencias salariales reclamadas en el escrito inicial, ello pues afirma que el ascenso del Sr. Schmidt en diciembre de 2013, y el hecho de haberlo excluido del convenio colectivo, no produjo una merma en su salario.

En este aspecto, luego de analizados los términos en que quedó trabada la litis, y la prueba producida en la causa, propondré rechazar la queja y mantener lo resuelto en primera instancia.

En efecto, no resulta un hecho controvertido que, en el mes de diciembre de 2013, la demandada nombró al accionante como "Jefe de Departamento HUBS" y, con base en dicho nombramiento, lo excluyó del convenio colectivo aplicable (CCT 223/75). Sobre esta base, el perito contador confirmó lo expuesto en el inicio, e informó que, a partir de esa fecha, "al actor dejaron de liquidarle los premios por presentismo, horas suplementarias, horas extras y antigüedad" (v. fs. 173).

La demandada, para argumentar la exclusión, afirmó que dicha categoría no está contemplada por las disposiciones del CCT 223/75, que la suma percibida efectivamente por el actor era sensiblemente superior a la que le habría correspondido de acuerdo con

el CCT y que, aun considerando la incidencia de las horas extras, la suma sigue siendo inferior a los montos efectivamente percibidos. En definitiva, dice que no hubo merma en su salario.

Sin embargo, no acreditó ninguna de dichas afirmaciones. Por un lado, el sindicato informó que la categoría de "Supervisor" agrupa a jefes/as, sub jefes/as o Encargados/as de sección de conformidad con lo dispuesto por los artículos 130/138 del CCT 223/75 (v. fs. 135); la demandada, por el contrario, no aportó argumento alguno que avale la necesidad de excluirlo del CCT al ser nombrado "Jefe de Departamento HUBS". Por otro lado, la demandada tampoco logró acreditar que, aun excluyéndolo del convenio, y con ello dejar de abonarle los adicionales y horas extraordinarias correspondientes, el salario de SCHMIDT haya sido superior al que percibía antes de diciembre de 2013.

En este sentido, el perito contador no pudo expedirse sobre las diferencias salariales porque la demandada no le exhibió los registros horarios para determinar la incidencia de las horas extraordinarias. Advierto en este aspecto que, antes de diciembre de 2013, el horario del actor era de 07 a 15hs., pero fichaba su ingreso a las 7 y su egreso recién a partir de las 18hs.; luego del cambio, su horario se extendió hasta las 16hs. pero solo fichaba al ingreso (a las 7am.), sin dejar constancia de su horario de salida (v. registro horario acompañado por la demandada a fs. 48/60).

Insisto que, era la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de acreditar su versión de los hechos; en concreto, que la exclusión del vínculo laboral correspondiente al Sr. SCHMIDT del convenio colectivo de la actividad no implicó una rebaja salarial. Sin embargo, como afirmó la Sra. Jueza de grado, y aquí propongo confirmar, no produjo prueba alguna en este sentido.

Resta agregar que la aplicación del convenio colectivo de trabajo no es optativa para el empleador (arts. 7° y 12 L.C.T.) y que, dejar a un trabajador "fuera de convenio" con la excusa de que integra el "área gerencial" al solo efecto de abonarle remuneraciones inferiores a las que habría percibido de "permanecer" en el convenio, no solo afecta los principios que inspiran el Derecho del Trabajo sino que ofende el más elemental sentido de justicia, a más del derecho de propiedad del demandante, sujeto de preferente tutela (art.14 bis, CN).

Por las consideraciones expuestas precedentemente, propongo rechazar la queja y mantener lo resuelto en primera instancia.

V. Distinta solución propondré para la queja sobre la multa del artículo 80 de la LCT (cfr. artículo 45 Ley 25.345). En efecto, tal como surge del intercambio telegráfico y del acta del SECLO, la demandada entregó al accionante los certificados de trabajo. Sin embargo, este los rechazó porque, según sostiene, no reflejan "la realidad contractual" de la relación que los unía (v. CD Nº 741892346 del 26.09.16 acompañado por el accionante, v. sobre reservado Nº 7.126).

Tal como dijo esta Sala, en argumentos que comparto y resultan de aplicación al caso, más allá de la obligación del empleador de entregar nuevos certificados por las aludidas diferencias salariales admitidas en el decisorio, no corresponde que se admita el pago de la multa prevista en esa disposición. Ello, porque, independientemente de las diferencias salariales devengadas, lo cierto es que la demandada no tenía obligación de registrar sumas que no abonaba al trabajador. En este sentido, la obligación que el artículo 80 de la LCT pone en cabeza del empleador, se limita a hacer entrega de los certificados que prevé dicha norma de acuerdo a las registraciones que obran en los libros de la empresa (v. protocolo de esta Sala, in re "Di Lullo Adrián Nicolás c/ El Mundo del Juguete S.A. s/despido" Expte. Nº 45.890/09, S.D. 87.360 del 8/2/12).

Por los argumentos expuestos, propicio, por un lado, confirmar lo decidido en origen respecto a la entrega de nuevos certificados; y, por el otro, exceptuar a la demandada del pago de la multa del artículo 45 de la ley 25.345 y detraer del monto de condena la suma de $121.362,66 ($40.454,22 x 3)

VI. A fin de fijar el quantum indemnizatorio, tomaré la fecha de ingreso (09.08.97), egreso (30.05.16) y remuneración ($40.454,22 cfr. pericia contable), que han quedado acreditadas en autos.

Asimismo, tal como señala la recurrente, descontaré la suma de $74.294. abonados por la demandada en la primera audiencia ante el SECLO (v. acta en el sobre reservado S/N), reconocido por el accionante quien, en el propio escrito de inicio, dijo haberlo aceptado "solo a cuenta y sujeto a la real liquidación de su crédito laboral" (v. fs. 10 al pie de su liquidación).

En consecuencia, según mi voto, la acción debería prosperar por los siguientes rubros e importes:

A la suma consignada precedentemente, deberán adicionarse los intereses fijados en grado que llegan firmes a esta Alzada.

VII. Más allá de la modificación parcial que se propicia, y de conformidad con el mérito y calidad de los trabajos realizados en grado, valor económico del jui-

cio, rubros que resultaron procedentes, resultado final del pleito y facultades conferidas al Tribunal, estimo que los porcentajes fijados a la representación letrada de las partes, así como el regulado a favor del perito contador interviniente resultan adecuados, por lo que propongo sean mantenidos, aunque bien referidos al nuevo monto de condena (artículo 38 de la LO y normas arancelarias de aplicación).

VIII. Estimo que las costas de ambas instancias deben imponerse a cargo de la demandada, en su carácter de objetivamente vencida en el pleito (artículo 68 CPCCN), a cuyo efecto propongo regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% respectivamente de lo que a cada una de ellas les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (artículo 38 LO y 30 de la Ley 27.423).

En definitiva, de prosperar mi voto, correspondería: 1) Modificar parcialmente el fallo apelado y, en su mérito, reducir el monto de condena a la suma de $1.449.931,97, con más los accesorios dispuestos en grado; 2) Confirmar el fallo apelado en lo demás que decide; 3) Fijar las costas de ambas instancias a cargo de la demandada; 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada, por su actuación en esta Alzada, en el 30% respectivamente de lo que a cada una de ellas les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa.

La doctora *Hockl* dijo:

Que adhiero a la solución propuesta por mi distinguida colega Dra. Gabriela Vázquez por compartir sus fundamentos y conclusiones.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, *Resuelve:* 1) Modificar parcialmente el fallo apelado y, en su mérito, reducir el monto de condena a la suma de $1.449.931,97, con más los accesorios dispuestos en grado; 2) Confirmar el fallo apelado en lo demás que decide; 3) Fijar las costas de ambas instancias a cargo de la demandada; 4) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada, por su actuación en esta Alzada, en el 30% respectivamente de lo que a cada una de ellas les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa. 5) 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.4º, Acordada CSJN Nº 15/13) y devuélvase. *— María C. Hockl. — Gabriela A. Vázquez.*

La inadecuada caracterización de la causal invocada por el empleador para efectuar un despido sin indemnización

Oscar A. Bruno (*)

Sumario: I. Reseña del fallo anotado: CNTrab., sala I, "Schmidt, Roberto Carlos c. Telecentro SA s. despido", 10/06/2021, Expte. N° 25.788/2017.— II. El comentario.— III. Conclusión.

I. Reseña del fallo anotado: CNTrab., sala I, "Schmidt, Roberto Carlos c. Telecentro SA s. despido", 10/06/2021, Expte. N° 25.788/2017

I.1. Causal invocada para producir un despido. Adecuada caracterización. Art. 243, LCT. Comunicaciones entre las partes

Se confirma la sentencia dictada en la primera instancia, quedando firme lo resuelto en el sentido de que la comunicación para materializar el despido efectuada por la demandada carecía de la adecuada invocación y descripción, por parte de la empleadora, respecto de los incumplimientos atribuibles al dependiente. Para decidirlo así, la Cámara ponderó como insuficiente la expresión de motivos esgrimida por la demandada, la cual le impidió al trabajador despedido ejercer una correcta defensa de sus intereses.

II. El comentario

De acuerdo a los claros términos del art. 243, LCT, el empleador que quisiese —sin abonar indemnización— despedir a un trabajador en razón de un incumplimiento de este, el cual resulte ser de una gravedad tal que no consintiera la prosecución del vínculo laboral, deberá comunicarlo por escrito y esta comunicación, a su vez, deberá contener una "expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato" **(1)**.

Según nuestro diseño normativo, no resulta ser una circunstancia controvertida el hecho de que, ya desde lo formal, el empleador cuenta con la posibilidad de desvincular a un trabajador que incumple con las obligaciones a su cargo. No posee, en cambio, la facultad de realizar despidos (ni ninguna otra clase de actos) de manera discriminatorio, tal como lo ha claramente establecido la Corte Suprema en el conocido precedente "Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo", pero sí existe la posibilidad de despedir sin el pago de indemnizaciones a un trabajador que no cumple con su débito laboral de manera adecuada. Además de dichas dos posibilidades (la prohibición del despido discriminatorio, y la permisión del despido con invocación de causa), también coexiste la posibilidad de desvincular a un dependiente sin invocación de causa alguna, conllevando ello y de manera directa, la obligatoriedad de abonar las indemnizaciones correspondientes.

Lo que se ha discutido en el caso en análisis es, entre otras cuestiones, si el empleador ha cumplido de manera idónea con la carga impuesta por el art. 243, LCT al momento de realizar el distracto o si, por el contrario, realizó el acto sin

(*) Abogado. Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UBA). Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil UBA. Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA). Doctorando en Derecho Laboral (UBA).

(1) Art. 243, Ley 20.744.

la observancia de los deberes a su cargo. A fin de abordar esta cuestión, conviene transcribir el contenido de la carta documento enviada por la empleadora: "Atento haberse detectado la realización de tareas y actividades incompatibles con su normal función y desenvolvimiento laboral nos consideramos gravemente injuriados y disuelta la relación de empleo con justa causa y por vuestra exclusiva culpa. Liquidación final y certificados de trabajo a su disposición dentro del plazo legal".

Con relación a lo dispuesto por el citado art. 243 y en consonancia con lo decidido en este caso por la Cámara, sostienen Herrera y Guisado que "la ley le impone al denunciante la explicitación de la causa de la denuncia, de manera que la parte imputada pueda articular las defensas que estima que le corresponden" **(2)**.

Ha sido con ese mismo criterio lo decidido en la sentencia dictada como consecuencia de la apelación y agravio de la demandada, en tanto "además de no haberse acreditado incumplimiento alguno, la comunicación del despido no reúne los recaudos exigidos por el artículo 243 de la LCT. En este sentido, si bien no se exige un detalle pormenorizado de cada uno de los hechos en los cuales la empleadora fundó la decisión, sí es requerida una comunicación suficientemente clara que permita conocer los motivos que determinaron la adopción de tal medida, a fin de permitir que el trabajador efectúe la correcta defensa de sus intereses, así como para evitar que, en los escritos judiciales introductorios, se puedan alterar o modificarlas causas antes invocadas" **(3)**.

Sin perjuicio de las pruebas ofrecidas y producidas en la causa, lo cierto es que, conforme ha sido articulado el intercambio telegráfico, la cuestión excluyente a dilucidar, a fin de decidir a cuál de las dos posturas debía darse prevalencia, resultaba ser si la comunicación dispuesta por la parte empleadora constituía una comunicación adecuada o si, por el contrario, había sido efectuada con un grado de generalidad tal que no permitía interpretarse de ella un adecuado cumplimiento con la carga impuesta por el art. 243, LCT.

Es este orden de ideas resulta inconducente lo afirmado por la demandada en su defensa respecto a que "[l]a medida adoptada por mi mandante, tomando en consideración los reales antecedentes del actor y su antigüedad en el trabajo, se encuentra plenamente justificada por cuanto resulta proporcional y acorde con el concreto actuar del Sr. Schmidt", en tanto dichos antecedentes no han sido la causa esgrimida por la empleadora a los efectos de motivar el despido realizado. A esta circunstancia me referí en mi obra *La audiencia testimonial en el proceso laboral* **(4)**, cuando —al referirme a la manera en la que debía ser interrogado un testigo— sostuve que las preguntas que debían realizarse —y las respuestas que, por consiguiente, deberían perseguirse— tendrían que ser respecto a los hechos controvertidos y no a otras cuestiones, ya que los hechos pertinentes son unos y no son otros.

Sin perjuicio de la reiteración que seguidamente haré, resalto nuevamente que, conforme los términos en los que ha sido dispuesto el despido, no era materia central de análisis la cuestión de los antecedentes del trabajador sino el resolver si la imputación por el incumplimiento había sido dada en debida forma y si, en ese caso, era suficiente a efectos de dar andamiento a la postura de la demandada. Solo a mayor abundamiento debe agregarse que la parte demandada no había aportado sanción previa alguna al trabajador despedido.

Si bien no es lo centralmente discutido en el presente caso, como se ha apenas dicho, lo afirmado en el párrafo precedente se incluye en el presente estudio ya que es coincidente con la línea aquí utilizada de análisis del caso: la parte demandada ha sido genérica en su comunicación, y eso también se encuentra verificado en la circunstancia de haber invocado antecedentes supuestamente disvaliosos pero que no han sido oportunamente deducidos.

Como lo sostiene Baldiviezo, "el empleador está dotado de facultades suficientes para restablecer el orden y sancionar las faltas e incum-

(2) HERRERA, ENRIQUE y GUISADO, HÉCTOR C., "Extinción de la relación de trabajo", Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 393.

(3) . Considerando "III" del voto de la Dra. Vázquez.

(4) BRUNO, Oscar Alberto, "La audiencia testimonial en el proceso laboral", Hammurabi, Buenos Aires, 2021, p. 22.

plimientos de sus empleados" **(5)**. Empero ello, no ha sido esto lo que el empleador ha realizado en su comunicación rescisoria. En este orden de ideas, Tula advierte que, "[e]n materia de comunicaciones laborales se derivan del principio de actuación de buena fe los siguientes comportamientos (...) iv: deber de expresarse en las comunicaciones con la mayor claridad, sin reticencias ni ambigüedades, en forma tal que no quede lugar a duda acerca de qué es lo que piden, que es lo que rechazan, o qué es lo que comunican, pues en orden a esas manifestaciones han de requerirse conductas concretas a las partes" **(6)**.

(5) BALDIVIEZO, Claudia Marcela, "Teoría y práctica del régimen indemnizatorio laboral" (Pasten de Ishihara — dir.), La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 76.

(6) TULA, Diego J., "Intercambio telegráfico en el contrato de trabajo", Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2017, p. 66.

III. Conclusión

Resulta destacable la condena dictada en la causa en tanto otorga plena reparación a los derechos del trabajador reclamante. En efecto, la mera invocación de una causal para producir un despido no equivale a tener por cierto el acaecimiento de esta ni las consecuencias jurídicas que se pretendan. La parte empleadora cuenta, a su vez, con el derecho a que sus dependientes realicen la prestación a su cargo de manera adecuada y a sancionar los eventuales incumplimientos en los que puedan incurrir, pero la facultad que la ley le confiere debe ser ejercida en un modo idóneo. En ese sentido, las comunicaciones genéricas no son admitibles ya que el trabajador debe saber acabadamente cuál es el incumplimiento que se le está adjudicando.

TRABAJO ORGANIZADO EN PLATAFORMAS DIGITALES

Auto propio. Trabajador monotributista. Carácter laboral de la relación. Primacía de la realidad. Responsabilidad solidaria del presidente de la sociedad empleadora.

Con nota de Lucas J. Caparrós

1. — El servicio prestado por el actor —chofer— lo fue en el marco de una relación de dependencia con la accionada, más allá de las formas, denominación y apariencia jurídica que pudieran otorgar las partes contratantes a la vinculación habida entre sí, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se desprende del propio art. 23, LCT. La parte demandada a lo largo de su responde admite la prestación de servicios del actor, aunque niega que sea de naturaleza laboral, pero en ningún momento dicha parte tiende a explicar y fundamentar por qué el vínculo tendría una naturaleza jurídica diferente.

2. — El art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo presume que existe relación laboral dependiente por el solo hecho de prestar servicios a favor de otro, salvo que se demuestre lo contrario. Esta presunción opera igualmente aun cuando se utilicen, como en el caso, figuras no laborales para caracterizar el contrato.

3. — El hecho de que el actor emitiera facturas por la prestación de servicios realizada y estuviese inscripto como responsable monotributista por sí solo no desnaturaliza la nota de relación laboral dependiente, pues la calificación jurídica del vínculo depende de las modalidades especificas con que las prestaciones deben ser cumplidas antes que, de postulados formales contenidos en instrumentos, aun cuando estos hayan sido suscriptos por las partes.

4. — El contrato de trabajo es un "contrato realidad" donde interesan más los hechos que la simple formalidad documental. La existencia o no del contrato de trabajo como tal, depende de la naturaleza del vínculo que une a las partes y, al efecto, resulta indiferente la denominación que —de buena o mala fe—le asignen a la relación establecida entre ellas.

5. — El hecho de que el actor extendiera facturación, que el vehículo con el cual trabajara fuera de su propiedad, que éstas firmaran un contrato comercial que la accionada intenta hacer valer y demás cuestiones formales que se implementaron, no son determinantes a los efectos de calificar la relación jurídica, ya que en la especie se trata de priorizar el principio de la realidad a la luz de lo normado en el art. 23, párr. 2°, LCT.

6. — Resulta procedente la multa solicitada con fundamento en el art. 2°, ley 25.323, en atención a que el actor intimó en procura del pago de lo debido, sin resultado.

7. — Teniendo en cuenta que fueron acreditados los incumplimientos registrales invocados en el escrito de inicio, se justifica el corrimiento del velo societario para hacer responsable —en forma personal— al presidente de la sociedad, empleadora del actor y declarar la solidaridad pretendida.

JNTrab. Nro. 21, 31/08/2021. - Bolzan, José Luis c. Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/131718/2021]

COSTAS

Se imponen a las demandadas vencidas.

Expte. N° 43.998/18

1ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 31 de 2021.

Vistos:

El Sr. José Luis Bolzan demanda a Cabify SA, Guillermo Mariano Minieri Saint Beat y a Juan De Antonio, en procura del cobro de las indemnizaciones y rubros salariales que detalla en la liquidación que práctica a fs. 14 vta.

Manifiesta que ingresó a trabajar a las órdenes de la sociedad demandada en fecha 02/12/2016, que desarrolló funciones de chofer con vehículo, cumplía con la carga horaria que detalla y percibía la remuneración que indica, previa facturación. Refiere que, ante sus reclamos por dicha situación, intimó telegráficamente en los términos que da cuenta, siendo la respuesta el rechazo a sus requerimientos, produciéndose el intercambio telegráfico que alude y finalmente se consideró despedido, intimando al pago de lo debido sin resultado. Practica liquidación, ofrece prueba sustento de su pretensión y solicita la admisión del reclamo con costas.

A fs. 74/102, contesta demanda Cabify SA, quien niega genérica y pormenorizadamente todos y cada uno de los hechos expuestos en el escrito de inicio.

Afirma que no existió entre las partes vínculo laboral bajo relación de dependencia. Aduce que existía una relación contractual, por la que el actor brindaba servicios a la accionada. Fija su posición en la especie a tenor de las consideraciones que efectúa. Impugna liquidación, ofrece prueba y solicita el rechazo de la acción, con costas.

A fs. 118/136, contesta demanda Guillermo Mariano Minieri Saint Beat, quien realiza una negativa genérica y pormenorizada de los hechos expuestos en la demanda.

Reconoce su carácter de presidente de la sociedad demandada. Niega la existencia de relación laboral con el actor. Adhiere a la contestación de demanda de Cabify SA Tras varias consideraciones, impugna liquidación, ofrece prueba y solicita el rechazo de la acción con costas.

A fs. 147, se tiene por no presentada la demanda respecto del codemandado Juan De Antonio.

Producidas las probanzas ofrecidas por las partes y cumplida la etapa prevista en el art. 94 LO, quedaron las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

Considerando:

I. En atención a la forma en que quedó trabada la litis, no se encuentra controvertido entre las partes la prestación de servicios que con su propio vehículo realizaba el actor, a los efectos de cubrir los viajes solicitados por los usuarios de la empresa demandada, con lo cual tales extremos cabe tenerlos por ciertos (art. 330 y 356 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Ahora bien, la cuestión que corresponde dilucidar se centra en los alcances de lo peticionado por el actor, de conformidad con los presupuestos fácticos invocados en el inicio y rubros objeto de reclamo según liquidación inicial y, ante todo, corresponderá analizar la naturaleza de la vinculación habida entre las partes.

En tal sentido, de conformidad con los términos que se desprenden del art. 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, corresponde a cada una de las partes acreditar los extremos invocados en sus presentaciones iniciales.

Así es que mientras el actor aduce que existió una verdadera relación laboral, la contraria dice que fue una vinculación comercial, en donde el marco contractual fue el acordado oportunamente y, según el cual, ambas partes obtuvieron su provecho en el marco de la independencia debida, a su propio costo y beneficio. De tal manera, dice la demandada que el actor facturaba por dichos servicios en el marco de una actividad autónoma e independiente. Añade que conforme el contrato celebrado entre las partes, entre otros aspectos, se desprende que el actor no estaba obligado a cumplir con un mínimo de horas trabajadas, ni sometido a subordinación alguna, explayándose sobre el particular.

Sentado lo expuesto, cabe referir que la Ley de Contrato de Trabajo presume que existe relación laboral dependiente por el solo hecho de prestar servicios a favor de otro (confr. Art. 23), salvo que se demuestre lo contrario.

La doctrina mayoritaria entiende que, desconocida la relación laboral pero admitida la prestación de servicios, invocándose una causa jurídica ajena a un contrato de trabajo se impone que quien lo afirma, cargue con la prueba tendiente a demostrar que dicha prestación no fue efectuada bajo relación de dependencia.

Es dable señalar que la dependencia fue definida por la doctrina como el "status jurídico" en que se encuentra el trabajador incorporado a una empresa (total o parcialmente ajena), que aporta su capacidad de trabajo para alcanzar los fines de ésta, cediendo de antemano la disposición del producto final logrado, por lo que resulta ajeno a los beneficios y también a los riesgos, pues recibe a cambio una remuneración y acata órdenes o instrucciones que se le imparten en pos de la organización dispuesta por el empresario.

Sentado lo expuesto, en el presente caso se trata de servicios brindados por el actor, en su calidad chofer con auto propio ante los requerimientos de viajes solicitados por los usuarios de la aplicación de la sociedad demandada. Cabe decir que en esto consiste precisamente el objeto comercial de la empresa demandada y en ello reside el objeto de su explotación comercial.

A mi modo de ver, es dable decir que efectivamente tal servicio lo fue en el marco de una relación de dependencia con la accionada, más allá de las formas, denominación y apariencia jurídica que pudieran otorgar las partes contratantes a la vinculación habida entre sí, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se desprende del propio art. 23 LCT. En tal sentido se ha dicho que "Si el trabajador, ya sea en el ámbito público o privado, ha firmado un contrato de locación de servicio, corresponde sea considerado en la verdadera situación jurídica que le cabe, es decir que debe prevalecer el principio de primacía de la realidad..." (CNAT, Sala VII, autos "Cabrera, Fernando R. c. PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ despido", del 29/04/2011).

Desde esta perspectiva, adviértase que la parte demandada a lo largo de su responde admite la prestación de servicios del actor, aunque niega que sea de naturaleza laboral, pero en ningún momento dicha parte tiende a explicar y fundamentar por qué el vínculo tendría una naturaleza jurídica diferente. Más allá de los aspectos que —en definitiva— resultan ser formales (posibilidad de contar con vehículo propio, el cobro del 75% del valor del viaje por parte del actor y el 25% por parte de la empresa), la propia descripción del servicio efectuado por la accionada no ofrece ninguna diferencia de entidad suficiente como para situarnos jurídicamente en una relación distinta a la invocada por la parte actora.

Por otra parte, el hecho de que el actor emitiera facturas por la prestación de servicios realizada y estuviese inscripto como responsable monotributista (ver prueba documental —talonario de Facturas "C"— reservada en sobre y períodos de facturación en pericia contable de fecha 10/06/2020) por sí sólo no desnaturaliza la nota de relación laboral dependiente, pues la calificación jurídica del vínculo depende de las modalidades especificas con que las prestaciones deben ser cumplidas antes que de postulados formales contenidos en instrumentos, aun cuando estos hayan sido suscriptos por las partes.

El contrato de trabajo es un "contrato realidad" donde interesan más los hechos que la simple formalidad documental (principio de "primacía de la realidad").

La presunción del art. 23 de la LCT opera igualmente aun cuando se utilicen, como en el caso, figuras no laborales para caracterizar el contrato. Toda vez que, más allá de la apariencia que le haya dado la empleadora a la relación que uniera a las partes, en materia de derecho del trabajo lo que cuenta es la verdadera situación creada, sin que importe el nombre que las partes le hayan dado. Corresponde al juzgador o la juzgadora determinar, en base a los hechos que considera probados, la naturaleza jurídica del vínculo, sin que la apariencia disimule la realidad.

La existencia o no del contrato de trabajo como tal, depende de la naturaleza del vínculo que une a las partes y, al efecto, resulta indiferente la denominación que —de buena o mala fe— le asignen a la relación establecida entre ellas.

En otras palabras, la presencia de un contrato de trabajo se ha de desprender, no tanto de lo que las partes digan, sino de lo que hagan ellas. La LCT, en su articulado 21, subraya la indiferencia del nomen iuris cuando establece que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que se verifiquen las dos prestaciones que la tipifican como figura jurídica.

A mayor abundamiento, reitero que, el hecho de que el actor extendiera facturación, que el vehículo con el cual trabajara fuera de su propiedad, que éstas firmaran un contrato comercial que la accionada intenta hacer valer y demás cuestiones formales que se implementaron, no son determinantes a los efectos de calificar la relación jurídica, ya que en la especie se trata de priorizar el principio de la realidad a la luz de lo normado en el art. 23 segundo párrafo LCT. En consecuencia, desde mi perspectiva los servicios brindados por el actor a favor de la empresa demandada quedan comprendidos dentro de las previsiones de la LCT y, por ende, concluyo en la naturaleza laboral de la vinculación habida entre las partes de las presentes actuaciones (arts. 21 y concs. LCT y arts. 330, 356, 377 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Con respecto a la tesitura de la accionada cuando invoca la teoría de los actos propios con relación al actor, ya ha sido larga y unánimemente dicho en doctrina y jurisprudencia, que dicha teoría en nuestra materia y teniendo en cuenta la naturaleza protectoria que emerge del art. 14 Bis CN y de las pertinentes disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional que le asignan a la persona que trabaja un doble orden de protección (la que emana de las normas laborales y la que consagra el derecho internacional de los derechos humanos), es de aplicación restrictiva habida cuenta la desigualdad que generalmente existe entre las partes contratantes. Por ello, en el presente caso, encuentro que se configura la situación contemplada en el art. 14 LCT y, por ende, las cláusulas acordadas por las partes y que resulten perjudiciales para el actor son nulas, conforme lo dispuesto por los arts. 7, 9, 12, 13, 14 y concs. LCT. Y, en consecuencia, la postura de la accionada no puede tener andamiento.

Desde esta perspectiva, requerida la regularización de la relación laboral por parte del actor, tal como se dijera precedentemente, y frente al rechazo de tal solicitud por parte de la empresa demandada, torna justificado el despido indirecto efectivizado por el actor, atento a que la ausencia o incorrecta registración del vínculo constituye una injuria de suficiente entidad como para disolver el vínculo (arts. 242 y 243 LCT).

En virtud de ello, el actor será acreedor a la indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso más sac, así como la integración mes de despido más sac (arts. 231, 232, 233 y 245 LCT).

II. En cuanto a los rubros salariales, días trabajados abril 2017, haberes adeudados mes de marzo 2017, Sac proporcional 2017, y Vacaciones proporcionales

de 2017 más sac, resultan procedentes, toda vez que no se acreditó su pago (arts. 103, 121, 123, 124, 138, 150, 155 y 156 LCT).

III. Respecto al pedido de multa previsto en el art. 8 Ley 24.013, el mismo será desestimado, habida cuenta que no se advierte el cumplimiento del recaudo de la comunicación a la Afip, requisito indispensable para la procedencia de esta multa (art. 11 Ley 24.013 y art. 726 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

IV. En cuanto a la multa prevista en el art. 15 Ley 24.013, se impone hacer lugar a la misma, en atención a la ausencia de registración de la relación laboral habida entre las partes señalada y teniendo en cuenta que para la procedencia de la misma no se requiere la comunicación a la Afip (cfr. CSJN, "Di Mauro, José S. c. Ferrocarriles Metropolitanos SA EL y otro s/ despido", 31/05/2005).

V. Resulta procedente la multa solicitada con fundamento en el art. 2 Ley 25.323, en atención a que el actor intimó en procura del pago de lo debido, sin resultado —ver telegrama de fecha 04/04/2017 prueba oficiaría al Correo de fecha 24/08/2020, subido al Sistema Lex—.

VI. Serán desestimadas las horas extras objeto de pedimento, habida cuenta no se advierten invocados en los términos de la demanda los presupuestos fácticos que permitan conocer el alcance de lo solicitado.

VII. En cuanto a la multa solicitada con fundamento en el art. 45 de la Ley 25.345, adelanto que también resulta procedente. Ello así, porque el actor requirió telegráficamente la entrega del certificado de servicios, sin éxito y, ante la negativa evidenciada por la empleadora a registrar la relación laboral, la espera de treinta días prevista en el art. 3 del decreto 146/2001 la considero un mero rigorismo formal carente de significación jurídica.

En atención a lo reseñado, la demandada, será condenada a hacer entrega al actor, dentro de treinta días, del certificado de aportes y contribuciones y del certificado de trabajo, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de aplicar astreintes por cada día corrido de mora en el cumplimiento de la obligación (art. 80 LCT, 804 Cód. Civil y CN).

VIII. Respecto de la sanción por temeridad y malicia solicitada en los términos del art. 275 de la LCT, observo que no resulta procedente, ya que para que proceda tal calificación de la conducta es necesario que, a sabiendas, se litigue sin razón, incurriendo en graves inconductas procesales, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, es decir, que la actuación debe ser mal intencionada, grave y manifiesta.

IX. Para el cálculo de los rubros que prosperan, tendré en cuenta la fecha de ingreso 02/12/2016 y egreso 04/04/2017, conforme telegrama extintivo obrante a fs. 24 y oficio al Correo ya citado.

Con relación a la remuneración estaré a la informada por la perita contadora en su informe de fecha 10/06/2020 y aclaraciones de fecha 15/06/2021 de pesos $63.360 (facturación de $15.840 semanal, de conformidad con las facultades conferidas por el art. 56 LCT).

En consecuencia, la demandada será condenada a abonar los siguientes conceptos e importes:

Indemnización por Antigüedad $63.360

Preaviso más sac $68.640 Integración mes de despido c. sac $59.488

Vacaciones prop. 2017 más sac $12.739,58

Art. 15 ley 24.013 $191.488

Art. 2 ley 25.323 $95.744

Art. 80 LCT $190.080

Total $769.891,58

El total asciende a la suma de $769.891,58 que deberá llevar intereses desde que cada suma es debida hasta la fecha de su efectivo pago.

X. Previo a determinar el ajuste monetario del capital de condena es necesario analizar el planteo de inconstitucionalidad de la ley 25.561 deducido en el escrito inicial.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal es un acto de suma gravedad que cabe formular cuando exista un perjuicio que justifique emplear en el caso puntual el remedio extremo de tacha y no haya otro modo de salvaguardar el derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, situación que, en este aspecto, a mi entender, no se configura. Ello es así por cuanto considero, tal como se resolviera en argumentos que comparto, que "no es la indexación el único medio para restablecer el valor original de las deudas. Otro, empleado con mayor generalidad cronológica y geográfica, es la fijación de una tasa de interés que no sólo compense la falta de uso del dinero retenido, sino exprese, además, la expectativa inflacionaria que en cada momento rija en el mercado" (CNAT, Sala III, Sent. N° 84.233 del 07/11/2002, en autos "Méndez, Gerardo c. Black Carvajal y Cía. SA s/ despido", entre otros). En este entendimiento, por una parte corresponde desestimar el planteo de inconstitucionalidad y, por otra, con el fin de mantener el valor adquisitivo de los rubros que

son objeto de sentencia condenatoria, aplicaré la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses y a partir de su última publicación, la tasa del 36% anual (cfr. Actas CNAT N° 2601 del 21/05/2014, N° 2630 del 27/04/2016 y Acta CNAT N° 2658 del 08/11/2017, punto 3°, por interpretar que la aplicación de dicha tasa configura una compensación suficiente de la depreciación monetaria y de la privación del capital.

XI. Sentado ello, corresponde ahora abocarse al tratamiento del planteo de extensión de la responsabilidad solidaria respecto del codemandado Guillermo Mariano Minieri Saint Beat, que fuera sindicado por el actor como presidente de la sociedad empleadora y cuya calidad se desprende de la contestación de demanda de Cabify SA de fs. 66/71, adelanto mi postura positiva en tal sentido.

Pues bien, la jurisprudencia tiene entendido que "... El art. 54 de la ley 19.550 en el último párrafo agregado por la ley 22.903 dispone "La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados". No podría decirse que el pago en negro encubre en este caso la consecución de fines extrasocietarios, puesto que el principal fin de una sociedad comercial es el lucro; pero sí que constituye un recurso para violar la ley, el orden público (el orden público laboral expresado en los arts. 7, 12, 13 y 14 LCT), la buena fe (que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador, art. 63 LCT) y para frustrar derechos de terceros (a saber el trabajador, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial, según ya se ha indicado)..." (CNAT, Sala III, 19/02/1998 en autos "Duquelsy, Silvia c. Fuar SA y otro").

También comparto lo expresado en cuanto a que "... Esta conclusión no soslaya las implicancias que tiene la diferenciación entre la personalidad de la sociedad y la de sus socios y administradores; diferenciación en la cual asienta el régimen especial de la ley 19.550 y que ha sido aludida en varios pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero estimo que ello debe ser conjugado con la necesidad de indagar en cada caso, en sana crítica y a la vista de lo afirmado y probado durante el desarrollo del pleito, la configuración de alguno de los supuestos —previstos por el mismo régimen de la ley 19.550— que permita resguardar el derecho de quien, como ocurre en autos, se ha visto perjudicado por el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad o por la actuación de sus administradores o representantes... " (CNAT, Sala IX, 31/10/2019, "Cabrera Jiménez, José F. c. Cadimo SRL y otro s/ despido").

Es decir, en mi opinión, la falta o deficiente registración del contrato de trabajo constituye un recurso para violar la ley (las normas previamente citadas), el orden público laboral (arts. 7, 12, 13, y 14 LCT), la buena fe (que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador, art. 63 LCT) y para frustrar derechos de terceros, a saber la persona trabajadora, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial (Sala III, 11/04/1997, "Delgadillo Linares, Adela c. Shatell SA y otros s/ despido", Sala X, 20/09/2000 *in re* "Coleur, Sergio D. c. Frigorífico La Nona SRL y otros", entre muchos otros más).

En similar sentido, cabe destacar que el art. 143 del Cód. Civ. y Comercial dispone que: "Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial" y, por su parte, el art. 144 de dicho cuerpo legal, establece que: "Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes, a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados".

Por lo expuesto, en el presente caso, teniendo en cuenta que fueron acreditados los incumplimientos registrales invocados en el escrito de inicio (arts. 163 inc. 5, 356 y 377 CPPCCN) se justifica el corrimiento del velo societario para hacer responsable —en forma personal— al presidente de la sociedad, empleadora del actor y declarar la solidaridad pretendida. Por ello, resulta procedente la condena solidaria de Guillermo Mariano Minieri Saint Beat, conforme las disposiciones legales citadas precedentemente (art. 54 Ley Sociedades Comerciales y arts. 143 y 144 Cód. Civ. y Comercial).

XII. En atención al resultado del litigio, las costas serán impuestas a cargo de las demandadas vencidas (arts. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

XIII. Omito valorar las demás cuestiones planteadas y el resto de la prueba producida en autos, por considerar que no resulta esencial ni decisiva para la dilucidación de la presente litis (art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

XIV. Se hace saber que todos los giros de capital, de reintegro de capital y honorarios, se realizarán exclusivamente bajo la modalidad electrónica (Resolución de Cámara N° 10, de fecha 21/05/2019).

A tal fin, queda intimada la parte actora para denunciar su CUIL (si no consta todavía en la causa) y para acompañar, en la oportunidad del artículo 132 LO constancia bancaria de la que surja la titularidad de la cuenta y su número de CBU; para el caso de cotitularidad, acompañará las partidas que justifiquen el vínculo. Se hace saber que las intimaciones ordenadas podrán ser cumplimentadas mediante la modalidad de escrito de mero trámite (cfr. Acordada 3/2015 CSJN).

Los y las profesionales, a su vez, deberán denunciar su condición impositiva con anterioridad a la etapa del artículo 132 de la LO de modo de fijar el alcance de las eventuales obligaciones impositivas a ese momento.

XV. En atención al mérito, importancia y extensión de los trabajos realizados, de manera judicial y extrajudicial, el monto involucrado y las facultades conferidas a la suscripta en las normas arancelarias de aplicación vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (conf. CSJN, *in re:* "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", del 12/09/1996, F-479 XXI), regúlense los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado del actor, demandada Cabify SA, demandado Guillermo Mariano Minieri Saint Beat y perita contadora en el 16%, 14%, %14 y 7%, respectivamente, en conjunto y por todo concepto, a calcular sobre el capital de condena, con inclusión de los intereses dispuestos en el considerando respectivo y no incluyen el IVA.

Por todo lo expuesto, en definitiva, resuelvo: 1. Hacer lugar a la demanda interpuesta por José Luis Bolzan contra Cabify SA y Guillermo Mariano Minieri Saint Beat y, en su mérito, condenar a las demandadas a abonar al actor, dentro del quinto día de quedar firme el presente pronunciamiento, la suma de pesos $769.891,58 (pesos setecientos sesenta y nueve mil ochocientos noventa y uno con cincuenta y ocho centavos), con más los intereses dispuestos en el considerando respectivo. 2. Condenar a Cabify SA para que dentro del plazo de cinco días entregue las constancias previstas por el art. 80 LCT, conforme los datos previstos precedentemente y bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día corrido de mora en el cumplimiento de la obligación. 3. Imponer las costas a cargo de las demandadas vencidas, que incluyen la obligación de reintegrar al SeCLO el honorario básico del conciliador (artículos 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 13 ley 24.635). 4. Regular los honorarios de la representación letrada del actor, demandada Cabify SA, demandado Guillermo Mariano Minieri Saint Beat y perita contadora en el 16%, 14%, %14 y 7%, (conf. Art. 38 LO) respectivamente. Dichos porcentuales se deberán calcular sobre el capital de condena con más honorarios y no incluyen el IVA. Hágase saber a la obligada al pago de los honorarios que, en caso de corresponder, deberá adicionar el Impuesto al Valor Agregado conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles SA s/ recurso de apelación" (C 181 XXIV del 16 de junio de 1993). 5) Cumplir, por Secretaría, con lo normado por el art. 17 ley 24.013, art. 46 de la ley 25.345 modificatoria del art. 132 de la LO, en la forma prevista por la Resolución N° 27 de la CNAT del 14/12/2000. Regístrese, notifíquese, y oportunamente, previa citación fiscal, archívese. — *Viviana M. Dobarro*.

La dependencia en el sector del transporte urbano de pasajeros organizado mediante plataformas digitales

A propósito de los fallos "Bolzan" y "Scornavache"

Lucas J. Caparrós (*)

Sumario: I. Las primeras sentencias sobre la naturaleza de un vínculo gestado en la economía de plataformas.— II. La "huida del derecho del trabajo" y la economía de plataformas.— III. La detección de la dependencia en las sentencias judiciales.— IV. La actividad de Cabify y su impacto en el contrato de trabajo.— V. Algunos mitos relativos a la economía de plataformas, a propósito de las sentencias argentinas sobre el transporte de pasajeros organizado a través de plataformas digitales.— VI. El empresario espectral y un desafío no resuelto.— VII. Dos respuestas y varias preguntas.

I. Las primeras sentencias sobre la naturaleza de un vínculo gestado en la economía de plataformas

Finalizando el siglo XX, aparece en escena el trabajo organizado a través de plataformas digitales **(1)**, que supone una multiplicidad de tareas y prestaciones de servicio que no pueden ser analizadas como pertenecientes a un único modelo de negocio.

Tiempo después, a partir del nacimiento de Uber —la *startup* que le puso nombre a uno de los tantos modelos de negocio basados en plataformas digitales— comienzan a proliferar los estudios desde el derecho del trabajo sobre la llamada *economía de plataformas*. Así, en poco más de una década, han corrido ríos de tinta que intentan explicar el fenómeno de lo que algunos han denominado *Uber economy*, e identificar los cambios y desafíos que propone la propagación de plataformas digitales.

El fenómeno de la *platform economy* es, sin dudas, global. Pero su marcha exhibe, según el espacio geográfico de que se trate, diferentes ritmos, problemáticas y respuestas jurídicas. En este sentido, a diferencia de lo ocurrido en otras partes del mundo, en nuestro país no se registraron, sino hasta ahora, sentencias definitivas sobre la naturaleza jurídica de los vínculos de trabajo gestados en la "nueva" economía; un lustro después de que Uber comenzó a operar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(*) Profesor adjunto interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Facultad de Derecho-UBA). Especialista en Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho-UBA). Coordinador de la Delegación Argentina de Jóvenes Juristas (SIDTSS).

(1) "El trabajo en plataformas digitales surgió a principios de los años 2000 con el crecimiento de Internet y la necesidad de contar con participación humana en las tareas necesarias para el buen funcionamiento de las industrias en línea" (Oficina Internacional del Trabajo, Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital, Ginebra: OIT, 2019, p. 1).

El 31 de agosto de 2021 se dictó la primera sentencia que se expide sobre la naturaleza de la relación entre un conductor y una de las titulares de plataformas digitales que operan en el sector del transporte urbano de pasajeros: Cabify SA. Se trata del fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 21, recaído en los autos caratulados "Bolzan, José Luis c. Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s/ despido" **(2)**. El pronunciamiento, sin embargo, ha sido recurrido por las partes de la contienda y, actualmente, se encuentra a tratamiento de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), desde el 29 de septiembre de 2021.

Empero, no ha sido aquella la única sentencia definitiva de tales características. A los pocos días de su dictado —más precisamente, el 2 de septiembre de 2021—, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 77 se pronunció en los autos "Scornavache, Víctor Nicolás c. Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otro s/ despido" **(3)**. Este expediente, cuya sentencia también ha sido recurrida, se encuentra, casualmente, radicado en la misma sala de la CNAT.

En ambos casos, se ha juzgado que los vínculos entre los conductores y Cabify SA han sido de carácter dependiente y, por lo tanto, regidos por la LCT. Esa identidad de resultado no significa, por cierto, que el camino recorrido para arribar allí haya sido el mismo.

El objeto de este ensayo no es el de efectuar una crítica —positiva o negativa— sobre la construcción de las referidas sentencias. Se procurará, en todo caso, utilizar aquellos pronunciamientos como disparadores de las breves reflexiones que aquí se habrán de verter, en torno de la dependencia de las personas que trabajan en el sector del transporte urbano de pasajeros, organizado mediante plataformas digitales, como así también respecto de algunos mitos y desafíos propios de la economía de plataformas.

II. La "huida del derecho del trabajo" y la economía de plataformas

El derecho del trabajo ha debido responder, desde hace mucho tiempo, a los diversos y profundos cambios en los modos de producir y de ofrecer y prestar servicios. Alteraciones, estas, que propone, ahora, con características propias, la economía de plataformas. Se trata, en todo caso, de manifestaciones novedosas de un fenómeno no tan novedoso —el de la "huida del derecho del trabajo" **(4)** o de "debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo" **(5)**—.

Así pues, el *crowdwork* **(6)** —el tipo de trabajo gestado en la "nueva" economía— ha generado dudas en cuanto a si el derecho del trabajo logra aprehender el vínculo entre el prestador de servicios y el titular de la plataforma virtual en la que dichos servicios se ofrecen o si, por el contrario, no se trata de una relación de dependencia y, consecuentemente, el negocio se ubica por fuera del centro de imputación de aquella rama del derecho. Ese *crowdwork* posee, como ya es sabido, distintas dimensiones que se combinan entre sí, y que suponen diversos tipos de trabajo, de características diferentes **(7)**.

Ahora bien, la cuestión terminológica relativa al capitalismo de plataformas podría —equivocadamente— incidir en el razonamiento dirigi-

(2) TR LALEY AR/JUR/131718/2021.

(3) TR LALEY AR/JUR/152207/2021.

(4) GOLDIN, Adrián, "Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo: ensayo sobre un itinerario", Derecho de las relaciones laborales, Madrid, Volumen 10, 2017, p. 977-985.

(5) CAPARRÓS, Lucas, "La posible acción gremial en torno del 'crowdwork'", en El futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente, MONEREO PÉREZ, J. L.; BARROSO, F. T. y LAS HERAS, H. (dirs.), Congreso internacional, Universidad de Granada, Laborum, Granada, 2018.

(6) El "crowdwork" o "crowdsourcing" —término, este último, que fuera introducido por Jeff Howe, en el año 2005— refiere al "acto de aceptar un trabajo que en algún momento fue realizado por un determinado agente (empleado, independiente o empresa separada), tercerizándolo a un grupo de personas indefinido y generalmente grande, mediante una convocatoria abierta que normalmente se hace por Internet" (Oficina Internacional del Trabajo, Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital, Ginebra: OIT, 2019, p. 3, con cita de Howe, J. 2006. "The rise of crowdsourcing", en Wired, 1º de junio).

(7) Véanse las distintas dimensiones del crowdwork, y sus combinaciones, en CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones sobre el trabajo en la era del capitalismo de plataformas. Algunos desafíos del Derecho del Trabajo", RDL, Tomo 2020 1, Rubinzal Culzoni, RC D 2232/2020.

do a dar respuesta a aquel interrogante. Es que la "nueva" economía se presenta como "disruptiva"; es decir, "que produce disrupción" **(8)**; o sea, que produce una "rotura o interrupción brusca" **(9)**.

Lo cierto es que las titulares de las plataformas en donde se desarrollan ese tipo de negocios quieren o están obligadas a romper con los moldes establecidos y a cambiarles el nombre a las personas y a las cosas **(10)**. Como lúcidamente señala Rodríguez Fernández, esta técnica "no es tan inocente como parece, ya que tales alardes de modernidad persiguen crear una narrativa y enviar un mensaje de ruptura con lo establecido. Pensemos: si todo es tan nuevo, tan rupturista, tan innovador, ¿cómo vamos a someterlo a reglas que ya existen y que estaban pensadas para las situaciones pasadas? El mensaje final es 'no, esas reglas de siempre ya no sirven'" **(11)**.

No conviene, *a priori*, hacerse cargo de lo supuestamente "disruptivo" de este tipo de negocios, pues, en lo que aquí importa, resulta peligroso para llevar a cabo la tarea de determinar si los vínculos apuntados están dentro o fuera de los límites del centro de imputación del derecho del trabajo.

Analizando desde esa óptica a aquellas particulares relaciones entre el prestador de servicios y el titular de la plataforma virtual en la que se ofrecen, es evidente que uno de los posibles tipos de *crowdwork* se emparenta (o, al menos, nos evoca con notable intensidad) a la clásica relación de trabajo que motiva la protección brindada por el derecho del trabajo. Me refiero al "*crowdwork offline* específico"; es decir, el trabajo prestado para plataformas digitales que ofrecen un servicio específico (v. gr. el transporte urbano de pasajeros) **(12)**, que se ejecuta localmente y, por lo tanto, no es prestado enteramente *en línea*, sino en un determinado lugar físico (fuera de línea) **(13)**.

La diferencia entre las plataformas genéricas y las específicas es importante, porque, entre otras cosas, las titulares de plataformas específicas suelen ejercer un control mucho mayor sobre los "prestadores de servicios"; cuando menos, muy similar al control ejercido por la "empresa tradicional" sobre sus trabajadores dependientes **(14)**. Aunque para ello —e inclusive para organizar el trabajo—, se valen de herramientas instrumentales ciertamente modernas y novedosas, como el uso de una "gestión algorítmica" **(15)**.

Sin embargo, las empresas propietarias de la plataforma virtual afirman ser únicamente una base de datos donde clientes y prestadores de servicios pueden encontrarse, y, así, pretenden calificar a estos "prestadores de servicios" como "trabajadores autónomos".

De esta forma, escapan (o intentan escapar) de las obligaciones en cabeza del empleador y de los derechos del sujeto trabajador, propios del derecho del trabajo, posibilitándose brindar ese servicio a un precio menor que el que una empresa tradicional puede ofrecer.

III. La detección de la dependencia en las sentencias judiciales

Aquel control que ejercen estas nuevas empresas sobre los prestadores de servicios es, como se dijo, tan parecido (sino idéntico) al que ejerce el empleador tradicional, que, como se ha anticipado, existen varias sentencias judiciales —en la experiencia comparada— que han reconocido la relación de dependencia entre Uber y sus con-

(8) Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, www.rae.es.

(9) Ibidem.

(10) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz, "Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital": https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos/WCMS_548596/lang--es/index.htm.

(11) Ibidem.

(12) No son empresas de "tablones de anuncios" (como las llama la doctrina española) o de "anuncios clasificados" (término comúnmente utilizado en la Argentina), destinadas a que cualquier usuario procure la prestación de cualquier servicio (TODOLÍ SIGNES, Adrián, "El trabajo en la era de la economía colaborativa", Triant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 40).

(13) CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

(14) TODOLÍ SIGNES, Adrián, ob. cit., p. 40.

(15) MERCADER UGUINA, Jesús, "El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica", Triant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 90 y ss.

ductores **(16)**, marcando, así, una incipiente tendencia jurisprudencial a nivel mundial.

Sostiene Mercader Uguina que los tribunales están adoptando el "test de las realidades económicas", que se centra en discernir si el trabajador es dependiente económicamente del empresario o de su propio negocio **(17)**. Sin embargo, aun cuando pudiéramos estar asistiendo a un cambio en los indicios tenidos en consideración para juzgar la dependencia de la relación, no se advierte en ninguna de las sentencias conocidas sobre la economía de plataformas, que se haya prescindido del análisis de la subordinación jurídica del "prestador de servicios". En estos fallos, se han identificado algunos tradicionales indicadores de la dependencia y se los ha confrontado con otros indicadores (de la autonomía), concluyendo, en la mayoría de los casos, que existió una relación de dependencia **(18)**.

Claro que esa subordinación jurídica puede no manifestarse con la misma fuerza que en las relaciones de trabajo tradicionales. Es, al decir de Héctor García, una "subordinación más flexible y menos intensa" **(19)**.

Esa subordinación no solo puede ser más flexible y menos intensa, sino que, además, ha sido esforzadamente enmascarada a través de la ya mencionada "nueva terminología" utilizada por las plataformas virtuales, que apunta, en este tópico, en dos direcciones: está dirigida a que la empresa se desmarque de la actividad tradicional que en realidad desarrolla, a la vez que intenta impedir la identificación del "prestador de servicios" con un trabajador de la propia empresa **(20)**.

Uno de los principales desafíos que propone el *crowdwork* es, pues, el de develar qué realidad se esconde tras aquella terminología. El de descubrir si los vínculos gestados al seno de este tipo de negocios están o no signados por la dependencia, que es la llave de acceso a la protección del derecho del trabajo.

Así lo han hecho los tribunales argentinos, en los ya citados fallos "Bolzan" y "Scornavache", que juzgaron dependiente la relación entre un conductor y Cabify SA; aunque, como fuera adelantado, han arribado al mismo resultado, transitando diferentes caminos.

III.1. La presunción de laboralidad frente a la acreditación o reconocimiento de la prestación de servicios

En la sentencia "Bolzan", el fundamento del juicio emitido se afinca fuertemente en la presunción de laboralidad establecida en el art. 23 de la LCT.

(16) En la experiencia comparada, son ya numerosas las sentencias judiciales que se han expedido al respecto. Véase el análisis sobre las primeras sentencias sobre el caso Uber en GARCÍA, Héctor O., "La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (ridesharing) tomando como referencia a la empresa Uber", DT, 2017 (agosto), p. 1513. Véase, también, nuestro estudio más reciente sobre sentencias referidas al trabajo en la economía de plataformas, con especial mención del sector de servicios de reparto y entrega a domicilio de sustancias alimenticias y pequeña o mediana paquetería (MUGNOLO, Juan Pablo, CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín, "Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en la Argentina (tercera parte)", DT 2019-07).

(17) MERCADER UGUINA, Jesús, ob. cit., p. 101 y ss.

(18) En el caso O'Connor v. Uber Technologies, Inc., del 11 de marzo de 2015, el Tribunal para el Distrito del Norte de California identificó que, por ejemplo, Uber da de baja a los conductores que no cumplen los estándares de la empresa y que la tarifa de los viajes es fijada por Uber sin negociación ni participación de los conductores (García, H. O., "La prestación personal de servicios...", ob. cit.). En la sentencia dictada por el Tribunal de Trabajo de Londres, de fecha 26 de octubre de 2016, en el caso Aslam & Farrar v. Uber, determinando que allí existía una relación de dependencia, con fundamento en que aun cuando, en principio, el conductor puede elegir cuándo y cuánto trabajar, debe aceptar los viajes o se arriesga a ser "desactivado"; Uber entrevista y selecciona a los conductores, establece la ruta (por defecto) a seguir por el conductor y fija el precio a pagar, impone condiciones a los conductores y no meras sugerencias, recibe las quejas de los clientes y esas quejas pueden determinar sanciones que el conductor debe aceptar (GAUTHIER, Gustavo, "Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber", DT 2017 (agosto), 1531).

(19) GARCÍA, H. O., ob. cit.

(20) Por ejemplo, el trabajador no es llamado de ese modo sino que es considerado un "socio" o "partner" (en el mismo sentido: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., "Plataformas, microworkers...", ob. cit.).

La judicante afirma que "no se encuentra controvertido entre las partes la prestación de servicios que con su propio vehículo realizaba el actor, a los efectos de cubrir los viajes solicitados por los usuarios de la empresa demandada". Expresa la jueza que el trabajador ha prestado sus servicios "en el marco de una relación de dependencia con la accionada, más allá de las formas, denominación y apariencia jurídica que pudieran otorgar las partes contratantes a la vinculación habida entre sí, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se desprende del propio art. 23 L.C.T.".

Se afirma en la sentencia que Cabify SA admitió la prestación de servicios del actor, aunque negando la naturaleza laboral del vínculo. Sin embargo —dice la jueza— "en ningún momento dicha parte tiende a explicar y fundamentar por qué el vínculo tendría una naturaleza jurídica diferente".

Asimismo, la magistrada descarta que algunos aspectos de la relación —como la "posibilidad de contar con vehículo propio, el cobro del 75% del valor del viaje por parte del actor y el 25% por parte de la empresa" o, incluso, "el hecho de que el actor emitiera facturas por la prestación de servicios realizada y estuviese inscripto como responsable monotributista"— puedan, por sí solos, desvirtuar la presunción del art. 23 de la LCT. De allí que concluya que "los servicios brindados por el actor a favor de la empresa demandada quedan comprendidos dentro de las previsiones de la LCT", asignándole "naturaleza laboral" a la relación habida entre las partes.

La pregunta que subyace es si la prestación de servicios —a la que refiere la sentencia— ha sido a favor de la propia Cabify SA o, en su defecto, de cada uno de los pasajeros usuarios de la plataforma. En otras palabras, si la prestación de servicios reconocida o acreditada es capaz o no de tornar operativa la presunción de laboralidad contenida en el art. 23 de la LCT.

Al respecto, debe decirse, en primer lugar, que Cabify SA afirma en su contestación de demanda que "el actor era un prestador independiente, o remisero, que, a través de su vehículo propio, cuyos gastos y costos estaban a su entero cargo, realizaba una prestación independiente, con distintos clientes, entre los que se encontraba" la propia demandada **(21)**. Asimismo, la nombrada sociedad expresó, también, que "la aplicación que desarrolla Cabify destinaba al chofer del vehículo (el actor) un viaje solicitado por un pasajero usuario de la aplicación; concluido el mismo, el sistema de la aplicación lo facturaba bajo tarifas preacordadas al inicio de las prestaciones" **(22)**.

Así pues, Cabify SA no solo reconoce que la prestación de servicios del trabajador era realizada a su favor, sino que, además, da cuenta de que era la propia sociedad la que, a través de la aplicación que ha desarrollado, destinaba al conductor a realizar un determinado viaje, que luego era facturado, también, por la propia Cabify SA. En este sentido, no parece que pueda objetarse la aplicación de la presunción del art. 23, LCT.

Supongamos, ahora, por vía de hipótesis, que la demandada no hubiera reconocido la prestación de servicios del conductor en su beneficio, sino que hubiese sostenido que dicha prestación era realizada a favor de cada uno de los pasajeros transportados por el trabajador; algo que, va de suyo, podría poner en cuestión la operatividad de la presunción de laboralidad. Si así fuera, tal descripción fáctica luciría ciertamente inverosímil e irrazonable y, por lo tanto, inadmisible.

En este sentido, es menester recordar lo expresado por el Tribunal Laboral de Londres (*Employment Tribunal of London*) en su sentencia del día 28 de octubre de 2016, recaída en el caso "Y. Aslam, J. Farrar y otros c. Uber B.V., Uber London Ltd. y Uber Britannia Ltd.". Allí, el tribunal sostuvo que "el argumento general de las demandadas y los términos presentados por escrito en los cuales basan su reclamo no se corresponden con la realidad. *La noción de que Uber de Londres es un mosaico de 30.000 pequeños negocios vinculados por una 'plataforma' en común es bastante ridículo*, a nuestro entender. En cada caso, el 'negocio' es un hombre que conduce un auto tratando de ganarse la vida. Bertram habló de que Uber ayuda a los choferes

(21) De la contestación de demanda de Cabify SA, en los autos caratulados "Bolzan, José Luis c/ Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s/ despido", p. 19.

(22) Ibidem, p. 28.

a hacer 'crecer' su negocio pero ningún chofer está en condiciones de hacer crecer nada salvo que hacer crecer su negocio sea pasar más horas al volante. Tampoco se podría caracterizar la función de Uber como ofrecer a los choferes 'oportunidades'. Esto sugiere que el chofer entra en contacto con un posible pasajero con el cual puede negociar y llegar a un acuerdo. Pero los choferes no negocian con los pasajeros, no pueden hacerlo (salvo que sea para acordar una reducción de la tarifa fijada por Uber). Se les ofrecen los viajes y ellos los aceptan estrictamente de conformidad con los términos y condiciones de Uber" **(23)**.

En sentido similar, como luego se verá, se ha expresado el sentenciante en el caso "Scornavache".

III.2. El reconocimiento de la dependencia a través de la técnica del "haz de indicios"

La sentencia recaída en el caso "Scornavache" exhibe, como ya se dijo, un recorrido argumental diferente al empleado en "Bolzan".

En efecto, el judicante entendió que el vínculo entre el conductor y Cabify SA es "una relación de subordinación laboral en su máxima pureza". Sin embargo, para arribar a dicha conclusión, no se vale de la presunción de laboralidad contenida en la LCT, sino que, empleando la técnica del "haz de indicios", entiende que la relación de dependencia ha sido acreditada.

El fallo "Scornavache" descuella, así, por la pormenorizada identificación de los indicadores de la dependencia laboral.

El magistrado, entendió que se hallaban acreditados los hechos relatados por el actor en su demanda, y consideró especialmente como indicadores de la dependencia las manifestaciones de los poderes de control y disciplinario ejercidos por Cabify SA.

Al respecto, se destaca allí que el trabajador debió dar explicaciones, en alguna ocasión, sobre por qué su teléfono no pudo ser (geo)localizado por la accionada. La demandada —según reza la sentencia— ejerció el poder disciplinario propio de un empleador, sancionando al trabajador por eludir la asignación de trabajo. De allí que resulte irrazonable que, por un lado, ejerza aquel poder disciplinario y que, al mismo tiempo, pretenda desconocer su calidad de empleadora.

El judicante analizó, además, el modo presuntamente novedoso en que se llevó a cabo el ejercicio de los poderes de control y disciplinario, afirmando que "[e]l control de los objetivos mediante GPS no es diferente a la supervisión, personal y presencial, de la clásica fábrica". Destacó, al respecto, que el uso de un algoritmo para llevar el ejercicio de dichos poderes o para realizar la asignación de viajes (incluso cuando se haga de forma "automática"), no supone que tales actos resulten ajenos al poder de dirección del empleador.

En este sentido, puntualizó que "[l]a reducción de costes de agencia por la implementación de una plataforma de trabajo cuyo algoritmo es propiedad de la empresa, no puede considerarse como un elemento disruptivo para la identificación del binomio empresario-trabajador: es que, aunque pareciese que un tercero ejerce la facultad de control propia del poder de dirección, esa externalización de facultades patronales obedece a un plan empresario, de la misma manera que la conocida delegación de facultades patronales en un empleado jerárquico". Se trata, en todo caso, de instrumentos de control "cada vez más sofisticados e invisibles y, por ende, más eficaces".

El juez relevó otros indicadores de la dependencia entre Cabify SA y el trabajador, tales como que "[l]a empresa demandada lo contrató, lo capacitó, le exigió un determinado auto, una vestimenta especial, lo obligó a estar a disposición durante un tiempo prefijado, le indicó diariamente los viajes que tenía que tomar, controló que cumpliera con su prestación y lo sancionó cuando interpretó que incumplió con las pautas exigidas". En cuanto al vehículo propiedad del actor, precisó que "no es un indicio de su autonomía económica ni lo coloca en un pie de igualdad con CABIFY. Su automóvil solo es una herramienta indispensable para conseguir el trabajo".

Sostuvo, también, que "no puede asignársele trascendencia alguna a la emisión de facturas, pues lo determinante para calificar el vínculo ra-

(23) Apartado 90 de la sentencia, La Ley 12/06/2017, UK/JUR/2/2016.

dica en los hechos tal como se suceden y no lo que las partes quieren decir de su relación o las denominaciones o formas que de buena o mala fe adopten para poner un velo sobre lo realmente ocurrido. Antes bien, en el contexto de autos, se ha demostrado que la facturación fue una exigencia de la empresa demandada para ocultar la verdadera naturaleza de la relación (arts. 12, 13 y 14 L.C.T.)".

En definitiva, el juez entendió —en términos similares a los de la sentencia del día 28 de octubre de 2016 del Tribunal Laboral de Londres— que "[e]l vínculo no tiene nada de asociativo como lo sostiene la demandada. En rigor, debe sospecharse cuando pocas personas titulares de un medio de producción, alegan tener un vínculo 'societario' con muchas otras, que solo cuentan con su capacidad de trabajo".

Asimismo, el magistrado sostuvo que "[c]on la irrupción de las APPs, apareció el fenómeno de la marca asociada a un emprendimiento empresarial cada vez más difuso, oculto, al que solo puede accederse con un teléfono celular. Lo cierto es que la marca genera clientes, y los dependientes prestan servicios a los clientes del titular de la marca, y no a sus propios clientes. Un trabajador individual que presta servicios de forma personal bajo el paraguas de una marca que le es ajena y siguiendo un 'manual de instrucciones' impuesto por la empresa principal, tiene serios visos de considerarse un trabajador laboral". Expresó, además, que, desde la mirada de los usuarios pasajeros, estos son clientes de Cabify SA y no de cada uno de los distintos choferes que podrían transportarlos; a la vez que sostuvo que "[e]l único activo que posee CABIFY son los clientes".

El judicante, así, parece recoger el concepto de la "ajenidad en el mercado", de la doctrina española. Al respecto, se ha sostenido que el contrato de trabajo separa al trabajador del mercado, puesto que los productos serán venidos por el empleador, quien, en definitiva, intermediará entre el trabajador y los clientes **(24)**.

En similar sentido, afirma Todolí Signes que, en la economía de plataformas, los trabajadores son "la cara de la compañía". Ningún cliente elige o conoce a los trabajadores, sino que confían en ellos porque son enviados por la titular de la plataforma digital. Así, "la marca se convierte en el medio de producción más importante en el siglo XXI puesto que sin clientes no se puede producir ningún servicio" **(25)**. Se trata, según el autor, de un nuevo indicio de laboralidad, denominado "ajenidad en la marca", al que se le suman otros como la "ajenidad en los datos", la plataforma digital como medio de producción real, la fijación del precio del servicio, entre otros **(26)**.

En el fallo "Scornavache" se reconoció, además, que "el actor cobró todos los meses el mismo dinero" **(27)** y que el actor estuvo a disposición de la demandada durante 72 horas semanales. Así, afirmó el judicante que "[l]a percepción continua y habitual de sumas de dinero a cambio de trabajo personal resulta indicativo de la existencia de una relación de carácter subordinado, que no aparece contradicha por las formas instrumentadas por las partes".

IV. La actividad de Cabify y su impacto en el contrato de trabajo

Las dos sentencias argentinas refieren, también, aunque someramente, a la actividad que realiza Cabify SA.

En el fallo "Scornavache", se sostuvo que el trabajador "realizó, en forma personal, trabajos relacionados con la gestión habitual de la empresa demandada (servicio de transporte) de acuerdo a un plan económico-empresarial que no le era propio". Extremo, este, que aparece igualmente considerado en el fallo "Bolzan", en el que la magistrada afirmó que "en el presente caso se trata de servicios brindados por el actor, en su calidad chofer con auto propio ante los requerimientos de viajes solicitados por los usuarios de la aplicación de la sociedad demandada. Cabe decir que

(24) OJEDA AVILÉS, Antonio, "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato", Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, N° 60, 2007, p. 386, con cita de ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, "La ajenidad en el mercado", REDT 28 (1986), p. 495 y ss.

(25) TODOLÍ SIGNES, Adrián, "Las plataformas digitales y el concepto de trabajador en España", en El trabajo en la economía de plataformas, CAPARRÓS, Lucas y GARCÍA, Héctor O. (coords.), Ediar, en prensa.

(26) Ibidem.

(27) "En la mayoría de los periodos, devengó semanalmente $ 15.840 y por mes $ 63.360" (considerando II).

en esto consiste precisamente el objeto comercial de la empresa demandada y en ello reside el objeto de su explotación comercial".

Así pues, en ambos casos, se ha entendido que la actividad que realiza Cabify SA es un servicio de transporte de pasajeros. Consideración que podría reproducirse en relación a las restantes titulares de plataformas digitales, que operan en el mismo sector del mercado.

El dato particular es que Cabify SA, a diferencia de otras titulares de plataformas, se ha inscripto en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como "agencia de remises", aunque, de todas formas, niega que su actividad sea el transporte de pasajeros **(28)**. Ello, pese a que las normas locales —como luego se verá— definen a la agencia de remises como "aquella que presta el servicio de transporte de personas".

La determinación de la actividad que realizan las titulares de plataformas digitales de ese sector de la economía no es un dato menor. Por el contrario, tiene relevancia no solo en lo que hace a la naturaleza del vínculo entre conductores y titulares de dichas plataformas, sino también en lo que atañe a los encuadramientos sindical y convencional de los trabajadores y sus contratos de trabajo.

De hecho, las titulares de las plataformas digitales pretenden, como ya se dijo, evitar toda calificación de su actividad que las incluya en el sector del transporte de pasajeros **(29)**; pues, amén del impacto que ello tendría en los vínculos que mantienen con sus conductores, deberían cumplir, además, con las diferentes normas locales que regulan esa actividad.

Al respecto, es menester señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) se ocupa del contrato de transporte en sus arts. 1280 y ss. El art. 1281 del citado cuerpo legal, dispone que "[e]xcepto lo dispuesto en leyes especiales, las reglas de este Capítulo se aplican cualquiera que sea el medio empleado para el transporte..." **(30)**.

Así pues, las normas del capítulo 7 del Cód. Civ. y Com. resultan de aplicación, en principio, a toda clase de transporte, cualquiera sea el medio empleado para realizarlo. Sin embargo, no debe soslayarse que lo que allí se regula es el contrato de transporte, y que las particularidades de cada especie de transporte estarán contenidas en la legislación especial **(31)**. Es decir, que "el régimen jurídico aplicable al transporte de personas se integra con las reglamentaciones y los marcos regulatorios y las normas de defensa de la competencia, lealtad comercial y defensa del consumidor, y particularmente con el artículo 42 de la Constitución Nacional reformada en 1994" **(32)**.

La jurisprudencia ha reconocido, incluso antes de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., que, verbigracia, la actividad desarrollada por los autos de alquiler con taxímetro encuadra en el contrato de transporte [CNCiv., sala F, "López de Sadrinas c. Biscoglio", 06/05/1960, LA LEY 138-903; sala A, "Nicolai de Savoia c. Caminos", 04/05/1972, E. D. 44-577; sala D, "Di Luca c. Acuña", 27/10/1970, E. D. 40-432 **(33)**].

En este sentido, no puede desconocerse que las normas del citado código resultan de aplicación a todo contrato de transporte, como tampoco puede obviarse el hecho de que el transporte de pasajeros está sujeto a las normas nacionales

(28) Véase la contestación de demanda de Cabify SA en los autos caratulados "Bolzan, José Luis c/ Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s/ despido", p. 19.

(29) Pese a estar inscripta como "agencia de remises", sostiene que "no se dedica al transporte de pasajeros, sino que es intermediaria en dicha actividad" (de la expresión de agravios de Cabify SA en los autos caratulados "Bolzan, José Luis c/ Minieri Saint Beat, Guillermo Mariano y otros s/ despido", p. 5).

(30) Hemos realizado un análisis más extenso de las normas nacionales y locales sobre el transporte de pasajeros en: MUGNOLO, Juan Pablo, CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín, "Análisis jurídico sobre la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas digitales en la Argentina", informe para la Oficina de País de la OIT para la Argentina, 2021, inédito.

(31) PIEDECASAS, Miguel A., en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ricardo Luis LORENZETTI (dir.), Miguel Federico DE LORENZO y Pablo LORENZETTI (coords.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VII, ps. 13 y 14.

(32) Ibidem, p. 24.

(33) Citados por DI SILVESTRE, Andrea Verónica, "Transporte oneroso de personas", Revista de Derecho de Daños, Tomo 2020 1, Rubinzal Culzoni.

o locales que, en sus correspondientes ámbitos de competencia, regulen la actividad **(34)**.

Dentro del sector del transporte de pasajeros, se ha discutido si las titulares de este tipo de plataformas digitales prestan el servicio de taxi o, en su defecto, el servicio de remises, o si, en todo caso, realizan un tipo de servicio de transporte que, en general, no se encuentra regulado por las diferentes normas locales **(35)**.

En la CABA, el título 12 del Código de Tránsito y Transporte (CTyT), regula el "Servicio de Transporte Público de Pasajeros en Automóviles de Alquiler con Taxímetro — Taxis", caracterizando dicho servicio como de "transporte público de personas, no colectivo, en automóviles de alquiler con taxímetro de hasta cuatro pasajeros por vehículo, prestado en un vehículo y por un conductor debidamente habilitados por la Autoridad de Aplicación" (cap. 12.2). De allí, y dado que las normas de la CABA prevén la existencia de otros servicios de transporte de pasajeros, a través de automóviles de alquiler sin taxímetro, no parecería que las disposiciones del título 12 del CTyT puedan resultar de aplicación al modelo de negocio de plataformas digitales como Uber o Cabify. Ello, con excepción del supuesto en el que el servicio se presta con un automóvil de alquiler con taxímetro.

En cuanto a los autos de alquiler sin taxímetro, el CTyT define al "remís" como el "automóvil de alquiler no sujeto a itinerario predeterminado, con tarifa prefijada para el recorrido total, usado por ocupación total del vehículo, que no toma o deja pasajeros con boletos, billetes o pagos individuales" **(36)**.

Por su parte, el Código de Habilitaciones y Verificaciones de la CABA (CHyV), en su capítulo 8.4. (intitulado "Alquileres de automóviles particulares"), define a la "agencia de remises" como "aquella que presta el servicio de transporte de personas en automóviles de categoría particular, con conductor, detentando el pasajero el uso exclusivo del vehículo, mediante una retribución en dinero convenida entre prestador y prestatario" (cap. 8.4.1), estableciendo, en sus disposiciones siguientes, diferentes requisitos para la habilitación y el funcionamiento de dichas agencias, como así también de los vehículos y choferes afectados al "servicio de remises".

El interrogante que se presenta es, pues, si el servicio que ofrecen las titulares de las plataformas de transporte urbano de pasajeros está alcanzado o no por las disposiciones locales que se ocupan del "alquiler de automóviles particulares", denominado "servicio de remises". En otras palabras, el problema estriba en determinar si dichas titulares prestan el "servicio de transporte de personas en automóviles de categoría particular, con conductor, detentando el pasajero el uso exclusivo del vehículo, mediante una retribución en dinero convenida entre prestador y prestatario" y, por lo tanto, pueden ser calificadas como "agencias de remises" **(37)**.

La respuesta habrá de ser brindada por los tribunales con competencia en la materia. Empero, de lo que no debería dudarse, es de que la calificación jurídica de la actividad debe realizarse sin sucumbir al encandilamiento provocado el uso de nuevas tecnologías en el marco

(34) Verbigracia, la ley nacional de tránsito N° 24.449, dispone en su art. 72 que "[l]a autoridad de comprobación o aplicación debe retener, dando inmediato conocimiento a la autoridad de juzgamiento: [...] e) [l]a documentación de los vehículos particulares, de transporte de pasajeros público o privado o de carga [...] 4. [c]uando estén prestando un servicio de transporte por automotor de pasajeros careciendo de permiso, autorización, concesión, habilitación o inscripción exigidos en la normativa vigente sin perjuicio de la sanción pertinente". El art. 77 de la ley establece que "[c]onstituyen faltas graves las siguientes: k) [c]ircular con vehículos de transporte de pasajeros o carga, sin contar con la habilitación extendida por autoridad competente o que teniéndola no cumpliera con lo allí exigido".

(35) Ello, con excepción de la provincia de Mendoza, que ha sido la primera provincia argentina en regular el servicio de transporte urbano de pasajeros ofrecido a través de plataformas digitales, a través de la ley 9.086 de "movilidad", promulgada el día 2 de agosto de 2018, que habilita expresamente el funcionamiento de plataformas digitales para la actividad de transporte.

(36) De las "definiciones generales" del CTyT.

(37) MUGNOLO, Juan Pablo, CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín, "Análisis jurídico sobre la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas digitales en la Argentina", ob. cit.

de una actividad que puede no estar signada por aquella nota de "novedad" **(38)**.

Solo a partir de la determinación de la actividad de las titulares del tipo de plataformas analizado, podrán realizarse el encuadramiento sindical de los trabajadores conductores y el encuadramiento convencional de los contratos de trabajo que titularizan **(39)**.

V. Algunos mitos relativos a la economía de plataformas, a propósito de las sentencias argentinas sobre el transporte de pasajeros organizado a través de plataformas digitales

Las sentencias argentinas aquí comentadas proponen revisar algunos de los mitos relativos a la economía de plataformas, creados por las propias empresas que operan en este sector de la economía.

V.1. ¿Nuevamente sobre el "excepcionalismo de internet"?

Anteriormente, se hizo mención de la importancia de la "cuestión terminológica" propia de la economía de plataformas, cuyas motivaciones y efectos se proyectan sobre diferentes dimensiones que importan al derecho del trabajo e, inclusive, a otras ramas del derecho.

En cuanto al intento de las titulares de las plataformas digitales de eludir las reglas tradicionales, amparándose en una supuesta novedad tecnológica, podría pensarse que se trata, en definitiva, de una reedición de la llamada doctrina del "excepcionalismo de internet" **(40)**, nacida con la "Declaración de independencia del ciberespacio" de John Perry Barlow **(41)** (una respuesta a la *Communications Decency Act* de los EE.UU., de 1996), y que supone una especie de libertad absoluta en el ciberespacio, pues "en el nuevo contexto no se aplican los criterios tradicionales de los contextos analógicos" **(42)**.

La declaración expresaba: "Gobiernos del Mundo Industrial [...] No son bienvenidos entre nosotros. No tienen ninguna supremacía donde nos juntamos [...] El Ciberespacio está fuera de sus fronteras" **(43)**.

Sin embargo, actualmente se asimila el ciberespacio a los espacios que sirven para el tránsito de cualquier tipo de bienes y servicios, que no están bajo la soberanía directa de ningún Estado (*Global Commons*), como lo son las aguas internacionales, el espacio aéreo y el espacio exterior **(44)**. La diferencia entre estos "espacios" es que el ciberespacio posee un componente

(38) Ibidem.

(39) En los casos de las sentencias estudiadas, pese a que Cabify SA asume su calidad de "agencia de remises", no es extraño que los actores no hayan pretendido la aplicación de las normas colectivas existentes relativas al servicio de remises. Ello, presuntamente, porque, por un lado, las normas existentes poseen un ámbito de aplicación territorial realmente reducido. Por otro lado, la CCT 773/2019 es posterior a los despidos de ambos trabajadores. En cualquier caso, este último convenio colectivo, celebrado con fecha 23 de agosto de 2019, contiene disposiciones realmente atípicas y, al mismo tiempo, paradojales. Es que, de la lectura de la norma colectiva, se advierte que han sido consideradas las nuevas formas de ofrecer y organizar el servicio de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas digitales. Pero, al mismo tiempo, la norma autónoma (de neto corte laboral) tiende a deslaboralizar la figura del conductor. En efecto, niega expresamente la calidad de dependiente al conductor que labore con vehículo propio. Cuando ello no es así, parece fomentar una relación de tipo societaria (y ajena al derecho del trabajo) entre un conductor y el titular del vehículo. Finalmente, de manera residual, dispone que cuando el conductor sea, extraordinariamente, un trabajador subordinado, la relación de dependencia estará anudada "exclusivamente con el titular del rodado" (hemos realizado un análisis más extenso de la norma en: MUGNOLO, Juan Pablo, CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín, "Análisis jurídico sobre la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas digitales en la Argentina", ob. cit.).

(40) CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

(41) MISSERI, L. E., "La política en la era de la información: ciberutopías y ciberdistopías", La urdimbre de la razón, Ensayos de filosofía teórica y práctica contemporáneos, Guillermo Lariguet Ed., Mar del Plata, 2017, p. 205.

(42) Ibidem.

(43) Citado en REGUERA SÁNCHEZ, J., "Aspectos legales en el ciberespacio. La ciberguerra y el Derecho Internacional Humanitario", Análisis GESI, ISSN-e 2340-8421, N.º. 7, 2015.

(44) GÓMEZ DE AGREDA, Á., El Ciberespacio como escenario de conflictos. Identificación de las amenazas, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Monografía CESEDEN nº 126, febrero 2012.

artificial que los otros no presentan. Pero, justamente, el hecho de que el ciberespacio proceda directamente de la acción humana y que en él tenga presencia el hombre y solo el hombre (en ningún caso otros seres de la naturaleza), mediante la tecnología de la que él mismo se ha dotado **(45)**, es lo que torna irrisoria la idea de la libertad absoluta en ese ámbito y de una supuesta imposibilidad regulatoria.

Asistimos, ahora, a la manifestación de un nuevo "excepcionalismo tecnológico" (*technological exceptionalism*), que propugna una falta de sujeción a las normas que no han sido elaboradas considerando especialmente las nuevas tecnologías **(46)**, y que, como tal, no puede ser válidamente considerada, sin incurrir en una falacia argumental, que pone en riesgo algunas expresiones del interés general mediante la peligrosa postulación de un espacio sin reglas preestablecidas, que se creía superada **(47)**.

V.2. El llamado "costo laboral" y la viabilidad del modelo de negocio

En el marco del capitalismo de plataformas, las *startups* que participan de este sector de la economía han pretendido instalar —en el debate que gira en torno de los diferentes modelos de negocio allí gestados— que el modelo de negocio que proponen no resiste la calificación de los vínculos entre el prestador de servicios y la titular de la plataforma digital como una relación de trabajo, puesto que no podrían asumir el "costo laboral" que ello supone **(48)**. Sin embargo, es necesario poner en cuestión la veracidad de esa afirmación **(49)**.

En primer lugar, algunas de las titulares de las plataformas digitales pregonan la imposibilidad de "asumir" el resultado económico del contrato de trabajo que, de hecho, y por el momento, no están asumiendo. Empero, aun sin hacerlo, es sabido que, por ejemplo, Uber ha registrado año a año pérdidas millonarias y que, para "competir" en ese sector de la economía, "subsidia" los viajes que realizan sus usuarios **(50) (51)**. En tal sentido, podría pensarse que el modelo de negocio no resiste al diseño realizado por las propias titulares de dichas plataformas, independientemente de cómo se califique el vínculo entre aquellas y los prestadores de servicios.

Por otra parte, aun si lo sostenido en torno al desafortunadamente llamado "costo laboral" fuera cierto, debemos interrogarnos sobre la incidencia que ello debería tener en la valoración

(45) MOLINAS MATEOS, J. M., "Aproximación jurídica al ciberespacio", Instituto Español de Estudios Estratégicos, disponible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO57-2015_Aproximacion_Juridica_Ciberespacio_MolinaMateos.pdf

(46) TODOLÍ SIGNES, A., SÁNCHEZ OCAÑA, J. M., KRUITHOF AUSINA, A., "El Treball en Plataformes Digitals a la Comunitat Valenciana", Valencia, 2019, p. 231, disponible en: http://www.labora.gva.es/documents/166000883/166282936/Informe+trabajo+en+plataformas+digitales+2019.pdf/1dcbb6c3-dfa8-44cb-a732-202170d2b09c.

(47) CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

(48) Verbigracia, "[d]os datos incluidos en los documentos que Uber presentó a la Securities and Exchange Commission de Estados Unidos muestran que no todo lo que brilla es oro. El primero es que esta empresa registró pérdidas casi todos los años. En 2018 el rojo llegó a los 4 billones de dólares. El segundo es una advertencia sobre la condición laboral de los choferes: "Nuestro negocio se vería negativamente afectado si los conductores son clasificados como empleados en lugar de autónomos". Esto es, de recibir fallos judiciales y regulaciones adversas sobre este tema, Uber deberá enfrentar costos mucho mayores. Dicha reclasificación los obligaría a cambiar fundamentalmente su modelo de negocios y, como consecuencia, "afectar negativamente su situación de negocios y financiera" (O' FARRELL, J. "El capitalismo de plataformas, ¿una nueva burbuja financiera?", Lanacion.com.ar, 5 de mayo de 2019).

(49) CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

(50) En una entrevista realizada por la BBC, Adam Leshinsky explicó que "...Uber y sus competidores como Lift [... a]ctualmente subsidian sus viajes en muchos mercados alrededor del mundo y lo han estado haciendo durante muchos años. Si sus precios suben, tendrían mejores perspectivas de ganancia"; pero "si suben los precios no gozaría de una base de clientela tan grande, pues ese es el fuerte que presentan" ("Cómo es posible que Uber sobreviva con pérdidas de US$1.200 millones y sin nunca haber obtenido beneficios", bbc.com, 6 de noviembre de 2019).

(51) En el caso de Cabify SA, la Cámara Argentina de Agencias de Remise (CAAR) ha realizado una denuncia ante la Secretaría de Comercio de la Nación, expresando que Cabify incurre en maniobras de competencia desleal, "subsidiando" a choferes y pasajeros, permitiendo la contratación de viajes con "tarifas irrisorias" y ofreciendo descuentos corporativos, que "en modo alguno pueden tener rentabilidad para una agencia que obra acorde a derecho" (Expte. N° 13246315/2017, CNDC - Denuncia de Conductas Anticompetitivas).

jurídica, presente o futura, realizada respecto de la naturaleza de aquellos vínculos.

En este sentido, si dichas relaciones fueran de carácter subordinado —tal como se ha declarado en las primeras sentencias argentinas—, es menester preguntarse si es posible considerar una excepción en relación a un determinado modelo de negocio, construido sobre un ilegítimo rechazo a las reglas vigentes. Si se juzgara, por el contrario, que los vínculos gestados en la *platform economy* no exhiben las notas propias de la subordinación (y que, en consecuencia, no están alcanzados por las normas propias del derecho del trabajo), pero, sin embargo, merecen algún grado de protección, más o menos intensa, el interrogante sería el siguiente: ¿puede el interés individual del sujeto empresario prevalecer sobre el interés general expresado en una ley dirigida a proteger a los prestadores de servicios de aquellos modelos de negocio? **(52)**

En ambos casos, la respuesta parece ser negativa; máxime, teniendo en cuenta que, cuando menos por ahora, no existen "evidencias suficientes para asegurar cuál será el potencial de destrucción, transformación o creación de empleos proveniente del cambio tecnológico y otras modificaciones estructurales que se vienen experimentando en los mercados de trabajo" **(53)**. Sumado a ello, importa saber, también, cuál es el tipo de empleos que se están creando. Es que, tal como lo ha expresado la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, "los sitios web de trabajo en plataformas de microtareas y el trabajo mediante aplicaciones que conforman la economía de plataformas podrían recrear prácticas laborales que se remontan al siglo XIX y futuras generaciones de 'jornaleros digitales'" **(54)**.

Asimismo, es necesario poner de resalto que en los modelos de negocio de ejecución local existen ejemplos que refutan la tesis esgrimida por una parte del sector empresario. Es que en Argentina, la titular de una de las plataformas de servicios de reparto y entrega a domicilio de alimentos y pequeña y mediana paquetería ("Pedidos Ya"), ha mantenido relaciones de dependencia formalmente registradas con sus repartidores **(55)**. La nombrada firma comenzó a desandar ese camino solo cuando irrumpieron en el mercado algunas de sus competidoras que, a diferencia de aquella, consideran que los repartidores son trabajadores autónomos **(56)**.

En definitiva, podría decirse que en los modelos de negocio de ejecución local la supuesta imposibilidad de asumir los resultados económicos de un contrato de trabajo puede no ser tal, considerando, entre otras cosas, que el precio del servicio puede ser fijado por las titulares de las plataformas en función del mercado (local) de que se trate. Ello puede no seguir el mismo razonamiento en el caso del *crowdwork* que se ejecuta *en línea* **(57)**.

V.3. La aptitud regulatoria del estatuto general

En el debate actual sobre la temática en estudio se advierte una tendencia a reconocer la debilidad del prestador de servicios de la economía de plataformas, aun cuando pueda dudarse de la naturaleza de los vínculos de trabajo allí gestados.

En cuanto a las respuestas dirigidas a proteger a aquellos prestadores de servicios, parece cobrar vigor la idea de la necesidad de un estatuto especial.

Para García, los nuevos modelos de negocio generan "...inseguridad y vacilaciones, no solo para los juristas, sino para las autoridades de contralor, laboral y fiscal, y los magistrados, cuya intervención se encuentra siempre apremiada por los hechos que llaman a su puerta, por lo que necesitan de instrumentos jurídicos adecuados que permitan dar respuestas y so-

(52) CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

(53) BENSUSÁN, G., "Nuevas tendencias en el empleo: retos y opciones para las regulaciones y políticas del mercado de trabajo", CEPAL, Santiago, 2016, p. 93.

(54) Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 2019, p. 18.

(55) MUGNOLO, J.P., CAPARRÓS, L. y GOLCMAN, M., "Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en la Argentina (primera parte)", DT 2019-05.

(56) Ibidem.

(57) Vid. CAPARRÓS, Lucas, "Breves reflexiones...", ob. cit.

luciones adecuadas a los casos que les son presentados" **(58)**. Luego de sugerir la necesidad de un estatuto especial, el autor concluye que, "[m]ientras ese régimen no se dicte, los tribunales y las autoridades administrativas no podrán hacer otra cosa que cumplir su función apoyándose en los instrumentos al alcance de su mano" **(59)**.

Así pues, cuando menos durante ese "mientras tanto", habrá que —como hasta ahora— determinar de qué lado de la frontera de la dependencia se ubica cada uno de los vínculos apuntados.

Pero, ante la determinación de la dependencia, la pregunta que sobrevuela en el aire es si los estatutos generales (en nuestro país, la LCT) tienen la capacidad de regular las relaciones de trabajo de la "nueva" economía. Es que las prestaciones de servicio de la economía de plataformas suelen no transitar por los canales más ordinarios del contenido del contrato de trabajo, sino que ingresan, más bien, por conductos excepcionales de aquel.

Recordemos que el trabajo prestado simultáneamente en más de una plataforma (ausencia de exclusividad), la retribución por la labor efectivamente realizada (muchas veces como "micropagos") independientemente del tiempo "a disposición" del dador de trabajo, la prestación discontinua y la jornada "flexible" de trabajo, son, entre otras, las maneras más "comunes" en las que se lleva a cabo el *crowdwork*, en sus diferentes variantes.

Ahora bien, si es correcto sostener que ante estos modos de trabajar se complejiza, con mucho, realizar el llamado "juicio de aproximación o semejanza" o "test de laboralidad" (que ya no se efectúa de manera prácticamente automática), lo mismo cabe predicar en cuanto a la categorización de los contenidos del contrato de trabajo, de acuerdo al modo en que se presentan, y que —he aquí la importancia— provocan una respuesta normativa diferente según se expresen de una u otra manera.

Sin embargo, no podría decirse que los instrumentos normativos existentes no logran responder a los modos en que se desarrollan los vínculos de la economía de plataformas, que, en muchos casos, pueden no constituirse en una novedad en el sentido más puro. Pensemos, por un momento, en la figura del "viajante de comercio e industria", que labora sin exclusividad, con una jornada de trabajo ciertamente flexible y que es remunerado mayormente en función de los negocios que logra concertar.

En esta inteligencia, aun cuando la actividad legislativa se mantenga impasible ante los cambios que reclaman su acción, no será imposible realizar el ejercicio de desvelar las respuestas normativas a las relaciones anudadas en la *platform economy*. La conveniencia —quizá incuestionable— de diseñar mejores y más *aggiornadas* respuestas normativas, no convierte al ordenamiento jurídico laboral en un aparato incapaz de asimilar las relaciones de dependencia que pueden tener lugar en el espacio ocupado por las plataformas digitales.

VI. El empresario espectral y un desafío no resuelto

Antes de ahora, uno de los grandes problemas del derecho del trabajo radicaba —y aún radica— en identificar al sujeto empleador. Pero en el terreno de la 'economía de plataformas', un desafío de iguales o mayores dimensiones estriba en comprometer al sujeto empresario **(60)**.

En el espacio de la 'economía de plataformas', la tecnología ha permitido diseñar un modelo de negocio fácilmente exportable **(61)**, mediante el cual se ofrece la prestación de un servicio, inclusive a nivel local, de la que se beneficia económicamente la empresa que gestiona la plataforma virtual, pero sin ninguna necesidad por parte de esa empresa de residir en el lugar donde se presta el servicio o en donde se encuentra el trabajador.

Cuando pensábamos en la gran empresa que deslocaliza parte de su actividad, pensábamos, también, en una sucursal o en una empresa con-

(58) GARCÍA, H. O., "La prestación personal de servicios...", ob. cit.

(59) Ibidem.

(60) CAPARRÓS, Lucas "La posible acción gremial...", ob. cit.

(61) MERCADER UGUINA, J., El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, ob. cit., p. 83.

tratista —más pequeña y más débil—, situada en el lugar en donde efectivamente se desarrolla la actividad que fue deslocalizada. Ahora, en algunos supuestos, nos enfrentamos, directamente, a la inexistencia de una empresa residente en el lugar donde se desarrolla la actividad.

Se trata de un *empresario volátil* o *espectral* **(62)**, que, en el espacio virtual ocupado por la plataforma, parece estar presente, pero que, no bien se intenta comprometerlo —por ejemplo, con el cumplimiento de las reglas de fuente estatal—, se evapora impidiendo hacer efectiva la consecuencia jurídica de que se trate. Asistimos, así, a la metamorfosis de uno de los retos más complejos con los que se ha topado el derecho del trabajo en las últimas décadas.

Pensemos, por un momento, en la irrupción de *Uber* en la Ciudad de Buenos Aires. La inadecuación de la nombrada empresa a la normativa local que regula el transporte de personas generó una serie de contiendas en las que, mediante diferentes resoluciones judiciales, se intentó impedir que la firma continúe operando **(63)**. Sin embargo, y pese a que algunas de dichas medidas judiciales se encuentran aún vigentes, la empresa continuó prestando servicios sin mayores dificultades.

Como se habrá advertido, comprometer a un sujeto de estas características nos propone una serie de interrogantes, de muy difícil respuesta jurídica, relativos al "espacio" y a las herramientas procesales necesarias para velar por la efectividad de las normas de nuestro derecho interno y, por supuesto, de eventuales condenas judiciales.

VII. Dos respuestas y varias preguntas

Las dos primeras sentencias judiciales argentinas que se han expedido sobre la naturaleza del vínculo entre conductores y Cabify SA, han calificado dichas relaciones como de dependencia. Sin embargo, ninguno de los pronunciamientos se encuentra firme.

Esas dos primeras respuestas judiciales dejan abiertos un sinnúmero de interrogantes.

En primer lugar, lejos estamos de poder advertir una tendencia jurisprudencial sobre la calificación de este tipo de vínculos. Nótese, además, que los dos casos en estudio han versado sobre relaciones en las que ha sido parte solo una de las muchas titulares de plataformas digitales que operan en el país. Los modelos de negocio de las distintas plataformas pueden ser similares, pero exhiben, al menos, algunas diferencias que podrían alterar el razonamiento seguido por los tribunales en los particulares supuestos analizados.

Asimismo, es válido preguntarse cuáles serán las posibilidades reales de ejecutar las eventuales condenas judiciales firmes, frente a un *empresario espectral* que, por sus características, torna extremadamente complejo comprometerlo al cumplimiento de las normas internas.

Habrá, también, que estar atentos a las posibles respuestas legislativas que, en la experiencia comparada, han llegado, mayoritariamente, luego de que los tribunales se expidieran sobre la naturaleza laboral de los vínculos gestados en la economía de plataformas.

Las dos primeras sentencias argentinas marcan, sin dudas, importantes primeros pasos en el camino hacia una definición sobre la naturaleza del vínculo entre conductores y titulares de plataformas digitales del servicio de transporte urbano de pasajeros. El punto de llegada es aún incierto, pero el recorrido ha comenzado.

(62) CAPARRÓS, Lucas "La acción gremial y la negociación colectiva en la economía de plataformas: un análisis global y local", en El trabajo en la economía de plataformas, ob. cit.

(63) Véase el análisis de las diferentes resoluciones en CAPARRÓS, Lucas "Breves reflexiones...", op. cit., y en MUGNOLO, J. P., CAPARRÓS, L. y GOLCMAN, M., "Análisis jurídico sobre la prestación de servicios de transporte urbano de pasajeros a través de plataformas digitales en la Argentina", ob. cit.

TRABAJO ORGANIZADO EN PLATAFORMAS DIGITALES

Conductores de Uber. Trabajador. Relación laboral. Poder de organización de Uber.

Con nota de Sebastián Moltrassio

1. — La sentencia del tribunal laboral debe ser confirmada. Los conductores de Uber reclamantes son "trabajadores" que trabajaban para la empresa bajo "contratos de trabajadores" en el sentido de su definición legal. Las condiciones contractuales en las que los conductores prestan sus servicios son dictadas por Uber. No solo se requiere que los conductores acepten la forma estándar de Uber por acuerdo escrito, sino que los términos en los que transportan pasajeros también son impuestos por la aplicación, donde los conductores no tienen voz.

2. — En los términos de la legislación laboral del Reino Unido los conductores de Uber son "trabajadores". La aplicación ejerce un grado significativo de control sobre la forma en que los conductores prestan sus servicios y examina los tipos de automóviles que pueden ser usados. Además, la tecnología, parte integral del servicio, es de propiedad total y controlada por Uber y se utiliza como un medio para ejercer control sobre los conductores.

3. — En los términos de la legislación laboral del Reino Unido los conductores de Uber son "trabajadores". El servicio de transporte realizado por estos y ofrecido a los pasajeros a través de la aplicación es muy estricto, definido y controlado. Está diseñado y organizado, de esta manera, para brindar un servicio estandarizado a los pasajeros en el que se perciba a los conductores como sustancialmente intercambiables y desde el cual Uber, más que de los conductores individuales, obtiene el beneficio de la lealtad y el fondo de comercio de los clientes.

4. — En los términos de la legislación laboral del Reino Unido los conductores de Uber son "trabajadores". Desde el punto de vista de los conductores se observa su incapacidad para ofrecer un servicio distintivo o para establecer sus propios precios; y por el control de Uber sobre todos los aspectos de su interacción con los pasajeros, estos tienen poca o ninguna capacidad para mejorar su posición económica a través de habilidades profesionales o empresariales. En la práctica, la única forma en que pueden aumentar sus ganancias es trabajando más horas, en tanto cumplan con las medidas de rendimiento de Uber.

5. — A diferencia de las tarifas de taxi, las de los vehículos de alquiler privados en Londres no están establecidas por el regulador. Sin embargo, para viajes reservados a través de Uber, la aplicación establece las tarifas y los conductores no pueden cobrar más que la tarifa calculada por ella.

6. — La libertad teórica de cobrar menos que la tarifa establecida por Uber, que tienen los conductores, no es un beneficio posible para estos, ya que cualquier descuento ofrecido saldría enteramente de su bolsillo y la prestación del servicio está organizado para evitar que un conductor establezca una relación particular con un pasajero que podría generar una futura costumbre.

7. — Sería incompatible con el propósito de la legislación laboral tratar los términos de un contrato escrito como punto de partida para determinar si una persona se halla dentro de la definición de "trabajador". Hacerlo restablecería el daño que la legislación promulgada pretendió prevenir. La eficacia de tal protección se vería seriamente socavada si el empleador putativo pudiera, por la forma característica de relación en el contrato escrito, determinar, incluso prima facie, si la otra parte debe ser clasificada como trabajador.

SC Reino Unido, 19/02/2021. - Uber BV and others c. Aslam and others.

[Cita on line: TR LALEY UK/JUR/1/2021]

Hilary Term

[2021] UKSC 5

On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748

Judgment

Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)

before

Lord Reed, President

Lord Hodge, Deputy President

Lady Arden

Lord Kitchin

Lord Sales

Lord Hamblen

Lord Leggatt

Judgment given on

19 February 2021

Heard on 21 and 22 July 2020

Appellants

Dinah Rose QC

Fraser Campbell

(Instructed by DLA Piper (UK) LLP (London))

Respondents (1 and 2)

Jason Galbraith-Marten QC

Sheryn Omeri

(Instructed by Bates Wells & Braithwaite LLP (London))

Respondent

Oliver Segal QC

Melanie Tether

(Instructed by Leigh Day (London))

Respondents:-

Yaseen Aslam

James Farrar

Robert Dawson and others

Lord Leggatt: (with whom Lord Reed, Lord Hodge, Lady Arden, Lord Sales and Lord Hamblen agree)

Introduction

1. New ways of working organised through digital platforms pose pressing questions about the employment status of the people who do the work involved. The central question on this appeal is whether an employment tribunal was entitled to find that drivers whose work is arranged through Uber's smartphone application ("the Uber app") work for Uber under workers' contracts and so qualify for the national minimum wage, paid annual leave and other workers' rights; or whether, as Uber contends, the drivers do not have these rights because they work for themselves as independent contractors, performing services under contracts made with passengers through Uber as their booking agent. If drivers work for Uber under workers' contracts, a secondary question arises as to whether the employment tribunal was also entitled to find that the drivers who have brought the present claims were working under such contracts whenever they were logged into the Uber app within the territory in which they were licensed to operate and ready and willing to accept trips; or whether, as Uber argues, they were working only when driving passengers to their destinations.

2. For the reasons given in this judgment, I would affirm the conclusion of the Employment Appeal Tribunal and the majority of the Court of Appeal that the employment tribunal was entitled to decide both questions in the claimants' favour.

The parties

3. The first appellant, Uber BV, is a Dutch company which owns the rights in the Uber app. The second appellant, Uber London Ltd ("Uber London"), is a UK subsidiary of Uber BV which, since May 2012, has been licensed to operate private hire vehicles in London. The third appellant, Uber Britannia Ltd, is another UK subsidiary of Uber BV which holds licences to operate such vehicles outside London. In this judgment I will use the name "Uber" to refer to the appellants collectively when it is not necessary to differentiate between them.

4. The claimants, and respondents to this appeal, are individuals who work or used to work as private hire vehicle drivers, performing driving services booked through the Uber app. For the purpose of the decision which has given rise to this appeal, the employment tribunal limited its consideration to two test claimants, Mr Yaseen Aslam and Mr James Farrar, both of whom were licensed to drive private hire vehicles in London. Like the employment tribunal, I will use masculine pronouns for brevity when referring to Uber drivers in this judgment in circumstances where all the claimant drivers are male.

5. At the time of the employment tribunal hearing in 2016, there were about 30,000 Uber drivers operating in the London area and 40,000 in the UK as a whole. Some two million people were registered to use the Uber app as passengers in London.

The Uber system

6. As described in more detail in the decision of the employment tribunal, Uber's business model is simple. Prospective customers download the Uber app (for free) to their smartphone and create an account by providing personal information including a method of payment. They are then able to request rides. To do so, they open the Uber app on their phone and make a request. In the period considered by the employment tribunal, users did not have to enter their destination when booking a ride through the app, but they generally did so. The Uber app identifies the

passenger's location through the smartphone's geolocation system. Using the same technology, the app identifies the nearest available driver who is logged into the app and informs him (via his smartphone) of the request. At this stage the driver is told the passenger's first name and Uber rating (as to which, see below) and has ten seconds in which to decide whether to accept the request. If the driver does not respond within that time, the next closest driver is located and offered the trip. Once a driver accepts, the trip is assigned to that driver and the booking confirmed to the passenger, who is sent the driver's name and car details.

7. At this point the driver and passenger are put into direct contact with each other through the Uber app, but this is done in such a way that neither has access to the other's mobile telephone number. The purpose is to enable them to communicate with each other in relation to the pick-up, for example to identify the passenger's precise location or to advise of problems such as traffic delay. The passenger can also track the driver's progress on a map on their smartphone.

8. The driver is not informed of the passenger's destination until the passenger is collected. At that point the driver learns the destination either directly from the passenger or through the app (if the destination was entered when the ride was requested) when the driver presses "start trip" on his phone. The Uber app incorporates route planning software and provides the driver with detailed directions to the destination. The driver is not bound to follow those directions but departure from the recommended route may result in a reduction in payment if the passenger complains about the route taken.

9. On arrival at the destination, the driver presses "complete trip" on his smartphone. The fare is then calculated automatically by the Uber app, based on time spent and distance covered. At times and places of high demand, a multiplier is applied resulting in a higher fare. Drivers are permitted to accept payment in a lower, but not a higher, sum than the fare calculated by the app (although, in the unlikely event that a driver accepts a lower sum, the "service fee" retained by Uber BV is still based on the fare calculated by the app). Drivers are at liberty to accept tips but are discouraged by Uber from soliciting them.

10. The fare is debited to the passenger's credit or debit card registered on the Uber app and the passenger is sent a receipt for the payment by email. Separately, the Uber app generates a document described as an "invoice" addressed on behalf of the driver to the passenger (showing the passenger's first name but not their surname or contact details). However, the passenger never sees this document, which is not sent to the passenger but is accessible to the driver on the Uber app and serves as a record of the trip and the fare charged.

11. Uber BV makes a weekly payment to the driver of sums paid by passengers for trips driven by the driver less a "service fee" retained by Uber BV. In the cases of Mr Aslam and Mr Farrar, the service fee was 20% of the fares.

12. Drivers are prohibited by Uber from exchanging contact details with a passenger or contacting a passenger after the trip ends other than to return lost property.

13. Uber operates a ratings system whereby, after the trip, the passenger and driver are each sent a message asking them to rate the other anonymously on a scale of 1 to 5.

Working as a driver

14. To become an Uber driver, a person can sign up online. They must then attend and present certain documents at the offices of the local Uber company (which, for the London area, is Uber London). The required documents comprise a national insurance certificate, driving licence, licence to drive a private hire vehicle, vehicle logbook, MOT certificate and certificate of motor insurance. The applicant must also take part in what the employment tribunal described as "an interview, albeit not a searching one", and watch a video presentation about the Uber app and certain Uber procedures. This process is referred to by Uber as "onboarding".

15. Individuals accepted as drivers are given free access to the Uber app through their own smartphone or may hire a smartphone for £5 a month from Uber BV configured so that it can only be used to operate the Uber app. The driver has to provide and pay for his own vehicle, which must be on a list of accepted makes and models, in good condition, no older than a specified age and preferably silver or black. Drivers must also bear all the costs of running their vehicles, including fuel, insurance, road tax and the cost of obtaining a private hire vehicle licence.

16. Individuals approved to work as drivers are free to make themselves available for work, by logging onto the Uber app, as much or as little as they want and at times of their own choosing. They are not prohibited from providing services for or through other organisations, including any direct competitor of Uber operating through another digital platform. Drivers can also choose where within the territory covered by their private hire vehicle licence they make themselves available for work. They are not provided with any insignia or uniform and in London are discouraged from displaying Uber branding of any kind on their vehicle.

17. The employment tribunal made a number of findings about standards of performance which drivers are expected to meet and actions taken where drivers fail to meet these standards. For example, the tribunal found that a "Welcome Packet" of material issued by Uber London to new drivers included numerous instructions as to how drivers should conduct themselves, such as "Polite and professional at all times", "Avoid inappropriate topics of conversation" and "Do not contact the rider after the trip has ended". Other material in the Welcome Packet, under the heading "What Uber looks for", stated:

"High Quality Service Stats: We continually look at your driver rating, client comments, and feedback provided to us. Maintaining a high rating overall helps keep a top tier service to riders.

Low Cancellation Rate: when you accept a trip request you have made a commitment to the rider. Cancelling often or cancelling for unwillingness to drive to your clients leads to a poor experience.

High Acceptance Rate: Going on duty means you are willing and able to accept trip requests. Rejecting too many requests leads to rider confusion about availability. You should be off duty if not able to take requests."

18. Taking these three metrics in reverse order, drivers whose acceptance rate for trip requests falls below a set level - which according to evidence before the tribunal was 80% - receive warning messages reminding the driver that being logged into the Uber app is an indication that the driver is willing and able to accept trip requests. If the driver's acceptance rate does not improve, the warnings escalate and culminate in the driver being automatically logged off the Uber app for ten minutes if the driver declines three trips in a row. A similar system of warnings, culminating in a ten- minute log-off "penalty", applies to cancellations by drivers after a trip has been accepted. The driver's ratings from passengers are also monitored and the employment tribunal found that drivers who have undertaken 200 trips or more and whose average rating is below 4.4 become subject to a graduated series of "quality interventions" aimed at assisting them to improve. If their ratings do not improve to an average of 4.4 or better, they are "removed from the platform" and their accounts "deactivated".

19. Uber also operates a "driver offence process" to address misconduct by drivers. This again involves a graduated series of measures, beginning with a "warning" message and potentially leading to "deactivation".

20. In addition, Uber London handles passenger complaints, including complaints about a driver, and decides whether to make any refund to the passenger (sometimes without even referring the matter to the driver concerned). Such a refund will generally result in a correspondingly reduced payment to the driver, though the tribunal found that on occasions, when Uber London considers it necessary or politic to make a refund but there is no proper ground for holding the driver to be at fault, Uber London will bear the cost of the refund itself.

21. Uber will in some circumstances pay drivers the cost, or a contribution towards the cost, of cleaning vehicles soiled by passengers. The employment tribunal noted that it was not suggested that such payments were conditional upon Uber recovering this sum from the passenger.

Written agreements between Uber BV and drivers

22. Before using the Uber app as drivers for the first time, the claimants were required to sign a "partner registration form" stating that they agreed to be bound by and comply with terms and conditions described as "Partner Terms" dated 1 July 2013. In October 2015 a new "Services Agreement" was introduced to which drivers were required to signify their agreement electronically before they could again log into the Uber app and accept trip requests. The differences between the old and new terms are not material for present purposes and it is sufficient to refer to the new terms contained in the Services Agreement.

23. The Services Agreement is formulated as a legal agreement between Uber BV and "an independent company in the business of providing transportation services", referred to as "Customer". It contains an undertaking by "Customer" to enter into a contract with each driver in the form of an accompanying "Driver Addendum". This arrangement is inapposite for the vast majority of drivers who sign up as individuals and not on behalf of any "independent company" which in turn engages drivers.

24. In the typical case where "Customer" is an individual driver, the nature of the relevant services and relationships as characterised by the Services Agreement is that Uber BV agrees to provide electronic services (referred to as the "Uber Services") to the driver, which include access to the Uber app and payment services, and the driver agrees to provide transportation services to passengers (referred to as "Users"). The agreement states that Customer acknowledges and agrees that Uber BV does not provide transportation services and that, where Customer accepts a User's request for transportation services made through the Uber app, Customer is responsible for providing those transportation services and, by doing so, "creates a legal and direct business relationship between Customer and the User, to which neither Uber [BV]

nor any of its Affiliates in the Territory is a party" (see clause 2.3).

25. Clause 4.1 of the Services Agreement states that:

"... Customer: (i) appoints Uber [BV] as Customer's limited payment collection agent solely for the purpose of accepting the Fare ... on behalf of the Customer via the payment processing functionality facilitated by the Uber Services; and (ii) agrees that payment made by User to Uber [BV] shall be considered the same as payment made directly by User to Customer."

Clause 4.1 also states that the "Fare" is determined by Uber BV but describes it as charged by Customer and as "a recommended amount" which Customer may choose to reduce (but not increase) without the agreement of Uber BV. The clause further provides that Uber BV agrees to remit to Customer on at least a weekly basis the fare less a "service fee", calculated as a percentage of the fare.

26. Clause 4.2 gives Uber BV the right to change the fare calculation at any time in its discretion "based upon local market factors"; and clause 4.3 provides that Uber BV and/or its Affiliates reserve the right to adjust the fare for a particular instance of transportation services (eg where the driver took an inefficient route) or to cancel the fare (eg in response to a User complaint).

Written agreements between Uber and passengers

27. In addition to the written agreements between drivers and Uber BV, Uber also relies in these proceedings on written terms and conditions (the "Rider Terms") which passengers are required to accept before they can use the Uber app. The version of the Rider Terms current at the time of the tribunal hearing was last updated on 16 June 2016. These Rider Terms state that they constitute an agreement between the rider, Uber BV and the local Uber company operating in the relevant part of the UK. As mentioned, in the case of London, the relevant company is Uber London.

28. Clause 2 of Part 1 of the Rider Terms states that, as set out in clause 3, "Uber UK" (a term defined to include Uber London) accepts private hire vehicle bookings ("PHV Bookings") made using the Uber app. Clause 3 states:

"Uber UK accepts PHV Bookings acting as disclosed agent for the Transportation Provider (as principal). Such acceptance by Uber UK as agent for the Transportation Provider gives rise to a contract for the provision to you of transportation services between you and the Transportation Provider (the 'Transportation Contract'). For the avoidance of doubt: Uber UK does not itself provide transportation services, and is not a Transportation Provider. Uber UK acts as intermediary between you and the Transportation Provider. You acknowledge and agree that the provision to you of transportation services by the Transportation Provider is pursuant to the Transportation Contract and that Uber UK accepts your booking as agent for the Transportation Provider, but is not a party to that contract."

29. Under Part 2 of the Rider Terms, riders are granted a licence by Uber BV to use the Uber app, described in clause 2 as "a technology platform that enables users ... to pre-book and schedule transportation, logistics, delivery, and/or vendor services with independent third party providers of such services, including independent third party transportation providers."

The licensing regime

30. The operation of private hire vehicles in London is regulated by the Private Hire Vehicles (London) Act 1998 and regulations made under it. Under that Act a vehicle may only be used for private hire if both vehicle and driver are licensed by the licensing authority, which is Transport for London. A licence is also required to accept bookings (referred to in the Act as "private hire bookings") for the hire of a private hire vehicle to carry one or more passengers. Thus, section 2 provides:

"No person shall in London make provision for the invitation or acceptance of, or accept, private hire bookings unless he is the holder of a private hire vehicle operator's licence for London ..."

Pursuant to section 2, a person who makes provision for the invitation or acceptance of private hire bookings, or accepts such a booking, without such a licence is guilty of a criminal offence.

31. At all relevant times Uber London has held a private hire vehicle ("PHV") operator's licence for London. Section 4 of the Act places an obligation on the holder of such a licence to secure that:

"any vehicle which is provided by him for carrying out a private hire booking accepted by him in London is -

(a) a vehicle for which a London PHV licence is in force driven by a person holding a London PHV driver's licence; ..."

32. Pursuant to regulation 9 of the Private Hire Vehicles (London) (Operators' Licences) Regulations 2000, as originally formulated, it was a condition of the grant of a London PHV operator's licence that:

"The operator shall, if required to do so by a person making a private hire booking:

(a) agree the fare for the journey booked, or

(b) provide an estimate of that fare."

With effect from 27 June 2016, this regulation was amended to add a requirement that any estimate of the fare must be accurate, in accordance with criteria specified by the licensing authority.

33. The obligations of the operator under the Act and regulations also include keeping records of all bookings accepted and of all private hire vehicles and drivers available to the operator for carrying out bookings accepted by him.

Statutory rights of "workers"

34. The rights claimed by the claimants in these proceedings are: rights under the National Minimum Wage Act 1998 and associated regulations to be paid at least the national minimum wage for work done; rights under the Working Time Regulations 1998 which include the right to receive paid annual leave; and in the case of two claimants, one of whom is Mr Aslam, a right under the Employment Rights Act 1996 not to suffer detrimental treatment on the grounds of having made a protected disclosure ("whistleblowing").

35. All these rights are conferred by the legislation on "workers". The term "worker" is defined by section 230 of the Employment Rights Act 1996 to mean:

"an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) -

(a) a contract of employment, or

(b) any other contract, whether express or implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual;

and any reference to a worker's contract shall be construed accordingly."

36. A "contract of employment" is defined in section 230 of the Act to mean "a contract of service or apprenticeship, whether express or implied, and (if it is express) whether oral or in writing." An "employee" means an individual who has entered into or works under a contract of employment: see section 230. However, the terms "employer" and "employed" are defined more broadly to refer to the person by whom an employee or worker is (or was) employed under a worker's contract: see section 230 and .

37. Similar definitions of all these terms are contained in section 54 of the National Minimum Wage Act 1998 and regulation 2 of the Working Time Regulations 1998.

38. The effect of these definitions, as Baroness Hale of Richmond observed in Bates van Winkelhof v Clyde & Co LLP [2014] UKSC 32; [2014] 1 WLR 2047, paras 25 and 31, is that employment law distinguishes between three types of people: those employed under a contract of employment; those self-employed people who are in business on their own account and undertake work for their clients or customers; and an intermediate class of workers who are self-employed but who provide their services as part of a profession or business undertaking carried on by someone else. Some statutory rights, such as the right not to be unfairly dismissed, are limited to those employed under a contract of employment; but other rights, including those claimed in these proceedings, apply to all "workers".

These proceedings

39. Following a preliminary hearing, the employment tribunal decided that the claimants were "workers" who, although not employed under contracts of employment, worked for Uber London under "workers' contracts" within the meaning of limb (b) of the statutory definition quoted at para 35 above. The tribunal further found that, for the purposes of the relevant legislation, the claimants were working for Uber London during any period when a claimant (a) had the Uber app switched on, (b) was within the territory in which he was authorised to work, and

(c) was able and willing to accept assignments.

40. An appeal by Uber from this decision to the Employment Appeal Tribunal was dismissed, as was a further appeal to the Court of Appeal (Sir Terence Etherton MR and Bean LJ, with Underhill LJ dissenting). The Court of Appeal granted Uber permission to appeal to this court.

The main issue

41. Limb (b) of the statutory definition of a "worker's contract" has three elements: a contract whereby an individual undertakes to perform work or services for the other party; an undertaking to do the work or perform the services personally; and a requirement that the other party to the contract is not a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual.

42. This case is concerned with the first of these requirements. It is not in dispute that the claimant drivers worked under contracts whereby they undertook to perform driving services personally; and it is not

suggested that any Uber company was a client or customer of the claimants. The critical issue is whether, for the purposes of the statutory definition, the claimants are to be regarded as working under contracts with Uber London whereby they undertook to perform services for Uber London; or whether, as Uber contends, they are to be regarded as performing services solely for and under contracts made with passengers through the agency of Uber London.

Uber's case

43. It is Uber's case that, in answering this question, the correct starting point is to interpret the terms of the written agreements between Uber BV and drivers and between the Uber companies and passengers. Uber relies on the terms of these written agreements quoted above which state that, when a request to book a private hire vehicle made through the Uber app is accepted, a contract is thereby created between passenger and driver, to which no Uber entity is a party and under which the driver is solely responsible for providing transportation services to the passenger. Uber also relies on terms of the written agreements which state that the only role of Uber BV is to provide technology services and to act as a payment collection agent for the driver and that the only role of Uber London (and other Uber UK companies) is to act as a booking agent for drivers.

44. Uber maintains that the approach adopted by the employment tribunal, the Employment Appeal Tribunal and the majority of the Court of Appeal was wrong in law because it involved disregarding, without any legal justification, the clear and unambiguous terms of the written agreements.

Uber London not authorised to act as a booking agent

45. There is a difficulty which, in my view, would be fatal for Uber's case even if the correct approach to deciding whether the claimants were working under workers' contracts with Uber London were simply to apply ordinary principles of the law of contract and agency. This difficulty stems from the fact that there is no written agreement between Uber London and drivers. In these circumstances the nature of their relationship has to be inferred from the parties' conduct, considered in its relevant factual and legal context.

46. It is an important feature of the context in which, as the employment tribunal found, Uber London recruits and communicates on a day to day basis with drivers that, as mentioned earlier: it is unlawful for anyone in London to accept a private hire booking unless that person is the holder of a private hire vehicle operator's licence for London; and the only natural or legal person involved in the acceptance of bookings and provision of private hire vehicles booked through the Uber app which holds such a licence is Uber London. It is reasonable to assume, at least unless the contrary is demonstrated, that the parties intended to comply with the law in the way they dealt with each other.

47. Uber maintains that the acceptance of private hire bookings by a licensed London PHV operator acting as agent for drivers would comply with the regulatory regime. I am not convinced by this. References in the Private Hire Vehicles (London) Act 1998 to "acceptance" of a private hire booking are reasonably understood to connote acceptance (personally and not merely for someone else) of a contractual obligation to carry out the booking and provide a vehicle for that purpose. This is implicit, for example, in section 4 of the Act quoted at para 31 above. It would in principle be possible for Uber London both to accept such an obligation itself and also to contract on behalf of the driver of the vehicle. However, if this were the arrangement made, it would seem hard to avoid the conclusion that the driver, as well as Uber London, would be a person who accepts the booking by undertaking a contractual obligation owed directly to the passenger to carry it out. If so, the driver would be in contravention of section 2 of the Private Hire Vehicles (London) Act 1998 by accepting a private hire booking without holding a private hire vehicle operator's licence for London. This suggests that the only contractual arrangement compatible with the licensing regime is one whereby Uber London as the licensed operator accepts private hire bookings as a principal (only) and, to fulfil its obligation to the passenger, enters into a contract with a transportation provider (be that an individual driver or a firm which in turn provides a driver) who agrees to carry out the booking for Uber London.

48. Counsel for Uber sought to resist this interpretation of the legislation on the basis that the legislation was enacted in the context of "a long-established industry practice" under which PHV operators may merely act as agents for drivers who contract directly with passengers. Uber has adduced no evidence, however, of any such established practice which the Private Hire Vehicles (London) Act 1998 may be taken to have been intended to preserve. I will consider later two cases involving minicab firms which were said by counsel for Uber to show that the courts have endorsed such an agency model. But it is sufficient to say now that in neither case was any consideration given to whether such an arrangement would comply with the licensing regime. The same is true of cases also relied on by Uber (along with a notice published by HMRC in 2002) which are concerned with how VAT applies to the supply of private hire vehicles. That material in my view has no bearing on the issues raised in these proceedings.

49. It is unnecessary, however, to express any concluded view on whether an agency model of operation would be compatible with the PHV licensing regime because there appears to be no factual basis for Uber's contention that Uber London acts as an agent for drivers when accepting private hire bookings.

50. It is true that the Rider Terms on which Uber contracts with passengers include a term (in clause 3 of Part 1, quoted at para 28 above) which states that Uber London (or other local Uber company) accepts private hire bookings "acting as disclosed agent for the Transportation Provider (as principal)" and that such acceptance "gives rise to a contract for the provision to [the rider] of transportation services between [the rider] and the Transportation Provider". It is, however, trite law that a person (A) cannot create a contract between another person (B) and a third party merely by claiming or purporting to do so but only if A is (actually or ostensibly) authorised by B to act as B's agent.

51. Authority may be conferred by a contract between principal and agent. It cannot be said, however, that the Rider Terms establish a contract between drivers and Uber London. There is no evidence that drivers were ever sent the Rider Terms let alone consented to them. In any case the Rider Terms state that they constitute an agreement between the rider, Uber BV and the relevant local Uber company: they do not purport to record an agreement to which any driver is a party. In accordance with basic principles of contract and agency law, therefore, nothing stated in the Rider Terms is capable of conferring authority on Uber London to act as agent for any driver (or other "Transportation Provider") nor of giving rise to a contract between a rider and a driver for the provision to the rider of transportation services by the driver.

52. The only written agreements to which drivers were parties were agreements with Uber BV, the Dutch parent company. No other Uber company was a party to those agreements. In any case, although clause 2.2 of the Services Agreement describes what is to happen if a driver accepts a trip request "either directly or through an Uber Affiliate in the Territory acting as agent", there is no provision which purports to confer the driver's authority on any Uber Affiliate to accept such requests on his behalf.

53. An agency relationship need not be contractual. What is required is an overt act by the principal conferring authority on the agent to act on the principal's behalf. Even if lacking such actual authority, a person (A) who purports to act as agent for another (B) may still affect B's legal relations with a third party under the principle of ostensible or apparent authority, but only if B has represented to the third party that A is authorised to act as B's agent and the third party has relied on that representation.

54. The employment tribunal made no finding that drivers did any overt act that conferred authority on Uber London to act as the driver's agent in accepting bookings so as to create a contract between the driver and the passenger, nor that drivers did or said anything that represented to passengers that Uber London was authorised to act as their agent. Uber's case that Uber London acted as a booking agent for drivers has been based solely on the written agreements referred to at paras 22-28 above - which, for the reasons given, do not support it. When pressed during oral argument on how the alleged agency relationship between drivers and Uber London was created, leading counsel for Uber, Ms Dinah Rose QC, suggested that it was created when a driver attended Uber London's offices in person and presented the documents required in order to be authorised to use the Uber app. So far as I am aware, this was the first time that such a suggestion had been made in these proceedings. Not only is it unsupported by any finding of the employment tribunal but, so far as this court has been shown, there was no evidence capable of founding such an inference.

55. In order to found such an inference, it would be necessary to point, at the least, to a prior communication from Uber London to the individual concerned or other background facts known to both parties which would lead reasonable people in their position to understand that, by producing the documents required by Uber London, an individual who did so was thereby authorising Uber London to contract with passengers as his agent, rather than - as seems to me the natural inference - merely applying for a job as one of Uber's drivers. There is no finding of the employment tribunal that any such communication was made nor that anything occurred during the "onboarding" process which could, even arguably, be construed as an act by the prospective driver appointing Uber London to act as his booking agent.

56. Once the assertion that Uber London contracts as a booking agent for drivers is rejected, the inevitable conclusion is that, by accepting a booking, Uber London contracts as principal with the passenger to carry out the booking. In these circumstances Uber London would have no means of performing its contractual obligations to passengers, nor of securing compliance with its regulatory obligations as a licensed operator, without either employees or subcontractors to perform driving services for it. Considered against that background, it is difficult to see how Uber's business could operate without Uber London entering into contracts with drivers (even if only on a per trip basis) under which drivers undertake to provide services to carry out the private hire bookings accepted by Uber London.

57. Given the importance of the wider issue, however, I do not think it would be right to decide this appeal on this basis alone and without addressing Uber's argument that the question whether an individual is a "worker" for the purpose of the relevant legislation ought in principle to be approached, as the starting point, by interpreting the terms of any applicable written agreements.

The Autoclenz case

58. In advancing this argument, Uber has to confront the decision of this court in Autoclenz Ltd v Belcher [2011] UKSC 41; [2011] ICR 1157.

59. In the Autoclenz case the claimants worked as "valeters" performing car cleaning services which the company (Autoclenz) had contracted to provide to third parties. In order to obtain the work, the claimants were required to sign written contracts which stated that they were subcontractors and not employees of Autoclenz; that they were not obliged to provide services to the company, nor was the company obliged to offer work to them; and that they could provide suitably qualified substitutes to carry out the work on their behalf. As in the present case, the claimants brought proceedings claiming that they were "workers" for the purposes of the legislation conferring the rights to be paid the national minimum wage and to receive statutory paid leave. The employment tribunal held that the claimants came within both limbs of the definition of a "worker" and appeals by Autoclenz were dismissed at every level including the Supreme Court.

60. In the Supreme Court the sole judgment was given by Lord Clarke of Stone- cum-Ebony, with whom the other Justices agreed. In his discussion of the legal principles, Lord Clarke drew a distinction between certain principles "which apply to ordinary contracts and, in particular, to commercial contracts", and "a body of case law in the context of employment contracts in which a different approach has been taken" (see para 21). It can be seen from a passage quoted by Lord Clarke (at para 20) from the judgment of Aikens LJ in the Court of Appeal [2010] IRLR 70, paras 87-89, that the principles applicable to ordinary contracts to which he was here referring were: (i) the "parol evidence rule", whereby a contractual document is treated, at least presumptively, as containing the whole of the parties' agreement; (ii) the signature rule, whereby a person who signs a contractual document is treated in law as bound by its terms irrespective of whether he or she has in fact read or understood them; and (iii) the principle that, generally, the only way in which a party to a written contract can argue that its terms do not accurately reflect the true agreement of the parties is by alleging that a mistake was made in drawing up the contract which the court can correct by ordering rectification.

61. Whilst stating that nothing in his judgment was intended to alter these principles as they apply to ordinary contracts, Lord Clarke endorsed the view of Aikens LJ that, in the employment context, rectification principles are not in point and there may be reasons other than a mistake in setting out the contract terms why the written terms do not accurately reflect what the parties actually agreed.

62. Beginning at para 22 of the judgment, Lord Clarke considered three cases in which "the courts have held that the employment tribunal should adopt a test that focuses on the reality of the situation where written documentation may not reflect the reality of the relationship". From these cases he drew the conclusion (at para 28) that, in the employment context, it is too narrow an approach to say that a court or tribunal may only disregard a written term as not part of the true agreement between the parties if the term is shown to be a "sham", in the sense that the parties had a common intention that the term should not create the legal rights and obligations which it gives the appearance of creating: see Snook v London and West Riding Investments Ltd [1967] 2 QB 786, 802 (Diplock LJ). Rather, the court or tribunal should consider what was actually agreed between the parties, "either as set out in the written terms or, if it is alleged those terms are not accurate, what is proved to be their actual agreement at the time the contract was concluded": see para 32, again agreeing with observations of Aikens LJ in the Court of Appeal.

63. After quoting (at para 34) a further statement of Aikens LJ contrasting the circumstances in which contracts relating to work or services are often concluded with "those in which commercial contracts between parties of equal bargaining power are agreed," Lord Clarke ended his discussion of the law (at para 35) by saying:

"So the relative bargaining power of the parties must be taken into account in deciding whether the terms of any written agreement in truth represent what was agreed and the true agreement will often have to be gleaned from all the circumstances of the case, of which the written agreement is only a part. This may be described as a purposive approach to the problem. If so, I am content with that description."

64. Applying that approach to the facts of the Autoclenz case, Lord Clarke concluded that, on the basis of findings of fact not capable of challenge on appeal, the employment tribunal was entitled to hold that the contractual documents did not reflect the true agreement between the parties - in particular insofar as the documents stated that Autoclenz was under no obli-

gation to offer work to the claimants, nor they to accept it, and that the claimants had a right to provide a substitute. The tribunal was entitled to find that the actual understanding of the parties was that the claimants would be available to work, and would be offered work, whenever there was work available, and that they were required to perform the work personally. It followed that the employment tribunal was entitled to hold that the claimants were "workers" working under contracts of employment.

Uber's interpretation of the Autoclenz case

65. Uber submits that what the Autoclenz case decided is that, for the purposes of applying a statutory classification, a court or tribunal may disregard terms of a written agreement if it is shown that the terms in question do not represent the "true agreement" or what was "actually agreed" between the parties, as ascertained by considering all the circumstances of the case including how the parties conducted themselves in practice. If, however, there is no inconsistency between the terms of the written agreement and how the relationship operated in reality, there is no basis for departing from the written agreement.

66. Uber further submits that there is no inconsistency in the present case between the written agreements between Uber, drivers and passengers and how that tripartite relationship actually operated in practice. In particular, Uber argues that the facts found by the employment tribunal (or alternatively, which the tribunal should have found) are consistent with the written terms stipulating that the drivers were performing their services under contracts made with passengers through the agency of Uber London and not for or under any contract with any Uber company. Uber submits that there is in these circumstances no legal basis for finding that the terms of the written agreements did not reflect the true agreements between the parties and hence for departing from the classification of the parties' relationships set out in the contractual documentation.

67. This argument was accepted by Underhill LJ in his dissenting judgment in the Court of Appeal. In his view (stated at para 120):

"It is an essential element in that ratio [ie of the Autoclenz case] that the terms of the written agreement should be inconsistent with the true agreement as established by the tribunal from all the circumstances. There is nothing in the reasoning of the Supreme Court that gives a tribunal a free hand to disregard written contractual terms which are consistent with how the parties worked in practice but which it regards as unfairly disadvantageous (whether because they create a relationship that does not attract employment protection or otherwise) and which might not have been agreed if the parties had been in an equal bargaining position."

Interpreting the statutory provisions

68. The judgment of this court in the Autoclenz case made it clear that whether a contract is a "worker's contract" within the meaning of the legislation designed to protect employees and other "workers" is not to be determined by applying ordinary principles of contract law such as the parol evidence rule, the signature rule and the principles that govern the rectification of contractual documents on grounds of mistake. Not only was this expressly stated by Lord Clarke but, had ordinary principles of contract law been applied, there would have been no warrant in the Autoclenz case for disregarding terms of the written documents which were inconsistent with an employment relationship, as the court held that the employment tribunal had been entitled to do. What was not, however, fully spelt out in the judgment was the theoretical justification for this approach. It was emphasised that in an employment context the parties are frequently of very unequal bargaining power. But the same may also be true in other contexts and inequality of bargaining power is not generally treated as a reason for disapplying or disregarding ordinary principles of contract law, except in so far as Parliament has made the relative bargaining power of the parties a relevant factor under legislation such as the Unfair Contract Terms Act 1977.

69. Critical to understanding the Autoclenz case, as I see it, is that the rights asserted by the claimants were not contractual rights but were created by legislation. Thus, the task for the tribunals and the courts was not, unless the legislation required it, to identify whether, under the terms of their contracts, Autoclenz had agreed that the claimants should be paid at least the national minimum wage or receive paid annual leave. It was to determine whether the claimants fell within the definition of a "worker" in the relevant statutory provisions so as to qualify for these rights irrespective of what had been contractually agreed. In short, the primary question was one of statutory interpretation, not contractual interpretation.

70. The modern approach to statutory interpretation is to have regard to the purpose of a particular provision and to interpret its language, so far as possible, in the way which best gives effect to that purpose. In UBS AG v Revenue and Customs Comrs [2016] UKSC 13; [2016] 1 WLR 1005, paras 61-68, Lord Reed (with whom the other Justices of the Supreme Court agreed) explained how this approach requires the facts to be analysed in the light of the statutory provision being applied so that if, for example, a fact is of no relevance to the application of the statute construed in the light of its purpose, it can be disregarded. Lord

Reed cited the pithy statement of Ribeiro PJ in Collector of Stamp Revenue v Arrowtown Assets Ltd (2003) 6 ITLR 454, para 35:

"The ultimate question is whether the relevant statutory provisions, construed purposively, were intended to apply to the transaction, viewed realistically."

The purpose of protecting workers

71. The general purpose of the employment legislation invoked by the claimants in the Autoclenz case, and by the claimants in the present case, is not in doubt. It is to protect vulnerable workers from being paid too little for the work they do, required to work excessive hours or subjected to other forms of unfair treatment (such as being victimised for whistleblowing). The paradigm case of a worker whom the legislation is designed to protect is an employee, defined as an individual who works under a contract of employment. In addition, however, the statutory definition of a "worker" includes in limb (b) a further category of individuals who are not employees. The purpose of including such individuals within the scope of the legislation was clearly elucidated by Mr Recorder Underhill QC giving the judgment of the Employment Appeal Tribunal in Byrne Bros (Formwork) Ltd v Baird [2002] ICR 667, para 17:

"[T]he policy behind the inclusion of limb (b) ... can only have been to extend the benefits of protection to workers who are in the same need of that type of protection as employees stricto sensu - workers, that is, who are viewed as liable, whatever their formal employment status, to be required to work excessive hours (or, in the cases of Part II of the Employment Rights Act 1996 or the National Minimum Wage Act 1998, to suffer unlawful deductions from their earnings or to be paid too little). The reason why employees are thought to need such protection is that they are in a subordinate and dependent position vis-à-vis their employers: the purpose of the Regulations is to extend protection to workers who are, substantively and economically, in the same position. Thus the essence of the intended distinction must be between, on the one hand, workers whose degree of dependence is essentially the same as that of employees and, on the other, contractors who have a sufficiently arm's-length and independent position to be treated as being able to look after themselves in the relevant respects."

72. The Regulations referred to in this passage are the Working Time Regulations 1998 which implemented Directive 93/104/EC ("the Working Time Directive"); and a similar explanation of the concept of a worker has been given in EU law. Although there is no single definition of the term "worker", which appears in a number of different contexts in the Treaties and EU legislation, there has been a degree of convergence in the approach adopted. In Allonby v Accrington and Rossendale College (Case C-256/01) [2004] ICR 1328; [2004] ECR I-873 the European Court of Justice held, at para 67, that in the Treaty provision which guarantees male and female workers equal pay for equal work (at that time, article 141 of the EC Treaty):

"... there must be considered as a worker a person who, for a certain period of time, performs services for and under the direction of another person in return for which he receives remuneration ..."

The court added (at para 68) that the authors of the Treaty clearly did not intend that the term "worker" should include "independent providers of services who are not in a relationship of subordination with the person who receives the services". In the EU case law which is specifically concerned with the meaning of the term "worker" in the Working Time Directive, the essential feature of the relationship between employer and worker is identified in the same terms as in para 67 of the Allonby judgment: Union Syndicale Solidaires Isere v Premier Ministre (Case C-428/09) EU:C:2010:612; [2010] ECR I-9961, para 28; Fenoll v Centre d'Aide par le Travail "La Jouvene" (Case C-316/13) EU:C:2015:2000; [2016] IRLR 67, para 29; and Syndicatul Familia Constanta v Directia Generala de Asistenta Sociala si Protectia Copilului Constanta (Case C-147/17) EU:C:2018:926; [2019] ICR 211, para 41. As stated by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the latter case, "[i]t follows that an employment relationship [ie between employer and worker] implies the existence of a hierarchical relationship between the worker and his employer" (para 42).

73. In Hashwani v Jivraj [2011] UKSC 40; [2011] 1 WLR 1872 the Supreme Court followed this approach in holding that an arbitrator was not a person employed under "a contract personally to do any work" for the purpose of legislation prohibiting discrimination on the grounds of religion or belief. Lord Clarke, with whom the other members of the court agreed, identified (at para 34) the essential questions underlying the distinction between workers and independent contractors outside the scope of the legislation as being:

"whether, on the one hand, the person concerned performs services for and under the direction of another person in return for which he or she receives remuneration or, on the other hand, he or she is an independent provider of services who is not in a relationship of subordination with the person who receives the services."

74. In the Bates van Winkelhof case at para 39, Baroness Hale cautioned that, while "subordination may sometimes be an aid to distinguishing workers from

other self-employed people, it is not a freestanding and universal characteristic of being a worker." In that case the Supreme Court held that a solicitor who was a member of a limited liability partnership was a worker essentially for the reasons that she could not market her services as a solicitor to anyone other than the LLP and was an integral part of their business. While not necessarily connoting subordination, integration into the business of the person to whom personal services are provided and the inability to market those services to anyone else give rise to dependency on a particular relationship which may also render an individual vulnerable to exploitation.

75. The correlative of the subordination and/or dependency of employees and workers in a similar position to employees is control exercised by the employer over their working conditions and remuneration. As the Supreme Court of Canada observed in McCormick v Fasken Martineau DuMoulin LLP 2014 SCC 39; [2014] 2 SCR 108, para 23:

"Deciding who is in an employment relationship ... means, in essence, examining how two synergetic aspects function in an employment relationship: control exercised by an employer over working conditions and remuneration, and corresponding dependency on the part of a worker. ... The more the work life of individuals is controlled, the greater their dependency and, consequently, their economic, social and psychological vulnerability in the workplace ..."

See also the illuminating discussion in G Davidov, "A Purposive Approach to Labour Law" (2016), Chapters 3 and 6. It is these features of work relations which give rise to a situation in which such relations cannot safely be left to contractual regulation and are considered to require statutory regulation. This point applies in relation to all the legislative regimes relied on in the present case and no distinction is to be drawn between the interpretation of the relevant provision as it appears in the Working Time Regulations 1998 (which implement the Working Time Directive), the National Minimum Wage Act 1998 and the Employment Rights Act 1996.

76. Once this is recognised, it can immediately be seen that it would be inconsistent with the purpose of this legislation to treat the terms of a written contract as the starting point in determining whether an individual falls within the definition of a "worker". To do so would reinstate the mischief which the legislation was enacted to prevent. It is the very fact that an employer is often in a position to dictate such contract terms and that the individual performing the work has little or no ability to influence those terms that gives rise to the need for statutory protection in the first place. The efficacy of such protection would be seriously undermined if the putative employer could by the way in which the relationship is characterised in the written contract determine, even prima facie, whether or not the other party is to be classified as a worker. Laws such as the National Minimum Wage Act were manifestly enacted to protect those whom Parliament considers to be in need of protection and not just those who are designated by their employer as qualifying for it.

77. This point can be illustrated by the facts of the present case. The Services Agreement (like the Partner Terms before it) was drafted by Uber's lawyers and presented to drivers as containing terms which they had to accept in order to use, or continue to use, the Uber app. It is unlikely that many drivers ever read these terms or, even if they did, understood their intended legal significance. In any case there was no practical possibility of negotiating any different terms. In these circumstances to treat the way in which the relationships between Uber, drivers and passengers are characterised by the terms of the Services Agreement as the starting point in classifying the parties' relationship, and as conclusive if the facts are consistent with more than one possible legal classification, would in effect be to accord Uber power to determine for itself whether or not the legislation designed to protect workers will apply to its drivers.

78. This is, as I see it, the relevance of the emphasis placed in the Autoclenz case (at para 35) on the relative bargaining power of the parties in the employment context and the reason why Lord Clarke described the approach endorsed in that case of looking beyond the terms of any written agreement to the parties' "true agreement" as "a purposive approach to the problem".

Restrictions on contracting out

79. Such an approach is further justified by the fact that all the relevant statutes or statutory regulations conferring rights on workers contain prohibitions against contracting out. Thus, section 203 of the Employment Rights Act 1996 provides:

"Any provision in an agreement (whether a contract of employment or not) is void in so far as it purports -

(a) to exclude or limit the operation of any provision of this Act, or

(b) to preclude a person from bringing any proceedings under this Act before an employment tribunal."

Section 49 of the National Minimum Wage Act 1998 and regulation 35 of the Working Time Regulations 1998 are in similar terms.

80. These provisions, as I read them, apply to any provision in an agreement which can be seen, on an objective consideration of the facts, to have as its object excluding or limiting the operation of the legislation. It is just as inimical to the aims of the legislation to allow its protection to be limited or excluded indirectly by the terms of a contract as it is to allow that to be done in direct terms.

81. Take, for example, the following provisions contained, respectively, in clauses 2.3 and 2.4 of the Services Agreement:

"Customer acknowledges and agrees that Customer's provision of Transportation Services to Users creates a legal and direct business relationship between Customer and the User, to which neither Uber [BV] nor any of its Affiliates in the Territory is a party. ..."

"... Uber and its Affiliates in the Territory do not, and shall not be deemed to, direct or control Customer or its Drivers generally or in their performance under this Agreement specifically, including in connection with the operation of Customer's business, the provision of Transportation Services, the acts or omissions of Drivers, or the operation and maintenance of any Vehicles."

It is arguable that these provisions are in any case ineffective, as it is for the courts and not the parties (still less someone who is not a party) to determine the legal effect of a contract and whether it falls within one legal category or another: see eg Street v Mountford [1985] AC 809, 819.

82. If or in so far, however, as these contractual provisions purport to agree matters of fact rather than law, then (leaving aside the fact that the relevant "Affiliates" including Uber London were not parties to the agreement) Uber would no doubt seek to rely on case law which has recognised a principle of "contractual estoppel" - whereby parties can bind themselves by contract to accept a particular state of affairs even if they know that state of affairs to be untrue: see eg First Tower Trustees Ltd v CDS (Superstores International) Ltd [2018] EWCA Civ 1396; [2019] 1 WLR 637, para 47. This would preclude a driver from asserting in any legal proceedings that he is performing transportation services for or under a contract with any Uber company or that he is directed or controlled in connection with the provision of transportation services by any Uber company. The result - which was patently the drafter's intention - would be to prevent a driver from claiming that he falls within the statutory definition of a "worker" so as to qualify for the rights conferred on workers by statutory provisions such as those contained in the National Minimum Wage Act 1998. As such, these provisions in the agreement are just as much provisions which purport to exclude or limit the operation of the legislation as would be a term stating that "Customer acknowledges and agrees that Customer is not and shall not be deemed to be a 'worker' for the purposes of the National Minimum Wage Act 1998" or a term stating that "Customer acknowledges and agrees that, notwithstanding the provisions of the National Minimum Wage Act 1998, Customer shall not be entitled to be paid the national minimum wage." In each case the object of the provision is the same. Consequently, in determining whether drivers are entitled under the provisions of the 1998 Act to be paid the national minimum wage, section 49 of the Act renders the clauses quoted above void. The same applies to all other provisions in the Services Agreement which can be seen to have as their object precluding a driver from claiming rights conferred on workers by the applicable legislation.

Applying the definition of a "worker"

83. If, as I conclude, the way in which the relevant relationships are characterised in the written agreements is not the appropriate starting point in applying the statutory definition of a "worker", how is the definition to be applied?

84. In the Autoclenz case it was said (at para 35) that "the true agreement will often have to be gleaned from all the circumstances of the case, of which the written agreement is only a part." More assistance is provided by the decision of the House of Lords in Carmichael v National Power plc [1999] 1 WLR 2042. That case concerned tour guides engaged to act "on a casual as required basis". The guides later claimed to be employees and therefore entitled by statute to a written statement of their terms of employment. Their case was that an exchange of correspondence between the parties in March 1989 constituted a contract, which was to be classified as a contract of employment. The industrial tribunal rejected this case and found that, when not working as guides, the claimants were not in any contractual relationship with the respondent. The tribunal made this finding on the basis of: (a) the language of the correspondence; (b) the way in which the relationship had operated; and (c) evidence of the parties as to their understanding of it. The House of Lords held that this was the correct approach. Lord Irvine of Lairg LC said at p 2047C that:

"... it would only be appropriate to determine the issue in these cases solely by reference to the documents in March 1989, if it appeared from their own terms and/or from what the parties said or did then, or subsequently, that they intended them to constitute an exclusive memorial of their relationship. The industrial tribunal must be taken to have decided that they were not so intended but constituted one, albeit important, relevant source of material from

which they were entitled to infer the parties' true intention ..."

85. In the Carmichael case there was no formal written agreement. The Autoclenz case shows that, in determining whether an individual is an employee or other worker for the purpose of the legislation, the approach endorsed in the Carmichael case is appropriate even where there is a formal written agreement (and even if the agreement contains a clause stating that the document is intended to record the entire agreement of the parties). This does not mean that the terms of any written agreement should be ignored. The conduct of the parties and other evidence may show that the written terms were in fact understood and agreed to be a record, possibly an exclusive record, of the parties' rights and obligations towards each other. But there is no legal presumption that a contractual document contains the whole of the parties' agreement and no absolute rule that terms set out in a contractual document represent the parties' true agreement just because an individual has signed it. Furthermore, as discussed, any terms which purport to classify the parties' legal relationship or to exclude or limit statutory protections by preventing the contract from being interpreted as a contract of employment or other worker's contract are of no effect and must be disregarded.

86. This last point provides one rationale for the conclusion reached in the Autoclenz case itself. The findings of the employment tribunal justified the inference that the terms of the written agreements which stated that the claimants were subcontractors and not employees of Autoclenz, that they were not obliged to provide services to the company, nor was the company obliged to offer work to them, and that they could provide suitably qualified substitutes to carry out the work on their behalf, had all been inserted with the object of excluding the operation of employment legislation including the National Minimum Wage Act 1998 and the Working Time Regulations 1998. Those provisions in the agreements were therefore void.

87. In determining whether an individual is a "worker", there can, as Baroness Hale said in the Bates van Winkelhof case at para 39, "be no substitute for applying the words of the statute to the facts of the individual case." At the same time, in applying the statutory language, it is necessary both to view the facts realistically and to keep in mind the purpose of the legislation. As noted earlier, the vulnerabilities of workers which create the need for statutory protection are subordination to and dependence upon another person in relation to the work done. As also discussed, a touchstone of such subordination and dependence is (as has long been recognised in employment law) the degree of control exercised by the putative employer over the work or services performed by the individual concerned. The greater the extent of such control, the stronger the case for classifying the individual as a "worker" who is employed under a "worker's contract".

88. This approach is also consistent with the case law of the CJEU which, as noted at para 72 above, treats the essential feature of a contract between an employer and a worker as the existence of a hierarchical relationship. In a recent judgment the Grand Chamber of the CJEU has emphasised that, in determining whether such a relationship exists, it is necessary to take account of the objective situation of the individual concerned and all the circumstances of his or her work. The wording of the contractual documents, while relevant, is not conclusive. It is also necessary to have regard to how relevant obligations are performed in practice: see AFMB Ltd v Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (Case C-610/18) EU:C:2020:565; [2020] ICR 1432, paras 60-61.

89. Section 28 of the National Minimum Wage Act establishes a presumption that an individual qualifies for the national minimum wage unless the contrary is established. This is not a case, however, which turns on the burden of proof.

Status of the claimants in this case

90. The claimant drivers in the present case had in some respects a substantial measure of autonomy and independence. In particular, they were free to choose when, how much and where (within the territory covered by their private hire vehicle licence) to work. In these circumstances it is not suggested on their behalf that they performed their services under what is sometimes called an "umbrella" or "overarching" contract with Uber London - in other words, a contract whereby they undertook a continuing obligation to work. The contractual arrangements between drivers and Uber London did subsist over an extended period of time. But they did not bind drivers during periods when drivers were not working: rather, they established the terms on which drivers would work for Uber London on each occasion when they chose to log on to the Uber app.

91. Equally, it is well established and not disputed by Uber that the fact that an individual is entirely free to work or not, and owes no contractual obligation to the person for whom the work is performed when not working, does not preclude a finding that the individual is a worker, or indeed an employee, at the times when he or she is working: see eg McMeechan v Secretary of State for Employment [1997] ICR 549; Cornwall County Council v Prater [2006] EWCA Civ 102;

[2006] ICR 731. As Elias J (President) said in James v Redcats (Brands) Ltd [2007] ICR 1006, para 84:

"Many casual or seasonal workers, such as waiters or fruit pickers or casual building labourers, will periodically work for the same employer but often neither party has any obligations to the other in the gaps or intervals between engagements. There is no reason in logic or justice why the lack of worker status in the gaps should have any bearing on the status when working. There may be no overarching or umbrella contract, and therefore no employment status in the gaps, but that does not preclude such a status during the period of work."

I agree, subject only to the qualification that, where an individual only works intermittently or on a casual basis for another person, that may, depending on the facts, tend to indicate a degree of independence, or lack of subordination, in the relationship while at work which is incompatible with worker status: see Windle v Secretary of State for Justice [2016] EWCA Civ 459; [2016] ICR 721, para 23.

92. In many cases it is not in dispute that the claimant is doing work or performing services personally for another person but there is an issue as to whether that person is to be classified as the claimant's employer or as a client or customer of the claimant. The situation in the present case is different in that there are three parties involved: Uber, drivers and passengers. But the focus must still be on the nature of the relationship between drivers and Uber. The principal relevance of the involvement of third parties (ie passengers) is the need to consider the relative degree of control exercised by Uber and drivers respectively over the service provided to them. A particularly important consideration is who determines the price charged to the passenger. More generally, it is necessary to consider who is responsible for defining and delivering the service provided to passengers. A further and related factor is the extent to which the arrangements with passengers afford drivers the potential to market their own services and develop their own independent business.

93. In all these respects, the findings of the employment tribunal justified its conclusion that, although free to choose when and where they worked, at times when they are working drivers work for and under contracts with Uber (and, specifically, Uber London). Five aspects of the tribunal's findings are worth emphasising.

94. First and of major importance, the remuneration paid to drivers for the work they do is fixed by Uber and the drivers have no say in it (other than by choosing when and how much to work). Unlike taxi fares, fares for private hire vehicles in London are not set by the regulator. However, for rides booked through the Uber app, it is Uber that sets the fares and drivers are not permitted to charge more than the fare calculated by the Uber app. The notional freedom to charge a passenger less than the fare set by Uber is of no possible benefit to drivers, as any discount offered would come entirely out of the driver's pocket and the delivery of the service is organised so as to prevent a driver from establishing a relationship with a passenger that might generate future custom for the driver personally (see the fifth point, discussed below). Uber also fixes the amount of its own "service fee" which it deducts from the fares paid to drivers. Uber's control over remuneration further extends to the right to decide in its sole discretion whether to make a full or partial refund of the fare to a passenger in response to a complaint by the passenger about the service provided by the driver (see para 20 above).

95. Second, the contractual terms on which drivers perform their services are dictated by Uber. Not only are drivers required to accept Uber's standard form of written agreement but the terms on which they transport passengers are also imposed by Uber and drivers have no say in them.

96. Third, although drivers have the freedom to choose when and where (within the area covered by their PHV licence) to work, once a driver has logged onto the Uber app, a driver's choice about whether to accept requests for rides is constrained by Uber. Unlike taxi drivers, PHV operators and drivers are not under any regulatory obligation to accept such requests. Uber itself retains an absolute discretion to accept or decline any request for a ride. Where a ride is offered to a driver through the Uber app, however, Uber exercises control over the acceptance of the request by the driver in two ways. One is by controlling the information provided to the driver. The fact that the driver, when informed of a request, is told the passenger's average rating (from previous trips) allows the driver to avoid low-rated passengers who may be problematic. Notably, however, the driver is not informed of the passenger's destination until the passenger is picked up and therefore has no opportunity to decline a booking on the basis that the driver does not wish to travel to that particular destination.

97. The second form of control is exercised by monitoring the driver's rate of acceptance (and cancellation) of trip requests. As described in para 18 above, a driver whose percentage rate of acceptances falls below a level set by Uber London (or whose cancellation rate exceeds a set level) receives an escalating series of warning messages which, if performance does not improve, leads to the driver being automatically logged off the Uber app and shut out from logging back on for ten minutes. This measure was described by Uber in an internal document quoted by the employment tri-

bunal as a "penalty", no doubt because it has a similar economic effect to docking pay from an employee by preventing the driver from earning during the period while he is logged out of the app. Uber argues that this practice is justified because refusals or cancellations of trip requests cause delay to passengers in finding a driver and lead to customer dissatisfaction. I do not doubt this. The question, however, is not whether the system of control operated by Uber is in its commercial interests, but whether it places drivers in a position of subordination to Uber. It plainly does.

98. Fourth, Uber exercises a significant degree of control over the way in which drivers deliver their services. The fact that drivers provide their own car means that they have more control than would most employees over the physical equipment used to perform their work. Nevertheless, Uber vets the types of car that may be used. Moreover, the technology which is integral to the service is wholly owned and controlled by Uber and is used as a means of exercising control over drivers. Thus, when a ride is accepted, the Uber app directs the driver to the pick-up location and from there to the passenger's destination. Although, as mentioned, it is not compulsory for a driver to follow the route indicated by the Uber app, customers may complain if a different route is chosen and the driver bears the financial risk of any deviation from the route indicated by the app which the passenger has not approved (see para 8 above).

99. I have already mentioned the control exercised by monitoring a driver's acceptance and cancellation rates for trips and excluding the driver temporarily from access to the Uber app if he fails to maintain the required rates of acceptance and non-cancellation. A further potent method of control is the use of the ratings system whereby passengers are asked to rate the driver after each trip and the failure of a driver to maintain a specified average rating will result in warnings and ultimately in termination of the driver's relationship with Uber (see paras 13 and 18 above). It is of course commonplace for digital platforms to invite customers to rate products or services. Typically, however, such ratings are merely made available as information which may assist customers in choosing which product or service to buy. Under such a system the incentive for the supplier of the product or service to gain high ratings is simply the ordinary commercial incentive of satisfying customers in the hope of attracting future business. The way in which Uber makes use of customer ratings is materially different. The ratings are not disclosed to passengers to inform their choice of driver: passengers are not offered a choice of driver with, for example, a higher price charged for the services of a driver who is more highly rated. Rather, the ratings are used by Uber purely as an internal tool for managing performance and as a basis for making termination decisions where customer feedback shows that drivers are not meeting the performance levels set by Uber. This is a classic form of subordination that is characteristic of employment relationships.

100. A fifth significant factor is that Uber restricts communication between passenger and driver to the minimum necessary to perform the particular trip and takes active steps to prevent drivers from establishing any relationship with a passenger capable of extending beyond an individual ride. As mentioned, when booking a ride, a passenger is not offered a choice among different drivers and their request is simply directed to the nearest driver available. Once a request is accepted, communication between driver and passenger is restricted to information relating to the ride and is channelled through the Uber app in a way that prevents either from learning the other's contact details. Likewise, collection of fares, payment of drivers and handling of complaints are all managed by Uber in a way that is designed to avoid any direct interaction between passenger and driver. A stark instance of this is the generation of an electronic document which, although styled as an "invoice" from the driver to the passenger, is never sent to the passenger and, though available to the driver, records only the passenger's first name and not any further details (see para 10 above). Further, drivers are specifically prohibited by Uber from exchanging contact details with a passenger or contacting a passenger after the trip ends other than to return lost property (see para 12 above).

101. Taking these factors together, it can be seen that the transportation service performed by drivers and offered to passengers through the Uber app is very tightly defined and controlled by Uber. Furthermore, it is designed and organised in such a way as to provide a standardised service to passengers in which drivers are perceived as substantially interchangeable and from which Uber, rather than individual drivers, obtains the benefit of customer loyalty and goodwill. From the drivers' point of view, the same factors - in particular, the inability to offer a distinctive service or to set their own prices and Uber's control over all aspects of their interaction with passengers - mean that they have little or no ability to improve their economic position through professional or entrepreneurial skill. In practice the only way in which they can increase their earnings is by working longer hours while constantly meeting Uber's measures of performance.

102. I would add that the fact that some aspects of the way in which Uber operates its business are required in order to comply with the regulatory regime - although many features are not - cannot logically be, as Uber has sought to argue, any reason to disregard or attach less weight to those matters in determining whether drivers are workers. To the extent that forms

of control exercised by Uber London are necessary in order to comply with the law, that merely tends to show that an arrangement whereby drivers contract directly with passengers and Uber London acts solely as an agent is not one that is legally available.

Booking agents

103. It is instructive to compare Uber's method of operation and relationship with drivers with digital platforms that operate as booking agents for suppliers of, for example, hotel or other accommodation. There are some similarities. For example, a platform through which customers can book accommodation is likely to have standard written contract terms that govern its relationships with suppliers and with customers. It will typically handle the collection of payment and deduct a service fee which it fixes. It may require suppliers to comply with certain rules and standards in relation to the accommodation offered. It may handle complaints and reserve the right to determine whether a customer or supplier should compensate the other if a complaint is upheld.

104. Nevertheless, such platforms differ from Uber in how they operate in several fundamental ways. Notably, the accommodation offered is not a standardised product defined by the platform. Customers are offered a choice among a variety of different hotels or other types of accommodation (as the case may be), each with its own distinctive characteristics and location. Suppliers are also responsible for defining and delivering whatever level of service in terms of comfort and facilities etc they choose to offer. Apart from the service fee, it is, crucially, the supplier and not the platform which sets the price. The platform may operate a ratings system but the ratings are published in order to assist customers in choosing among different suppliers; they are not used as a system of internal performance measurement and control by the platform over suppliers. Nor does the platform restrict communication between the supplier and the customer or seek to prevent them from dealing directly with each other on a future occasion. The result of these features is that suppliers of accommodation available for booking through the platform are in competition with each other to attract business through the price and quality of the service they supply. They are properly regarded as carrying on businesses which are independent of the platform and as performing their services for the customers who purchase those services and not for the platform.

The Secret Hotels2 case

105. A platform of this kind was the subject of Secret Hotels2 Ltd (formerly Med Hotels Ltd) v Revenue and Customs Comrs [2014] UKSC 16; [2014] 2 All ER 685, a case on which Uber has strongly relied. In that case a company ("Med") marketed hotel rooms and holiday accommodation through a website. One difference from the typical model described above was that Med reserved many hotel rooms in its own name, for which it paid in advance. The issue was whether, for the purposes of assessing liability for VAT in accordance with Directive 2006/112/EC ("the Principal VAT Directive"), Med was purchasing accommodation from hoteliers and supplying it to customers as a principal or whether Med fell within a category of persons who "act solely as intermediaries" to whom more favourable tax treatment applied.

106. The Supreme Court held that the correct legal analysis of the tripartite relationship between Med, hoteliers and customers was that Med marketed and sold hotel accommodation to customers as the agent of the hoteliers and was in these circumstances acting solely as an intermediary for VAT purposes. In analysing the relationship, Lord Neuberger of Abbotsbury (with whom the other members of the court agreed) identified the correct approach at para 34 as follows:

"(i) the right starting point is to characterise the nature of the relationship between Med, the customer, and the hotel, in the light of ... 'the contractual documentation', (ii) one must next consider whether that characterisation can be said to represent the economic reality of the relationship in the light of any relevant facts, and (iii) if so, the final issue is the result of this characterisation so far as article 306 [of the Principal VAT Directive] is concerned."

107. Secret Hotels2 was not an employment case: it concerned the classification of a relationship for VAT purposes. In applying the VAT legislation, the proper approach - established by binding decisions of the CJEU cited at paras 22-29 of the judgment in Secret Hotels2 - is informed by the policy that "taxable persons are generally free to choose the organisational structures and the form of transactions which they consider to be most appropriate for their economic activities and for the purposes of limiting their tax burdens", albeit that this is subject to an exception for "abusive transactions": see Revenue and Customs Comrs v RBS Deutschland Holdings GmbH (Case C-277/09) EU:C:2010:810; [2011] STC 345, para 53, cited by Lord Neuberger in Secret Hotels2 at para 24. I have already explained why a different approach is required in applying the employment legislation invoked in the present case, which is underpinned by different policy considerations.

108. That said, even if the relationships in the Secret Hotels2 case were viewed through the lens of employment law, I see no reason to question the analysis that Med was acting solely as a booking agent for hoteliers. For the reasons given at para 104 above, the manner in which such a platform operates is mate-

rially different from Uber's business model. Even the practice of reserving hotel rooms in Med's own name was, as Lord Neuberger pointed out at para 49 of the judgment, consistent with its status as an intermediary: a customer who subsequently booked one of the rooms would not contract with Med, but would contract through Med with the hotelier; and, if not all reserved rooms were booked by customers at the hotel for the season in question, the amount paid by Med was carried forward to the next season. In short, I do not consider that the decision of this court in Secret Hotels2 provides any support for Uber's case in the present proceedings.

Minicab drivers

109. I mentioned earlier (at para 48 above) the reliance placed by Uber on two judicial decisions involving minicab firms which are said to have recognised in an employment context that such firms may act as booking agents for drivers who provide transportation services directly to passengers under contracts with passengers and do not work for the minicab firm. Uber contends that its own business model is similar to that of such firms, with the principal differences being only the scale of its operations and the fact that Uber uses software to take bookings rather than doing so by telephone.

110. The principal case relied on is Mingeley v Pennock (t/a Amber Cars) [2004] EWCA Civ 328; [2004] ICR 727, in which the claimant driver brought a claim against a private hire vehicle operator trading under the name of "Amber Cars" alleging discrimination on the ground of race. The claimant owned his own vehicle and was responsible for obtaining a PHV driver's licence. He was one of some 225 drivers who paid a weekly fee to Amber Cars for access to what was initially a radio and later a computer system through which trip requests from customers were allocated to drivers. There was no obligation to work but, when he chose to work, the driver was obliged to wear a uniform and to apply a fixed scale of charges set by the operator. He collected and was entitled to keep the full fare paid by the customer. The operator had a procedure for dealing with complaints from passengers about the conduct of the driver and had the power to order a refund of the fare to the passenger.

111. The Court of Appeal affirmed the decision of the employment tribunal that it had no jurisdiction to hear the claim as the claimant was not "employed" by the operator within the meaning of section 78 of the Race Relations Act 1976. Maurice Kay LJ (with whom Sir Martin Nourse and Buxton LJ agreed) regarded it as fatal to the claim that the claimant was "free to work or not to work at his own whim or fancy" (para 14) and held that the absence of an obligation to work placed him beyond the reach of section 78. Buxton LJ gave as an additional reason that, even when working, a driver was not employed by Amber Cars "under … a contract personally to execute any work or labour" as his only such obligation was owed to the passenger.

112. The definition of "employment" and related expressions in section 78 of the Race Relations Act 1976 has been substantially replicated in section 83(a) of the Equality Act 2010, which defines "employment" to include "employment under a contract of employment, a contract of apprenticeship or a contract personally to do work". Although not the same as the definition of a "worker" and a "worker's contract" in section 230 of the 1996 Act, the two definitions have been held to have substantially the same effect: see Pimlico Plumbers Ltd v Smith [2018] UKSC 29; [2018] ICR 1511, paras 13-15.

113. It is not necessary for present purposes to express any view on whether the Mingeley case was correctly decided. I do not accept, however, that the fact that the claimant in that case was free to work as and when he chose was a sufficient reason for holding that, at times when he was working, he was not employed under a contract to do work for the firm. If that conclusion was justified on the facts of the Mingeley case, it would have to be on the basis that the claimant was not to be regarded as working for the minicab firm when transporting passengers in circumstances where the firm did not receive any money in respect of any individual trip undertaken by him. This arrangement was materially different from Uber's business model.

114. The other employment case involving a minicab firm on which Uber relies is Khan v Checkers Cars Ltd, an unreported decision of the Employment Appeal Tribunal handed down on 16 December 2005. The facts were that the British Airports Authority had granted the respondent firm ("Checkers") an exclusive licence to provide a taxi service at Gatwick airport. The firm had a fleet of over 200 drivers, one of whom was the claimant, who plied for hire at the airport taxi-rank. Checkers took a commission and imposed numerous conditions on its drivers, including requiring them to charge set fares, use fixed routes and wear a uniform. Drivers were entirely free to choose whether and when they worked but they were not permitted to drive for anyone else. The issue was whether the claimant had a right not to be unfairly dismissed, which depended on showing that he had been continuously employed by Checkers under a contract of employment for a period of not less than two years: see section 108 of the Employment Rights Act 1996.

115. The Employment Appeal Tribunal upheld the finding of the employment tribunal that the claimant did not satisfy this requirement because the absence of any obligation to work other than when he chose

was inconsistent with the conclusion that there was any contract of employment which subsisted when the claimant was not working. Langstaff J, however, also observed, obiter, at para 32 of the judgment:

"If it had been material to our decision, we would have been inclined to find that ..., on the findings of fact that the tribunal made, the contract went no further than to amount to a licence by Checkers to permit the claimant to offer himself as a private hire taxi driver to individual passengers on terms dictated by the administrative convenience of Checkers and BAA."

Given the extent of the control exercised by Checkers over the manner in which drivers carried out their work, I cannot agree that such a finding would have been justified.

116. In making the observation quoted above, Langstaff J was drawing an analogy with the facts of Cheng Yuen v Royal Hong Kong Golf Club [1998] ICR 131. In that case the claimant worked as a caddie for individual members of the respondent golf club. He was issued by the club with a number, a uniform and a locker. Caddying work was allocated to available caddies in strict rotation. They were not obliged to make themselves available for work and received no guarantee of work. The club was not obliged to give them work or to pay anything other than the amount of the fee per round owed by the individual golfer for whom they had caddied. On an appeal to the Privy Council the majority of the Board held that the only reasonable view of the facts found was that the claimant had not been employed under a contract of employment by the club either on a continuing basis or separately each time he agreed to act as a caddie, and that the club did no more than grant him a licence to enter into contracts with individual golfers on terms dictated by the administrative convenience of the club and its members. Lord Hoffmann, who dissented, thought that it was more realistic to regard the claimant as a casual employee of the club, particularly when (as he observed at p 139) "the claimant had to work for the person to whom he was allocated according to the club's system at a rate of pay fixed by the club and in the manner determined by the club". Without expressing any view on the correctness of the decision, I do not consider that this case provides a relevant analogy in determining whether the employment tribunal was entitled to find that the claimants in the present case are workers.

117. In Quashie v Stringfellow Restaurants Ltd [2012] EWCA Civ 1735; [2013] IRLR 99 the claimant was a lap dancer who performed for the entertainment of guests at the respondent's clubs. An important factual finding was that the respondent was not obliged to pay the claimant any money at all. Rather, the claimant paid the respondent a fee for each night that she worked. Doing so enabled her to earn payments from the guests for whom she danced. She negotiated those payments with the guests and took the risk that on any particular night she might be out of pocket. The Court of Appeal held that on these facts the employment tribunal had been entitled to find that the claimant was not employed under a contract of employment (either for each engagement or on a continuous basis). Again, the facts were very different from those of the present case and I do not find this decision of any assistance.

The employment tribunal's decision

118. It is firmly established that, where the relationship has to be determined by an investigation and evaluation of the factual circumstances in which the work is performed, the question of whether work is performed by an individual as an employee (or a worker in the extended sense) or as an independent contractor is to be regarded as a question of fact to be determined by the first level tribunal. Absent a misdirection of law, the tribunal's finding on this question can only be impugned by an appellate court (or appeal tribunal) if it is shown that the tribunal could not reasonably have reached the conclusion under appeal: see Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung [1990] 2 AC 374, 384-385; Clark v Oxfordshire Health Authority [1998] IRLR 125, paras 38-39; the Quashie case, para 9.

119. On the facts found in the present case, and in particular those which I have emphasised at paras 94-101 above, I think it clear that the employment tribunal was entitled to find that the claimant drivers were "workers" who worked for Uber London under "worker's contracts" within the meaning of the statutory definition. Indeed, that was, in my opinion, the only conclusion which the tribunal could reasonably have reached.

120. It does not matter in these circumstances that certain points made by the employment tribunal in the reasons given for its decision are open to criticism, nor is it necessary to discuss such particular criticisms, since none of the errors or alleged errors affects the correctness of the tribunal's decision. I agree with the majority of the Court of Appeal that there are some points made by the employment tribunal which are misplaced (see in particular para 93 of the Court of Appeal's judgment). I also agree with the analysis set out at paras 96 and 97 of that judgment of the 13 considerations on which the tribunal principally based its finding that drivers work for Uber. I agree with the majority of the Court of Appeal that those considerations, viewed in the round, provided an ample basis for the tribunal's finding.

Working Time

121. The secondary question which arises in the light of this conclusion is: during what periods of time were the claimants working?

122. The Working Time Regulations 1998 and the National Minimum Wage Regulations 2015 each contain provisions for measuring working time. But before those provisions are applied, it is necessary to identify the periods during which the individual concerned is a "worker" employed under a "worker's contract" so as to fall within the scope of the legislation.

123. As mentioned earlier, the employment tribunal found that a driver was "working" under such a contract during any period when he (a) had the Uber app switched on, (b) was within the territory in which he was authorised to use the app, and (c) was ready and willing to accept trips. Uber contends that it was not open to the tribunal in law to make this finding and that the tribunal should have found that the claimants (on the assumption that they were "workers" at all) were only working under workers' contracts during periods when they were actually driving passengers to their destinations. Alternatively, Uber contends that the tribunal should have found that a claimant was only working under such a contract from the moment when (and not until) he accepted a trip request.

124. I think it clear - as did all the members of the Court of Appeal, including the dissenting judge, Underhill LJ, if he was wrong on the main issue - that a driver enters into, and is working under, a contract with Uber London whereby the driver undertakes to perform services for Uber London, if not before, then at the latest when he accepts a trip. If the driver afterwards cancels the trip, that signifies only that the obligation undertaken to pick up the passenger and carry the passenger to his or her destination is then terminated. It does not mean that no obligation was ever undertaken. The more difficult question is whether the employment tribunal was entitled to find - as by implication it did - that a worker's contract came into existence at an earlier stage when a claimant driver logged onto the Uber app.

125. Uber argues that it is clear from the tribunal's own findings that drivers when logged onto the Uber app are under no obligation to accept trips. They are free to ignore or decline trip requests as often as they like, subject only to the consequence that, if they repeatedly decline requests, they will be automatically logged off the Uber app and required to wait for ten minutes before they can log back on again. Furthermore, when logged onto the Uber app, drivers are at liberty to accept other work, including driving work offered through another digital platform (see para 16 above). Counsel for Uber submitted that, on these facts, a finding that a driver who switches on the Uber app undertakes a contractual obligation to work for Uber London is not rationally sustainable. Nor can the fact that the driver is ready and willing to accept trips logically alter the position so as to give rise to such an obligation.

126. The fact, however, that an individual has the right to turn down work is not fatal to a finding that the individual is an employee or a worker and, by the same token, does not preclude a finding that the individual is employed under a worker's contract. What is necessary for such a finding is that there should be what has been described as "an irreducible minimum of obligation": see Nethermere (St Neots) Ltd v Gardiner [1984] ICR 612, 623 (Stephenson LJ), approved by the House of Lords in Carmichael v National Power plc [1999] 1 WLR 2042, 2047. In other words, the existence and exercise of a right to refuse work is not critical, provided there is at least an obligation to do some amount of work.

127. In the present case Uber London in the Welcome Packet of material issued to new drivers referred to logging onto the Uber app as "going on duty" and instructed drivers that: "Going on duty means you are willing and able to accept trip requests" (see para 17 above). Logging onto the Uber app was thus presented by Uber London itself to drivers as undertaking an obligation to accept work if offered. The employment tribunal also found that the third in the graduated series of messages sent to a driver whose acceptance rate of trip requests fell below a prescribed level included a statement that "being online with the Uber app is an indication that you are available to take trips, in accordance with your Services Agreement." The reference in this message to the Services Agreement must have been to clause 2.6.2, which stated:

"Customer acknowledges and agrees that repeated failure by a Driver to accommodate User requests for Transportation Services while such Driver is logged in to the Driver App creates a negative experience for Users of Uber's mobile application. Accordingly, Customer agrees and shall ensure that if a Driver does not wish to provide Transportation Services for a period of time, such Driver will log off of the Driver App."

128. Counsel for the third respondent suggested that this clause is inconsistent with clause 2.4 of the Services Agreement, which provided that:

"Customer and its Drivers retain the option, via the Driver App, to decline or ignore a User's request for Transportation Services via the Uber Services, or to cancel an accepted request ... subject to Uber's then-current cancellation policies."

I do not agree that these clauses are inconsistent. The position both as specified in the Services Agreement and in practice was that, on the one hand, a driver while logged onto the Uber app was free to de-

cline or ignore any individual trip request (and might well, for example, choose to do so if the request came from a passenger with a low rating). But, on the other hand, the driver was required to be generally willing and available to take trips, and a repeated failure by a driver to accept trip requests was treated as a breach of that requirement.

129. Whilst the irreducible minimum of obligation on drivers to accept work was not precisely defined in the Services Agreement, the employment tribunal was entitled to conclude that it was in practice delineated by Uber's criteria for logging drivers off the Uber app if they failed to maintain a prescribed rate of acceptances. Uber seeks to characterise this system as merely a way of seeking to ensure that drivers do not remain logged onto the app, perhaps through inadvertence whilst away from their vehicle, at times when they are not in fact available to work. However, if that were the only purpose of automatically logging off a driver, it is hard to see why the driver should then be shut out from logging back onto the Uber app for a ten-minute period. It was open to the tribunal on the evidence, including Uber's internal documents, to find that this exclusion from access to the app was designed to operate coercively and that it was reasonably perceived by drivers, and was intended by Uber to be perceived, as a penalty for failing to comply with an obligation to accept a minimum amount of work.

130. It follows that the employment tribunal was, in my view, entitled to conclude that, by logging onto the Uber app in London, a claimant driver came within the definition of a "worker" by entering into a contract with Uber London whereby he undertook to perform driving services for Uber London. I do not consider that the third condition identified by the tribunal that the driver was in fact ready and willing to accept trips can properly be regarded as essential to the existence of a worker's contract; nor indeed did the tribunal assert that it was. But it is reasonable to treat it, as the tribunal did, as a further condition which must be satisfied in order to find that a driver is "working" under such a contract.

131. This brings me to the question of what periods during which a driver is employed under a worker's contract count as working time.

The Working Time Regulations

132. For the purpose of the Working Time Regulations 1998, "working time" is defined in regulation 2, in relation to a worker, as "any period during which he is working, at his employer's disposal and carrying out his activity or duties".

133. There is no difficulty in principle in a finding that time when a driver is "on call" falls within this definition. A number of decisions of the CJEU establish that, for the purpose of the Working Time Directive, to which the UK Regulations aim to give effect and which defines "working time" in the same way, time spent on call counts as "working time" if the worker is required to be at or near his or her place of work. For example, in Ville de Nivelles v Matzak (Case C-518/15) EU:C:2018:82; [2018] ICR 869 the CJEU held that time spent by firefighters on stand-by at their homes, which were required to be within eight minutes travelling distance of the fire station, was working time.

134. On the facts of the present case, a driver's place of work is wherever his vehicle is currently located. Subject to the point I consider next, in the light of this case law the tribunal was justified in finding that all time spent by a driver working under a worker's contract with Uber London, including time spent "on duty" logged onto the Uber app in London available to accept a trip request, is "working time" within the meaning of the Working Time Directive and Regulations.

135. The point that - like the majority of the Court of Appeal and Judge Eady QC in the Employment Appeal Tribunal - I have found more difficult is whether a driver logged onto the Uber app in the area in which he is licensed to work can be said to be "working, at his employer's disposal and carrying out his activity or duties" if during such times the driver is equally ready and willing to accept a trip request received from another PHV operator. It was argued with force by counsel for Uber that a driver cannot reasonably be said to be working for and at the disposal of Uber London if, while logged onto the Uber app, he is also at the same time logged onto another app provided by a competitor of Uber which operates a similar service.

136. I have concluded that this question cannot be answered in the abstract. I agree with Judge Eady QC when she said in her judgment dismissing Uber's appeal to the Employment Appeal Tribunal (at para 126) that it is a matter of fact and degree. Like the majority of the Court of Appeal, I also agree with her that:

"If the reality is that Uber's market share in London is such that its drivers are, in practical terms, unable to hold themselves out as available to any other PHV operator, then, as a matter of fact, [when they have the Uber app switched on] they are working at [Uber London's] disposal as part of the pool of drivers it requires to be available within the territory at any one time. ... if, however, it is genuinely the case that drivers are able to also hold themselves out as at the disposal of other PHV operators when waiting for a trip, the same analysis would not apply."

137. So far as this court has been shown, no evidence was adduced at the hearing in the employment

tribunal in 2016 that there was at that time any other app-based PHV transportation service operating in London or that drivers logged into the Uber app were as a matter of practical reality also able to hold themselves out as at the disposal of other PHV operators when waiting for a trip. No finding was made by the tribunal on this subject. In these circumstances I do not consider that the tribunal was wrong to find that periods during which its three conditions were met constituted "working time" for the purpose of the Working Time Regulations 1998.

The National Minimum Wage Regulations

138. What counts as working time for the purposes of the right to be paid the national minimum wage is defined by the National Minimum Wage Regulations 2015. These regulations contain complex provisions for measuring hours worked depending on how the work is classified. Before the employment tribunal there was an issue as to whether a driver's working hours should be classified as "time work", as Uber argued, or as "unmeasured work", as the tribunal held. It was accepted by Uber that "time work" could only be the appropriate category if the driver is working only when carrying a passenger and not otherwise. As I have concluded that the tribunal was entitled to reject that contention, it follows that the tribunal was also entitled to find that the claimants' working hours were not "time work". As it was common ground that those hours did not fall within the definitions of "salaried work" or "output work", it further follows that the tribunal was entitled to find that they constituted "unmeasured work", which is a residual or default category. On this point too, therefore, there is no basis for interfering with the employment tribunal's decision.

Conclusion

139. For all the reasons given, I would dismiss this appeal.

Postscript

140. After the hearing of the appeal but before this judgment was handed down, Lord Kitchin fell ill and it was uncertain when he would return to work. With the agreement of the parties, the presiding judge, Lord Reed, gave a direction under section 43 of the Constitutional Reform Act 2005 that the court was still duly constituted by the remaining six Justices, all of whom are permanent judges.

Trabajo en plataformas, relación de trabajo y normativa supranacional

Sentencias contra plataformas de transporte en otros países del mundo y sentencia argentina que reconoce la relación laboral

Sebastián Moltrassio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Enumeración de las revoluciones industriales.— III. Normativa internacional sobre la relación de trabajo.— IV. Relación de dependencia entre los trabajadores y las aplicaciones.— V. Sentencias contra Uber en distintos países.— VI. Sentencia argentina. Reconocimiento de la relación laboral.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

Las nuevas tecnologías influyen en nuestra vida en el principio de este siglo. La aparición de los sistemas operativos IOS y Android convirtieron a nuestros teléfonos en "inteligentes" donde podemos conversar vía WhatsApp, pedir un vehículo u otros bienes con las llamadas aplicaciones para celular. Así es que hoy vemos los autos de renta de Uber o Cabify o las bicicletas pedaleadas por ciclistas con chaleco rojo (Pedidos Ya) o naranja (Rappi). Esta realidad llevo a un concepto de "ECONOMÍA 4.0" o cuarta revolución industrial.

II. Enumeración de las revoluciones industriales

La economía 1.0 fue la primera revolución industrial que surgió en 1784 con la aparición de la máquina de vapor. En esta etapa surge el concepto de fábrica. El trabajador pasa de tener sus herramientas y el campo (trabajadores de campo al servicio del señor feudal) o el pequeño taller (trabajo artesanal) a producir en un ámbito ajeno, que es la fábrica. Allí comenzó la puja entre trabajadores y empleadores que aún sigue vigente. Los primeros ponen su fuerza de trabajo y los segundos pagan el sueldo. El primer autor que analiza el concepto de la industria es Carlos Marx. No solo crea una teoría filosófica y política; le da los instrumentos de análisis para las ciencias empresariales de los próximos dos siglos y estos estudios dieron basamento a las siguientes revoluciones industriales. En el *Manifiesto comunista* dice: "la industria moderna ha transformado el pequeño taller del maestro patriarcal en la gran fábrica capitalista industrial. Masas de obreros, hacinados en la fábrica, son organizados de forma militar. Como soldados rasos de la industria, están colocados bajo la vigilancia de toda una jerarquía de oficiales y suboficiales" **(1)**.

(*) Abogado (UNLZ). Mediador. Diplomado en Derecho de Daños (AABA) y Derecho del Deporte (CPACF-UdeMM). Disertante de Derecho del Trabajo en el CAQ y litigante ante la Justicia Nacional del Trabajo y Tribunales del Trabajo de la Provincia de Buenos Aires. Titular del Estudio Jurídico Moltrassio.

(1) Frase citada en la obra de Mauro Benente, «Poder disciplinario y capitalismo en Michel Foucault», Revista

La economía 2.0 surge casi cien años después con la creación de la energía eléctrica y el gas, la creación de la línea de montaje y la producción en escala. Además irrumpe en esta etapa la aparición del teléfono, el automóvil y el avión. Esta etapa da lugar a miles de conflictos obreros. En esta etapa surge la jornada de trabajo, el descanso dominical, el sueldo mínimo, las indemnizaciones por accidentes de trabajo. Asimismo, emerge el constitucionalismo social y los derechos sociales. El orden público laboral viene a imponerse para mediar entre la puja entre trabajadores asalariados y los empresarios que pagan estos.

La economía 3.0 surge a finales de la década del 60 con la irrupción del microprocesador. Aunque se profundiza en los finales de la década del 80. Es la llamada Revolución científicotécnica. Esto llevo al auge de la informática, la aparición de los sistemas operativos en las computadoras, la aparición del teléfono celular, el surgimiento de las redes informáticas y las energías renovables, entre otros cambios. En las relaciones laborales el rol de la fábrica y el empleador se vio modificada. Comienza el auge de la tercerización de las relaciones laborales en figuras como las franquicias, el fraude laboral por medio de la facturación y la flexibilización laboral. El "costo laboral" y el concepto de "mercado de trabajo" viene a sustituir al estado de bienestar de post guerra. Esta etapa se caracteriza por la "huida del empleador" de las figuras clásicas del derecho del trabajo. Aparece el fenómeno de empresas con cero empleados. Donde se externaliza la producción en otras empresas en distintos países. Como el caso de empresas de calzado que tercerizaban su producción en empresas del sudeste asiático **(2)**.

La "toyotización" de la producción y el neoliberalismo thatcherista/reaganiano viene a desmontar este sistema de estado de bienestar. En nuestra región, antes del neoliberalismo de los países centrales, fue experimento económico del pinochetismo. Luego en nuestro país se reprodujo este sistema de la mano de Martínez de Hoz bajo el concepto de "liberalización de las fuerzas productivas".

La economía 4.0 es un salto cualitativo de la etapa anterior y se basa en el procesamiento de grandes datos, la robótica, internet de las cosas, el uso de teléfonos inteligentes, el auge de las aplicaciones, el uso de algoritmos para predecir hábitos de consumo, etc. La "huida del empleador" de las figuras clásicas del derecho del trabajo y la fábrica deja de ser un tinglado con techos y chimeneas por un el algoritmo y nuevas formas de trabajo. Las llamadas "fabricas sin chimeneas" y la aparición de la "economía de plataformas".

Señala Raso Delgue **(3)** que esta etapa se caracteriza por ser una época de "trabajo híbrido" y que tiene como característica los siguientes elementos:

a) Subordinación "evanescente": se diluyen muchos de los indicadores clásicos del trabajo subordinado. Señala este autor que la crisis de la subordinación es la crisis del derecho del trabajo.

b) Los nuevos trabajos ya no se desarrollan en contextos temporales y espaciales precisos.

c) Desaparece la presencialidad como elemento esencial de la tarea.

d) Las nuevas tecnologías promueven un trabajo intermitente, diferente al trabajo continuo de la fábrica o la oficina.

e) El salario por tiempo de trabajo va perdiendo centralidad, para ser sustituido por retribuciones vinculadas al desempeño o a las metas asignadas al trabajador.

A esto que señala el autor agrego dos características más:

f) El empleador deja de ser una persona humana o una empresa sino una empresa trans-

de Estudios Sociales, 61 | 2017, 86-97.

(2) «La diferencia entre los productos y las marcas es fundamental. Los productos se hacen en las fábricas; la marca es lo que compra el cliente» 2. «People Buy Products Not Brands», por Peter Schweitzer, colección de documentos publicados por J. Walter Thompson, sin fecha. "la empresa (Nike) que inauguró la filosofía comercial del gasto ilimitado en la creación de la marca, aunada con una desinversión casi total en los trabajadores temporales que manufacturan sus zapatillas en fábricas lejanas." Ambos son extractos del libro de KLEIN, Naomi, "NO LOGO. El poder de las marcas", Editorial Paidós, 2000.

(3) RASO DELGUE, Juan, "las transformaciones del trabajo y las respuestas de la organización internacional del trabajo: la declaración del centenario", Rubinzal Culzoni, revista de derecho laboral 2020-1

nacional con sede en otros países. Aquí surge la figura del llamado "empresario volátil". Este empresario tiene su sede en guaridas fiscales como Luxemburgo, Islas Caimán, Bahamas, Barbados, Jersey, etc. **(4)** o está radicado en naciones como los Países Bajos donde se abonan menores alícuotas de impuestos a las empresas de tecnología **(5)**.

g) La relación laboral no es dirigida específicamente por el empleador sino por un algoritmo de diseño que regula la jornada laboral y el lugar de trabajo.

Son distintas las aplicaciones y los trabajos que estos generan. Al principio mencionaba que en estos años vemos los autos de renta de Uber o Cabify o las bicicletas pedaleadas por ciclistas con chaleco, rojo (pedidos ya) o naranja (Rappi). Este es ejemplo de lo que en los párrafos anteriores mencione como la "huida del empleador" de las figuras clásicas del derecho del trabajo. Esta modalidad de trabajo se llama *crowdwork* y se conceptualiza como al trabajo remunerado por una plataforma online y abarca dos categorías:

1. cuyo trabajo se realiza y se gestiona completamente en línea (*crowdwork online*) y,

2. cuyo trabajo se gestiona en línea pero se ejecuta fuera de línea (*crowdwork offline*) **(6)**.

En el párrafo sobre la primera revolución industrial mencione sobre "la puja entre trabajadores y empleadores". Esta puja aún sigue existiendo, pero bajo el formato de reconocimiento de la calidad de empleador de las empresas de plataforma y el trabajador de estas y los derechos que genera este reconocimiento.

III. Normativa internacional sobre la relación de trabajo

A nivel supranacional existe la Recomendación 198 de la OIT **(7)** (Recomendación sobre la

(4) Según el decreto 1344/98 del 19 de noviembre de 1998, además de los paraísos fiscales que figuran en la lista de la OCDE, Argentina ha catalogado a otros países o territorios como de "baja o nula tributación" https://es.wikipedia.org/wiki/Para%C3%ADso_fiscal#Para%C3%ADsos_fiscales_en_la_legislaci%C3%B3n_argentina Listado de guaridas fiscales según la legislación argentina. CAPITULO ANEXO UNA VISIÓN DE 360 ° PARAÍSOS FISCALES Y SOCIEDADES OFF SHORE https://www.afip.gob.ar/institucional/rindeCuentas/documentos/rindeCuentaAnexo.pdf

(5) "modelo de sándwich holandés": es una estrategia de elusión de impuestos sobre sociedades, especialmente utilizada por algunas corporaciones multinacionales estadounidenses para trasladar ganancias provenientes de países de la Unión Europea a paraísos fiscales extraterritoriales y evitar los regímenes de retención de impuestos de la UE creados para evitar movimientos con las ganancias de origen europeo a los paraísos fiscales. Este mecanismo se traduce en esta maniobra: "Uber International, radicada en Holanda, es la principal filial de Uber Technologies fuera de Estados Unidos. Pero su casa matriz está registrada en Islas Bermudas y reporta "cero" empleados registrados. En 2013, le pagó a Uber Technologies cerca de 2 millones de dólares más 1,45% de regalías por el uso de la propiedad intelectual fuera de Estados Unidos. Pero la empresa que recibe los pagos de cada viaje no es ninguna de estas, sino Uber BV, también con sede en Holanda. Una vez recibidos los pagos de los usuarios, Uber BV devuelve el 80% del dinero al conductor y se queda con una comisión de entre el 20 y el 30 por ciento. Descontados los gastos operativos, todo el dinero restante de esa comisión es ganancia. Pero Uber BV sólo se queda con el 1% de esos beneficios. Lo demás se transfiere a Uber International CV, en concepto de "regalías por propiedad intelectual". ¿Qué tiene esto de particular? En Holanda las regalías por propiedad intelectual están exentas de impuestos. Como Uber BV y Uber International son socios, no pagan impuestos por transferencias entre ellos, como exige tanto la ley de Holanda como de Islas Bermudas." https://www.lanacion.com.ar/economia/doble-irlandes-el-truco-de-las-empresas-tecnologicas-para-no-pagar-impuestos-nid2064489/

(6) TODOLI SIGNES A., "El trabajo en la era de la economía colaborativa", mencionado en "Breves reflexiones sobre el trabajo en la era del capitalismo de plataformas", CAPARROS, Lucas, Rubinzal Culzoni 2020-1 El sándwich holandés se asocia comúnmente con la estructura fiscal del doble irlandés (y multinacionales de tecnología con sede en Irlanda como Google). La diferencia consiste en que el doble irlandés usa una compañía irlandesa (IRL2) que está legalmente constituida en Irlanda (por lo tanto, el código fiscal de EE. UU. la considera extranjera), pero es "administrada y controlada" desde por ejemplo Bermuda (por lo tanto, el código fiscal irlandés lo considera extranjera) Una tercera compañía holandesa en medio (como una rebanada en un sándwich) se utiliza para mover dinero a esta empresa irlandesa (IRL2), sin incurrir en retención fiscal en la cuenta de Irlanda. Después de presión de la UE el doble irlandés se cerró en 2015,10, 11 sin embargo, se han creado nuevos esquemas irlandeses para reemplazarlo: 1. Esquema fiscal corporativo "irlandés de malta" única de Microsoft y Allergan. 2. Esquema irlandés de Apple y Accenture para asignaciones de capital y activos intangibles.

(7) Recomendación 198 OIT https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_

relación de trabajo) del año 2006. Basada en el principio del trabajo decente. A pesar de la buena voluntad que emana de esta norma, la recomendación fue ratificada por muy pocos países al día de la fecha **(8)**.

Pero esta recomendación supranacional tiene varios puntos para destacar aplicable a la relación de dependencia. La redacción, que es del año 2006, es de un mundo en donde no existían casi ninguna plataforma de trabajo de la actualidad. Pero, aun así, se puede aplicar estos conceptos a los trabajadores de plataformas. Estas recomendaciones se basan en los siguientes parámetros.

III.1. Protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo

En este punto señala que la política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén, asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo.

III.2. Determinación de la existencia de una relación de trabajo

La recomendación da una ampliación a los conceptos nacionales sobre como determinar la existencia de relación de trabajo. Todo bajo los siguientes parámetros: 1. admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo, 2. consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios. Además, recomienda a que los estados definan en su legislación los indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios recomienda los siguientes: 1. el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que este implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; 2. el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

IV. Relación de dependencia entre los trabajadores y las aplicaciones

Así, en base la puja entre trabajadores y empleadores que mencione anteriormente junto a la idea de la "huida del empleador" es que surge el tema del presente artículo. Ya que resulta que las empresas de plataformas no reconocen la relación laboral entre las partes. Usa eufemismos como "colaboradores", "socios" o análogos. Uber califica a los choferes como "terceros proveedores" y en las bases y condiciones le informan al usuario: "usted reconoce que Uber no presta servicios de transporte o de logística o funciona como una empresa de transportes y que dichos servicios de transporte o logística se prestan por terceros contratistas independientes, que no están empleados por Uber ni por ninguna de sus afiliados".

No obstante, a este intento de limitar la relación laboral a los fines de maximizar sus ganancias, en el derecho comparado existen sentencias que reconocen la relación laboral entre la plataforma y el chofer.

TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument

(8) Países que no ratificaron la Recomendación 198 OIT https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11310:0::NO::P11310_INSTRUMENT_ID:312535

V. Sentencias contra Uber en distintos países

V.1. Francia

La Corte de Casación francesa **(9)** reconoció la existencia de relación laboral entre Uber y un chofer. La forma en que Uber termino la relación laboral consistió en desactivar de forma permanente la cuenta del chofer que planteo la demanda. El distracto no se dio en la forma clásica como la negativa de tareas, el aviso del cese de tareas o el cierre de la fábrica. Sino por medio de la baja de la cuenta. Un distracto clásico de la economía 4.0.

Los principales lineamientos para reconocer la relación laboral son los siguientes:

- *La subordinación*: señala el Tribunal que "se caracteriza por la realización de un trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene la facultad de dar órdenes e instrucciones, controlar su cumplimiento y sancionar las faltas de su subordinado". El tribunal galo señala que "el trabajo en un servicio organizado puede constituir un indicio de subordinación cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de ejecución". Además, la sentencia señala que "la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo, que el hecho de poder elegir los días y los horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada".

- *La tarifa*: es la base de lo que va a ser el salario del trabajador y dice que estos "se fijan contractualmente mediante los algoritmos de la plataforma Uber por medio de un mecanismo de predicción, imponiendo al conductor una ruta determinada que no es libre de elegir".

- *El poder sancionatorio*: la sentencia señala que el empleador dispone "la facultad de imponer sanciones, además de las desconexiones temporales sobre la base de tres negativas a realizar un viaje o correcciones tarifarias aplicadas si el conductor eligió una 'ruta ineficiente'".

V.2. Reino Unido

La Corte Suprema del Reino Unido en marzo del 2021 dicto una sentencia **(10)** sobre el tema objeto de estudio. No solamente reconoce el vínculo laboral, sino que también menciona el sistema societario imperante en las empresas tecnológicas, que mencione como "modelo de sándwich holandés". Es así como en la sentencia señala: "El primer recurrente, Uber BV, es una empresa holandesa propietaria de los derechos sobre la aplicación Uber. El segundo apelante, Uber London Ltd. ('Uber London'), es una subsidiaria de Uber BV que, desde mayo de 2012, tiene licencia para operar alquiler de vehículos en Londres. El tercer apelante, Uber Britannia Ltd., es otro Reino Unido subsidiaria de Uber BV que posee licencias para operar tales vehículos fuera Londres". Es así como la sentencia pone énfasis en el mecanismo societario y a los fines de dictar sentencia unifica en "Uber", indistintamente de las distintas sociedades.

Así también explica en como consiste la contratación laboral. Señala que "el modelo comercial de Uber es simple. Los clientes potenciales descargan la aplicación Uber (gratis) en su teléfono inteligente y crean una cuenta proporcionando información personal, incluido un método de pago. Luego pueden solicitar viajes. Para hacerlo, abren la aplicación Uber en su teléfono y hacen una solicitud. En el período considerado por el tribunal laboral, los usuarios no tenían que ingresar su destino al reservar un viaje a través de la aplicación, pero generalmente lo hicieron. La aplicación Uber identifica la ubicación del pasajero a través del sistema de geolocalización del teléfono inteligente. Usando la misma tecnología, la aplicación identifica al conductor disponible más cercano que está conectado a la aplicación y le informa (a través de su teléfono inteligente) de la solicitud. En esta etapa, se le dice al conductor el nombre del pasajero y la calificación Uber (en cuanto a cuál, ver más abajo) y tiene diez segundos para decidir si acepta la solicitud. Si el conductor no responde dentro de ese tiempo, se ubicará al siguiente conductor más cercano y se le ofrecerá el viaje. Una vez que un conductor acepta, el viaje se asigna a ese conductor y la reserva se confirma al pasajero, a quien se le envía el nombre del conductor y los detalles del automóvil". Además, señala el mecanismo de pago y dice que "Uber BV realiza un pago semanal al conductor de las sumas pagadas por los pasajeros por los viajes realizados por el conductor menos una 'tarifa de servicio' retenida por Uber BV".

(9) Corte de Casación de Francia sentencia nº 374 de 4 de marzo de 2020.

(10) Aslam Y. y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Britannia Ltd — case n. 2202551/2015. Marzo 2021.

Luego señala la modalidad de cómo Uber contrata a los choferes, diciendo: "1. Para convertirse en un conductor de Uber, una persona puede registrarse en línea. 2. Incorporación del conductor por medio de una entrevista, ver una presentación en video sobre la aplicación Uber y ciertos procedimientos de Uber. 3. Las personas aceptadas como conductores tienen acceso gratuito a la aplicación Uber a través de su propio teléfono inteligente o pueden contratar un teléfono inteligente entregado por Uber BV configurado para que solo se pueda usar para operar la aplicación Uber. 4. Trabajo y desempeño basado en algoritmo relacionado a las calificaciones por parte de los pasajeros".

Al momento en el que conductor se incorpora a la empresa firma un contrato que tiene como finalidad tratar de deslindar la relación laboral. Así señala la sentencia que "el Cliente es responsable de proporcionar esos servicios de transporte y, al hacerlo, crea una relación comercial legal y directa entre el Cliente y el Usuario, de la cual ni Uber [BV] ni ninguna de sus Afiliadas en el Territorio es parte". Esta situación de falta de relación laboral se ve aniquilada en la sentencia señalando que "en el contexto del empleo, es un enfoque demasiado estrecho decir que una corte o tribunal solo puede ignorar un término escrito como no parte del verdadero acuerdo entre las partes si él se demuestra que el término es una 'farsa', en el sentido de que las partes tenían la intención común de que el término no creara los derechos y obligaciones legales que da la apariencia de crear (…)". Más bien, la corte o tribunal debe considerar lo que realmente se acordó entre las partes, "ya sea como se establece en los términos escritos o, si se alega que esos términos no son precisos, lo que se demuestra que es su acuerdo real en el momento en que se firmó el contrato fue concluido". Admite un criterio similar al que nuestra Ley de Contrato de Trabajo señala bajo la "primacía de la realidad".

Así resulta, que el tema objeto de la sentencia es el siguiente: si los conductores cuyo trabajo se organiza a través de la aplicación para teléfonos inteligentes de Uber trabajan para Uber con contratos de trabajadores y, por lo tanto, califican para el salario mínimo nacional, vacaciones anuales pagadas y otros derechos de los trabajadores. Es decir, si existe relación laboral que genere estos derechos mencionados.

En los considerandos, a los fines de ratificar la relación laboral y sus derechos emergentes señala:

- *La invalidez de los términos de la contratación*: señala la sentencia que se puede argumentar que estas disposiciones (contrato de servicio de transporte) son en cualquier caso ineficaces, ya que corresponde a los tribunales y no a las partes (y mucho menos a alguien que no es parte, como es el pasajero) determinar el efecto legal de un contrato. Luego señala el decisorio que fue evidentemente la intención del redactor, para evitar que un conductor alegue que se encuentra dentro de la definición legal de un "trabajador" a fin de calificar para los derechos conferidos a los trabajadores.

- *La subordinación*: señala que la actividad de conductor de aplicación no es la misma que la del chofer de taxis. Denota que la subordinación económica en que la remuneración pagada a los conductores por el trabajo que hacen es arreglada por Uber y los conductores no tienen nada que decir al respecto. Además, señala que Uber también fija el monto de su propia "tarifa de servicio" que deduce de las tarifas pagadas a los conductores.

- *El control y poder sancionatorio*: en el considerando 98 señala que "Uber utiliza las calificaciones simplemente como una herramienta interna para gestión del desempeño y como base para tomar decisiones de despido cuando los comentarios de los clientes muestran que los conductores no cumplen con los niveles de rendimiento establecidos por Uber. Esta es una forma clásica de subordinación que es característica del empleo".

V.3. Uruguay

En el año 2019 la justicia uruguaya también dicto una sentencia **(11)** sobre conductores de Uber y su relación laboral. El primer rasgo que menciona es el ya mencionado "modelo de sándwich holandés". Una empresa controlante con sede en Holanda y una controlada con domicilio en Uruguay. A diferencia del caso británico, la sentencia uruguaya profundiza el

(11) Esteban c/ Uber Technologies Uruguay S.A. y otro. demanda laboral", IUE: 2-3894/2019.

concepto y señala que "estas sociedades son un conjunto económico o grupo de empresas y por ende ambas son las empleadoras del dicente y solidariamente responsables y que cualquier intento de la codemandada Uber B.V. de que debe ser emplazada en el extranjero no es más que un intento de dilatar el proceso".

En los considerandos, en similitud a las sentencias anteriores, para determinar la relación laboral señala los siguientes rasgos:

- *La subordinación*: señala la sentencia y toma doctrina uruguaya **(12)** que señala que para que haya subordinación jurídica, que permite diferenciar al trabajador subordinado y por ende protegido, del trabajador autónomo, supone el poder del empleador de organizar (determinar cuál es la manera más idónea de utilizar la prestación del trabajo para lograr el resultado empresarial que se persigue); dirigir (dar órdenes relativas al modo, lugar y tiempo de la ejecución de las tareas realizadas por el trabajador); controlar (para que el trabajador se adecue a la organización y órdenes impartidas); y disciplinar su actividad (en una manifestación directa de la subordinación). Y todavía, si la subordinación jurídica no se advierte con nitidez, es posible recurrir a criterios sustitutos, continuidad (permanencia o estabilidad de la relación); profesionalidad; exclusividad de la prestación para el empleador; ajenidad de los frutos del trabajo, inserción en la organización del empresario, etc. Además, señala que la actividad principal de Uber es la prestación del servicio de transporte, la que realiza a través de los llamados "socios conductores" y que denota la una relación de trabajo subordinado con el conjunto económico llamado Uber.

- *El control y poder sancionatorio*: el juez oriental señaló que Uber ejerce el poder de dirección sobre los choferes a los cuales les imparte órdenes, da instrucciones de como cumplir el servicio. Esto denota un actuar típico de un empleador que premia o sanciona al empleado, ya sea bloqueando la aplicación cuando como en el caso de este testigo se plantearon desinteligencias en relación a un objeto perdido de un pasajero y también, da incentivos propios de una relación de trabajo dependiente a los trabajadores.

VI. Sentencia argentina. Reconocimiento de la relación laboral

En la misma tendencia de los casos anteriormente mencionados, la justicia argentina también dicto una sentencia sobre conductores, en este caso de otra aplicación (Cabify) y su relación laboral **(13)**. Así resulta que a fin del mes de agosto de 2021 se dictó la sentencia que paso a analizar.

En la decisión se analizan dos temas:

1. La extensión de la responsabilidad solidaria a los socios de la empresa demandada por la consecución de fines extrasocietarios, de conformidad al art. 54 de la ley 19.550.

2. La relación laboral del trabajador en detrimento de la pretensión de trabajo autónomo esgrimido por la demandada. Este es el tema objeto del presente artículo.

El primer punto que conduce al razonamiento de la magistrada fue que en virtud a como se encontró trabada la Litis, en el objeto del proceso no se encuentra controvertido entre las partes la prestación de servicios que con su propio vehículo realizaba el actor. La parte demandada a lo largo de la contestación admite la prestación de servicios del actor, aunque niega que sea de naturaleza laboral. La demandada tampoco pudo fundamentar por qué el vínculo tendría una naturaleza jurídica diferente. A pesar de que la demandada adujo que el actor emitía facturas no es un óbice que desnaturaliza la nota de relación laboral dependiente. Que la demanda Cabify haya fundado su defensa en la teoría de los actos propios no es óbice para fundar a favor de esta. Ya que el art. 14 bis, CN y tratados de DDHH de rango constitucional dan un doble orden de protección. Uno fundado en la normativa nacional y otro en la normativa supranacional. Esta protección se torna operativa en los arts. 7°, 9°, 12, 13 y 14 de la Ley de Con-

(12) RIVAS, Daniel, "Los indicios del trabajo subordinado en la jurisprudencia laboral", Judicatura No. 36, p. 36 y ss.)

(13) JNTrab. Nro. 21, "Bolzan, José Luis c/ Minieri Saint Beat Guillermo Mariano y otros s/ despido", 31/08/2021.

trato de Trabajo **(14)** que conlleva a la nulidad por fraude a la ley tratando de crear la ilusión de otro tipo de contratación ajena al derecho del trabajo.

Todo este carácter laboral en detrimento de la pretensión de las demandadas se reduce a la siguiente frase: "La presencia de un contrato de trabajo se ha de desprender, no tanto de lo que las partes digan, sino de lo que hagan ellas". Es así esta funda esta premisa en lo normado por el art. 21 de la Ley de Contrato de Trabajo **(15)**.

Establece que la relación laboral queda configurada en relación al art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo **(16)**. Continua la juzgante ampliando el concepto y diciendo que "desconocida la relación laboral pero admitida la prestación de servicios, invocándose una causa jurídica ajena a un contrato de trabajo se impone que quien lo afirma, cargue con la prueba tendiente a demostrar que dicha prestación no fue efectuada bajo relación de dependencia". Continua diciendo que "la doctrina como el '*status* jurídico' en que se encuentra el trabajador incorporado a una empresa (total o parcialmente ajena), que aporta su capacidad de trabajo para alcanzar los fines de esta, cediendo de antemano la disposición del producto final logrado, por lo que resulta ajeno a los beneficios y también a los riesgos, pues recibe a cambio una remuneración y acata órdenes o instrucciones que se le imparten en pos de la organización dispuesta por el empresario".

Así resulta que en base a como fue trabada la litis se desbarata la pretensión de los de demandados que aspiraban que la relación era de índole comercial y no laboral. La idea de "colaboradores", "socios" se desecha de plano. Es así expresado por la jueza donde dice que "más allá de las formas, denominación y apariencia jurídica que pudieran otorgar las partes contratantes a la vinculación habida entre sí, en virtud del principio de la primacía de la realidad, que se desprende del propio art. 23 LCT". En tal sentido se ha dicho: "Si el trabajador, ya sea en el ámbito público o privado, ha firmado un contrato de locación de servicio, corresponde sea considerado en la verdadera situación jurídica que le cabe, es decir que debe prevalecer el principio de primacía de la realidad...". Basa su opinión fundada en la sentencia de la CNAT "Cabrera c. Pami" **(17)**.

(14) Art. 7° — Condiciones menos favorables. Nulidad. 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 laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley. Art. 9° — El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador. Art. 12. — Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. Art. 13. — Substitución de las cláusulas nulas. Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por éstas. Art. 14. — Nulidad por fraude laboral. 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.

(15) Art. 21. — Contrato de trabajo. 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 en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.

(16) Art. 23. — Presunción de la existencia del contrato de trabajo. 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.

(17) CNTrab., sala VII, "Cabrera Fernando Raúl c/ P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ despido", 29/04/2011.

Continúa la sentencia señalando que "el contrato de trabajo es un 'contrato realidad' donde interesan más los hechos que la simple formalidad documental (principio de 'primacía de la realidad'). La presunción del art. 23 de la LCT opera igualmente aun cuando se utilicen, como en el caso, figuras no laborales para caracterizar el contrato". Luego de ratificada la existencia del vincula laboral del trabajador con la demandada es que la jueza fundamenta que es válido el despido indirecto la ausencia o incorrecta registración del vínculo constituye una injuria de suficiente entidad como para disolver el vínculo laboral. Fundado este análisis en los arts. 242 y 243, Ley de Contrato de Trabajo **(18)**. Es así como son procedentes las indemnizaciones emergentes de la ley.

VII. Conclusiones

Con base en la normativa supranacional y las sentencias extranjeras y nacionales comentadas se pueden llegar a la conclusión que a nivel internacional está terminando la idea del trabajador autónomo que priorizaban las aplicaciones. Paulatinamente está volviendo el mundo jurídico a la idea de la subordinación y empezando a poner fin despotismo de los algoritmos y la precarización digital.

En la sentencia argentina se priorizaron los principios laborales como el fraude laboral, el principio protectorio, la subordinación como rol distintivo de la relación de trabajo. En muchas oportunidades escuchamos o leemos que la ley necesita *aggiornarse* a los nuevos desafíos de la tecnología y las nuevas modalidades pero sin mencionar la riqueza de las leyes de trabajo ya vigentes que sirven para todas las modalidades contratación. Ya sea por medio de las formas "clásicas" o las relaciones nuevas surgidas de las nuevas tecnologías.

(18) Art. 242. —Justa causa. Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. Art. 243. —Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

Jurisprudencia Anotada

CONTRATO DE TRABAJO

Presunción de existencia. Fleteros.

Con nota de Emiliano A. Gabet

Para que opere la presunción relativa a la existencia del contrato de trabajo contenida en el art. 23 de la LCT deben estar reconocidos o acreditados los servicios prestados a favor de quien se reputa empleador, condición inexorable a fin de posibilitar el análisis de la cuestión a la luz de la citada disposición; y por las particularidades de la prestación de servicios denunciada (fletero/chofer), ambas partes tenían la carga de acreditar los extremos alegados, por cuanto la relación de dependencia en el caso de los fleteros es una cuestión de hecho y prueba, que debe analizarse en cada caso en particular.

CNTrab., sala I, 06/08/2021. - Reina, Omar José c. Transportes Furlong SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/115101/2021]

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Fleteros y contrato de trabajo

Un encuadramiento que no puede realizarse en forma automática

Emiliano A. Gabet (*)

La existencia de un contrato de trabajo —al que la doctrina en su conjunto no duda en caracterizarlo como "contrato realidad"— se impone por sobre las formas que intenten otorgarle un carácter ajeno a la materia.

Las cuestiones que rodean el encuadramiento de una relación como propia o ajena al ámbito del derecho de trabajo son, claramente, de las que revisten mayor complejidad en nuestra especialidad. Como consecuencia del corte netamente casuístico resulta imposible la formulación de una máxima que direccione al juzgador o al doctrinario al arribo de una conclusión uniforme.

Hasta la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, una parte de la doctrina —con apoyo en varios precedentes jurisprudenciales— consideraba que con el advenimiento de la Ley de Contrato de Trabajo tanto la locación de servicios como de obra del Código Civil —hoy derogado— habían dejado de existir como tal para resultar absorbidas por la figura del contrato de trabajo.

Como indicáramos oportunamente, dicha postura no encontraba correlato con la realidad comercial y jurídica que rodea a diario el mundo de los negocios dentro del que se encuentra inmersa la legislación del trabajo. Si toda prestación de servicios debe ser encuadrada como contrato de trabajo desaparecería jurídicamente la figura del empresario autónomo e individual que brinda servicios a un potencial número clientes.

Entiendo que dicha disputa doctrinaria ha sido zanjada por el Código Civil y Comercial al

(*) 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).

regular en sus arts. 1251 a 1279 tanto el contrato de locación de obra como de servicios. Asimismo, el legislador —a efectos de despejar cualquier duda— estableció en el art. 1252, 2º párrafo que "...los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral...".

Si bien no resultaba necesaria la incorporación de dicho párrafo —las normas del derecho del trabajo son de orden público— ello ratifica que no puede consentirse el encuadramiento fraudulento de una prestación de servicios en relación de dependencia en el ámbito del derecho civil y comercial.

Allí es donde las normas propias del derecho del trabajo —en las que el legislador incorporó una presunción de carácter iuris tantum a los efectos de establecer la existencia de un contrato de trabajo— deben ser aplicadas en una extensión concordante con ello. Caso contrario, se corre el riesgo de transformarla en una de carácter absoluto (iure et de iure) en forma pretoriana con las disvaliosas consecuencias que ello trae aparejado.

Tal como se ha indicado, el derecho del trabajo, como rama jurídica autónoma, coexiste e interactúa con el resto del espectro del derecho. En el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo ello ha quedado evidenciado con mayor relevancia desde el dictado del plenario 309, "Ramírez" en el que, si bien uno puede o no estar de acuerdo con la doctrina de este, se deja expresamente sentado la interacción entre el derecho del trabajo con las otras ramas del derecho en aquellas cuestiones que la legislación laboral no ha dictado una norma específica.

Es habitual encontrar precedentes en los que se afirma que una relación resulta de índole laboral por el hecho de que el empleador obligó a una persona a inscribirse como autónomo y, por lo tanto, a entregar facturas cuando, si se profundiza en el análisis de las probanzas de autos, se ha acreditado que dicho supuesto "trabajador" i) se encontraba con gran antelación inscripto como tal; o ii) brindaba servicios a una cantidad de clientes que resulta imposible que cumpla la carga horaria que denuncia en su reclamo; o iii) facturaba en forma correlativa por una cuestión coyuntural propia del negocio que llevaba adelante, etc. Ello es analizar parcialmente las cuestiones fácticas que rodean el caso y transforman al decisorio en una afirmación dogmática que no encuentra correlato con el derecho vigente.

Lo afirmado hasta el momento no implica que en muchos casos fraudulentamente se encubra una relación de trabajo bajo distintas figuras jurídicas ajenas al ámbito del derecho laboral. Pero la existencia de dichos precedentes no habilita la afirmación genérica de que todas las relaciones siempre deben presumirse y ser encuadradas en la figura del contrato de trabajo.

En el caso en comentario, estamos ante un fletero que invoca la existencia de una relación laboral. Basta con realizar una búsqueda en los repertorios de jurisprudencia para afirmar que, cuando el caso trata sobre un fletero o chofer, es mayor la complejidad probatoria y de análisis de las cuestiones fácticas traídas a debate.

Tal como señala Etala, "...la dilucidación de los llamados 'casos difíciles' (*hard cases*) en materia de relación de dependencia laboral, adquiere en la actualidad una significación económica más trascendente si se advierte la toma de conciencia colectiva acerca de la problemática del 'empleo no registrado' —vulgarmente conocido como 'trabajo en negro'—, que, a partir de la sanción de la Ley de Empleo 24.013 (DT, 1991-B, 2333), seguida por las leyes 25.323 y 25.345 (DT, 2000-B, 2017; 2397) y otras normas adicionales, ha incrementado notoriamente los recargos indemnizatorios y las sanciones administrativas y penales destinadas a combatir la evasión laboral y de la seguridad social..." **(1)**.

Recordamos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado: "...A fin de establecer la naturaleza de la relación entre un fletero y una empresa adquiere especial relevancia considerar si media aporte de vehículo por parte del primero, si este asume los gastos de mantenimiento así como los riesgos del transporte y los

(1) ETALA, Carlos Alberto, "La situación jurídica de los fleteros", LLBA 2007 (febrero), 9.

de las mercaderías, así como si existía posibilidad de hacerse sustituir por otro chofer..." **(2)**.

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires estableció: "...La presunción contenida en el art. 23 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) que resulta de la admisión en el responde de la accionada de la prestación de servicios del actor, aunque alegando la condición de fletero, queda desvirtuada si la prueba producida demuestra que las labores cumplidas no lo fueron en relación de dependencia..." **(3)**.

Un poco más lejos en el tiempo, podemos citar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableció como doctrina plenaria que "...en principio los acarreadores, fleteros, porteadores, no se encuentran amparados por las disposiciones que rigen las relaciones laborales, pero sí tienen derecho a tales beneficios cuando prueban fehacientemente que, pese a la denominación de tal relación contractual, se encuentran ligados por un verdadero contrato de trabajo..." **(4)**.

Lo resuelto en el fallo en comentario no se aparta de los precedentes aquí citados. Es así como la Dra. Vázquez destaca claramente en su voto que —siguiendo el criterio de la Sala I— "...para determinar la naturaleza jurídica del trabajo prestado por 'fleteros' no basta establecer principios en abstracto, sino que en cada caso deben tenerse en cuenta las concretas modalidades bajo las cuales se desenvolvía la relación..." toda vez que "...la relación de dependencia en el caso de los fleteros es una cuestión de hecho y prueba, que debe analizarse en cada caso en particular...".

Podemos concluir que es correcto lo resuelto en el fallo en comentario. Es de destacar el decisorio en cuanto la doctrina que ratifica ya que, tal como siempre afirmamos, la aplicación expansiva del derecho del trabajo más allá de los límites previstos por el legislador trae, como consecuencia, imprevisión jurídica.

---

(2) CS, "Giménez, Carlos A. c. Seven Up Concesiones S.A.I.C. y otra", 26/09/1989, DT 1989-B, 2189, TR LALEY AR/JUR/1946/1989

(3) SC Buenos Aires, "Glorioso, José E. c. Distribuidora Interprovincial S.A. y otra", 30/08/2006, LLBA 2006, 1324, TR LALEY AR/JUR/4963/2006

(4) CNTrab. en pleno, "Mancarella, Sebastián y otros c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.", 26/06/1956, TR LALEY AR/JUR/ 34/1956.

AUDIENCIA VIRTUAL

Impugnación. Instrumento público. Asistencia letrada. Problemas de conexión. Ratificación. Rechazo.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — Toda vez que el acta de audiencia se encuentra suscripta por la secretaria y por la Jueza a cargo del Juzgado constituye un instrumento público en los términos del art. 289 del Cód. Civ. y Com., para perseguir su nulidad la vía procesal resulta ser el trámite de redargución de falsedad.

2. — Durante la audiencia virtual, la accionante contó con asistencia letrada, por lo que las manifestaciones en torno a los inconvenientes surgidos en la conexión de internet devienen improcedentes, en tanto cualquier cuestionamiento de dicha índole debió efectuarse cuando el acto se estaba desarrollando, y en última instancia se podría haber solicitado la suspensión de esta debido a los problemas de conexión, circunstancia que no aconteció.

3. — La ratificación del acuerdo no fue necesaria, ya que la trabajadora estuvo conectada en la audiencia con asistencia letrada y manifestó frente a la actuaria su conformidad con los términos convenidos.

CNTrab., sala VI, 14/06/2021. - Silva, Naiara Ailén c. Más Activos SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/84366/2021]

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

La vía procesal para requerir la nulidad del acta de una audiencia virtual es la redargución de falsedad

Alejandro Gabet (*)

Atento los tiempos que corren, donde la tarea diaria de prácticamente todas las actividades ha sufrido cambios tanto en su desarrollo como en su conformación, resulta necesario analizarlos.

Más allá de la cuestión que motivó la celebración de la audiencia virtual, es interesante la cuestión planteada en el presente caso. Se observa que se requiere la nulidad de un acta labrada en el marco de una audiencia que fuera celebrada mediante una plataforma digital —y que no fuera grabada—. Vale destacar que dicha acta fue suscripta por la secretaria y jueza del Juzgado de Primera Instancia.Antes de continuar con el análisis del caso, vale desarrollar el concepto de instrumento público y para ello es necesario señalar que este es aquel que fuera elaborado por un oficial público, quien se encuentra en el pleno ejercicio de la atribución fedataria. Por supuesto ejerciéndolo dentro de los limites tanto material como territorial con el que fuera asignado.

(*) 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.

Debiendo también cumplirse con todas las formalidades que le exige la ley. Cumplido ello, nos vemos frente a un instrumento publico autentico y por supuesto completo que da fe por sí mismo.

Es así como habiéndose cumplido con todos los requisitos nos hallaremos frente a un instrumento completo que no requiere a los fines de su eficacia ningún otro aporte probatorio para confirmar su autenticidad. ("El instrumento público se prueba por sí mismo").

El adagio señalado precedentemente es de fundamental importancia dado que si no fuere así no podríamos acreditar su contenido.

Como fuera señalado en esta época estamos transitando situaciones especiales y no es solamente la pandemia. Es fácil de observar una tendencia dirigida a la simplificación del lenguaje, de las formas etc., en el afán de hacer más accesibles la lectura de documentos judiciales para su interpretación. Ello no puede modificar la esencia de los actos que cumplen con las formalidades de este.

Ahora bien, atento a los requisitos respecto a la autenticidad del documento, podemos atacarla cuando se presente irregularidades materiales muy graves y notorias que permitan dudar de su autenticidad. Como podrían ser la existencia de raspaduras, borrones no salvados o también irregularidades en la firma o en el sello, que siendo de tal gravedad que por sí sola pueda bastar la impugnación.

En la presente causa en comentario la impugnación del acta por falta de grabación de la audiencia no es un elemento de tal gravedad que impugnen el acto, en el que la actora "contó" con asistencia letrada. Observemos además que el acuerdo recibió por parte de la actora, frente a la actuaria, su conformidad respecto a los términos que se estaban conviniendo.

Tengamos presente que el acta como instrumento público, requiere de la vía procesal de redargución de falsedad, que en la presente causa no fue planteada o cuestionada.

Además, se destaca en el decisorio que todas las cuestiones que se indican que sucedieron en el marco de la audiencia —problemas de conexión, etc.— debieron ser planteadas en el curso de la audiencia. Como vemos, la audiencia es virtual pero no ha cambiado nada en cuanto a cómo es su desempeño. Virtual o presencial, las cuestiones deben ser invocadas en el marco de la audiencia.

Por último, y a modo de conclusión, más allá de lo correcto de la confirmación de la resolución recurrida, es necesario tener presente que se deben respetar las formas en los instrumentos públicos a pesar de la utilización de herramientas informáticas, el acta es el instrumento público, no la omisión de grabar la audiencia. Ya que ante inconvenientes técnicos es factible suspender la audiencia a pedido de las partes, y ello no sucedió en la causa en comentario.

DESPIDO INJUSTIFICADO

Falta de contemporaneidad entre los hechos denunciados y la decisión rescisoria.

Con nota de Emiliano A. Gabet

Toda vez que los hechos consignados en la comunicación mediante la cual la firma empleadora despidió al trabajador no guardan la más mínima contemporaneidad entre los hechos que podían reputarse injuriosos y la decisión resolutoria, cabe concluir que el despido fundado en la falta de aviso de las ausencias del dependiente resulta injustificado.

CNTrab., sala VIII, 23/02/2021. - Gómez, Daniel Fernando c. Top Air Security SRL s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/684/2021]

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Contemporaneidad de la causal de despido invocada por el empleador

Emiliano A. Gabet (*)

En el marco de un despido con causa, los hechos que le dan fundamento deben contemporáneos a la fecha del despido. Cuándo existe una vinculación temporal razonable entre hecho y despido es una pregunta en la que dar una respuesta de aplicación práctica general es muy difícil. Todo dependerá de las circunstancias fácticas propias de cada caso en particular.

En algunas ocasiones la contemporaneidad será inmediata al acaecimiento de los hechos y, en otros, más amplia en su extensión. La complejidad de la situación es la que rige la cuestión. Podríamos decir que el punto de partida es la fecha de toma de conocimiento por parte del empleador del hecho que derivará en el despido con causa.

Puede suceder que la sola toma del conocimiento no es suficiente para proceder con la extinción del contrato de trabajo. En muchas ocasiones la certeza (entendida desde la óptica del empleador) se adquiere luego de llevar adelante un sumario o investigación interna de la que, desde ya, se debe dar participación al empleado para que este pueda ejercer su derecho de defensa, brinde su relato de los hechos.

La contemporaneidad del distracto con los hechos que lo generan es una cuestión que debe ser tenida en cuenta por el empleador y que, ante cualquier eventualidad propia del caso, cuenta con las herramientas de gestión necesaria para mantenerla vigente dentro de un plazo razonable.

(*) 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).

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Conceptos alcanzados. Uso de telefonía y automóvil. Carácter no remunerativo del bonus anual por objetivos.

Con nota de Alejandro Gabet

1. — En el caso de autos se trata de un empleado ejecutivo a quien la adjudicación del vehículo y de la telefonía celular móvil, domiciliaria y servicio de internet le evitó la realización del gasto respectivo. En consecuencia, importó para el dependiente una ventaja patrimonial que debe considerarse contraprestación salarial.

2. — En torno al "bonus anual por objetivos", si bien es cierto que el actor no permaneció bajo las órdenes de la sociedad accionada hasta la fecha en que usualmente se producía el pago del beneficio, la falta de cumplimiento de ese plazo no resulta imputable al dependiente desde que la disolución el vínculo se debió al despido incausado dispuesto por la principal en fecha anterior.

3. — El *bonus* era percibido anualmente en caso de cumplirse los objetivos generales y específicos, por lo que no reviste la característica de un devengamiento normal, mensual y habitual, según la fórmula contenida en el art. 245, LCT.

CNTrab., sala X, 19/08/2021. - Detomasi, Gerardo Marcelo c. AXION Energy Argentina SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/123967/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, "Copolechio, Daniel J. c. Elvetium SA", 16/08/2005, TR LALEY AR/JUR/3397/2005.

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

INTERESES

Se aplica la tasa del 6% anual.

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

¿Se debe pagar siempre el bonus anual por objetivos cuando se despide al trabajador?

Alejandro Gabet (*)

En la presente causa el actor reclama entre otros ítems, la inclusión para la base de cálculo para la indemnización por antigüedad del "bonus anual por objetivos".

Encontramos jurisprudencia que señala que no debe incluirse en la base de cálculo indemnizatoria la incidencia de rubros tales como un bonus. Ello sustentado en que el citado concepto no reúne el carácter de mensual.

Podemos observar claramente que ello no despeja el carácter de naturaleza salarial, y otra parte de la jurisprudencia por el contrario nos señala que debe incluirse en la base salarial utilizada para calcular la indemnización contem-

(*) 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.

plada en el art 245 de la LCT el bonus anual en su totalidad y no solo en la porción devengada. Hasta el momento del despido.

Ahora bien, el carácter de anualidad de percepción no puede quitarle el carácter de habitualidad ya que es una forma de constituir dicha habitualidad, es decir esa anualidad es "constituyente" de la habitualidad.

Cabe entonces interrogarnos si por la ruptura antes de tiempo, ya sea una renuncia o un despido, ¿corresponde el pago del bonus anual? Esta pregunta seguramente puede tener múltiples respuestas, pero adelantaremos que prevalecemos el pago proporcional para los casos de despido sin causa.

En esta situación el empleado no pudo sopesar las pérdidas que se le producen por no cumplir el plazo de anualidad, fundamentalmente por no ser el que tomó la decisión rupturista. Esa acción en el distracto, lógicamente se encuentra fuera de su esfera decisoria.

Y en el supuesto de adherir a la posición del pago resta ver si corresponde la totalidad del bonus o el proporcional.

Interpretamos que la respuesta a dicho interrogante es directamente proporcional al tiempo devengado. Y ello sería por la eficacia y resultados de las acciones producidas hasta el momento de su desvinculación y la posibilidad de concreción y mantenimiento de los objetivos.

Si la tendencia en el rubro que se trate es irreversible y el periodo anual transcurrido es importante, a modo de ejemplo más del sesenta por ciento del año, correspondería la liquidación de la totalidad del bonus.

Cabe señalar que ante los beneficios que han obtenido las partes de un contrato laboral por los objetivos cumplidos en la obtención de los resultados requeridos para el cobro del bonus conformó una entidad concreta que benefició a alguien.

Negarlos (los beneficios) habilita sin dudas, la posibilidad de que alguna de las partes intervinientes obtenga un beneficio indebido.

Jurisprudencia Nacional

SALAS MATERNALES Y GUARDERÍAS EN LUGARES DE TRABAJO

Orden dada al Poder Ejecutivo nacional de reglamentar el art. 179 de la ley 20.744.

1. — La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo del art. 179 de la ley 20.744 conduce en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar. Se configura entonces, en los términos de la doctrina de esta Corte, una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el art. 99, inc. 2° de la CN. En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

2. — El art. 103 bis, inc. f de la ley 20.744 no es incompatible con el art. 179 de ese cuerpo normativo y no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. Al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de contrato de trabajo, no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.

3. — El art. 103 bis, inc. f de la ley 20.744, que contempla un reembolso de gastos, en modo alguno justifica la omisión de reglamentar el art. 179 de ese cuerpo normativo. Claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse. Y, en esos términos, la interpretación que efectúa el a quo respecto a que el reintegro de gastos previsto en el art. 103 bis, inc. f de la LCT ha sido enunciado por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales en virtud de la reglamentación, aparece como razonable y no ha sido en modo alguno refutada por el recurrente (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

4. — La procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso. Ello constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual —y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada— los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (artículo 14 bis de la Constitución Nacional) (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

5. — En atención al tiempo transcurrido, que durante décadas malogró la vigencia efectiva del derecho reconocido, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el art. 43 de la CN en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación omitida tal como hizo el a quo (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

6. — Dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados. Basta con observar la naturaleza del beneficio que consagra el artículo 179 de la ley laboral para apreciar que la omisión de la reglamentación por parte del poder administrador es causa directa e inmediata que impide al titular del derecho acceder a la satisfacción del bien jurídico asegurado por el legislador (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

7. — Más allá del tenor literal de las disposiciones del art. 179 de la LCT, la reglamentación que el Poder Ejecutivo ha de dictar no solo deberá tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades (del voto de los Dres. Maqueda y Lorenzetti).

8. — La falta de regulación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión. Si las cláusulas constitucionales, y las normas legislativas dictadas en su consecuencia por el Congreso, no pudieran regir

por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria. Frente a esta hipótesis, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino el deber, de controlar dicha omisión (del voto del Dr. Rosatti).

9. — La existencia de un mandato concreto del Poder Legislativo en el art. 179 de la LCT, su carácter de norma reglamentaria de derechos constitucionales, la existencia de omisión en su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo y la trascendencia de tal reglamentación, en conexión con el elemento temporal del incumplimiento (47 años), derivan necesariamente en la procedencia del control de tal omisión por el Poder Judicial (del voto del Dr. Rosatti).

10. — Corresponde concluir la procedencia del amparo por la omisión de autoridad pública que resulta de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso, que constituyendo una ilegalidad manifiesta lesiona en forma actual los derechos constitucionales de niños, niñas, y de los trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado. En el caso se han menoscabado los derechos invocados por los actores (del voto del Dr. Rosatti).

CS, 21/10/2021. - Etcheverry, Juan Bautista y otros c. EN s/ amparo ley 16.986.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/166541/2021]

CAF 49220/2015/1/RH1

Buenos Aires, octubre 21 de 2021.

Considerando:

1°) Que el dictamen del señor Procurador Fiscal contiene una adecuada reseña de los antecedentes de la causa y de los agravios formulados por el Estado Nacional. Por ello, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, se dan por reproducidos los términos de los puntos I y II de dicho dictamen.

En lo que respecta a la admisibilidad de la apelación extraordinaria, en la medida en que el recurrente sostiene que el fallo que condenó al Poder Ejecutivo a ejercer la facultad reglamentaria prevista en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional lesiona la división de poderes (artículo 1° de la Constitución Nacional) y excede las facultades jurisdiccionales de los jueces (artículo 116 de la Constitución Nacional), se encuentra en juego la determinación del alcance de dichas cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas. El recurso es, por ello, admisible (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48). Por otro lado, conviene destacar que no está en juego la inteligencia del artículo 43 de la Constitución Nacional en tanto el recurrente se ha limitado a sostener que no se han configurado los requisitos allí previstos para la procedencia de esa vía. Como acertadamente sostiene el dictamen (punto III), los agravios relativos a la admisibilidad de la acción de amparo solo remiten, en este caso, al estudio de cuestiones procesales, de hecho y prueba que, por principio, no habilitan la instancia extraordinaria y que, además, fueron resueltas sin arbitrariedad. En este aspecto, entonces, el recurso resulta inadmisible.

2°) Que el artículo 179 de la ley 20.744, en lo pertinente, dispone que "En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

Como puede verse, el propio texto de la norma condiciona la exigibilidad de la habilitación de las salas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determine el número de trabajadores por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. A pesar de ello, desde que la ley fue promulgada el 20 de setiembre de 1974, la norma en cuestión no fue reglamentada.

La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo conduce en la práctica, tal como sostiene el dictamen del señor Procurador Fiscal, a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por ende, relega el cumplimiento de la obligación de los empleadores e impide el ejercicio de un derecho concreto de los trabajadores de acceder a un servicio de apoyo en sus tareas de cuidado familiar. Se configura entonces, en los términos de la doctrina de esta Corte, una omisión de autoridad pública frente a un claro mandato legislativo que exige la reglamentación y que ha sido desoído por un tiempo irrazonable, en franca violación del deber establecido en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional ("Villarreal", Fallos: 337:1564, considerando 11).

No obsta a dicha conclusión lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744. Esta norma dispone que cuentan como beneficios sociales "los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones". Esta norma no es incompatible con el artículo 179 y ciertamente no suple la omisión de reglamentar dicho artículo. Tampoco suple la omisión la existencia de convenciones colectivas de trabajo que contemplan, bajo diversas modalidades, la disponibilidad de estos servicios en las empresas. Como acertadamente señala el dictamen del señor Procurador Fiscal, al tratarse de un derecho derivado de la propia ley de

contrato de trabajo no puede quedar condicionado al ejercicio de la autonomía colectiva.

En definitiva, frente a la injustificable omisión de reglamentar una ley que expresamente impone el deber de reglamentar, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que subsane esa omisión en un plazo razonable.

Por ello, de conformidad con el dictamen que antecede, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la Acordada 47/1991. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. — *Horacio D. Rosatti* (por su voto). — *Juan C. Maqueda* (por su voto). — *Ricardo L. Lorenzetti* (por su voto). — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco.*

Voto de los doctores *Maqueda* y *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal condenó al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, en el plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que dispone que "... En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan" (énfasis agregado).

La decisión, que revocó la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo presentada por el señor Juan Bautista Etcheverry, la señora Ximena Liggerini y la ONG "Centro Latinoamericano de Derechos Humanos".

El argumento de la cámara consiste en que se configuró una omisión de reglamentar el artículo 179 de la LCT, durante un tiempo prolongado, cuya ilegitimidad es manifiesta porque importa anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional.

En otro orden de ideas, indica que el hecho de que los actores puedan solicitar el reintegro de gastos de guardería o sala maternal previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT no impide el progreso de la acción porque dicha previsión ha sido establecida para los casos en que los empleadores no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales por no superar el número mínimo de trabajadores que determinara la reglamentación.

2°) Que, contra esa decisión, el Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social interpuso un recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja en examen.

El Estado invoca la existencia de una cuestión federal, se agravia de la arbitrariedad de la sentencia del tribunal de alzada y alega gravedad institucional.

En concreto, el recurrente plantea dos agravios. En primer lugar, se agravia de que la cámara admitiera la acción de amparo pues sostiene que ese tribunal —en una errada lectura del artículo 43 de la Constitución Nacional— violó su derecho de defensa. A su entender, asistía razón al juez de primera instancia cuando sostuvo que "el tiempo transcurrido entre el dictado de la ley y la interposición de la acción —más de cuarenta años— impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía", que el remedio en este caso no se producirá inmediatamente porque la organización de espacios de cuidado conlleva tiempo y que en este caso, además, el amparo no es la única vía idónea para satisfacer el derecho pues podrían optar por el reembolso de gastos de guardería que prevé el artículo 103 bis inciso f de la LCT. En segundo lugar, sostiene que el hecho de que la cámara ordenara al Poder Ejecutivo reglamentar un artículo de la LCT viola la división de poderes. En suma, considera vulneradas la supremacía constitucional, la supremacía federal y el principio de división de poderes.

3°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues se encuentra en juego la interpretación que cabe atribuir al artículo 43 de la Constitución Nacional, así como también a sus artículos 1° y 116, y la decisión recurrida ha sido contraria a la validez del derecho o exención que el apelante funda en ellos (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

Los agravios que imputan arbitrariedad a la cámara en la interpretación de normas de derecho común serán tratados conjuntamente con esas cuestiones dadas su íntima relación.

4°) Que, en atención a los agravios de la recurrente, la cuestión a resolver por esta Corte consiste en determinar si la acción de amparo del artículo 43 de la Constitución Nacional puede dar lugar a que el Poder Judicial revise las omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y ordene remediarlas sin violentar la división de poderes.

En otras palabras, la cuestión a decidir involucra dos aspectos. Por un lado, el debate gira sobre si la vía "expedita y rápida" prevista en el citado artículo 43 de la Carta Fundamental habilita el tratamiento de omisiones reglamentarias que se extendieron durante un

tiempo prolongado. Por otra parte, la decisión exige definir si el control jurisdiccional de las omisiones reglamentarias del Poder Ejecutivo y su remedio judicial resultan compatibles con la división de poderes propia de un Estado republicano.

5°) Que en cuanto a los alcances de la acción de amparo corresponde recordar que, desde la reforma constitucional de 1994, el amparo es el proceso explícitamente previsto en la Carta Fundamental para la tutela de derechos fundamentales contra todo acto o también, tal su propia letra, contra toda omisión que "en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley..." (artículo 43 de la Constitución Nacional).

A partir de los casos "Siri" (Fallos: 239:459) y "Kot" (Fallos: 241:291), la jurisprudencia de esta Corte enlazó el carácter expedito del amparo como vía procesal a la propia efectividad de la Constitución Nacional. Más precisamente, señaló que "Los preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas" ("Siri", Fallos: 239:459). También advirtió que si los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos "nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución"; y continuó diciendo que "la Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios" ("Kot", Fallos: 241:291).

Ahora bien, luego de la citada reforma de 1994, el Tribunal continuó velando por el reconocimiento del amparo en toda su plenitud y como llave para la realización de las demás cláusulas constitucionales.

El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues, como dijo esta Corte al resolver el caso "Halabi" en 2009, "donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido" (Fallos: 332:111). Ese principio es una continuación del que dio origen a la acción de amparo pues las garantías existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías ("Siri", Fallos: 239:459; "Kot", Fallos: 241:291 y "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492).

En esta línea y más recientemente, al resolver sobre la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el mandato legislativo de que los aportes jubilatorios voluntarios se tradujeran en un beneficio para los propios aportantes, esta Corte puntualmente consideró que la obligación jurisdiccional de remediar por vía de amparo la privación de un derecho alcanzaba a omisiones que se perpetuaban en forma actual "y por los últimos seis años" (cfr. "Villarreal", Fallos: 337:1564).

La Constitución protege las libertades y los derechos de las personas, y no es correcto interpretar que son meras declaraciones abstractas. Como dijo Joaquín V. González, las "declaraciones, derechos y garantías" no son "simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación" ("Manual de la Constitución Argentina", en Obras Completas, vol. III, Bs. As., 1935, N° 82, primera edición, p. 102).

La lectura del artículo 43 de la Constitución que hace el recurrente, al sostener que el prolongado tiempo de la omisión de reglamentar —más de cuarenta años— "impediría tener por acreditada la urgencia que requeriría esta vía", arrasa con la letra y el espíritu de esa cláusula constitucional. Es que la propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo.

El tiempo, en sí mismo considerado, lejos de obstaculizar la admisibilidad de la acción de amparo, agrava la lesión que esta acción debe resguardar. A su vez, y a la luz del sentido constitucional del artículo 43, tampoco resulta procedente el agravio del Estado referido a que el amparo no es la vía adecuada porque los beneficios a los que se accedería con una sentencia favorable no serán inmediatos debido a que, aun en el caso de reglamentarse la ley, se requiere "tiempo" para que las empresas puedan modificar sus estructuras para cumplir con la nueva reglamentación.

La inmediatez procesalmente requerida, se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado. Pero el tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales. Ello es irrelevante para la admisibilidad, porque llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación, sea que ella derive de una acción de amparo o de un proceso ordinario.

Por otra parte, no resulta atendible el planteo de la recurrente en cuanto a que el amparo no es la vía más idónea a la luz del artículo 43 de la Constitución Nacional porque el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ofrecería a los actores como alternativa el reintegro de gastos de guarderías o salas maternales. Tal argumento remite a un análisis de normas de derecho común cuya interpretación por el *a quo*, como se explicará,

no luce arbitraria en tanto no incurre en la excepcionalmente grave deficiencia de fundamentación que impidan considerar el pronunciamiento de los jueces de la causa como una sentencia fundada en ley, con directa lesión a la garantía del debido proceso ("Estrada, Eugenio", Fallos: 247:713, entre otros).

6°) Que en cuanto al segundo aspecto de la cuestión a decidir, esto es lo vinculado al alcance del control jurisdiccional sobre las omisiones y su remediación, corresponde, en primer lugar, encuadrar el derecho frustrado por la falta de reglamentación.

Dentro del marco general del derecho a la "protección integral de la familia" consagrado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incumbe al Estado garantizar, por un lado, una igualdad real de oportunidades para las personas con responsabilidades familiares, y por el otro, el cuidado adecuado de los niños cuyos padres trabajan. De manera que el artículo 179 de la LCT se relaciona también con el mandato constitucional de "...[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres..." (artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional).

Las diferentes normas involucradas en la efectiva reglamentación de espacios de cuidado en las empresas se encuentran ordenadas jerárquicamente por la Ley Suprema y su interpretación implica un diálogo de fuentes (artículos 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación) que integre armónicamente la Constitución Nacional, los tratados internacionales de rango constitucional, los demás tratados con jerarquía supra legal y la ley infraconstitucional.

Además de las normas constitucionales citadas, convergen en la cuestión los tratados internacionales que contienen normas similares. Así, el artículo 10, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados firmantes reconocen que "...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...".

En el mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer obliga a los Estados a modificar 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, y a garantizar la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto al cuidado de sus hijos (artículo 5, incisos a y b). Puntualmente, a fin de asegurar la efectividad del derecho de la mujer a trabajar, deben adoptar todas las medidas apropiadas para "...alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños..." (artículo 11, inciso 2°, ap. c).

La Convención sobre los Derechos del Niño prevé que "...los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas..." (artículo 18, inciso 3°).

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado por ley 23.451 y ratificado el 17 de marzo de 1988, tutela a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo a fin de evitar que tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Estipula que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades, los Estados deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con hijos a su cargo, 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 (artículos 1, inciso 1, y 3, inciso 1). Para lograrlo, impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

7°) Que teniendo en cuenta ese bloque de normas constitucionales y supra legales, la ley no hace más que aplicarlo específicamente.

Por esta razón, la LCT dispone (artículo 179): "Descansos diarios por lactancia. Toda trabajadora madre de lactante podrá disponer de dos descansos de media hora para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un período no superior a un año posterior a la fecha del nacimiento, salvo que por razones médicas sea necesario que la madre amamante a su hijo por lapso más prolongado. En los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y

guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

8°) Que, como ha quedado expuesto, con el dictado del artículo 179 de la LCT el Poder Legislativo ha dado cumplimiento a un mandato constitucional.

A su vez, la ley ordenó al Poder Ejecutivo reglamentar ese derecho. Sin embargo, no se encuentra discutido en esta causa que hay un claro mandato legislativo con base constitucional desoído desde el 20 de setiembre de 1974.

La falta de reglamentación durante cuarenta y siete años plantea claramente un problema de operatividad del derecho de los actores consagrado por el marco normativo apuntado.

De esa manera, la cuestión sometida a esta Corte consiste en interpretar si la omisión de reglamentar es exigible y si una condena al Poder Ejecutivo que consista en obligar a reglamentar una ley dictada por el Congreso de la Nación, es consistente con el principio republicano de división de poderes y se encuentra dentro de las facultades jurisdiccionales.

9°) Que no cabe duda de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 99, inciso 2° de la Constitución Nacional establece que "...el Presidente de la Nación... expide las instrucciones y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...".

Ahora bien, más allá de los correspondientes ámbitos de discrecionalidad, la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de escrutinio judicial cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional. Es que tanto se vulnera la Constitución Nacional cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda. Como dijo Bidart Campos, "cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento" y "cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido" pues en caso contrario la supremacía constitucional "declinaría su vigor y su sentido genuino" (Germán J. Bidart Campos, "La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", en ED, 78-785, 1978, ps. 785/789).

En este caso, del propio texto del artículo 179 de la LCT se desprende que es necesario que el Poder Ejecutivo expida un reglamento para la operatividad del derecho que consagra, es decir, para la ejecución de lo dispuesto por una ley de la Nación. Y lo cierto es que la Ley de Contrato de Trabajo fue promulgada en 1974 (ley 20.744, artículo 1°) y todavía no ha sido reglamentado el artículo al que se viene haciendo alusión.

10) Que esa falta de reglamentación es la causa que impide el ejercicio del derecho, porque no hay otro modo de obtener su satisfacción.

En este sentido, cabe rechazar el argumento que postula que la solución prevista en el artículo 103 bis, inciso f, torna abstracta la falta de reglamentación del artículo 179 de la misma Ley de Contrato de Trabajo.

El mencionado artículo 103 bis, inciso f, prevé que cuentan como beneficios sociales "...los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones...".

Al respecto, se comparte el criterio expuesto por el señor Procurador Fiscal en cuanto a que esta disposición —incorporada a la LCT por la ley 24.700— que contempla un reembolso de gastos en modo alguno justifica la omisión de reglamentar el artículo 179. Claramente se trata de dos prestaciones diferentes y la inconsecuencia o imprevisión del legislador no debe suponerse. Y, en esos términos, la interpretación que efectúa el *a quo* respecto a que el reintegro de gastos previsto en el artículo 103 bis, inciso f, de la LCT ha sido enunciado por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales en virtud de la reglamentación, aparece como razonable y no ha sido en modo alguno refutada por el recurrente.

Por todo ello, la única solución es la reglamentación del artículo mencionado y cabe examinar si, ante la omisión referida, corresponde que el Poder Judicial ordene esa actividad al Poder Ejecutivo.

11) Que la solución de este caso obliga a ponderar la función del Poder Judicial en cuanto a garantizar el acceso a justicia así como la eficacia de los derechos, por un lado, y por el otro, la división de poderes.

En relación al primer principio, esta Corte ha considerado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452; 339:1077).

En cuanto al segundo principio, todos los precedentes de esta Corte Suprema son consistentes en señalar que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las fun-

ciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones (Fallos: 155:248; 311:2580; 320:2851, entre muchos otros).

En cuanto a la ponderación entre ambos principios, esta Corte ha señalado que le corresponde al Poder Judicial buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida que dichos derechos puedan estar lesionados (Fallos: 328:1146; 341:39).

Por ello cabe concluir que deben ser respetados los ámbitos de discrecionalidad del Poder Ejecutivo, con un límite, esto es, que se configure una omisión durante un tiempo irrazonable que torne ilusoria alguna cláusula de la Constitución.

12) Que en los casos en que hay una omisión en la implementación de alguna cláusula constitucional, esta Corte Suprema ha ordenado a las autoridades públicas correspondientes su cumplimiento o bien ha ordenado directamente su reparación pretoriana.

En efecto, en varias oportunidades la Corte ha debido abordar el control jurisdiccional sobre las omisiones legislativas y reglamentarias en las que incurrieron diferentes autoridades federales y provinciales. Esas demoras frustraban tanto derechos fundamentales como cláusulas constitucionales vinculadas a la estructura de poder y al federalismo. A su vez, esos mandatos desoídos fueron remediados mediante órdenes a las autoridades públicas correspondientes o directamente por la propia decisión judicial.

Por una parte, en una serie de precedentes que encuentran sus raíces incluso antes de la reforma de 1994, el Tribunal consideró que la omisión reglamentaria no obstaba a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición normativa alguna (vgr. "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492; "Urteaga", Fallos: 321:2767; "Halabi", ya citado).

En 2006, en "Badaro" (Fallos: 329:3089), la Corte señaló que la ausencia de aumentos jubilatorios configuraba un apartamiento del mandato de movilidad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Y consideró pertinente poner en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional y del Congreso de la Nación que la omisión de disponer un ajuste por movilidad estaba privando al actor de un derecho conferido por la Ley Fundamental.

En esa misma causa, pero en 2007, el Tribunal señaló que, agotado el plazo razonable sin que se adoptaran las medidas necesarias, correspondía remediar la omisión legislativa que había advertido y el daño derivado de ella, determinando los porcentajes de aumento adecuados para nivelar la prestación jubilatoria (Fallos: 330:4866).

Asimismo, en 2014, en el ya citado caso "Villarreal", la Corte remedió directamente la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la ley 26.425 en cuanto al modo en que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio (Fallos: 337:1564).

Por otra parte, también se refirió a omisiones legislativas que afectaban la realidad de las normas más básicas del federalismo constitucional.

En 2014, en "Intendente Municipal Capital" (Fallos: 337:1263), tuvo en cuenta la demora de dieciséis años en dictar la ley de coparticipación municipal prevista en la Constitución de la Provincia de La Rioja, y, al respecto, señaló que no era posible aceptar que el dictado de la ley —es decir, el acatamiento de la Constitución— quedara condicionado a la concreción de acuerdos políticos por un tiempo irrazonable, pues al "subordinar la realización del proyecto constitucional a la posibilidad o no de obtener esos acuerdos sin considerar la irrazonable demora en alcanzarlos, el argumento invierte una regla elemental del orden constitucional argentino, según el cual la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto" (confr. Fallos: 337:1263, considerando 13). En atención a estas consideraciones, revocó la sentencia que había rechazado *in limine* el amparo interpuesto por la demora legislativa.

Luego, en el año 2015, al resolver los tres casos referidos a la detracción de fondos de la coparticipación federal a las provincias ("Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional", Fallos: 338:1356; CSJ 191/2009 (45-S)/CS1 "San Luis, Provincia de c. Estado Nacional" y, *mutatis mutandi*s, CSJ 786/2013 (49-C)/CS1 "Córdoba, Provincia de c. Estado Nacional y otro s/ medida cautelar", sentencias del 24 de noviembre de dicho año), este Tribunal sostuvo que, si bien no desconocía la complejidad política de la cuestión, lo cierto era que conspiraba contra el federalismo el lapso de diecinueve años que había pasado desde la fecha fijada por la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional para establecer un régimen de coparticipación (Fallos: 338:1356, "Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de incons-

titucionalidad", considerando 39). Más aún, sostuvo que esa complejidad no podía resultar un justificativo para un inmovilismo que ya superaba ampliamente los tres lustros y que conspiraba claramente contra el objetivo de fortalecer el federalismo fiscal perseguido por los constituyentes de 1994. A la luz de estos razonamientos, exhortó "a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional".

Finalmente, en 2019, al tratar el caso "Bazán" (Fallos: 342:509), sostuvo que el inmovilismo en llevar a cabo la transferencia de la justicia nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires configura una omisión que "constituye un incumplimiento literal de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto" (Fallos: 342:509, considerando 12). Luego de advertir esta situación, resolvió que "de ahora en más, será 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 —como en el caso— entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad".

13) Que, a la luz de esta línea jurisprudencial y, puntualmente, en los términos de la doctrina del precedente "Villarreal", la procedencia del amparo por omisión de autoridad pública resulta de la falta de implementación señalada ante la existencia de un mandato legislativo expreso. Ello constituye una ilegalidad manifiesta que lesiona en forma actual —y por los últimos 47 años, desde que la ley 20.744 fue promulgada— los derechos constitucionales invocados por los accionantes, en razón de la especial tutela que dispensa el ordenamiento jurídico a uno de los sujetos constitucionalmente identificados como de preferente protección (artículo 14 bis de la Constitución Nacional).

En este marco, y en atención al tiempo transcurrido, que durante décadas malogró la vigencia efectiva del derecho reconocido, la exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional en la medida en que no aseguraría que cese la omisión advertida. De manera que solo resulta posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la Ley de Contrato de Trabajo e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación omitida tal como hizo el *a quo*.

En estas condiciones, dar curso al presente amparo tiende a posibilitar la efectiva preservación de los derechos invocados, en el entendimiento de que debe propenderse a la efectiva operatividad de los derechos constitucionalmente consagrados. Basta con observar la naturaleza del beneficio que consagra el artículo 179 de la ley laboral para apreciar que la omisión de la reglamentación por parte del poder administrador es causa directa e inmediata que impide al titular del derecho acceder a la satisfacción del bien jurídico asegurado por el legislador.

14) Que, por lo demás y en cuanto permite esclarecer los alcances de la solución que se adopta, cabe advertir que, más allá del tenor literal de las disposiciones del varias veces citado artículo 179 de la LCT, la reglamentación que el Poder Ejecutivo ha de dictar no solo deberá tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades.

El Convenio 156 de la OIT —ratificado por nuestro país con posterioridad a la sanción de la ley 20.744— claramente ha equiparado ambas situaciones. Como ya se dijo, dicho convenio impone a los Estados el deber de desarrollar o promover servicios comunitarios públicos o privados que atiendan las necesidades de las personas, sean mujeres o varones, que desempeñan o desean desempeñar un empleo y tienen hijos a su cargo (cfr. normas ya citadas de los artículos 1, 3 y 4 de dicho convenio).

Al resolver recientemente el caso "Puig" (Fallos: 343:1037), esta Corte ha dicho que las directivas que emanan de dicho convenio y de los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente a 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 asumir, en pie de igualdad con las mujeres, los compromisos propios del ámbito doméstico (cfr. fallo citado, considerando 11); y también lo es, como acontece en el caso *sub examine*, la de promover servicios comunitarios que les permitan desempeñar un empleo sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se

declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. *—Juan C. Maqueda. —Ricardo L. Lorenzetti.*

Voto del doctor *Rosatti*

Considerando:

1°) Que los actores Juan Bautista Etcheverry y Ximena Liggerini, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías cuyos lugares de trabajo no cuentan con ellas, junto con la ONG "Centro Latinoamericano de Derechos Humanos", iniciaron un amparo peticionando se subsane la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo en cuanto establece que "(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan".

En concreto, solicitaron se condene al Estado Nacional —Poder Ejecutivo Nacional— a dictar la reglamentación pertinente (fs. 1/18 de los autos principales cuya foliatura se citará a continuación).

Precisaron que hay una omisión del Poder Ejecutivo del deber de reglamentar el artículo citado, invocando el principio de obligatoriedad del ejercicio de la competencia (artículo 3 Ley Nacional de Procedimientos Administrativos) atribuida por el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, y del llamado a reglamentar expreso que —sostuvieron— le realiza el legislador en la norma de marras, al referir a las condiciones "que determine la reglamentación". Asimismo, manifestaron que la omisión citada lesiona de manera actual, con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, los derechos de los actores.

2°) Que el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 7 rechazó la acción incoada sobre la base de considerar, con remisión al dictamen de la señora Fiscal Federal, que no se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de una acción de amparo que, por su naturaleza, es expedita y rápida.

3°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar al amparo ordenando al Poder Ejecutivo Nacional a reglamentar, dentro del plazo de noventa días hábiles, el artículo 179 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (fs. 149).

Para así decidir, el *a quo*, por remisión a lo dictaminado por el Fiscal General, consideró admisible la acción de amparo. Sostuvo que la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 179 de la ley 20.744 era manifiesta, a la luz de los términos del artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional. A su vez, señaló que los cuarenta años transcurridos entre la sanción de la ley en estudio y el inicio de las presentes actuaciones no resultaban óbice para el tratamiento del amparo, en virtud de que la pretensión tiene como fin tutelar una omisión de los órganos estatales. Asimismo, advirtió que en el presente caso no se encontraba controvertida la legitimación activa de los amparistas.

A renglón seguido, la cámara consideró que para que se verifique una omisión inconstitucional susceptible de control jurisdiccional debía existir un mandato normativo expreso, exigible e incumplido, que hubiese generado la vulneración de derechos o garantías, es decir —en definitiva— que se esté en presencia de un "caso" en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional.

Estimó que dicho supuesto se verificaba en autos ya que la falencia en la reglamentación del artículo 179 citado, hecho "público y notorio", configuraba una omisión manifiestamente ilegítima, que se había prolongado desde la sanción de la disposición legal hasta nuestros días, y que importaba, en la práctica, anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protege intereses consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional, en particular el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Por otro lado, consideró satisfecho el extremo relativo al perjuicio concreto, atento que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías, sin que sus lugares de trabajo cuenten con ellas.

Por último, realizó una lectura armónica de los artículos 103 bis, inciso f, y 179 de la ley 20.744, en base a lo cual concluyó que ambas disposiciones tienen carácter complementario, y no alternativo. Es decir, que la previsión realizada por la primera norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales, en los términos del segundo artículo referido. En consecuencia, estimó que el hecho de que los actores no hayan solicitado tal beneficio no resultaba un obstáculo a la procedencia del presente reclamo.

4°) Que contra ese pronunciamiento el Estado Nacional —Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social— interpuso recurso extraordinario federal (fs. 152/163) que, al ser denegado (fs. 181), dio origen a la presente queja (fs. 36/41 de la queja).

El recurrente invoca cuestión federal simple, la arbitrariedad del pronunciamiento y que el caso reviste gravedad institucional. Argumenta que la sentencia apelada vulnera la supremacía constitucional, el régimen federal y el principio de división de poderes. Alega que la condena a reglamentar emitida en el pronunciamiento implica una transgresión a las normas de derecho positivo que afecta la división de poderes, erigiendo al juzgador en legislador, y constituye una violación de los derechos constitucionales a la defensa en juicio y al debido proceso, así como a los principios de legalidad y razonabilidad.

Añade que la naturaleza de remedio excepcional que cabe predicar de la acción de amparo deducida, exige concluir que esta no es idónea para abordar y resolver el planteo de los actores. En concreto, considera que la naturaleza del remedio intentado en autos resulta incompatible con la urgencia propia de la garantía mencionada, dado que, en caso de ordenarse la reglamentación requerida, su instrumentación demandaría un lapso temporal inconsistente con la tutela rápida y expedita propia de un proceso de amparo.

En definitiva, sostiene que no se encuentran acreditadas las circunstancias necesarias para recurrir a esa vía procesal sumarísima; en particular, los requisitos de ausencia de otros procedimientos ordinarios y la existencia de un daño concreto y grave que justifique este tipo de intervención jurisdiccional rápida y expedita. Asimismo, sostiene que los actores podrían haber satisfecho su pretensión mediante la opción por el reintegro de gastos del artículo 103 bis, inciso f, de la ley 20.744.

5°) Que los agravios del apelante habilitan la apertura de esta instancia de excepción en tanto se ha puesto en cuestión la interpretación de los artículos 1°, 99 inciso 2°, y 116 de la Constitución Nacional. Asimismo, se encuentra controvertida la télesis del artículo 43 de la Constitución Nacional en la que el *a quo* asentó su decisión favorable a la vía del amparo para el control de omisiones al deber de reglamentación. Estos planteos, conforme a los términos en que quedara planteada la controversia, atañen a derechos expresamente tutelados por el bloque de constitucionalidad cuya afectación se atribuyó al obrar omisivo del Estado.

En suma, se encuentra en juego la determinación del alcance de cláusulas constitucionales y la decisión recurrida ha sido contraria al derecho que el apelante funda en ellas (artículo 14, inciso 3°, de la ley 48).

En cuanto a la consideración de los agravios relativos a la alegada arbitrariedad, por encontrarse inescindiblemente unidos a la cuestión federal antedicha, corresponde sean examinados en forma conjunta con la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio (Fallos: 329:4206 y 330:1195 y sus citas).

6°) Que no resulta controvertido que el Poder Ejecutivo no ha reglamentado el artículo 179 *in fine* de la LCT, en cuanto establece que los empleadores que la reglamentación indique deberán habilitar salas maternales y guarderías, ni que dos de los actores son trabajadores con hijos en edad de concurrir a guardería y que sus lugares de trabajo no cuentan con ellas. En este marco, deviene dirimente para la pretensión revisora: i) esclarecer la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales cuya violación fue derivada por el *a quo* de la omisión reglamentaria reprochada; ii) establecer si el control jurisdiccional de la omisión al deber de reglamentación en que incurrió el Poder Ejecutivo resulta compatible con el principio republicano de la división de poderes; y iii) determinar si la tutela de dichos derechos podía reclamarse por la vía del amparo.

7°) Que es dable memorar, en este punto, el criterio sostenido por este Tribunal conforme al cual corresponde a los jueces —y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación— en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, 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 "Varela", Fallos: 341:1106, considerando 9° del voto del juez Rosatti).

De ahí que el análisis de la omisión de reglamentación del citado artículo 179 de la LCT debe reflejar el arraigo que dicho precepto tiene en los derechos y garantías que la Constitución Nacional y las normas que integran el bloque constitucional reconocen.

8°) Que, puestos en este quicio, resulta manifiesto que el citado artículo 179 *in fine* de la LCT encuentra sustento en distintos preceptos ubicados en la más alta jerarquía normativa.

En efecto, el precepto legal aludido se conecta con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto estipula la "protección integral de la familia", pues el listado de beneficios allí 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), Castellví, Santa Fe, 1957, p. 139). La "familia" constitucionalmente aludida, conforme a una interpretación dinámica del texto constitucional, 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).

9°) Que de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia se desprenden derechos y responsabilidades inherentes —entre otros tópicos— al cuidado de los hijos menores de edad, pautas que también reciben reconocimiento expreso en un conjunto de instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, vigentes con el más alto rango jurídico conforme al reenvío dispuesto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

En efecto, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece que los estados firmantes reconocen que "(s)e 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...". Específicamente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para "alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños" (artículo 11, inciso 2).

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra obligaciones inherentes a los Estados firmantes vinculadas con el tema de debate en autos. Así, el inciso 2° del artículo 18 establece, en general, que "(a) los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños". Con relación a los padres trabajadores, el inciso 3° prevé que "(l)os Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas".

Asimismo, el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley 23.451 y con jerarquía supra legal en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional, al referir a los derechos de los trabajadores y de las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para desarrollar o promover servicios comunitarios, públicos o privados, tales como los servicios y medios de asistencia a la infancia y de asistencia familiar (artículo 4, inciso b).

10) Que la recta interpretación de la cláusula constitucional relativa a la protección integral de la familia requiere la específica ponderación del 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, Tomo I B, p. 219).

En este aspecto, se comparte el criterio sostenido por el señor Procurador Fiscal en el acápite IV de su dictamen, párrafo 11 *in fine*, en cuanto a que la regulación de la asistencia al cuidado familiar es abordada como una vía dirigida a la equiparación de las responsabilidades y a la igualdad real de oportunidades y de trato de las mujeres en el ámbito del trabajo. En efecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuando refiere al fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños, aclara expresamente el objetivo de la norma, ya que enuncia que se dicta "con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar" (artículo 11, inciso 2).

En idéntica perspectiva, los derechos reconocidos en la legislación —cuya frustración se verifica por la omisión de reglamentar— constituyen una proyección de la tutela preferencial prevista en el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, donde se establece como potestad del Congreso "(l)egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

La preferente tutela constitucional de mujeres y niños, y el amparo que el Convenio 156 de la Organi-

zación Internacional del Trabajo otorga a los trabajadores para el ejercicio de las responsabilidades familiares y el desarrollo de su proyecto de vida, invalida todo límite que se pretenda imponer al efectivo goce de sus derechos.

11) Que las mandas que emergen del bloque de constitucionalidad y de las cláusulas supra-legales citadas ponen de manifiesto, asimismo, la necesidad de superar los estereotipos de género que una lectura literal del artículo 179 podría abonar. La limitación del derecho a contar con guarderías en sus lugares de trabajo a las trabajadoras (interpretando que se excluiría a los trabajadores) desconoce 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 No. 242, párr. 50)" (Fallos: 343:1037, voto del juez Rosatti).

Admitir la formulación legal sancionada en 1974, destinada a una sociedad y un tiempo sustancialmente distintos al actual, como una limitación o impedimento —basado en el sexo y/o en el género— importaría consagrar una inteligencia regresiva y discriminatoria, que contrasta con la orientación postulada por esta Corte al señalar que "las leyes no pueden ser interpretadas sólo 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°).

No resulta óbice a la conclusión que antecede la obligación que la Carta Fundamental impone al legislador de adoptar medidas de acción positiva en favor de las mujeres (artículo 75 inciso 23, ya citado) pues dicha cláusula está destinada a resaltar la necesidad de equiparar a sectores históricamente rezagados, pero no a desconocer los derechos que pudieran corresponder a otros colectivos que se encuentren en igualdad real de condiciones.

12) Que una vez desarrollados los principios constitucionales que se proyectan en la norma en estudio, corresponde considerar el planteo sostenido por el recurrente en el sentido de que el control jurisdiccional de las omisiones al deber de reglamentación en que incurra el Poder Ejecutivo resulta incompatible con el principio republicano de la división de poderes y no se encuentra entre las potestades constitucionales del Poder Judicial.

El aserto encuentra adecuada respuesta a la luz del concepto de "fuerza normativa de la Constitución", conforme al cual "la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo".

En este sentido, "para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio" (Bidart Campos, Germán, "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, p. 21).

La fuerza normativa de la Constitución Nacional demanda su cumplimiento ineludible por parte de los poderes constituidos del Estado, tanto el Legislativo como el Ejecutivo y el Judicial. En ese marco, la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar un mandato legislativo concreto, no solo repercute en la negación de los derechos constitucionales regulados por el legislador en la norma en juego, sino que también implica la frustración del artículo 99, inciso 2, que le atribuye expresamente su potestad de expedir "las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

13) Que la falta de regulación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión. Si las cláusulas constitucionales, y las normas legislativas dictadas en su consecuencia por el Congreso, no pudieran regir por ausencia de reglamentación, la supremacía constitucional se tornaría ilusoria. Frente a esta hipótesis, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino el deber, de controlar dicha omisión.

Esta Corte ha sostenido que cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley, se configura una omisión de la autoridad pública (Fallos: 337:1564). Máxime cuando, como en el presente caso, la naturaleza del mandato formulado por el legislador (la reglamentación de un sistema de salas maternales y guarderías, la identificación de los establecimientos que deben cumplimentarlo en función del número mínimo de trabajadores, la delimitación de la edad de los menores comprendidos, y, en general, la previsión de las condiciones que deben

reunir dichas salas) permite colegir el carácter imprescindible de la mediación reglamentaria.

14) Que, en línea con lo reseñado, la fuerza normativa de la Constitución exige que frente a mandatos constitucionales y legislativos concretos, el Poder Judicial deba determinar —en los casos que se presenten a sus estrados— si existe una violación no sólo por acción sino también por omisión de las autoridades constituidas que deben hacer operativas las pautas constitucionales o legales, sin que ese accionar pueda ser considerado como una afectación al principio republicano de división de funciones del Estado consagrado por el artículo 1° de nuestra Norma Fundamental.

En el presente caso, la existencia de un mandato concreto del Poder Legislativo en el artículo 179 de la LCT, su carácter de norma reglamentaria de derechos constitucionales, la existencia de omisión en su instrumentación por parte del Poder Ejecutivo y la trascendencia de tal reglamentación, en conexión con el elemento temporal del incumplimiento (47 años), derivan necesariamente en la procedencia del control de tal omisión por el Poder Judicial.

15) Que con relación a la idoneidad de la vía articulada por los actores, este Tribunal ha sostenido que el artículo 43 de la Constitución Federal "ha sido diseñada como la vía expedita y rápida —siempre que no exista otro medio judicial más idóneo— contra tod[a] (...) omisión de autoridad pública (...) que en forma actual lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución Federal, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" (Fallos: 337:1564, considerando 12).

En ese marco, corresponde concluir la procedencia del amparo por la omisión de autoridad pública que resulta de la falta de implementación de un mandato legislativo expreso, que constituyendo una ilegalidad manifiesta lesiona en forma actual los derechos constitucionales de niños, niñas, y de los trabajadores y trabajadoras que ejercen tareas de cuidado. En el caso se han menoscabado los derechos invocados por los actores (cfr. criterio de Fallos: 337:1564, considerando 11).

16) Que, asimismo, se comparte el criterio del señor Procurador Fiscal, en torno a que no obsta a la conclusión arribada lo dispuesto en el artículo 103 bis, inciso f de la ley 20.744, en cuanto dispone que cuentan como beneficios sociales "los reintegros documentados con comprobantes de gastos de guardería y/o sala maternal, que utilicen los trabajadores con hijos de hasta seis años de edad cuando la empresa no contare con esas instalaciones".

Una interpretación sistemática de esta cláusula con la del artículo 179 permite concluir que el legislador ha previsto prestaciones diversas y complementarias. En efecto, esta Corte ha señalado que la tarea de interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos y su conexión con las otras normas que integran el ordenamiento jurídico (Fallos: 258:75), evitando darles a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como criterio verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 1:297; 277:213; 281:170; 296:372; 310:195; 312:1614 y 323:2117).

En tal sentido, el argumento sostenido por la cámara en torno a que la previsión realizada por la norma citada, relativa al reintegro de gastos de guardería o sala maternal, ha sido enunciada por el legislador para los supuestos de empleadores que no se encuentren obligados a contar con guarderías o salas maternales, aparece como razonable y ajustada a la manda constitucional *ut supra* reseñada.

Finalmente, tampoco puede considerarse satisfecho el deber de reglamentación por la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la disponibilidad de servicios de guarderías y salas de cuidado en diversas empresas, pues, conforme ha expresado el señor Procurador Fiscal en el acápite IV *in fine* de su dictamen, al tratarse de un derecho derivado de la propia LCT, no puede quedar condicionado al poder de negociación de sindicatos y empleadores.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, con costas (artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Exímase al recurrente de efectuar el depósito previsto en el artículo 286 del código citado, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. — *Horacio D. Rosatti.*

TUTELA SINDICAL

Empleado público. Revocación de sentencia que declaró la reinstalación de un consejero gremial y dispuso la nulidad del despido. Contrato por tiempo determinado. Sentencia arbitraria. Disidencia.

1. — Si bien el art. 47 de la ley 23.551 y el art. 1° de la ley 23.592 proscriben el despido motivado en razones sindicales, para considerar probado un despido discriminatorio por razones sindicales en los términos de dichas normas se deben acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su

existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación. De acuerdo con dicho estándar, no basta que haya existido activismo sindical para tener por acreditado que la extinción de un vínculo obedece a motivos discriminatorios. Es necesario, además, evaluar si dicha actividad es prima facie la razón por la que se dio por terminado el vínculo y, luego, considerar si el empleador logró acreditar que la extinción respondió a un móvil ajeno a toda discriminación. Nada de eso hizo la cámara, que se limitó a sostener que el mero activismo sindical del actor es suficiente para declarar la nulidad de la extinción del contrato.

2. — Aun si el actor fue designado en un cargo representativo, la cámara debió considerar detenidamente la cuestión de si aquel podía estar amparado por la tutela sindical prevista en el art. 48 de la ley 23.551 más allá del término contractual. En otras palabras, para arribar a una decisión fundada sobre la legitimidad de la extinción del vínculo, la cámara debió considerar si la circunstancia de adquirir el carácter de representante sindical podía, por sí sola, modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente entre las partes. La cámara, sin embargo, se limitó a sostener dogmáticamente que la tutela podía exceder el lapso de duración de la relación contractual, lo que hace que su decisión sea manifiestamente arbitraria.

3. — Más allá del carácter de representante gremial del actor, la cámara afirmó, según se vio, que se encontraba acreditada su condición de activista gremial y que ello determinaba también la nulidad del distracto. Dicha afirmación resulta infundada y prescinde, además, de tratar planteos conducentes oportunamente introducidos en el pleito.

4. — La relación jurídica del actor estaba sometida a plazo y su extinción tuvo su fuente en esa modalidad. El carácter de representante gremial presupone la existencia de un vínculo laboral, y carece de autonomía, por sí sola, para modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente. A idéntica solución se llega en cuanto a que la mera acreditación del carácter de activista sindical determinaba la nulidad del distracto. En este punto se advierte que la demandada había planteado ante la Cámara que no se había acreditado la existencia de un temperamento discriminatorio ya que la extinción del vínculo había obedecido únicamente al vencimiento del plazo de la contratación. Ese planteo tampoco fue tratado por el a quo. En consecuencia, cabe señalar que la sentencia no supera el juicio de razonabilidad y debe ser descalificada (del voto del Dr. Lorenzetti).

5. — El recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) (del voto en disidencia de los Dres. Rosatti y Maqueda).

CS, 21/10/2021. - Romero, Jonathan Iván c. Ministerio de Educación y Deportes de la Nación s/ juicio sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/166363/2021]

CNT 040803/2017/1/RH001

Buenos Aires, octubre 21 de 2021

Considerando:

1°) Que el actor promovió acción sumarísima a fin de que se declarase la nulidad del despido del que dijo haber sido objeto. Sostuvo que ingresó a trabajar en el Ministerio de Educación en agosto de 2014, que fue un activo militante de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y que, por su desempeño, fue designado "Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación" para representar a ATE en la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación. En ese contexto, aseveró que luego de su designación comenzó una actitud de avasallamiento que culminó con un despido sin causa el 1° de marzo de 2017. El actor tildó a dicho despido de discriminatorio en los términos de las leyes 23.551 y 23.592. Solicitó la reinstalación en el puesto de trabajo y el pago de indemnización por daño moral y salarios caídos.

Al contestar demanda, el Estado Nacional sostuvo que el actor había sido contratado en los términos del artículo 9° de la ley 25.164 por tiempo determinado hasta el 28 de febrero de 2017. Afirmó entonces que el actor carecía de estabilidad por ser un agente de carácter transitorio y que la decisión de no renovar el contrato se había ajustado a la normativa vigente. El Estado Nacional aseveró también que el actor carecía de representación gremial en virtud de que la designación que invocó no encuadraba en los artículos 40, 48 y 50 de la ley 23.551 porque no fue elegido por un órgano paritario sino por una comisión consultiva, es decir, un mero órgano de asesoramiento que carecía de representatividad.

2°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó lo resuelto por el juez de grado y ordenó la reinstalación del actor en el puesto en las mismas condiciones laborales que tenía al momento del despido y el pago de salarios caídos y daño moral. Para decidir de ese modo, la cámara sostuvo

que la designación del actor como consejero gremial constituía un cargo que requería representación gremial en los términos del artículo 48 de la ley 23.551 y que, por ello, la decisión rescisoria no se había ajustado al procedimiento establecido en el artículo 52 de dicha ley. La cámara afirmó además que la prueba testimonial permitía tener por acreditado el activismo gremial del actor y que todo ello determinaba la nulidad del despido.

3°) Que contra esa decisión el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario. Sostuvo que se había configurado una cuestión federal en tanto la cámara había omitido todo tratamiento referido a la normativa de empleo público en la que se sustentaba el vínculo (contrato de locación de servicios). También afirmó que existiría cuestión federal al considerarse que la designación del actor como consejero gremial constituía un cargo que requiere representación en los términos de la ley 23.551. Por otro lado, la recurrente fundó su recurso en la doctrina de la arbitrariedad. Adujo que la decisión de la cámara carecía de fundamentación adecuada porque había omitido considerar que las particularidades de la contratación fueron el fundamento de la extinción de la relación. Agregó que la cámara no había advertido que la falta de renovación del contrato obstaba a toda posibilidad de admitir la reinstalación y que lo contrario implicaría el restablecimiento por tiempo indefinido de un vínculo concluido, sin que la tutela sindical pudiese mutar la esencia de una relación de empleo transitoria ni conceder ultractividad a un vínculo llamado a fenecer. Además, la recurrente denunció que se había equiparado erróneamente el cargo en el que fue designado el actor con un cargo representativo y electivo y denunció una arbitraria valoración de la prueba a la hora de tener por acreditada la actividad sindical del actor. Finalmente, adujo que no había elemento convictivo alguno que demostrase que en el caso hubiese habido discriminación y que el estándar para determinarlo empleado por la cámara había sido arbitrario.

4°) Que los agravios vinculados a la cuestión de si el cargo de consejero gremial de capacitación en que fue designado el actor es un cargo electivo o representativo en los términos del artículo 48 de la ley 23.551, así como aquellos destinados a cuestionar que esté acreditado el carácter de activista del actor, son inadmisibles (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

5°) Que, respecto de los restantes agravios, al haber sido formulados con base en la existencia de cuestión federal así como en la doctrina de la arbitrariedad, corresponde atender primeramente a estos últimos pues, de configurarse tal vicio, no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 312:1034; 317:1155; 319:1997; 321:407; 324:2051, entre muchos otros). En ese sentido, 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, se ha violado la exigencia de que los fallos sean fundados (Fallos: 303:1148, entre muchos otros) y se ha omitido considerar un planteo oportunamente introducido y conducente para una adecuada solución del pleito (Fallos: 317:638; 330:4459 y 339:408, entre muchos más).

6°) Que la cámara empleó dos argumentos para admitir el planteo del actor. Por un lado, sostuvo que, habiendo sido designado en un cargo representativo, el accionante gozaba de la tutela del artículo 48 de la ley 23.551 y, por consiguiente, la decisión rescisoria era inválida en tanto no se había ajustado al procedimiento establecido en el artículo 53 de dicha ley. Por otro lado, independientemente de lo anterior, adujo que estaba probado el activismo gremial del actor. Concluyó que consideraba "suficientemente acreditada la actividad sindical del actor a la época del despido así como la existencia de tutela gremial ante el cargo de delegado ante el ya citado organismo paritario, además de haberse inobservado el procedimiento previo de exclusión de tutela gremial" y que ello bastaba para "disponer la nulidad del distracto discriminatorio" (fs. 239 de los autos principales).

7°) Que en relación al primer argumento de la cámara, corresponde señalar de modo preliminar que, tal como sostuvo la sentencia de primera instancia sin que ello haya sido cuestionado (fs. 190 de los autos principales), el actor prestó servicios para la Universidad Nacional de Quilmes en el marco del Programa de Formación Permanente del Ministerio de Educación desde el año 2014 mediante un contrato de locación de obra. Al finalizar dicho contrato, el 1° de septiembre de 2016 fue contratado por el Estado Nacional por tiempo determinado y de modo transitorio como asistente en los términos del artículo 9 de la ley 25.164 hasta el 31 de diciembre de ese año. Durante la vigencia de ese contrato fue designado en el cargo de consejero. El contrato fue luego renovado para el período que fue desde el 1 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, sin que hubiese sido renovado después de esa fecha.

Como puede verse, la contratación en los términos del artículo 9° de la ley 25.164 era transitoria y por tiempo determinado. En ese marco, este Tribunal tiene dicho que la posibilidad de la Administración de contratar por tiempo determinado, siempre que sea regular, implica que el vínculo "se extingue automáticamente por el mero vencimiento del término convenido, sin necesidad de acto administrativo alguno" (Fallos: 310:1390). En el mismo sentido, este Tribunal ha sostenido que el mero transcurso del tiempo no

puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio, pues lo contrario desvirtuaría el régimen jurídico básico de la función pública (Fallos: 312:245).

En ese contexto, aun si el actor fue designado en un cargo representativo, la cámara debió considerar detenidamente la cuestión de si el actor podía estar amparado por la tutela sindical prevista en el artículo 48 de dicha ley más allá del término contractual. En otras palabras, para arribar a una decisión fundada sobre la legitimidad de la extinción del vínculo, la cámara debió considerar si la circunstancia de adquirir el carácter de representante sindical podía, por si sola, modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente entre las partes. La cámara, sin embargo, se limitó a sostener dogmáticamente que la tutela podía exceder el lapso de duración de la relación contractual, lo que hace que su decisión sea manifiestamente arbitraria.

8°) Que más allá del carácter de representante gremial del actor, la cámara afirmó, según se vio, que se encontraba acreditada su condición de activista gremial y que ello determinaba también la nulidad del distracto. Dicha afirmación resulta infundada y prescinde, además, de tratar planteos conducentes oportunamente introducidos en el pleito.

En efecto, si bien el artículo 47 la ley 23.551 y el artículo 1° de la ley 23.592 proscriben el despido motivado en razones sindicales (y, con ello, protegen a quienes realizan activismo sindical sin revestir la condición de representantes gremiales), para considerar probado un despido discriminatorio por razones sindicales en los términos de dichas normas se deben acreditar hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, en cuyo caso corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que responde a un móvil ajeno a toda discriminación ("Pellicori", Fallos: 334:1387, "Varela", Fallos: 341:1106). Por consiguiente, de acuerdo a dicho estándar, no basta que haya existido activismo sindical para tener por acreditado que la extinción de un vínculo obedece a motivos discriminatorios. Es necesario, además, evaluar si dicha actividad es prima facie la razón por la que se dio por terminado el vínculo y, luego, considerar si el empleador logró acreditar que la extinción respondió a un móvil ajeno a toda discriminación. Nada de eso hizo la cámara, que se limitó a sostener que el mero activismo sindical del actor es suficiente para declarar la nulidad de la extinción del contrato.

Por otro lado, asiste razón a la recurrente al sostener que la cámara omitió tratar su planteo relativo a la falta de acreditación de la existencia de discriminación. La parte actora afirmó al expresar agravios que el estándar de "Pellicori" llevaba a concluir que el despido fue discriminatorio (fs. 214 de los autos principales) y la demandada lo negó expresamente al contestar agravios con fundamento en que la extinción del vínculo obedeció únicamente a que así había sido convenido en el contrato que el actor firmó (fs. 232 vta., 233). Nada dijo la cámara sobre dicho planteo.

9°) En tales condiciones, corresponde descalificar el fallo recurrido 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.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Reintégrese el depósito de fs. 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fs. 70 y 73. Notifíquese y, oportunamente, remítase. — *Carlos F. Rosenkrantz. — Elena I. Highton de Nolasco. — Ricardo L. Lorenzetti. — Horacio Rosatti. — Juan Carlos Maqueda.*

Voto del doctor *Lorenzetti*

Considerando:

1°) Que el actor promovió juicio sumarísimo con el objeto de que se declare la nulidad absoluta de su despido por haberse efectuado en violación a lo dispuesto en los arts. 47, 48, 50 y 52 de la ley 23.551 debido a que poseía tutela sindical vigente configurándose una conducta discriminatoria como consecuencia de su activismo sindical.

Sostuvo que ingresó a trabajar en el Ministerio de Educación en agosto de 2014, que fue un activo militante de la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) y que fue designado "Delegado Titular Consejero Gremial de Capacitación" para representar a ATE en la Comisión Consultiva del Sistema Nacional de Capacitación.

Afirmó que luego de esa designación comenzó una actitud de avasallamiento que culminó con su despido, el 1° de marzo de 2017, al que califica como "sin causa".

Solicitó su reinstalación; que se declare que la conducta de la demandada fue una práctica desleal; que se la sancione con multa; que se ordene el cese de actos discriminatorios y que se ordene reparar en daño moral.

2°) Que en primera instancia se rechazó la demanda.

Se destacó que la relación que existía entre las partes se regía por el art. 9° de la ley 25.164 que regula el régimen de las contrataciones que celebra el Estado de carácter temporario y por plazo determinado. En consecuencia, el actor revistó como agente transitorio excluido, por ende, del régimen de estabilidad.

En ese marco, el hecho de que el contrato del actor tuviese una duración por un plazo determinado, determina que el acto de rescisión comunicado al actor 30 días antes de la fecha de vencimiento de su contrato resultaba legítimo.

En cuanto a la intencionalidad persecutoria y discriminatoria señaló la jueza interviniente que la designación directa de un agente por parte de una entidad gremial en el cargo de "Consejero de Capacitación" no resulta suficiente para obtener tutela gremial a la luz de lo dispuesto en los arts. 48 y 50 de la ley 23.551.

Por último, se afirmó que no se encontraba probada la actitud discriminatoria atribuida a la demandada derivada del activismo gremial del actor.

3°) Que la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo revocó esa decisión y ordenó la reinstalación del actor en el puesto en las mismas condiciones laborales que tenía al momento del despido, el pago de salarios caídos y daño moral.

Para decidir de ese modo, entendió que la designación del actor como consejero gremial constituía un cargo que requería representación gremial en los términos del art. 48 de la ley 23.551 y que, por ello, la decisión resarcitoria no se había ajustado al procedimiento establecido en el art. 52 de esa ley. Por otra parte, entendió que la prueba rendida en autos resultaba suficiente para tener por acreditado el activismo gremial del actor lo que, junto a lo anteriormente expuesto, determinaba la nulidad del despido.

4°) Que contra esa decisión el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal. Esgrimió que existía cuestión federal en tanto se había omitido el tratamiento de la normativa de empleo público en la que se sustentaba el vínculo del actor con la demandada y por considerarse que la designación como consejero gremial constituía un cargo que requiere representación en los términos de la ley 23.551. Asimismo, tildó de arbitraria la sentencia de la Cámara en cuanto tuvo por probada la existencia de discriminación.

La denegación del recurso intentado motiva la queja en examen.

5°) Que es doctrina reiterada de este Tribunal que, cuando en un recurso extraordinario se alega conjuntamente la causa de arbitrariedad y la cuestión federal, corresponde examinar inicialmente la primera, dado que de existir esa impugnación, en rigor no habría sentencia propiamente dicha (Fallos: 324:3394, 3774; 325:279; 327:2163, entre otros).

En este sentido, si bien los agravios de las recurrentes remiten al examen de cuestiones fácticas, probatorias y de derecho común que, en principio, no son susceptibles de revisión por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48, cabe hacer excepción de tal premisa cuando, como aquí acontece, la sentencia apelada se apoya en meras afirmaciones dogmáticas, omite la consideración de cuestiones relevantes para la adecuada solución del litigio y, en definitiva, no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 311:2120; 316:379; 333:1273; 342:1429, entre muchos otros).

6°) Que no se encuentra discutido en autos que el actor prestó servicios para la Universidad Nacional de Quilmes en el marco del Programa de Formación permanente del Ministerio de Educación desde el año 2014 mediante un contrato de locación de obra. A su término, fue contratado por el Estado Nacional por tiempo determinado y de modo transitorio como asistente en los términos del art. 9° de la ley 25.164 (1 de septiembre de 2016-31 de diciembre de 2016). Durante su vigencia, el actor fue designado en el cargo de consejero. Dicho contrato se renovó desde el 1 de enero de 2017 al 28 de febrero de 2017, sin que hubiese continuado a su vencimiento.

La tipificación del vínculo es determinante para establecer las consecuencias jurídicas subsiguientes y ello fue omitido por la Cámara.

La relación jurídica del actor estaba sometida a plazo y su extinción tuvo su fuente en esa modalidad. El carácter de representante gremial presupone la existencia de un vínculo laboral, y carece de autonomía, por sí sola, para modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente.

A idéntica solución se llega en cuanto a que la mera acreditación del carácter de activista sindical determinaba la nulidad del distracto. En este punto se advierte que la demandada había planteado ante la Cámara que no se había acreditado la existencia de un temperamento discriminatorio ya que la extinción del vínculo había obedecido únicamente al vencimiento del plazo de la contratación. Ese planteo tampoco fue tratado por el a quo.

7°) Que la doctrina de la arbitrariedad tiene, actualmente, un fundamento normativo expreso en la exigencia de que la decisión judicial debe ser razona-

blemente fundada (artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El razonamiento jurídico exige delimitar el supuesto de hecho relevante para luego identificar la norma aplicable. En el presente se trató de un vínculo sometido a plazo y la norma jurídica aplicable determina su extinción. En cambio, la decisión bajo análisis parte de una norma jurídica relativa a la representación gremial para modificar el caso, lo cual resulta inadmisible.

El control de la decisión jurídica también debe basarse en los precedentes, ya que las partes obraron en base a la creencia de que esas reglas serían estables. Esa interpretación debe ser coherente con la pluralidad de fuentes del sistema jurídico. En el presente caso, la sentencia en recurso se aparta de ambos criterios de corrección hermenéutica.

Finalmente, no puede prescindirse del elemento consecuencialista, que atiende al tipo de incentivos que produce la decisión. En este caso, es claro que se desvirtúa todo el fundamento del contrato limitado en el tiempo, haciendo que un instituto regulado por el derecho pierda toda su utilidad para los futuros contratantes, con efectivos negativos para el empleo.

En consecuencia, cabe señalar que la sentencia no supera el juicio de razonabilidad y debe ser descalificada.

8°) Que, atento el modo en que se resuelve, resulta innecesario expedirse respecto de los restantes agravios traídos a conocimiento del tribunal.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo que aquí se resuelve. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito de fs. 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fs. 70 y 73. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

Disidencia de los doctores *Rosatti* y *Maqueda*

Considerando:

Que el recurso extraordinario, cuya denegación originó esta queja, es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se desestima la presentación directa. Declárese perdido el depósito de fojas 65, atendiendo a lo ya dispuesto a fojas 70 y 73. Notifíquese y previa devolución de los autos principales, archívese.

LIBERTAD SINDICAL

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ausencia de prácticas desleales. Revocación de multa.

1. — Es lógico considerar que pueda darse una mayor cantidad de promociones a favor de otra asociación en relación con la entidad accionante, pues resulta un hecho reconocido que aquella posee muchos afiliados más que la entidad sindical accionante.

2. — Se reconoció en primera instancia, como beneficio a favor de otra asociación, la concesión de un espacio físico para emplazar una oficina en el edificio donde funciona el Consejo de la Magistratura, cuando nadie indicó, ni mucho menos se demostró en el expediente, que igual petición hubiera sido realizada por la entidad accionante y que, eventualmente, hubiera sido denegada.

CNTrab., sala III, 10/08/2021. - Unión Empleados de la Justicia de la Nación y otro c. Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Consejo de la Magistratura y otro s/ práctica desleal.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/118117/2021]

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expte. n° CNT 013524/2007/CA001 - CA002

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 10 de 2021.

Considerando:

El doctor *Perugini* dijo:

Contra la sentencia de primera instancia que, en lo sustancial, consideró acreditadas distintas conductas de la demandada como constitutivas de práctica desleal y, en su mérito, la condenó a abonar una multa de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 incs. 1 y 3 de la ley 23551 y Anexo 2, Cap. 2, puntos 4.a y 5.3 y Cap. 4, punto 15.1 de la ley 25212, se alza en queja aquella a mérito del recurso que interpuso a fs. 1071/1092 vta y a su ampliatorio de fs. 1097/1099, los que fueran replicados por la contraria conforme constancias obrantes a fs. 1101/1106, a mi juicio con razón.

Previo a explicar los motivos que me llevan a tal conclusión, considero necesario aclarar que si bien es mi criterio que el juzgamiento de la conducta del organismo demandado por medio de un tribunal que integra la denominada "Justicia Nacional" atenta contra la autonomía reconocida a la Ciudad de Bue-

nos Aires en el art.129 de la Constitución Nacional y exorbita las facultades acordadas a aquella por el art. 8vo de la ley 24.588, la cuestión ha quedado definitivamente resuelta por la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 23 de mayo de 2010 (fs. 932), razón por la cual, más allá de dejar a salvo mi opinión personal, este tribunal se encuentra obligado a decidir sobre la cuestión que ha sido puesta a su consideración pese a las objeciones que al respecto pueda expresar la demandada en su recurso.

Ello establecido, y como necesario punto de partida para el análisis que realizaré a continuación, cabe destacar que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es un organismo creado y ordenado por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires con el objetivo de administrar los recursos del Poder Judicial de la Ciudad y proceder a la designación y eventual remoción de los jueces, tiene una composición multisectorial que comprende legisladores, jueces y abogados, y se expresa a través de las decisiones de sus respectivos organismos, por lo que aun cuando ello no pudiera impedir por si solo la eventual configuración de una conducta como las tipificadas por el art. 53 de la ley 23.551, es claro no solo que ello debe ser evaluado en el marco de las particularidades que hacen a la conformación y función del ente, sino que, en definitiva, tampoco podría confundirse la acción individual de alguno de sus integrantes o sus empleados con la voluntad que el organismo necesariamente expresa a través de sus órganos institucionales.

En cuanto a lo sustancial de la cuestión, la Jueza a quo entendió, fundamentalmente a partir de las declaraciones de los testigos S. P. (fs. 770/779), S. H. P. (fs. 780/787) y, en menor medida, S. G. F. (v., respectivamente, fs.770/779, 780/787 y fs. 952/953, aunadas a la documental aportada al expediente que detalla), que la demandada: a) interfirió en el funcionamiento de la asociación sindical actora al no considerar que tenía representación colectiva suficiente e impedirle el ejercicio de su derecho a la percepción de la cuota sindical; b) dificultó la afiliación de los trabajadores al discriminarlos en las promociones, promoviendo indirectamente la afiliación de los trabajadores a la otra entidad sindical; c) adoptó represalias contra los trabajadores en razón de su participación en actividades sindicales; d) se rehusó a negociar colectivamente, y, por último, e) le propició a la parte actora un trato discriminatorio.

Sin embargo, advierto que para llegar a la referida conclusión no solo se omitió considerar en el análisis de la testimonial los sólidos cuestionamientos formulados por la demandada a los dichos de P. y Pi. (fs. 806/808, cfr. art. 456 CPCCN), en particular aquellos que se dirigen a impugnarlos en cuanto a su objetividad en tanto el primero es Congresal y el segundo Secretario Adjunto de la Seccional 2 de la propia actora, cfr. fs. 770 y fs. 780-, sino que tampoco encuentro formulado mérito adecuado en torno de otras medidas de prueba (entre ellas, la pericial contable y demás elementos documentales) que, en su conjunto, quitan sustento fáctico a la conclusión alcanzada (art. 386 CPCCN).

En este sentido, y en primer lugar, debe destacarse que de la pericia contable y respuestas de la experta a las impugnaciones efectuadas (fs. 991), es posible observar la existencia de promociones a favor no solo de agentes asociados a AEJBA (Anexo 2, fs. 985/990) sino también para la propia UEJN (Anexo 1, fs. 982/984), siendo lógico considerar que pueda darse una mayor cantidad a favor de AEJBA en relación con la entidad accionante, solo si consideramos que resulta un hecho reconocido por el propio testigo P. que aquella posee muchos afiliados más que la entidad sindical accionante (ver fs. 777, cfr. art. 456 CPCCN).

En segundo término, tampoco advierto acreditada la alegada exclusión de la Mesa de Negociación acaecida el 16 de mayo de 2007 (según denuncia de fs. 16), punto en el que son varias las cuestiones que me impiden acceder a una conclusión similar a la que se llegó en primera instancia.

Esto así, en primer término, porque no advierto que la forma en la que quedara trabada la litis permita interpretar que se hubiera aceptado por el Consejo, de manera implícita (fs. 1053, 2° párrafo), el hecho denunciado, máxime cuando la denuncia relativa a la notificación que se habría efectuado a los dirigentes de la UEJN por parte de los integrantes de la Comisión del Salario (o Selección, ver fs. 219) acerca de que no podían participar de la reunión del 16 de mayo de 2007, resultó expresamente desconocida a fs. 508 (ver tercer y cuarto párrafos) y, a su respecto, se sostuvo en el responde que la desavenencia en cuestión fue solucionada a partir del camino del diálogo y de la participación del Plenario (fs. 519, cfr. art. 356 inc. 1 CPCCN), quien constituye en definitiva el único órgano que representa a la demandada en decisiones en materia salarial (ley 31 CABA, art. 20 inc. 16) y cuya voluntad, como ha sido dicho con anterioridad, no puede tenerse en absoluto por configurada, al menos a los fines de la este tipo de pretensión, por alguna acción individual de alguno o la totalidad de los integrantes de una comisión.

De todas maneras, aun dejando de lado esta cuestión que, en mi opinión, no resulta para nada menor, tampoco advierto acreditada, a partir de la prueba de testigos, la mentada exclusión de la UEJN de las negociaciones del año 2007, tal lo alegado en el escrito de inicio, y no del año 2006 como se expresó equívocamente en el fallo apelado (fs. 1053), sino de 2007, aspecto en el que se verifican importantes discordancias entre los testimonios de P. y de Pi., citados por la Juez a quo como complemento de su análisis, no solo

entre sí, sino también en lo que deviene de su confronte con los dichos de la reclamante.

En este aspecto, repárese que mientras que el primero no solo no precisa el momento en el que habría acaecido el caso que recuerda en el que fueron expulsados los representantes de la Unión, y que relaciona con una mesa de negociación sobre cuestiones vinculadas a la carrera judicial, el segundo manifestó que el hecho, si bien relacionado con una mesa salarial, habría acaecido en el año 2006, contradiciendo de ese modo la denuncia del escrito de inicio (arts. 377, 386 y 456 CPCCN).

Es por todas estas circunstancias que discrepo con lo decidido en grado en relación con la alegada exclusión de la UEJN de las negociaciones salariales, lo dicho sin olvido de señalar que tampoco considero que el hecho de que la demandada no hubiera contestado la nota que la accionante le remitió en mayo, pueda generar implicancias en el análisis de un supuesto de práctica desleal pues, al fin y al cabo, no se trata de una conducta prevista en la normativa de pretensión.

Las conclusiones anteriores relacionadas con la validez de los actos del Consejo de la Magistratura se proyectan negativamente, a su vez, respecto de la alegada persecución a P. (aceptándose por la a quo que, "respecto de este hecho la prueba no abunda", cfr. fs. 1054 vta. 4º párrafo), como así también respecto de la decisión que consideró acreditada la conformación de un Centro de Fotocopiado, el otorgamiento a favor de AEJBA de una Sede dentro del propio Consejo y en el alegado impedimento del derecho a la percepción de la cuota sindical. Lo dicho, sin olvidar que todas ellas se sostenían básicamente en manifestaciones expresadas por los mencionados P. y Pi., dichos que recuerdo, carecen en mi opinión de eficacia probatoria atendiendo la falta de idoneidad en la persona de los declarantes.

Y, en este mismo sentido, otros elementos que derivan de las constancias y pruebas de autos restan también fuerza convictiva a la pretensión inicial. Así, en este aspecto, se discute —y se reconoció en primera instancia, fs. 1084 3º párrafo— como beneficio a favor de AEJBA la concesión de un espacio físico para emplazar una oficina en el Edificio de la calle Beruti 3345, cuando nadie indicó, ni mucho menos se demostró en el expediente, que igual petición hubiera sido realizada por la entidad accionante y que, eventualmente, hubiera sido denegada (fs. 13, pto. D, cfr. art. 386 CPCCN).

Luego, en relación con la denuncia relativa al impedimento de la percepción de la cuota sindical, para la Jueza de primera instancia, el convenio celebrado entre las partes resulta inaplicable porque es de menor jerarquía que la ley 23551 (fs. 655); sin embargo, no advierto que desde dicho lugar puedan extraerse conclusiones favorables a la pretensión actoral pues, lo que no puede dejarse de lado en el análisis, deviene del hecho de que la demandada acompañó documentación que acredita que el recaudo de la conformidad de los afiliados al momento del alta fue exigido no solo para la parte actora, sino también para aquellos dependientes que pretendían afiliarse a la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la CABA (fs. 273) e incluso, y a mayor abundamiento, para las altas de los afiliados de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de esa jurisdicción (fs. 286). Bajo estas premisas, no comparto la idea de que, desde la imposición de la conformidad de los nuevos afiliados con el descuento, pueda concluirse en que desde allí se configuró un supuesto de práctica desleal.

Esto último, sin olvido de lo manifestado por la testigo A. V. L. (fs. 764/766), quien si bien impugnada a fs. 791/794, da cuenta con el conocimiento adquirido desde su lugar de trabajo y en virtud de su experiencia personal, que, si hubo problemas con las altas de las afiliaciones de la UEJN, fue por la circulación de un listado donde figuraba gente no afiliada, entre los que se encontraba ella (art. 456 CPCCN)

Si a todo lo dicho se suma que, en definitiva, las cuestiones relativas a la sanción de las denominadas "prácticas desleales" o, como las denomina la ley, "contrarias a la ética de las relaciones profesionales de trabajo", remiten a un diseño propio del instituto adjetivo de la querella, cuya finalidad relevante es la sanción punitiva, por lo cual la antijuridicidad debe ser evaluada a la luz de la normativa y principios hermenéuticos del derecho penal, lo cual fundamentalmente comprende, en lo que a este caso interesa, la tipicidad atribuible a la conducta y el principio de favor en beneficio del imputado (cfr. Álvarez, Eduardo "Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo" dirigido por Julio C Simón, Ed. La Ley, Bs.As. 2014, Tomo I, pág. 721/722), cabe concluir que las endebles pruebas colectadas en la causa, frente a la naturaleza jurídica estatal del ente demandado, sus propias características de funcionamiento (art. 31 Ley CABA) y las pautas ordenatorias del Derecho Público que regulan su actuación (en particular, Decreto 1510/97 CABA, cfr. art. 129 CN), no permiten acceder a la conclusión alcanzada en origen, pues no se advierte demostrada con la contundencia que el caso requiere la configuración de las conductas tipificadas por la norma de aplicación, por lo que mi propuesta implicará dejar sin efecto lo decidido, con costas de ambas instancias por su orden en atención a la naturaleza y complejidad de las cuestiones debatidas (art. 68, 2° párrafo CPCCN).

La solución que propongo torna abstracto el tratamiento de los distintos recursos de apelación interpuestos en materia de honorarios (art. 277 CPCCN); de este modo auspicio regular los atinentes a la representación y patrocinio letrado de las partes actora (en

su conjunto), demandada y perito contadora, por sus labores en primera instancia, en las respectivas sumas de $ 80.000, $ 90.000 y $ 30.000, a valores actuales (arts. 38 LO y demás normativa arancelaria vigente).

Finalmente, auspiciaré regular los estipendios de los profesionales actuantes ante esta Alzada en 30% de lo que a cada uno corresponda por su actuación en origen.

En consecuencia, de tener favorable recepción mi propuesta, voto por: a) Revocar la sentencia dictada en primera instancia; b) Imponer las costas de ambas instancias por su orden; c) Regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de las partes actora (en su conjunto), demandada y perito contadora, por sus labores en origen, en las respectivas sumas de $ 80.000, $ 90.000 y $ 30.000, respectivamente, a valores actuales; d) Fijar los estipendios para los letrados actuantes ante esta Alzada en el 30% de lo que a cada uno le corresponda por su actuación en la etapa anterior; e) Regístrese, notifíquese y, firme, devuélvanse.

La doctora *Pinto Varela* dijo:

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

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve: I. Revocar la sentencia dictada en primera instancia; II. Imponer las costas de ambas instancias por su orden; III. Regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de las partes actora (en su conjunto), demandada y perito contadora, por sus labores en origen, en las respectivas sumas de $ 80.000, $ 90.000 y $ 30.000, respectivamente, a valores actuales; IV. Fijar los estipendios para los letrados actuantes ante esta Alzada en el 30% de lo que a cada uno le corresponda por su actuación en la etapa anterior; V. Regístrese, notifíquese y, firme, devuélvanse. — *Silvia E. Pinto Varela. — Alejandro H. Perugini.*

TRABAJADOR EVENTUAL

Falta de prueba de la necesidad de la contratación eventual. Responsabilidad solidaria en los términos del art 29 de la LCT.

Dado que en el presente era la prueba contable la que podía dar cuenta del efectivo incremento de la demanda de las terminales automotrices, lo cierto es que ni siquiera se ofreció punto pericial destinado a dilucidar esta cuestión, de modo que no se ha acreditado uno de los requisitos exigidos en el tercer párrafo del art. 29 de la LCT (que el trabajador hubiera sido contratado para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la LCT y 77 a 80 de la ley 24.013), por lo cual la relación cae bajo el principio general que rige a la subempresa de mano de obra, consagrado en el primer párrafo del citado art. 29, según el cual se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador.

CNTrab., sala IV, 30/03/2021. - Rodríguez Ávila, Elías Antonio c. JTEKT Automotive Argentina SA y otro s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5341/2021]

Causa N° 9792/2016

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

El doctor G*uisado* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia se alza la coaccionada Jtekt Automotive Argentina SA a tenor del memorial de agravios que obra en soporte digital, que recibió réplica del actor. La accionada apela por elevados los estipendios regulados a la representación letrada del accionante y al perito contador, mientras que este último cuestiona por derecho propio los suyos al reputarlos insuficientes.

II. En primer lugar cabe ingresar en el análisis de los planteos de la accionada porque el sentenciante de grado consideró aplicables las previsiones del art. 29 LCT ante la falta de acreditación del carácter eventual de la contratación.

Anticipo que estas objeciones no merecen trato favorable, pues el citado art. 29 establece como regla que los trabajadores "contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación". Si bien el último párrafo de ese artículo establece una excepción a esa regla respecto de los "trabajadores contratados por empresas eventuales habilitadas por autoridad competente", ello es a condición de que la contratación sea "para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la presente y 77 a 80 de la ley nacional de empleo", es decir para realizar tareas eventuales (condición esta que, adelanto, no se encuentra acreditada en la especie).

Como es sabido, las empresas de servicios eventuales sólo se encuentran autorizadas para proveer personal a terceros, para cumplir en forma temporaria servicios determinados de antemano, o responder a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato (art. 29 LCT, tercer párrafo; 77 de la ley 24.013; 1° y 2° del decreto 342/1992). Sólo en estos casos, entre los trabajadores y la empresa de servi-

cios eventuales se establece una relación de trabajo, de carácter permanente, continuo o discontinuo (CNAT, Sala VIII, 31/10/2000, exp. 29.376, "Tabares, José c. Yeneral Trup SA y otro s/ despido"; esta Sala, 26/12/2006, SD 91.957, "Chazarreta, Alejandro R. c. Edenor SA y otro s/ despido").

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que ni la celebración por escrito de un contrato de trabajo eventual, ni la intermediación de una empresa de servicios temporarios inscripta en el registro que lleva el Ministerio de Trabajo eximen de la prueba de la necesidad objetiva eventual, justificativa del modelo. Ello es así pues en nuestro ordenamiento jurídico no basta el acuerdo de voluntades sanas y la observancia de las formalidades legales, para generar un contrato de trabajo de plazo cierto o incierto. Debe mediar también una necesidad objetiva del proceso productivo que legitime el recurso a alguna de esas modalidades (CNAT, Sala VI, 19/07/1996, exp. 45004, "Pérez Marcucci, Osvaldo c. Liverpool SRL s/ despido"; esta Sala, 09/02/2006, SD 91.109, "Taborda, Guillermo A. c. American Express Argentina SA y otro s/ despido"; íd., causa "Chazarreta" antes citada).

En el caso de autos, la codemandada indicó que en marzo de 2013 tuvo aumentos discontinuos y extraordinarios de la producción por imprevisto incremento de la demanda en las distintas terminales automotrices (v. fs. 75), extremos los cuales, tal como puso de resalto el Sr. Juez "a quo" no han sido debidamente acreditados en la especie.

Nótese, en este sentido, que en atención a que cada extremo debe acreditarse a través del medio más idóneo a tal fin, lo cierto es que en el presente era la prueba contable la que podía dar cuenta del efectivo incremento de la demanda de las terminales automotrices, pero lo cierto es que ni siquiera se ofreció punto pericial destinado a dilucidar esta cuestión, por lo que la manifestación vertida en el responde se encuentra huérfana de acreditación.

Asimismo no se encuentra controvertido que el trabajador prestó servicios de manera ininterrumpida para la demandada con la intermediación de la empresa de servicios eventuales al menos un año, lapso que torna poco verosímil la existencia de una necesidad transitoria de personal; máxime cuando del propio relato de las codemandadas surge que la actora fue destinada a realizar tareas propias del giro común del establecimiento de la codemandada Jtekt Automotive.

En consecuencia, no se ha acreditado uno de los requisitos exigidos en el tercer párrafo del art. 29 de la LCT (que el trabajador hubiera sido contratada para desempeñarse en los términos de los arts. 99 de la LCT y 77 a 80 de la ley 24.013), por lo cual la relación cae bajo el principio general que rige a la sub-empresa de mano de obra, consagrado en el primer párrafo del citado art. 29, según el cual se establece una relación directa y permanente con el empresario que utilizó los servicios del trabajador (en el caso: Jtekt Automotive Argentina SA), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la intermediaria (CNAT, Sala X, 29/09/2000, sent. 8724, "Cedeira, Nancy c. Edenor SA y otro s/ despido"; íd., Sala II, 08/03/1996, "Catalano, Martín c. Banco del Trabajo SA s/ despido"; esta Sala, 17/03/2010, SD 94.569, "Bucci, Nicolás L. c. HB Fuller Argentina SA y otro s/ despido").

En casos como este, la ley imputa la relación laboral en forma directa a quien se beneficia de los servicios de los trabajadores, sin que sea necesaria la acreditación de un propósito de defraudar a terceros acreedores (cfr. Hierrezuelo, Ricardo D., en "Tratado de derecho del trabajo" dirigido por Mario E. Ackerman, T. IV, esp. ps. 166 y 167; esta Sala, precedente "Bucci", antes citado).

Hizo bien entonces la actora al intimar la dación de tareas a Jtekt Automotive, pues era ésta (y no la codemandada Addeco Argentina SA) su empleadora directa. Cabe recordar que, en la medida en que las normas relacionadas con la "interposición y mediación" —tanto las de los arts. 29 y 29 bis LCT como las de la ley 24.013 y decretos 342/1992 y 1694/2006— están puestas a favor del trabajador, éste se encuentra legitimado para desdeñar la posibilidad de nueva ocupación con la empresa de servicios eventuales, y dirigirse únicamente a la usuaria para que continúe ocupándolo (CNAT, Sala VIII, 19/07/2002, "Suárez, Néstor c. Olsten Ready Office SA y otro s/ despido"; esta Sala, 18/08/2010, SD 94.844, "Monzón, Diego E. c. Suministra SRL y otros s/ despido").

Por ende, cabe desestimar la queja de la accionada.

III. Se agravia la demandada porque en el fallo grado se consignaron dos fechas de ingreso distintas. Afirma que no existen cuestionamientos acerca de que el actor ingresó a laborar el 11 de marzo de 2013.

Efectivamente se advierte que a fs. 359 in fine el Sr. Juez "a quo" incurrió en un error de tipia al consignar que la fecha de ingreso del accionante databa del 13/02/2012, que no guarda correlación con los elementos de la causa, sin perjuicio de que ello no posee impacto en lo resuelto en el fallo anterior, dado que al momento de efectuar los cálculos de los rubros indemnizatorios y salariales por los cuales prosperó la acción el sentenciante consignó la fecha correcta, por lo que, efectuada esta salvedad, cabe desestimar la queja.

IV. También cuestiona la base salarial adoptada para el cálculo de la indemnización por antigüedad, dado que sostiene que se adoptó como pauta la remuneración de abril de 2013 y que toda vez que la extinción del vínculo se produjo en mayo de 2014 no correspondía su consideración. Asimismo se agravia

porque no se aplicó el criterio de la normalidad próxima en relación con los rubros integración del mes de despido, indemnización sustitutiva de preaviso y salarios de los días laborados en el mes de la extinción.

Considero atendible el primer tramo del planteo, toda vez que en función de la fecha de extinción del contrato de trabajo (23/05/2014) no correspondía adoptar como base salarial para el cálculo de la indemnización por antigüedad el salario correspondiente a abril de 2013, dado que excede la pauta temporal establecida en la norma. Es por ello que en función de las remuneraciones informadas por el perito contador a fs. 292, cabe adoptar como pauta la de junio de 2013, que asciende a la suma de $10.760,51.

En relación con el segundo tramo de su planteo estimo que también le asiste razón, pues, como lo ha señalado pacíficamente la jurisprudencia, "la pauta establecida en el artículo 245 LCT es aplicable sólo para el cálculo de la indemnización por despido y el sueldo anual complementario. Cuando, como en el caso, se observa la percepción de remuneraciones variables, el criterio de la normalidad próxima rige respecto del preaviso y de los días trabajados en el último mes, y el artículo 155 LCT en relación a la compensación por vacaciones no gozadas, partidas cuyos montos deben ser recalculados" (CNAT, Sala VIII, 15/09/2004, SD 32.083, "Morin Lamoth, Marcelo c. Cia. de Radiocom. Móviles s/ despido").

En igual sentido se ha dicho que para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido (CNAT, Sala I, 18/11/1996, SD 69.561, "Ramírez, Carlos I. c. Coca Cola s/ despido").

En el mismo orden de ideas se ha resuelto que, cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente, torna procedente la aplicación del promedio mencionado (CNAT, Sala III, 06/12/1996, exp. 73.020, "Ramos, Humberto c. Murchinson SA Estibajes y Cargas y otros s/ despido"; cfr. también: CNAT, Sala VIII, 25/03/1991, SD 16.010, "Brunetti, Octavio c. Autolatina Argentina SA s/ despido").

Por ello, en atención a los estrictos términos del agravio, correspondería modificar el fallo apelado en cuanto al cálculo de las indemnizaciones previstas en los arts. 232 y 233 LCT y los salarios por los días trabajados en el mes de despido y establecer, sobre la base del modo de cálculo efectuado por el perito contador a fs. 292 y el promedio de remuneraciones del último semestre, que la base de cálculo de dichos rubros asciende a la suma de $10.685,65. Sin embargo, en relación con el preaviso, advierto que en el pronunciamiento anterior se adoptó como parámetro la base de la "última remuneración normal y habitual" por la suma de $9.982,11, por lo que en este aspecto cabe estar a lo resuelto en el fallo anterior porque modificar lo allí resuelto implicaría una reformatio in pejus.

V. Cuestiona la accionada la procedencia de la indemnización contenida en el art. 8 de la ley 24.013 y su cálculo.

En primer lugar, cabe señalar que, firme la conclusión de que el contrato de trabajo no fue registrado por la verdadera empleadora, resulta de aplicación la doctrina del acuerdo plenario N° 323 de esta Cámara del 30/06/2010 (en autos "Vázquez, María L. c. Telefónica de Argentina SA y otro s/ diferencias de salarios"), en el que se resolvió que "Cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8° de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria".

Si bien es cierto que la ley 26.853 dispuso en su art. 12 la derogación del art. 303 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, esta Sala tiene dicho que, a mérito de lo establecido en el art. 15 de ley y hasta tanto no se constituya la cámara de Casación, cabe considerar que se mantiene vigente la obligatoriedad de la doctrina emanada de los fallos plenarios conforme dicha norma procesal que, de hecho, refleja los criterios mayoritarios del Tribunal y constituye una valiosa fuente material de derecho (esta Sala, 30/09/2013, SD 97.360, "Ramos, María S. c. Banco Macro SA s/ despido"; íd., 23/04/2014, SD 97.835, "Melena, Mónica B. c. Laboratorios Casasco SA s/ despido"; íd., 30/04/2014, SD 97.868, "Lobo, Hugo O. c. Securitas Argentina SA s/ despido"; en igual sentido, CNAT, Sala II, 31/07/2013, SD 101.989, "Valenzuela, Lorena M. c. AXA Assistance Argentina SA y otro s/ despido").

Debo entonces acatar esa doctrina, sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión personal en contrario, expresada en mi voto en minoría en el mencionado acuerdo plenario; ello, sin perjuicio de las modificaciones introducidas al art. 303 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación mediante el dictado de la ley 27.500.

Por lo demás, en torno de la queja acerca del modo en que se calculó el incremento, cabe señalar que más allá del parecer expresado en mi voto en disidencia en autos "Luciani, Marina A. y otros c. Telecom Argentina SA s/ regularización ley 24.013" (SD N° 97.143 del 31/05/2013), el criterio mayoritario de esta Sala, en su actual integración, es que la mencionada indemnización debe liquidarse sobre la base de la remuneración del trabajador percibida al momento de calcular la multa. Por estrictas razones de economía procesal me ajustaré entonces a ese criterio de la mayoría (ver, entre otros, Expte. 26.759/13 "Acevedo c. Energroup y otros s/ despido" del registro de esta Sala).

Cabe pues, desestimar la queja.

VI. No tendrán favorable acogida los cuestionamientos esbozados en torno de la sanción del art. 2 de la ley 25.323.

Hago esta afirmación pues, las elucubraciones formuladas en torno de la responsabilidad por el pago de dicho incremento toda vez que no revestía el carácter de empleadora de la accionante no son idóneas para modificar lo decidido en grado, en función de lo expuesto previamente.

Por lo demás, cabe recordar que no existe disposición legal alguna que limite la aplicación de lo establecido por el art. 2 de la ley 25.323 a los supuestos de despido directo, excluyendo por tanto los casos de despido indirecto (esta Sala, SD 91.749 del 11/10/2006, "Goldztaub, Víctor M. c. Franjan SRL s/ despido"; íd., SD 92.132 del 19/03/2007, "Aguirre, Fernanda G. c. Falabella SA y otro s/ despido"). En efecto, la norma citada establece una sanción especial en virtud del incumplimiento post-contractual en que incurre el empleador cuando, pese a la intimación fehaciente del trabajador, no abona "las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y los artículos 6 y 7 de la ley 25.013 o las que en el futuro las reemplacen, y consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas...". La remisión que efectúa a los artículos aludidos no permite ninguna discriminación en la hipótesis de despido indirecto, pues en éste, de probarse la injuria del empleador, resultan procedentes las indemnizaciones de referencia.

Al margen de ello, estimo que no corresponde aplicar un criterio restrictivo para juzgar la procedencia de una indemnización como la establecida por el art. 2° de la Ley 25.323. Si tal criterio se apoya en la limitación del derecho de defensa que sufrirían quienes estarían obligados a resignar el debate judicial ante el riesgo de un incremento de las indemnizaciones, es útil recordar que toda actividad empresaria (e incluso cualquier proceso judicial) se apoya en algún grado inevitable de asunción de riesgos. Además, aún cuando la determinación de la existencia de justa causa de despido es, en última instancia, judicial, esta decisión es en cierto sentido retroactiva al momento de la desvinculación, circunstancia que justifica, por ejemplo, el cómputo de intereses. Quien decide un despido con invocación de causa subordina su eventual obligación de indemnizar a la cuestión de la prueba de la injuria invocada: si la prueba se produce, se libera de todas las obligaciones; en caso contrario, todas son exigibles retroactivamente (CNAT, Sala III, 22/03/2004, SD 85.688, "Espasandín, Noemí c. San Sebastián SA s/ despido").

La pretendida exención tampoco resulta atendible, pues si bien comparto la tesis de que corresponde la exoneración o reducción de dicha sanción en los casos en que existe una controversia seria y fundada sobre la causal del despido (cfr. CNAT Sala III, 18/06/2002, "Martínez, María J. c. Kapelusz Editora SA s/ despido"), esto es cuando "la actitud de la empresa de no pagar y defenderse judicialmente no merece ningún reproche, después de ejercer una defensa seria" (CNAT, Sala VI, 15/08/2002, "Ares, Hugo E. c. ACT SA, DT, 2002-B-1810).

Sin embargo, no ocurre así en el caso de autos, pues, como se desprende de lo expuesto en los considerandos anteriores, no existieron "causas que justificaren la conducta del empleador".

Por los motivos expuestos, cabe desestimar la queja de la accionada.

VII. Se agravia la demandada porque se la condenó a hacer entrega de la documentación prevista en el art. 80 LCT.

Sin embargo, el caso de autos se encuentra regido por el principio general del art. 29, primer párrafo de la LCT, de modo que se estableció una relación directa y permanente entre el actor y la empresa usuaria (en este caso: Jtekt Automotive Argentina SA) y por ello esta última no puede eximirse de las cargas registrales derivadas de su calidad de tal (en idéntico sentido: esta Sala, 26/12/2006, SD 91.957, "Chazarreta, Alejandro R. c. Edenor SA y otro s/ despido"; íd., 30/09/2008, SD 93.639, "Planas, Cristian C. c. SEA Servicios Empresarios Argentinos SA y otro s/ despido") y es ella quien únicamente debe extender el certificado de trabajo (íd. 27/04/2012 SD 96.262 "Lodigiani Balmaceda, Nahuel I. c. Telecentro SA y otro s/ despido").

En este sentido observo que las endebles argumentaciones brindadas en relación con la supuesta ausencia de medios para la confección de los instrumentos no bastan para revocar la sentencia apelada en los términos pretendidos, pues la apelante debe asumir las consecuencias de su incumplimiento, dado que, conforme el principio general del derecho que se expresa

en el conocido adagio latino: "nemo auditur turpitudinem suam allegans", nadie puede invocar su propia torpeza para eximirse de sus obligaciones.

Finalmente, cabe señalar que el planteo vinculado con la alegada "duplicación de aportes" deviene abstracto, toda vez que si ya fueron efectuados por la codemandada, nada debe abonar, sino únicamente dejar constancia de dicho extremo.

VIII. En función de lo que hasta aquí llevo dicho, las modificaciones sugeridas y los restantes parámetros que arriban firmes a esta instancia, la presente acción debería progresar por los siguientes montos y rubros:

Indemnización por antigüedad $10.760,51

Ind. sustitutiva de preaviso + SAC $10.813,95

Integración mes despido + SAC $2.613,95

SAC proporcional $2.984,63

Vacaciones proporcionales + SAC $2.263,33

Días trabajados $7.928,05

Art. 8 ley 24.013 $37.661,78

Art. 15 ley 24.013 $24.188,41

Art. 2 ley 25.323 $12.094,20

Art. 80 ley 25.345 $32.281,53

Total $111.308,81

Esa suma llevará los intereses en la forma dispuesta en el pronunciamiento anterior, dado que ello no ha sido materia de agravios.

IX. En relación con el planteo impetrado en torno del modo en que fueron impuestas las costas de grado, no encuentro elementos objetivos para apartarme del principio general que rige en materia de costas, por lo que sugiero confirmar lo resuelto en este sentido (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y de acuerdo al modo de resolver que he dejado propuesto, considero adecuado fijar las de Alzada a cargo de la recurrente vencida en lo sustancial.

X. En cuanto a los estipendios fijados, en atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9 y conc. de la ley 21.839 y art. 3° del decreto 16.638/1957, estimo que los emolumentos del perito contador son equitativos, por lo que sugiero confirmarlos. En cambio, la representación letrada de la parte actora, son a mi juicio elevados, por lo que cabe reducirlos al 16% del monto de condena con más sus intereses.

Finalmente propongo regular los estipendios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que le corresponda percibir a cada uno por su actuación en la instancia anterior.

XI. En definitiva, de compartirse mi voto, corresponderá: 1) Modificar la sentencia apelada y reducir el monto de condena a la suma de $111.308,81 que llevará los intereses dispuestos en grado, con la salvedad efectuada en el considerando VII in fine. 2) Reducir los estipendios de la representación letrada de la parte actora al 16% del monto de condena con más sus intereses. 3) Costas y honorarios en la Alzada conforme lo indicado en los considerandos VIII y X.

La doctora *Pinto Varela* dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Modificar la sentencia apelada y reducir el monto de condena a la suma de $111.308,81 que llevará los intereses dispuestos en grado, con la salvedad efectuada en el considerando VII in fine. 2) Reducir los estipendios de la representación letrada de la parte actora al 16% del monto de condena con más sus intereses. 3) Costas y honorarios en la Alzada conforme lo indicado en los considerandos VIII y X. Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Silvia E. Pinto Varela. — Héctor C. Guisado.*

RESPONSABILIDAD DEL SOCIO

Pagos fuera de registro. Conocimiento por parte del socio de la conducta ilícita. Extensión de la responsabilidad respecto de los rubros que guardan relación causal con la deficiencia de registro de la relación laboral. Trabajador que realiza tareas de limpieza. Improcedencia de la responsabilidad solidaria en los términos del art. 30 de la LCT.

1. — Acreditados los pagos fuera de registro y la calidad de los codemandados de socios gerentes de la sociedad empleadora, cabe concluir que éstos no podían desconocer la conducta ilícita constatada en autos (pagos clandestinos de parte del salario) por lo que resulta procedente la extensión de la condena, con sustento en los arts. 59 y 274 de la L.S. y el art. 144 Cód. Civ. y Com., pero solo respecto de los rubros que guardan relación causal con la deficiencia de registro de la relación laboral.

2. — La tarea de limpieza en un banco es normal —como lo es en cualquier otro establecimiento— pero no es específica y propia de aquél y es perfectamente escindible, por lo que no

procede la responsabilidad solidaria del art. 30 de la LCT.

CNTrab., sala IV, 30/03/2021. - Taborga, María Noemí c. Sanitor SRL y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5330/2021]

Causa N° 63.051/2016

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

El doctor *Guisado* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia apelan las codemandadas ICBC Argentina SA (fs. 460/461) y Hebe Margarita Ponce (fs. 474/478 vta.), y la actora (fs. 463/469). La demandante (fs. 470/471 y 493/497 vta.) y la codemandada Industrial and Commercial Bank of China (Argentina) SA (fs. 480/482 vta.) contestan agravios. El perito contador cuestiona sus honorarios por considerarlos bajos.

II. CBC Argentina SA objeta lo resuelto en materia de costas. La demandante critica el rechazo de la acción seguida contra ICBC Argentina SA.

La codemandada Hebe Margarita Ponce apela lo resuelto en torno a los pagos fuera de registro, la responsabilidad establecida en contra de ella y de su cónyuge fallecido codemandado (del que es coheredera conf. fs. 473/474), y los estipendios de los letrados de la accionante por considerarlos elevados.

III. La crítica relativa a los pagos fuera de registro no será receptada.

En efecto, las testigos B. (fs. 302/304), E. (fs. 295/297) y M. (fs. 400) coincidieron en que a la actora le abonaban "ocho horas en blanco" y "cuatro en negro, en mano, en las oficinas de Sanitor". Además relataron que a ellas y demás personal le abonaban de igual modo. Bazán y Enrique destacaron que el codemandado Leonardi era una de las dos personas que solían efectuar los pagos clandestinos antedichos, en tanto Bazán también mencionó que la co-accionada "Hebe" era la otra persona que los entregaba.

Tales declaraciones son coincidentes entre sí, las testigos laboraron una considerable cantidad de años junto con la actora para la accionada por lo que conocen los pormenores del servicio y dieron debida razón de sus dichos. En consecuencia, resultan convincentes (arts. 90 LO y 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En este orden de ideas, no resulta atendible el argumento de la apelante relativo a que Marchi tiene juicio pendiente con las accionadas. Esta Sala tiene dicho (in re "Bosa, Luna I. A. c. Jumbo Retail Argentina SA s/ Diferencias de salarios", expdte. N° 38.803 /2009, SD N° 95.392, del 06/05/2011, entre otros) que la circunstancia de que algunos testigos tengan juicio pendiente contra la misma demandada al tiempo de su declaración, no los inhabilita como tales, y no se advierte razón alguna para descalificar sus testimonios cuando (como ocurre en el sub lite) éstos se observan coherentes, concordantes y suficientemente fundados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieran conocimiento de los hechos sobre los cuales se expiden (CNAT, Sala II, 10/10/2006, SD. 94.530, "Jarzab, Susana c. Villa Real Cooperativa de Crédito Ltda. y otros s/ despido). Debe tenerse en cuenta que los sucesos laborales se dan en una comunidad de trabajo y por eso quienes participan de ella son los que pueden aportar datos al respecto y en muchas ocasiones la prueba testimonial constituye el único elemento de convicción del cual depende el magistrado para esclarecer la cuestión en debate —arts. 386 y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— (CNAT, Sala III, 10/11/2005, SD 87.286, "Segovia, Jorge A. c. Automotores San Telmo SA y otro s/ despido").

A su vez la manifestación de la apelante acerca de que el codemandado Leonardi "jamás pudo pagar suma alguna en blanco o en negro" no se encuentra acreditada en autos por lo que tampoco altera lo resuelto.

Desde esta perspectiva voto por confirmar lo decidido en origen sobre el tópico.

IV. La crítica relativa a la responsabilidad establecida en contra de los codemandados Hebe Margarita Ponce de Leonardi y Norberto Ernesto Leonardi progresará parcialmente.

La apelante, para intentar atacar lo resuelto, aduce que Sanitor SRL no es una sociedad ficticia o fraudulenta constituida con abuso de derecho y con el propósito de violar la ley, destaca la personalidad diferenciada entre los socios y la sociedad, y sostiene que no hubo entre la actora y los codemandados Ponce y Leonardi un contrato de trabajo.

Arriba firme a esta instancia el carácter de socios gerentes e integrantes del Directorio de la empresa Sanitor SRL, de los apelantes Ponce y Leonardi, y no hay controversia acerca de que la compañía mencionada era la empleadora de la actora.

A su vez, tal como expuse en el considerando que antecede, se encuentran acreditados los pagos fuera de registro denunciados.

En este orden de ideas, respecto del tema de la responsabilidad de socios y directores, he sostenido, tanto como juez de primera instancia (1) como en mi carácter de integrante de esta Sala (2), que: "...si la sociedad demandada incurría en la práctica de no registrar

ni documentar una parte del salario efectivamente convenido y pagado (práctica prohibida por el art. 140 LCT y art. 10 de la Ley de Empleo) lo que comúnmente se denomina "pago en negro", tal conducta genera la responsabilidad de los socios y los controlantes en los términos del agregado de la ley 22.903 al art. 54 de la ley 19.550. Tal accionar constituye un recurso para violar la ley, el orden público (arts. 7, 12, 13 y 14 de la LCT), la buena fe (art. 63 LCT) y para frustrar derechos de terceros (el propio trabajador, el sistema de seguridad social, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial) (CNAT, Sala III, 02/05/2000, sent. 80.729, "Vega, Claudia c. Julio Guitelman y Cía. SA y otro s/ despido).

Asimismo, estas irregularidades configuran violaciones de la ley que generan la responsabilidad solidaria de los administradores por los daños ocasionados con su conducta al trabajador, con sustento en los arts. 59, 157 y 274 de la LS. Al respecto, comparto lo expuesto por la Sala VII de la Excma. Cámara, en cuanto a que "no es lo mismo omitir el pago del salario o no efectuar el depósito de los aportes y contribuciones en tiempo oportuno (que son típicos incumplimientos de índole contractual) que urdir maniobras tendientes a encubrir la relación laboral o a disminuir la antigüedad real, o bien a ocultar toda o una parte de la remuneración...porque, más allá del incumplimiento que estos últimos actos suponen, configuran maniobras defraudatorias de las que resultan inmediata y directamente responsables las personas físicas que las pergeñan (arts. 172 y 173 y concordantes del Cód. Penal)". Por ello, "cuando una sociedad anónima realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo...resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274 de la ley de sociedades; pero no porque deba caer el velo societario sino porque éstos organizaron maniobras que no sólo estaban dirigidas a incumplir obligaciones contractuales sino, además, a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar al sistema de seguridad social..." (CNAT, Sala VII, 06/09/2001, "Díaz, Ricardo D. c. Distribuidora del Norte SA y otros", DT, 2001-B-2311, con cita de Pirolo, Miguel A., "Aspectos Procesales de la responsabilidad solidaria", RDL, 2001-297).

Esta conducta (dolosa y en violación de la ley) genera la responsabilidad de los codemandados..., en los términos de los citados arts. 54, 59, 157 y 274 de la LS, pero sólo respecto de los perjuicios que sean consecuencia de esa ilicitud que, en el caso, están representados por las indemnizaciones derivadas de las irregularidades registrales y de la ruptura del contrato —motivada, entre otras razones, por la negativa de la demandada a subsanar dicha irregularidad—, es decir los rubros 2 a 5 y 8 a 10 de la liquidación practicada en el considerando 9°. Ello es así, porque la acción de responsabilidad contra los directores está sujeta a los presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, entre los que se encuentra la adecuada relación de causalidad entre la inconducta y el daño causado (CNCom., Sala E, 18/03/1998, "Industrias Record SA c. Calvo, Marta E.", LA LEY, diario del 31/08/1998). Este último requisito cumple la función de precisar el alcance de la reparación, ya que el daño es indemnizable sólo en la medida en que responde al hecho generador como consecuencia jurídicamente atribuible al responsable (CNCom., Sala A, 08/09/2004, "Meza de Ruiz Días, Telma A. c. Transporte El Trebol y otros", LA LEY, diario del 24/11/2004). Lo mismo cabe decir de la acción de responsabilidad contra los socios, máxime cuando, según el texto del citado art. 54 de la LS, la obligación de responder se limita a "los perjuicios causados" como consecuencia de la actuación ilícita. En resumen, cabe responsabilizar a los codemandados..., con sustento en los arts. 54, 59, 157 y 274 de la LS, en forma solidaria e ilimitada, por los daños que son consecuencia de su conducta fraudulenta (la falta de inscripción y la inscripción defectuosa), cuya reparación está representada (como dije antes), por los rubros 2 a 5 y 8 a 10 de la liquidación efectuada en el considerando 9°.

En cambio, no hay razón para hacerlos personalmente responsables por los otros rubros reclamados (salarios, certificados y aguinaldos), pues estos créditos tienen su origen en la prestación del trabajo, o en simples incumplimientos contractuales, pero no en una actuación fraudulenta de los socios y administradores. En otras palabras: no guardan relación causal con la inscripción defectuosa de la relación laboral".

Mutatis mutandi, estos razonamientos resultan aplicables al sub lite, dado que Hebe Margarita Ponce y Norberto Ernesto Leonardi no podían desconocer la conducta ilícita constatada en autos (pagos clandestinos de parte del salario) por lo que corresponde ratificar la extensión de la condena, con sustento en los citados arts. 59 y 274 de la LS y el art. 144 Cód. Civ. y Com. de la Nación invocado en el pronunciamiento de origen que ya se encontraba vigente al momento de la extinción (ley 27.077 B.O. 19/12/2014), sólo respecto de los rubros que guardan relación causal con la deficiencia de registro de la relación laboral (coincidentemente a lo que expuse en diversos pronunciamientos de esta Sala, in re "Robles, Gladys G. c. Diesel, Alejandro I. SA y otros s/ accidente-ley especial", Expte. N° 55.919/2013, SD N° 106.024, de fecha 30/05/2019; "Olivera Washington c. Verini Security y otros s/ despido", de fecha 24/02/2011, SD 95.144, entre otros), es decir, en este caso el art. 1° de la ley 25.323 (no incluyo las indemnizaciones por despido puesto que la extinción no estuvo vinculada con las deficiencias registrales; lo mismo ocurre con los restantes rubros de condena).

En síntesis, voto por reducir la condena solidaria dispuesta en contra de Hebe Margarita Ponce y Norberto Ernesto Leonardi al importe de $112.433,42, que devengará los intereses fijados en origen.

V. La objeción relativa al rechazo de la acción seguida contra ICBC Argentina SA será desestimada, de modo concordante con lo resuelto en un caso de aristas análogas al presente (SD 96.376 del 21/06/2012, Expte. 25.191/2009 in re "Velázquez, Sonia R. c. Gamad SA y otros s/ despido", del registro de esta Sala entre otros).

En efecto, las directivas del citado art. 30 de la LCT no implican que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contactos, sino que el sentido de la norma se circunscribe a aquellas relaciones de los contratantes vinculadas con la unidad técnica o de ejecución destinada al logro de los fines de la empresa —art. 6 LCT— (CNAT, Sala II, 15/07/2004, SD 92.690, "Carrera, Mirta c. Crisomar SRL y otro s/ despido").

Desde este punto de vista, la limpieza diaria de las instalaciones de la entidad bancaria no hace a la actividad específica del establecimiento ya que es evidente que todas las oficinas y plantas fabriles las realizan; por ello, no existe solidaridad en la contratación o subcontratación de dichos trabajos, en los términos del art. 30 de la LCT (CNAT, Sala I, 28/06/2004, SD 81.827, "Sindicato de Obreros de Maestranza c. Servicios Empresarios Wallabies SRL y otros s/ cobro de aportes"; esta Sala, 31/03/2008, SD 93.150, "Aibe, Luis c. San Jorge Soc. de Hecho y otros s/ despido").

En ese orden de ideas, esta Sala tiene dicho que la tarea de limpieza en un banco es normal —como lo es en cualquier otro establecimiento— pero no es específica y propia de aquél y es perfectamente escindible, por lo que no procede la responsabilidad solidaria del art. 30 citado (esta Sala, 29/08/1997, SD 79.618, "Fernández, Delia c. Organización Alfa SRL y otro s/ despido"; en igual sentido, respecto de limpieza de bancos: CNAT, Sala I, Brito, 21/02/1991, SD 59.437, "Ilda, Felisa c. Edelim SA y otro s/ despido"; íd., Sala II, 12/09/1996, "Mistrik, José c. Clearing Monteverde SA s/ despido"; íd., Sala III, 20/03/1997, SD 73.510, "Aucapiña, Ceferina y otros c. Organización Alfa SRL y otro s/ despido"; íd. Sala III, 22/09/2005, SD 87.126, "Apaza, Estela V. c. Line Service SA y otro s/ despido"; íd., Sala V, 21/10/1993, SD 50.760, "Vera de Zárate, Felipa de J. c. Edelim SAC y otro"; íd., Sala VII, 04/10/2001, SD 35.749, "Ibañez, María C. c. Empresa Integral de Mantenimiento SRL y otros / despido"; íd., Sala VIII, 30/11/1994, SD 21.476, "Amarilla Cabañas, Susana c. Guerra, Héctor, propietario de la empresa Helping y otro s/ despido"; íd., Sala IX, 30/09/2011, SD 17.326, "Valenzuela, Delia y otro c. Soproser SA y otros s/ despido").

Propongo entonces rechazar el agravio.

VI. De conformidad con la modificación que he dejado propuesta cabe readecuar las costas de la acción seguida contra Hebe Margarita Ponce y Norberto Ernesto Leonardi (279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y disponer que dichos codemandados resultan solidariamente responsables de las costas solo hasta la proporción de su condena (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

La crítica de ICBC Argentina SA respecto de las costas no podrá prosperar porque la actora pudo, en razón de la existencia de antecedentes favorables a su postura, considerarse con mayor derecho a demandar a esa firma (art. 68, 2ª parte, Cód. Procesal).

La queja de la codemandada relativa a los honorarios de la representación letrada de la actora, y la del perito contador referente a sus estipendios serán desestimadas pues los primeros no son altos y los segundos no son bajos (art. 38 de la LO, ley 16.638/1957, leyes 21.839 y 27.423 y demás normas arancelarias vigentes).

VII. Las costas de esta instancia voto por fijarlas en el orden causado, de conformidad con el resultado de los recursos y las particularidades de la causa expuestas en el considerando anterior (art. 68 2° párrafo Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

De conformidad con lo establecido en la ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de la labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de los demandados, sugiero que se regulen sus honorarios en el 30% para cada una de las sumas que les corresponda percibir respectivamente por lo actuado en la instancia anterior.

Por ello voto por: 1°) Reducir el monto de condena de la acción seguida contra Hebe Margarita Ponce y Norberto Ernesto Leonardi al importe de $112.433,42 (ciento doce mil cuatrocientos treinta y tres pesos con cuarenta y dos centavos), que devengará los intereses fijados en origen. 2°) Modificar las costas del reclamo seguido contra dichos codemandados y disponer que aquellos resultan solidariamente responsables de las costas de origen solo hasta la proporción de su condena. 3°) Confirmar lo restante que fue materia de recursos y agravios. 4°) Fijar las costas de esta instancia en el orden causado. 5°) Regular los honorarios de esta instancia de las representaciones letradas de las partes actora y demandadas en el treinta por ciento (30%) de lo que deba percibir cada una por sus trabajos en la instancia anterior.

El doctor *Diez Selva* dijo:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1°) Reducir el monto de condena de la acción seguida contra Hebe Margarita Ponce y Norberto Ernesto Leonardi al importe de $112.433,42 (ciento doce mil cuatrocientos treinta y tres pesos con cuarenta y dos centavos), que devengará los intereses fijados en origen. 2°) Modificar las costas del reclamo seguido contra dichos codemandados y disponer que aquellos resultan solidariamente responsables de las costas de origen solo hasta la proporción de su condena. 3°) Confirmar lo restante que fue materia de recursos y agravios. 4°) Fijar las costas de esta instancia en el orden causado. 5°) Regular los honorarios de esta instancia de las representaciones letradas de las partes actora y demandadas en el treinta por ciento (30%) de lo que deba percibir cada una por sus trabajos en la instancia anterior. Cópiese, regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Manuel Diez Selva. — Héctor C. Guisado.*

(1) JNT N° 33, sent. 11.720 del 22/02/2005, "Grandinetti, Juan J. A. c. Tecnolaser SA y otros s/ despido".

(2) SD 90.940 del 16/11/2005, "Colman Rivera, Aníbal c. Geotécnica Ciemtec SA y otro s/ despido".

DESPIDO DISCRIMINATORIO

Protección de la maternidad. Inmediatez y contemporaneidad entre la finalización del período de protección legal contemplado por el art. 178, LCT y la rescisión. Indicio grave y preciso.

1. — La inmediatez y contemporaneidad entre la finalización del período de protección legal de la maternidad contemplado por el art. 178 LCT y la rescisión constituye un indicio grave y preciso, con virtualidad para desplazar el *onus probandi* hacia la demandada. Es cierto que la accionada, en los agravios, manifiesta que la prueba pericial contable sustenta su postura en orden a las causas de índole económico que motivaron el despido; y si bien insiste en que por ella ha quedado acreditada la disminución de la facturación de la empresa y la crisis económica financiera que atravesaba, lo cierto es que esa única variable no resulta suficiente, por sí sola, para modificar la decisión.

2. — La actora adujo que la medida extintiva dispuesta por su exempleadora fue motivada por su condición de madre, extremo que pretendió encubrirse bajo la apariencia de un despido incausado, circunstancia controvertida en la causa, pues si bien el despido devino incausado o arbitrario, de ello no se sigue que fuera consecuencia de un accionar discriminatorio. Desde dicha óptica será la trabajadora quien deberá, en primer término, demostrar o aportar indicios suficientes de que el acto lesiona su derecho fundamental y, una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales **[1].**

3. — La protección de la maternidad no se agota con la presunción que contempla el art. 178, LCT, y no puede válidamente considerarse que, fuera de dicho período, no exista protección legal y/o constitucional tanto para la trabajadora que fue madre como para el interés general del niño, toda vez que la normativa que resguarda a la mujer contra toda forma de violencia y/o discriminación por razón de embarazo, parto o maternidad, así como la protección integral de la familia, y el interés superior del niño, se encuentra especial y concretamente garantizada en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

4. — La actitud asumida por la empleadora en el proceso implica el reconocimiento tácito de que efectivamente el salario de la actora resultó inferior al de sus compañeros en la medida en que no se aplicó en su caso el aumento pautado de antemano, ni aun en la porción fija determinada conforme la pauta inflacionaria estipulada a tal efecto; y, desde esa perspectiva, toda vez que la remuneración que la actora debió percibir durante la licencia por maternidad no pudo ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado tal circunstancia, considerando que el pago íntegro del salario constituye la prestación principal del empleador derivada del contrato o relación de trabajo, y toda vez el incumplimiento en el que incurrió la demandada al abonar a la trabajadora una remuneración inferior a la habitual, cuando estaba obligada a mantenerla intangible mientras durara la licencia por maternidad, corresponde establecer la base remuneratoria devengada en virtud de la cual se calcularán las diferencias indemnizatorias.

CNTrab., sala V, 24/08/2021. - Betti, Florencia Naum c. Solantu SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/126148/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo", 15/11/2011, Fallos: 334:1387, TR LALEY AR/JUR/68958/2011, sostuvo que en los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discrimina-

torio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, 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.

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. n° CNT 077454/2015/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 24 de 2021.

Considerando:

La doctora *Ferdman* dijo:

I. Contra la sentencia dictada a fs. 490494, que hizo lugar parcialmente a la acción por despido incoada por Florencia Naum Betti contra Solantu S.A., interponen recursos de apelación la parte actora mediante escrito incorporado el 18/09/2020 y la demandada a mérito de la presentación del 21/09/2020, replicados recíprocamente con fecha 28/09/2020. Se registran además las apelaciones interpuestas los días 14 y 15/09/2020 por las peritos en informática y contable, quienes cuestionan los honorarios que les fueron regulados, por estimarlos reducidos, respectivamente.

II. En forma preliminar y con independencia de las consideraciones que a continuación detallaré corresponde efectuar una breve reseña de las posturas iniciales de las partes, recordando que en el inicio la actora sostuvo que fue despedida sin causa el día 29 de enero de 2015, alegando que la medida extintiva resultó discriminatoria y motivada en su condición de madre. En ese orden de ideas destacó que la presunción legal contemplada por el art. 178 LCT finalizó el 24/01/2015 y que si bien el despido se formalizó a los ocho meses posteriores al parto, ello sucedió sin invocación de causa y dentro del período razonable de protección post parto garantizado por el art. 10 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, vulnerándose la protección integral de la familia que garantiza el art. 14 bis CN.

La magistrada que me precede evaluó las posiciones asumidas por las partes en el proceso así como los términos y las circunstancias que precedieron la decisión rupturista, y concluyó que la ex empleadora no demostró las razones de índole económico que motivaron el despido de la actora, según los planteos formulados en el responde, y por ello, teniendo en cuenta que el distracto sucedió cinco días después de que venciera el plazo de protección previsto por el art. 178 LCT, condenó a la accionada a abonar una reparación adicional en concepto de daño moral similar en su monto a la indemnización contemplada por el art. 183 LCT, por estimar la ilicitud en su obrar al que calificó como discriminatorio debido a la reciente maternidad, ponderando a tal efecto que el despido fue dispuesto a penas cinco días después de que venciera el plazo que contempla el art. 178 LCT.

Sostiene la demandada en su recurso que la juez a quo no valoró la totalidad de las probanzas de autos pues omitió considerar la prueba pericial contable que acreditaría las dificultades económicas alegadas. Ello así, negó haber asumido una actitud discriminatoria como consecuencia de la condición de madre adquirida por la actora y afirmó que el despido se motivó en una decisión empresarial y en cuestiones meramente operativas derivadas del cambio en la estrategia de negocios y consecuentes con las dificultades que presentaba el mercado de la marroquinería a nivel internacional, cuestiones todas ellas ajenas al estado de gravidez de la actora por cuanto resultaron afectados otros trabajadores, así como proveedores y contratistas de la empresa. En ese orden de ideas, destacó que el despido fue dispuesto fuera del plazo de protección previsto por el art. 178 LCT, aclarando que la protección legal no puede extenderse más allá del término estipulado por la norma.

Delineados de este modo los agravios articulados por la demandada, no se discute en la causa que la relación laboral habida entre las partes se extinguió por decisión de la empresa quien formalizó su decisión rupturista mediante carta documento del 29 de enero de 2015 en los siguientes términos: "Notificámosle que a partir del día de la fecha prescindimos de sus servicios. Haberes, liquidación final, indemnizaciones legales, certificados de trabajo a su disposición en la sede de nuestra empresa (…)" (cft. art. 82 LO - fs. 193).

Siendo ello así, tampoco resulta un hecho controvertido que el distracto devino incausado, injustificado y en definitiva arbitrario (cfr. art. 245 LCT), y que luego la demandada oportunamente depositó la suma de $ 236.993 en concepto de liquidación final (cft. recibo fs. 118).

La materia del conflicto reside en establecer si ese despido resultó discriminatorio en los términos dispuestos por el art. 1 de la ley 23.592 y art. 17 de la LCT, por cuanto como bien se ha señalado "arbitrariedad y discriminación no son conceptos sinónimos" (Voto del Dr. Maza en la causa "Fernández Carlos Horacio c/ Transporte Sargento Cabral Soc. Colectiva s/ acción de amparo", SD 96739 Sala II del 29 de mayo de 2009), pero si el despido además de ser arbitrario obedeció en realidad a una restricción, alteración o exclusión cuya fi-

nalidad sea el menoscabo o supresión de los derechos fundamentales será también discriminatorio.

Ello así, un trato desigual puede ser discriminatorio cuando la distinción o exclusión obedece a motivos tales como "raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo posición económica, condición social o caracteres físicos" (cfr. ley 23.592) o cualquier otra circunstancia. Delineado este punto y toda vez que la demandada negó que el despido tenga por motivación algún aspecto vinculado con la condición subjetiva de la actora, entiendo que tal como la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de esta cámara han sostenido con criterio que comparto, lo dificultoso del tema está dado por la carga probatoria, ya que más allá de que el despido resulte incausado, no resulta factible identificar el despido sin causa y el despido discriminatorio, en tanto que son dos tipos distintos de despido, el primero carece de causa porque no la tiene, —como en el caso— o porque si la tiene no alcanza a conformar el supuesto previsto por el art. 242 de la LCT, mientras que en el segundo hay una causa prohibida.

Así, la actora adujo que la medida extintiva dispuesta por su ex empleadora, fue motivada por su condición de madre, extremo que pretendió encubrirse bajo la apariencia de un despido incausado, circunstancia controvertida en la causa, pues si bien el despido devino incausado o arbitrario de ello no se sigue que el mismo fuera consecuencia de un accionar discriminatorio.

Desde dicha óptica será la trabajadora quien deberá, en primer término, demostrar o aportar indicios suficientes de que el acto lesiona su derecho fundamental y "una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales (…)" (CNAT, Sala V, sent. 68536, 14/6/2006, "Parra Vera Máxima c/San Timoteo S.A." , Sala V, sent. 69131 21/12/2006, "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A." Sala II, sent. 95.075, 25/6/2007, "Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.", Sala IV, sent 94.581 19/3/2010, "Olguin Pedro Marcelo c/ Rutas del Sur SA. s/ acción de amparo", Sala X "Muñoz Carballo Alejandra Noelia c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. UTE" , sent. 17.456 del 30 de abril de 2010. Este es el criterio que luego fuera auspiciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo" (sentencia del 15/11/2011, Fallos 334: 1387) al sostener que la cuestión de los medios procesales destinados a la protección y, en su caso, reparación de los derechos y libertades humanas se erigió siempre como uno de los capítulos fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (…) y ponen de relieve los serios inconvenientes probatorios que regularmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en litigios que ponen en la liza el ominoso flagelo de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de ius cogens. Así, resultará suficiente para la parte que afirma haber sido discriminada 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. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica. La doctrina del Tribunal 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 (cfr. Considerandos 11 y 12 del precedente citado).

Es así que, en relación con la mecánica probatoria en este tipo de causas, se ha sostenido en criterio que comparto que "no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, bastando a tal efecto los indicios suficientes (art. 163, inc. 5 del CPCCN). Por tal motivo es que, en el reparto de cargas procesales, a cargo de la empleadora deberá colocarse la justificación de que el acto obedece a otros motivos. No implica lo expuesto, desconocer el principio contenido en el artículo 377 de la norma citada, ni lo específicamente dispuesto en la ley 23592, ya que "(…) quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en esta ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos, etc.) deberá en primer lugar, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca (…) y los elementos de hecho, o en su caso, la suma de indicios de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de este, quedando en cabeza del empleador acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta y a su vez excluyente, por su índole, de la animosidad alegada (…)".

Este estándar probatorio elaborado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido reiterado en la causa "Sisnero" (Fallos: 337:611 del 20/5/2014) y "Monteagudo Barro" (Fallos 337:1142 del 28/10/2014, donde la Corte se remitió a las pautas probatorias fijadas en el precedente "Pellicori" (Fallos 334: 1387). En igual sentido en la causa "Varela, José Gilberto c/ Disco S.A. s/ amparo sindical" sentencia del, 4/9/2018, Fallos 341:1106) el Máximo Tribunal señaló en el considerando nro. 9 que "(…) esta Corte ha señalado cuál es 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,

por la particularidad de estos casos, de considerar fehacientemente acreditada la discriminación.

Según dicho estándar, cuando se discute si la medida obedece a un motivo discriminatorio, la existencia de dicho motivo se considerará probada si el interesado acredita de modo verosímil que la medida fue dispuesta por esa razón y, en ese caso, el demandado no prueba que responde a un móvil ajeno a toda discriminación (...)".

Recientemente la Corte Suprema de Justicia en autos "Caminos Graciela Edith c. Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto" del 10/06/2021, en remisión al dictamen emitido por el Procurador Fiscal, ratificó el estándar probatorio delineado al sostener que "(...) Cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de una relación de empleo, dada la notoria dificultad probatoria que existe 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°).

Conforme lo expuesto, será la parte reclamante quien deberá, en primer término, demostrar o aportar indicios suficientes de que el acto lesiona su derecho fundamental y desde la descripta perspectiva de análisis, anticipo que, en mi criterio, obran en la contienda suficientes elementos de convicción que autorizan a tener por acreditado que el actor, tal como lo apuntó en su demanda.

De las constancias de autos, puede colegirse razonablemente surge que habiendo prestado servicios a las órdenes de Grupo Insud el 15/04/2008 e integrando la nómina de Solantu SA desde el 01/01/2010, la Sra. Naum Betti renunció a su empleo en diciembre de ese año y que reingresó a dicha firma el 23/04/2012. Surge asimismo que tras gozar de la licencia por maternidad que se extendió desde el 09/05/2014 hasta el 08/08/2014 y del período de excedencia, el cual debía finalizar el 09/02/2015 pero fue interrumpido por su decisión de reintegrarse a su puesto de trabajo el 19/12/2014, fue despedida sin causa el día 29 de enero de 2015.

De acuerdo al estándar probatorio apuntado; conforme surge de la cronología de los hechos relatados y sin soslayar que en el caso no se torna operativa la presunción legal *iuris tantum* del artículo 178 LCT, no es menos cierto que la inmediatez y contemporaneidad entre la finalización del período de protección legal contemplado por el art. 178 LCT y la rescisión constituye un indicio grave y preciso (artículo 163 inciso 5° CPCCN), con virtualidad para desplazar el onus probandi hacia la demandada, dentro de un sistema procesal que jerarquiza la noción de las cargas dinámicas en materia probatoria en asuntos como el que nos convoca.

Ello así, la carga probatoria en aquellos casos en que está debatido si la motivación del despido fue el embarazo o la maternidad, ha sido captado por el Convenio Nº 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la Protección de la Maternidad, sancionado en Ginebra en la 88º sesión de su Conferencia General celebrada en el año 2000, tratado que revisó el Convenio 103 de 1952. El Convenio OIT 183 toma en cuenta la Recomendación sobre la Protección de la Maternidad de 1952 y su propósito, expresado en las consideraciones iniciales, fue "seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño". Con esta tónica, en su artículo 8 º, apartado 1, in fine, se lee: "La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador".

Así, verificándose en el caso de autos la existencia de indicios suficientes pesaba sobre la accionada la carga de acreditar que la desvinculación tuvo otra motivación, pues si bien el despido resultó arbitrario, lo que debe dilucidarse es si además de ser arbitrario obedeció a una restricción, alteración o exclusión cuya finalidad fuera el menoscabo o supresión de los derechos fundamentos como para configurar un trato discriminatorio.

Luego de evaluar a la luz de las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C.C.N.) las probanzas arrimadas a la causa, adelanto mi postura al coincidir con las conclusiones a las que arribó la Sra. Juez que me precede al sostener que, efectivamente, el despido obedeció a la condición de madre asumida por la reclamante y, por lo pronto, corresponde aceptar el reclamo resarcitorio, según el artículo 1° de la Ley 23.592, en tanto establece: "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. A los efectos del presente artículo 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".

Asimismo debe considerarse incluida en el marco genérico de la Ley 23.592, las circunstancias bajo es-

tudio, que reciben un tratamiento particularizado en la LCT (cft. art. 178).

Sentado ello, anticipo que el extenso memorial recursivo propuesto por la demandada, donde en rigor de verdad limita su postura defensiva al sostener que las dificultades económicas por las que atravesó fueron las que motivaron el despido, no logra conmover lo decidido por la sentenciante a quo, en la medida en que las dificultades económicas alegadas y los argumentos ensayados al afirmar que, al momento del distracto, la actora se encontraba fuera del período de protección establecido por el art. 178 de la LCT no logran conmover lo decidido, teniendo en cuenta que la actora acababa de reintegrarse a su puesto de trabajo con posterioridad al parto.

Es cierto que la accionada, en los agravios, manifiesta que la prueba pericial contable sustenta su postura en orden a las causas de índole económico que motivaron el despido, y si bien insiste en que a través de la misma ha quedado acreditada la disminución de la facturación de la empresa y la crisis económica financiera que atravesaba, lo cierto es que esa única variable no resulta suficiente, por sí sola, para modificar el fallo en crisis.

Ello así, debido a que dicha circunstancia no prueba que la caída en las ventas y la consecuente disminución del activo que fuera consecuencia de factores ajenos e imprevisibles y que, por ende, determinaron la medida extintiva, toda vez que la misma se proyectó concreta y puntualmente en la actora, sin afectar a la generalidad de los trabajadores a excepción de Ana Kaplan que fue despedida casi en simultáneo (cft. fs. 261), por lo que mal puede pretender el recurrente que las publicaciones periódicas adjuntadas a fs. 62/96 o el resultado teóricamente adverso de los ejercicios contables detallados por la perito contadora a fs. 263/266, resulten eficaces para desvirtuar el cuadro indiciario descripto, máxime teniendo en cuenta que los motivos económicos no fueron invocados al decidir la desvinculación, la cual además, se produjo a los cinco días de vencido el plazo previsto por el art. 178 LCT, cuando aún se encontraba vigente el descanso diario por lactancia previsto en el art. 179 LCT.

De este modo, de acuerdo a las posiciones asumidas por las partes en la litis, teniendo en cuenta los límites y los alcances que surgen del memorial recursivo bajo estudio, y sin soslayar que el despido no encierra necesariamente un acto discriminatorio, sino que refleja la voluntad de rescindir el contrato de trabajo sin explicar la causa que lo motiva, lo cierto es que en el caso la decisión rupturista encubrió una conducta discriminatoria, arbitraria y desleal, motivada en la condición de madre adquirida por la actora, sin que ello importe de modo alguno el reconocimiento a toda trabajadora que sea madre una estabilidad propia sino que se la protege de todo despido discriminatorio que pueda sufrir como consecuencia de su condición de tal.

En este marco, coincido con el criterio doctrinario expuesto por el Dr. Pirolo cuando, en oportunidad de referirse en particular a las normas en cuestión, en un caso análogo, en el que no resultaba operativa la presunción del art. 178 de la LCT, dispuso que: "En efecto, tal como he sostenido en diferentes pronunciamientos y en un trabajo doctrinario, la estabilidad que corresponde a la mujer embarazada no deriva de la operatividad o no de dicha presunción —la del art. 178—, sino, de expresas directivas establecidas en el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el art. 11 inc. 2, apart. b) de la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer que revisten jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y en el art. 177 de la LCT (Cfr. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho del Trabajo, Editorial L. L., "Relaciones Individuales", Tº I, pág. 392/393).

Desde este punto de vista, la protección de la maternidad no se agota con la presunción que contempla dicha norma, y no puede válidamente considerarse, como pretende el recurrente, que fuera de dicho período no exista protección legal y/o constitucional tanto para la trabajadora que fue madre como para el interés general del niño, toda vez que la normativa que resguarda a la mujer contra toda forma de violencia y/o discriminación por razón de embarazo, parto o maternidad, así como la protección integral de la familia, y el interés superior del niño, se encuentra especial y concretamente garantizada en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales, así como en la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales en cuanto previene, sanciona y procura erradicar la discriminación que puedan padecer las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos (art. 2), garantizándoles todos sus derechos (art. 3) y especialmente los que puedan producir un menoscabo a sus recursos económicos o patrimoniales, que puedan afectar sus necesidades y medios indispensables para una vida digna (art. 4.c), tutelando su situación de maternidad (art. 6. c).

Vale recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25 inc. 2); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 inc. 1 y 2); la Declaración de los Derechos del Niño (principio 4); y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 11 inc. 2. a); la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (art. 11 inc. b y c); la Declaración de Filadelfia de 1944 relativa a los fines y

objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (ap. III); el Convenio de la OIT Nº 3 sobre protección de la maternidad (art. 3); el Convenio del a OIT Nº 103 sobre protección de la maternidad (arts. 3 y 6); la Recomendación de la OIT Nº 95 sobre la protección de la maternidad (art. 4.1); el Convenio de la OIT Nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (art. 10.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 7); la Convención sobre eliminación de la discriminación de la mujer; el Convenio OIT Nº 103 sobre la protección de la maternidad y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este último invocado por la actora en defensa de su postura, determinan el marco legal, constitucional y supralegal de las normas orientadas a ampliar la protección a la mujer, de la maternidad, y del niño, con carácter vinculante como lo son las leyes, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales y las Recomendaciones de la OIT, que conforman la doctrina internacional en la materia, que no puede ser soslayada al momento de evaluar las circunstancias del caso ni ameritan la primacía del ordenamiento normativo interno, cuando el mismo pudiera resultar limitativo de los mayores derechos avalados por los Tratados Internacionales (cfe. art. 4 y 5 del PIDESyC).

En tal perspectiva, la situación de excedencia reglamentada en el art. 183 y sgtes. de la LCT, se encuentra indudablemente comprendida en la protección especial que otorgan las normas referidas, toda vez que refleja una extensión del descanso por maternidad obligatorio contemplado por la ley.

Desde este punto de vista el despido decidido dentro de los ocho meses posteriores a la fecha de parto y a pocas horas de haber culminado, por decisión de la propia trabajadora, la situación de excedencia, vulnera la protección integral de la familia que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y se encuentra indudablemente comprendido en el período "razonable" de protección post parto garantizado por el art. 10 del PIDESC.

Teniendo en cuenta que no es sencillo mensurar en dinero la extensión e intensidad de una afectación de índole moral ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del damnificado, los padecimientos experimentados que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima y que no siempre resultan claramente exteriorizados hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador, estimo tomando en consideración las particulares circunstancias del presente caso, que corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto estableció el daño moral a cargo de la accionada, cuantificándolo en los términos del art. 183 LCT.

III. Corresponde ahora dar tratamiento a los agravios que expone la actora contra la sentencia de grado en cuanto desestimó el reclamo en concepto de diferencias salariales, sustentado en el hecho de no haber otorgado la accionada el aumento remuneratorio correspondiente al año 2014; por no haber abonado el bono anual correspondiente al período 2014/2015 y el proporcional al año del cese.

a) En lo que respecta al primer tópico, la Sra. Juez a quo consideró que la prueba testimonial acreditó que los aumentos salariales no eran otorgados al personal en forma general, sino que eran dispuestos por los jefes discrecionalmente y en relación a cada empleado, desestimando así la incidencia del aumento salarial correspondiente a septiembre de 2014 en la base de cálculo de los rubros diferidos a condena así como su proyección sobre el salario del mes de enero de 2015 y sobre los rubros indemnizatorios que fueron percibidos por la actora.

Ahora bien, ponderando las constancias de autos y las posiciones asumidas por las partes en la Litis, los argumentos expuestos por el recurrente en orden al aumento salarial correspondiente al mes de septiembre de 2014, que fuera omitido por la ex empleadora al momento de liquidar los conceptos indemnizatorios, hacen mella a los fundamentos del decisorio, puesto que las declaraciones testimoniales rendidas por Cecilia Devoto (fs. 283/284); Aparicio Bejarano (fs. 287/288); Micaela Soledad Covello (fs. 290 y vta.) y Lorenzo Martín Lopetegui (fs. 292/293) desvirtúan la tesis sustentada por la accionada respecto de la discrecionalidad con que otorgaba dichos incrementos y refuerzan la hipótesis de la discriminación, que en el plano salarial se manifestó en el porcentaje del salario que la trabajadora dejó de percibir durante curso de la licencia por maternidad, extremos que valorados analógicamente en los términos del art. 208 LCT y en consonancia con lo manifestados por los deponentes, en cuanto afirmaron haber recibido todos ellos el aumento salarial en cuestión, permite colegir que la actitud asumida por la accionada en el responde al sostener en forma genérica que el aumento dependía de la performance de la empresa y del empleado, sin brindar mayores explicaciones en orden al motivo por el cual a la actora se la privó del aumento salarial correspondiente a septiembre de 2014; sin indicar siquiera someramente en qué consistían y cuáles eran las habilidades sometidas a examen a tal efecto, sin exhibirse ningún registro contable que permitiese dilucidar la cuestión en examen y sin aportar algún indicio que admitiera presumir el motivo por el cual la actora no habría cumplido los objetivos esperados por la empleadora, teniendo en cuenta que de las constancias de autos no surgen las circunstancias por las cuales en el mes de marzo de ese año, la Sra. Naum Betti no fue merecedora del incremento bajo estudio.

Lo cierto es que tales circunstancias que no pueden sino incidir en favor de los asertos de la actora —y, correlativamente, en contra de los de la contraria— puesto que no puede olvidarse que, según la directiva sobre las cargas probatorias dinámicas, se encuentra con mayor obligación de probar aquel que se halla en mejores condiciones o quien posee a su alcance con mayor facilidad los medios para arrimar al conocimiento del juzgador los elementos necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

En concreto, la actitud asumida por la demandada en el proceso implica el reconocimiento tácito de que efectivamente el salario de la actora resultó inferior al de sus compañeros en la medida en que no se aplicó en su caso el aumento pautado de antemano, ni aun en la porción fija que determinada conforme la pauta inflacionaria estipulada a tal efecto, y desde esa perspectiva, toda vez que la remuneración que la actora debió percibir durante la licencia por maternidad no pudo ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado tal circunstancia, considerando que el pago íntegro del salario constituye la prestación principal del empleador derivada del contrato o relación de trabajo y toda vez el incumplimiento en el que incurrió la demandada al abonar a la trabajadora una remuneración inferior a la habitual, cuando estaba obligada a mantenerla intangible mientras durara la licencia por maternidad (cft. arts. 177 y 208, LCT), propicio modificar lo decidido en origen en este aspecto y establecer la base remuneratoria devengada en virtud de la cual se calcularán las diferencias indemnizatorias que propicio admitir mediante mi voto.

b) Por el contrario, cabe desestimar el tratamiento del segundo agravio que propone la actora bajo el título "El carácter remuneratorio del bono o gratificación", toda vez que en dicho acápite pareciera requerirse el acogimiento del reclamo sustentado en la procedencia del bono 2014/2015, pero lo cierto es que el planteo articulado resulta inconcluso, toda vez que las conclusiones a las que arribó la magistrada que me precedió en el juzgamiento no son asumidas de modo alguno en el memorial, que merecían —en el mejor de los casos— una crítica de otro tenor —más eficaz— en relación a cada uno de los aspectos del fallo que se consideraban equivocados (art. 116 L.O.). En efecto, la ley procesal exige que esa crítica sea razonada, es decir que el apelante objete las conclusiones que considera erradas, requisito que, en el caso, no encuentro cumplido toda vez que el apelante se limita a manifestar el agravio que le causa la decisión de grado, sin formular suposiciones y sin fundamento probatorio alguno que logre conmover las conclusiones de la jueza a quo, las que propicio confirmar mediante mi voto.

c) Del mismo modo propicio desestimar la queja bajo estudio en lo que respecta a la proporcionalidad del bono 2015, pues no solo se omite especificar concretamente la composición de las diferencias que correspondería acoger de admitirse su pretensión, sino que además tal pretensión no fue expuesta ante la sentenciante a quo y de acuerdo con lo establecido en el art. 277 primer párrafo del CPCC ya citado, el Tribunal de alzada solo puede emitir pronunciamiento respecto de aquellas cuestiones involucradas en la pretensión de la actora y en la oposición de los codemandados, por lo que su ámbito de conocimiento "se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del juez inferior y no a lo resuelto por este en su sentencia" (cfr. Palacio Lino Enrique "Derecho Procesal Civil", Tomo V, pto. 667, pág. 461 de la primera edición, Edit. Abeledo Perrot), extremo que obsta a la viabilidad del agravio en (1).

Como correlato de lo expuesto, teniendo en cuenta el modo en que la actora ha fundado sus pretensiones, la composición salarial invocada en esta alzada, al pretender computar la suma de $ 20.882 que corresponde a la gratificación percibida en febrero de 2014, deviene manifiestamente improcedente por cuanto dicha alegación no formó parte del sustrato jurídico al iniciar la acción e implica claramente una violación del principio de congruencia que hace al derecho de defensa en juicio (cfr. arts. 163 inc. 6 y 34 del CP.C.C.N. y art. 18 CN).

Por las razones apuntadas, propicio establecer la base remuneratoria devengada en la suma de $ 26.311,5 que comprende la remuneración percibida en abril de 2014 ($ 23.388) más el incremento salarial del orden de 12,5% que la ex empleadora omitió aplicar a partir de septiembre de ese año, teniendo en cuenta que ese porcentaje fue el otorgado por la ex empleadora al resto de la persona en el año respectivo.

IV. Sentado ello, no se discute en la causa y llega firme a esta alzada que, con motivo de la extinción del contrato de trabajo dispuesta por Solantu S.A., la trabajadora percibió la suma de $ 236.993 en concepto de rubros indemnizatorios derivados de su extinción (cft. recibo fs. 118) y siendo el objeto de la pretensión el cobro de las diferencias indemnizatorias que según Naum Betti le correspondían, dado que la ex empleadora consideró a tal efecto una mejor remuneración mensual normal y habitual inferior a la debida ($ 23.388 y no $ 26.311,5), no tendrá favorable acogida mediante mi voto la queja planteada por la demandada en los términos del art. 2 de la ley 25.323, por cuanto la situación contemplada por la norma se configuró en el presente caso, en la medida en que se abonó una suma de dinero inferior en concepto de liquidación final, inferior a la que correspondía por lo que, ante el incumplimiento de la intimación cursada, la demandada se colocó en situación de ser sancionada en los términos de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 25.323.

En la especie, si bien la accionada ha abonado oportunamente las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., lo hizo de manera parcial al considerar una base de cálculo errónea. En razón de ello, y toda vez que la medida de la acción está dada por la diferencia resultante respecto a la base de cálculo de las indemnizaciones por despido injustificado, cabe liquidar el incremento del 50% sobre el importe resultante de las mismas.

Por dicha razón, sugiero desestimar la queja de la parte demandada; conformar la sentencia de grado en el segmento bajo estudio y diferir a condena la suma resultante del 50% de la diferencia indemnizatoria a calcular sobre las sumas que surgen abonadas conforme el recibo adjunto a fs. 118 en concepto de antigüedad y preaviso con SAC ($ 140.328 - $ 46.776 - $ 3,898, respectivamente) y las sumas indemnizatorias que determinaré seguidamente, conforme las pautas salariales delineadas en este pronunciamiento.

V. Por los fundamentos señalados y en los términos y con los límites que impone el memorial bajo estudio, la presente acción prospera por los siguientes conceptos y montos, ponderando para ello los períodos laborados - 11/02/2008 al 22/12/2010 - y - 23/04/2012 al 29/01/2015 -, así como la remuneración devengada ($ 26.311,5) y los rubros que permanecen firmes en esta alzada con más los que fueron favorablemente admitidos en esta instancia, de acuerdo al siguiente detalle: 1) Indemnización art. 245 LCT: $ 157.869 ($ 26.311 x 6); 2) Indemnización preaviso: $ 52.622; 3) SAC sobre preaviso: $ 4.385,16; 4) vacaciones abonadas según recibo fs. 118 (43,78 días) + SAC: $ 46.080,45 + $ 3.840,03 = 49.920,48; 5) SAC proporcional: $ 2.192,62: total diferencias indemnizatorias: $ 17.541 + 5.847 + 487,25 + 8.960,08 + 243,62 = 33.078; 6) art. 2 ley 25.323 s/ diferencias: $ 11.937,62 ($ 23.875/2); 7) Daño moral: $ 342.049,5, alcanzando la suma de $ 387.065,12, que llevará los intereses dispuestos en la instancia de grado anterior (art. 116 LO) desde la fecha de exigibilidad de cada crédito y hasta su efectivo pago.

Consecuentemente, voto por modificar en los términos expuestos, este segmento del decisorio.

VI. La solución propuesta implica adecuar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia (conf. art. 279 del CPCCN) y proceder a su determinación en forma originaria, motivos por los cuales deviene inoficioso expedirme sobre los recursos articulados al respecto.

En materia de costas, no encuentro mérito para apartarme del principio general contenido en el art. 68 CPCCN según el cual quien resulte vencido debe cargar con los gastos causídicos en que incurrió la contraria para el reconocimiento de su derecho, por lo que propicio se confirme lo decidido en origen en este punto.

Por otra parte, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 27.423, la observación del art. 64 del texto normativo sancionado por el Congreso de la Nación y la promulgación parcial dispuesta por el decreto 1077/2017 (art. 7), corresponde determinar cuál es la ley aplicable a los trabajos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho texto normativo.

Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido por mayoría —con arreglo a lo decidido por ese Tribunal ante situaciones sustancialmente análogas— que en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la liquidación (Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, concluyeron que "el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7 del decreto 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352, 318:445 —en especial considerando 7—, 318:1887, 319:1479, 323:2577, 331:1123, entre otros" (CSJ 32/2009 (45-E) /CS1, originario, "Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 4 de septiembre de 2018).

Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas tareas pasadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

De tal modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales por la labor cumplida en primera instancia se realizaron estando en vigencia la ley 21.839, el art. 38 L.O., el art. 13 de la ley 24.432 y el decreto ley 16.638/57, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO), de la demandada y los correspondientes a la perito contadora Tamara Cynthia Accurso y al perito en sistemas Antonio Oscar Díaz, por sus actuaciones en primera instancia en el 17%, 15%, 6% y 6%, respectivamente, del capital de condena más intereses.

VII. En atención a la solución que he dejado propuesta, sugiero imponer las costas de alzada a cargo de la demandada (cft. art. 68 CPCCN). A tal efecto, sugiero regular los honorarios de las representaciones letradas intervinientes en alzada, en el 30% de lo que, en definitiva, le corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (cft. art. 30 de la ley 27.423).

La doctora *Carambia* dijo:

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

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1º) Modificar la sentencia de primera instancia y elevar el monto de condena a la suma de pesos trescientos ochenta y siete mil sesenta y cinco con doce centavos ($ 387.065,12), que devengará los intereses dispuestos en la sentencia de grado; 2º) Dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior; 3º) Costas y honorarios en ambas instancias conforme lo propuesto los considerandos XV y XVI del primer voto de este acuerdo; 4º) 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. La Dra. María Dora González no vota (art. 125 LO). *— Beatriz E. Ferdman. — Graciela L. Carambia.*

(1) Texto conforme al original.

RESCISIÓN POR MUTUO ACUERDO

Invalidez del acuerdo firmado por las partes a fin de terminar la relación laboral. Vicio en la voluntad del trabajador. Inclusión del bono anual en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido.

1. — Debe concluirse que el acuerdo de rescisión contractual encubrió en realidad un despido incausado, pues, la modalidad escogida por la accionada para finalizar la relación de trabajo no cuadra en el supuesto previsto en el art. 241 de la LCT, ya que se demostró que el trabajador fue condicionado por el entonces presidente de la sociedad comercial empleadora bajo la amenaza de ser despedido, por lo que no medió libre voluntad del dependiente de concluir la contratación.

2. — La incidencia del bono anual debe ser incluido en la base de cálculo de las partidas indemnizatorias por despido, pues, la demandada no demostró haber utilizado un sistema de evaluación del desempeño del trabajador y contribuyó decididamente a no esclarecer la cuestión vinculada con los objetivos y pautas relacionados con el rubro que se trata y por ello no resulta posible conocer los parámetros objetivos para su determinación.

CNTrab., sala IX, 09/06/2021. - Piazza, Carlos Daniel c. Centro Automotores SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/74765/2021]

Expte. n° CNT 055558/2014/CA001

Buenos Aires, junio 9 de 2021.

Considerando:

El doctor *Pompa* dijo:

I.- La sentencia de primera instancia rechazó la demanda y viene apelada por el actor, según constancias digitalizadas en plataforma LEX 100, que mereció la réplica de su contraria realizada en ese mismo medio electrónico. Asimismo, las direcciones letradas de las partes y el perito contador objetan la regulación de sus honorarios profesionales, que consideran exiguos.

II.- A mi modo de ver, la queja del accionante resulta atendible y en esa inteligencia me expediré.

En efecto, discrepo respetuosamente del punto de vista del magistrado a quo, que, partiendo de los testimonios que informaron una situación ciertamente irregular en la desvinculación del accionante concluyó que se hallaban cumplidos los recaudos contenidos en el artículo 241 de la LCT (celebración ante escribano público del acuerdo); a partir de lo cual desestimó la pretensión indemnizatoria perseguida en estos actuados.

Sostengo aquello, dado que en mi opinión la prueba testimonial ilustró de manera acabada y pormenorizada un contexto que no guarda relación con la situación alegada por la empresa para fundamentar su posición frente al conflicto individual. Es mi parecer que dicho medio probatorio permite admitir la hipótesis del apelante, en el sentido que el acuerdo de rescisión contractual encubrió, en realidad, un despido incausado.

Sobre el particular, considero que el testimonio de Velayos resulta determinante a los fines de resolver la litis, pues aseveró haber actuado en representación del empleador cuando despidió al actor, ofreciendo su declaración los pormenores que rodearon a esa situación, entre los cuales se encuentra la suerte de coerción denunciada en el inicio, esto es, que el trabajador debía decidir entre acordar su desvinculación para de ese modo percibir una suma de dinero acorde a la realidad contractual o ser despedido con la consecuente reputación negativa con vistas a su futuro ocupacional dentro del mismo ramo de su especialización (recuerdo que pretensor ocupaba un cargo gerencial en una organización dedicada a la comercialización de automóviles). Así pues, el testigo afirmó expresamente que "...el actor trabajó hasta el año 2013 o fines de 2012... que el motivo fue por una restructuración... el dicente lo despidió... la empresa le dio la instrucción... llamó al actor y le dijo que estaba despedido y que por política tenía dos posibilidades,

despedirlo o firmar un acuerdo de desvinculación, y que el actor optó por firmar el acuerdo de desvinculación... aclara que fundamentalmente la diferencia que había entre las dos opciones que le comunicó al actor, era un tema de que quedara como un despido o desvinculación documentada...".

Asimismo, los testimonios de Meyer Arana y Blanco informaron que era práctica habitual de la demandada recurrir a esa figura para desvincular al personal ("...la empresa suele hacer acuerdos con otros empleados, que es normal, que los acuerdos son acuerdos de desvinculación, que para evitar el despido se le da una suma de dinero y se le desvincula de la empresa..."; "...dejó de trabajar porque llegó a un acuerdo con la empresa... generalmente se hace un acuerdo...").

Los relatos de los dicentes supra analizados me persuaden para concluir que la modalidad escogida por la accionada para finalizar la relación de trabajo no cuadra en el supuesto previsto en el artículo 241, primera parte, de la LCT, en tanto no es posible sostener que ha mediado libre voluntad del trabajador de concluir la contratación. A mi modo de ver, ha sido demostrado que fue condicionado por el entonces presidente de la sociedad comercial empleadora bajo la amenaza de ser despedido. En el contexto descripto, se observa viciada su voluntad y por consiguiente resultan susceptibles de ser anulados los efectos de la figura formal utilizada por la dadora de trabajo para rescindir el vínculo, dado que la coerción proferida motivó, justamente, la aceptación del convenio, resultando esa opción la única alternativa posible frente al panorama que le representaba su superior. No se debe perder de vista que la intimidación requiere, para su configuración, que se profieran "amenazas injustas" (artículo 937 del Código Civil), esto es, contrarias a Derecho. Y lo acontecido, según informó el testimonio de Velayos, permite aceptar esa calificación, pues una de las circunstancias previstas en la norma civil (temor fundado de sufrir un mal inminente) se encuentra identificada en el contexto de la situación laboral de la víctima. Por consiguiente, en este caso particular –insisto- la presión ejercida sobre la persona del trabajador resultó ser el factor determinante que afectó su libertad en momentos de resolver la contratación, lo que conlleva a anular el acto, toda vez que no ha existido un acuerdo concurrente de voluntades. En consecuencia, se debe entender que la relación de trabajo finalizó por imperio del artículo 245 de la LCT y por ello el actor tiene derecho a percibir las indemnizaciones emergentes del distracto (artículos 232, 233 y 245 de la LCT).

III.- Trataré seguidamente el agravio que pone en tela de juicio lo decidido en torno al bonus anual y la exclusión de su incidencia en la base de cálculo de los créditos.

He tenido ocasión de expedirme en causas que guardan sustancial analogía con el presente debate (SD nro. 16.125 del 26.2.2010 in re "Cobice, Oscar c. Danone Argentina SA s. despido"; entre otras). Entonces dije que "...tampoco resulta atendible la postura de extraer de la base de cálculo de la indemnización por despido la incidencia del referido 'bonus' aun teniendo en cuenta la doctrina del reciente fallo plenario de esta Cámara N° 322 'in re' 'Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina' del 19/11/09, teniendo en cuenta que allí se condiciona la exclusión de la bonificación abonada sin periodicidad mensual de la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T. no sólo a que se descarte la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, sino además a que se reconozca en base a un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, extremo que –como precedentemente se concluyera- no se verifica en las actuaciones bajo examen".

Considero que en la especie acceden similares presupuestos de hecho a los del precedente transcripto, ya que la demandada no demostró haber utilizado un sistema de evaluación del desempeño del trabajador. Adviértase que el perito contador se expidió sobre el tema sin especificar en concreto cuál era el sistema de evaluación del empleado, puesto que solo trajo a colación situaciones difusas y circunstancias ciertamente indeterminadas. A modo de ejemplo, el experto habló de "políticas de la demandada", "nivel de cumplimiento de los objetivos definidos por cada jerarquía", "consecución de los resultados obtenidos", para luego informar que el rubro se establece en función de un "coeficiente sobre el salario bruto" (que no se indicó), remitiendo a un "presupuesto" (del cual no se dieron mayores precisiones) y a la realización de "cálculos" (que tampoco se explicó en qué consisten), aludiendo para finalizar a una "tabla de distribución" (sobre la que nada se especificó).

En ese marco, se debe interpretar que la suerte de reticencia observada conduce a la operatividad del artículo 55 de la LCT, ya que la demandada contribuyó decididamente a no esclarecer la cuestión vinculada con los objetivos y pautas relacionados con el rubro que se trata y por ello no resulta posible conocer los parámetros objetivos para su determinación. Por consiguiente, la incidencia del bono anual debe ser incluirlo en la base de cálculo de las partidas indemnizatorias.

Ahora bien, en el caso puntual de autos, el apelante afirmó que la empresa no abonó el premio correspondiente al año 2012 (último año calendario completo que laboró), lo cual fue corroborado por el informe contable. Por tal motivo, tomaré como parámetro de cálculo -a los fines de establecer la incidencia en la remuneración mensual para el cálculo de las diversas partidas diferidas a condena- lo liquidado por el mencionado ítem durante el año anterior (2011 -$ 31.867-).

De tal modo, la referida incidencia se fija en la suma de $ 2.655,58 (31867/12).

Asimismo, la deuda salarial por falta de pago del rubro que se trata (años 2012 y 2013 –proporcional de un mes, dada la desvinculación sobreviniente-), cuyo derecho de cobro corresponde habida cuenta de la percepción del mismo en períodos anteriores tal como informó la pericial contable, se fija en la suma de $ 34.522,58 (31867 + 2655,58; artículo 56 de la LCT).

IV.- La parte actora también pretende que la base de cálculo de los créditos se encuentre integrada por la cuantificación del uso de un dispositivo de telefonía celular y la de un automóvil, ambos otorgados por la dadora de trabajo. Adelanto opinión en el sentido que el disenso será admitido en lo conceptual, no así el importe asignado al demandar para cada una de esas utilizaciones, que por las razones que más adelante daré no considero razonables.

A mi modo de ver, obran en la cusa elementos de juicio que permiten inferir que la utilización de esos bienes representó, en el caso, una ventaja patrimonial para el dependiente. Me explico. En primer lugar, cabe mencionar que la totalidad de los testigos dieron cuenta del empleo –por parte del actor- de un móvil y de un vehículo asignados a él. Si bien algunos de ellos refirieron que dicho otorgamiento obedeció al cumplimiento de labores, ninguno afirmó ciertamente que estuviera acotado a las mismas. Es más, uno de los dicentes (Paz) señaló que el auto podía ser conducido por un familiar del empleado, lo cual ubica el tema inequívocamente en la esfera personal del uso de ese bien en particular (…el actor, por lo que tiene entendido, contaba con un vehículo, teléfono celular… como elementos de trabajo… el vehículo era para movilidad laboral, el teléfono para que pueda comunicarse con las personas necesarias para desarrollar su tarea como gerente general…"; Meyer Arana / "…el actor contaba con una notebook para el desempeño de sus tareas… como a cualquier gerente se les daba un auto de flota para cumplir tareas relacionadas con lo laboral, un teléfono celular que también estaba dentro de un pool de centro automotores para poder comunicarse… y una tarjeta de crédito corporativa para cubrir gastos de por ej. Combustible, dados los traslados que se tienen que hacer entre los puntos de venta…"; Blanco / "… dependiendo el cargo o la función dentro de la compañía tenían beneficios, y en el caso del actor tenía una línea de celular, tenía dos automóviles…"; Grandolini / "…el sueldo de él era en efectivo, una parte se la pagaban con un % del auto, le pagaban gastos por representación… nada más que recuerde…"; Magini / "…no sabe el sueldo del actor pero sí sabe cómo está compuesto, porque respondíamos a la misma estructura salarial… el actor tenía un sueldo básico, un bonus anual… había otro beneficio que era el vehículo… al empleado le asignaban una unidad para uso de algún familiar directo…"; Paz).

Lo hasta aquí dicho encuentra apoyo en lo peritado contablemente, ya que el experto informó la existencia de gastos de telefonía celular provenientes del número asignado al pretensor durante días no laborales ("…Si CASA tuvo contratado el siguiente número de teléfono celular de la empresa Claro con el número de abonado 01168361510, e informe a que persona se encontraba asignado, e imputados el costo de sus servicios. R/: Afirmativamente y lo usaba el actor… Si la persona que tenía asignado dicho celular, abonaba parte del costo de dicho servicio y de hacerlo en qué forma. R/: Abonaba la empresa… En base a la documentación a obtener por la demandada, o bien por la aportada en autos por la citada compañía telefónica en su contestación al oficio requerido, si se registraban consumos del usuario fuera de los días y horarios laborales denunciados. R/: Afirmativamente). Lo expuesto permite concluir que el servicio de telefonía móvil era utilizado por el accionante de modo personal y no solo para el cumplimiento de sus obligaciones profesionales, por cuanto no fue alegado, ni probado que aquél se hubiera desempeñado en esas oportunidades, es decir, fuera de la jornada semanal.

A mayor abundamiento, cabe agregar que el perito contador manifestó que la empresa no brindó ninguna información sobre "normas, procedimientos o protocolos acerca para el caso que el personal de la misma realice gastos para cumplir con sus funciones y cargo en la empresa", por lo que resultan operativas las previsiones del artículo 55 de la LCT, que determinan el acogimiento del rubro, tal como vengo sosteniendo con sustento en el material probatorio analizado.

En lo referente al uso de un rodado, además de lo ya indicado cabe mencionar que la experticia contable se expidió en sentido similar a lo dicho precedentemente, en orden a que la empresa nada informó sobre "el valor mensual del vehículo asignado al actor" y por ello corresponde resolver el tópico con fundamento en el artículo 55 citado, dado que se observan cumplidos los presupuestos que habilitan aplicar la presunción que contiene esa norma. No se debe perder de vista que dicha presunción es consecuencia directa del proceder reprobable del empleador, en cuanto impidió acceder a los registros contables, en los cuales debió constar la información conducente para la dilucidación de la litis. Con ello quiero significar que la demandada pudo demostrar acaso, que lo aseverado en la demanda - que la ley manda presumir como cierto- no lo es.

En resumen, lo expuesto permite aceptar que la concesión de un automóvil para uso exclusivo del accionante y/o su grupo familiar y la utilización personal del servicio de telefonía celular representaron,

como señalé, una ventaja patrimonial para el dependiente y por lo tanto configurativo de su carácter salarial. Es que toda prestación del empleador – dineraria o en especie- tiene carácter salarial en cuanto se verifica una ventaja patrimonial para el trabajador, quien la obtiene ya sea como consecuencia de los servicios que presta a favor de aquél o por la mera puesta a disposición de su fuerza de trabajo. En otras palabras, las prestaciones otorgadas por la principal son inequívocamente remuneratorias si es que representan ganancia, si no es exigible la demostración de gastos y si es percibida en el marco de la ejecución del contrato de trabajo (artículos 103, 105 y 106 de la LCT). Por consiguiente, corresponde inferir que el suministro de tales servicios importó una ventaja patrimonial para el actor y por tanto corresponde admitir la queja, repito, desde lo conceptual.

A los fines de cuantificar dichas utilizaciones, tendré en consideración los gastos promedios de cada una de ellas a la época de la desvinculación habida (enero de 2013), comprensivas del valor histórico del abono en cuestión, el del combustible presumiblemente gastado, como así también el costo promedio de la póliza de seguro automotor y los tributos. En esa inteligencia, entiendo que resulta razonable asignar por el empleo de telefonía móvil celular la suma de $ 600.- mensuales y por el del rodado en cuestión, la de $ 2.400.- (artículo 56 de la LCT).

En definitiva, siendo la mejor remuneración mensual, normal y habitual peritada la correspondiente al mes de octubre de 2012 ($ 26.681.-), teniendo en cuenta la incidencia del premio anual de acuerdo a lo decidido en el considerando anterior ($ 2.655,58) y los importes asignados al uso de los bienes tratados en el presente considerando (telefonía celular -$ 600- y automóvil -$ 2.400-), la base de cálculo de los créditos se fija en los $ 32.336,58 (26681+2655,58+600+2400). Así lo voto.

Solo resta agregar que no será admitida la cuantificación de los demás beneficios pretendidos por el quejoso, habida cuenta de que la pericia contable informó que no adquirió en los últimos dos años de la relación laboral "vehículos O Km. conforme las prácticas de descuentos para empleados", como así tampoco suscribió "convenios de Renting de automóviles", ni "planes de ahorro previo para la compra de vehículos O Km.". Ello conduce a desestimar la reclamación inicial sustentada en esas circunstancias, atento a la inexistencia de operaciones en tal sentido.

V.- En lo atinente a la multa prevista en el artículo 45 de la ley 25.345, estimo que el emprendimiento recursivo del actor es conducente, debido a que no se cumplió -en definitiva- con la obligación de hacer que impone el artículo 80 de la LCT, pues los instrumentos deben ajustarse a lo que se ha tenido como verdad en el proceso. Es que los documentos deben reflejar lo que fue el contrato de trabajo, es decir, las circunstancias que se determinan en sede judicial en caso de controversia, ya que la puesta a disposición –e incluso la entrega- de un certificado que no contenga los extremos que se tuvieron por ciertos importa el incumplimiento de esa obligación de hacer. Desde tal óptica, se debe entender que no se dio cabal cumplimiento a lo normado en el artículo 45 citado y por ello se verifica en el caso el presupuesto de procedencia al que alude la norma legal.

VI.- En síntesis, la liquidación final estará integrada por los siguientes montos y rubros, conceptualmente tratados en este pronunciamiento. A tal fin, tomaré como parámetros de cálculo las fechas de ingreso y egreso denunciadas en el inicio (1.3.1998 y 28.1.2013) y el haber determinado en el considerando IV.- del presente pronunciamiento ($ 32.336,58). En cuanto a la base de cálculo de la indemnización por despido (artículo 245 de la LCT), estaré a la suma de $ 21.665,50 (32336,58X67%), en virtud de lo resuelto por la CSJN en la causa "Vizzotti", habida cuenta de que la aplicación del tope indemnizatorio informado pericialmente ($ 14.408,10) significaría una merma contraria a lo decidido por el más Alto Tribunal. Con ello doy respuesta al agravio del accionante sobre el tópico.

El agravamiento previsto en el artículo 1º de la ley 25.323 obedece a que he tenido ocasión de expedirme en una causa que guarda sustancial analogía con el debate aquí propuesto (SD nro. 16.143, del 22.03.2010 in re "Urzua Hernan c. Fratelli Branca Destilerias SA s. despido"). Allí sostuve que "...lo cierto y relevante es que, de acuerdo a lo que ha sido acreditado en el 'sub lite'... encuentro aplicable al supuesto de marras la norma prevista en el art. 1° de la ley 25.323, ya que se verifica que a través del otorgamiento de prestaciones complementarias que se pagaron al actor, la evasión de tales sumas de los registros legales, presupuesto que activa la exigibilidad del incremento en cuestión".

En lo que hace al recargo del artículo 2° de la ley 25.323, reiteradamente el Tribunal ha sostenido que lo sustancial resulta de la verificación del requerimiento de pago de las indemnizaciones derivadas del despido y de la postura refractaria de la empleadora, que obligó a la trabajadora a iniciar las presentes actuaciones en procura del cobro del crédito debido. Por lo demás, es sabido que la sentencia judicial -en cuanto manda a indemnizar en los términos del artículo 245 de la LCT- retrotrae sus efectos a la fecha de la denuncia. A partir de entonces, es exigible el crédito resultante y por tal motivo resultan igualmente exigibles los recargos directamente vinculados con el distracto, tal como es el supuesto regulado en el artículo 2° aludido.

El importe total resultante de $ 566.560,09 constituye el capital nominal de condena, que llevará los

intereses dispuestos en el Acta CNAT nro. 2658 del 8.11.2017, habida cuenta del criterio adoptado por las Salas de esta Cámara a partir de su dictado.

VII.- No me parece procedente la pretensión de incrementar la condena en los términos del artículo 275 de la LCT, porque en el caso no aprecio que la demandada haya litigado a sabiendas de su propia sinrazón o incurrido en graves inconductas procesales en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Antes bien, considero que ha ejercido defensas -compatibles con su postura- previstas en el ordenamiento jurídico vigente a esos fines específicos y el hecho de que fueran finalmente desestimadas, acarreó la carga de indemnizar. Adoptar el criterio sugerido por la apelante, podría cercenar el derecho de defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional; en sentido similar, esta Sala in re "Ibarra Luciano c. Di Rimini Mario Oscar s/ despido"; Sentencia Definitiva nro. 1.335 del 30.4.1997, entre otros).

VIII.- La modificación que propongo impone dejar sin efecto la imposición de costas y regulación de honorarios efectuada en la anterior instancia, y proceder a fijarlos en forma originaria (artículo 279 del CPCCN). A tal fin, atendiendo a que la demandada ha resultado vencida en lo principal y sustancial del reclamo, sugiero que las costas de primera instancia se impongan a la misma en su totalidad (artículo 68, primer párrafo, del CPCCN), toda vez que no encuentro mérito para apartarme del principio que rige en la materia, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota.

En cuanto a las retribuciones de los profesionales actuantes, teniendo en cuenta el resultado del litigio, su valor económico, las pautas arancelarias previstas en los artículos 16 y 58 de la ley 27.423, 3° del decreto-ley 16638/57 y 38 de la ley 18.345, como así también el mérito, calidad y extensión de las labores desarrolladas, estimo adecuado regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y demandada, y del perito contador, en el 16%, 14% y 7%, respectivamente, a calcular sobre el monto de condena con sus intereses.

IX.- Por las razones expuestas, propongo que se revoque la sentencia apelada, se haga lugar a la demanda y se condene a la accionada –con costas- a pagar al actor, mediante depósito judicial y dentro del quinto día de quedar firme la liquidación del artículo 132 de la LO, la suma de $ 566.560,09 más los intereses fijados en el considerando respectivo, desde que cada suma es debida y hasta la fecha del efectivo pago (Acta 2658 CNAT; artículos 68, primer párrafo, y 279 del CPCCN); demás accesorios conforme a lo decidido en el considerando anterior. Se impongan las costas de alzada a cargo de la demandada (artículo 68, primer párrafo, del CPCCN) y se regulen los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, en el 30% de los asignados por su intervención en la instancia de grado (artículos 16 y 30 de la ley 27.423). El doctor Mario S. Fera:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Balestrini no vota (artículo 125 de la LO).

A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal Resuelve: 1.- Revocar la sentencia de grado, hacer lugar a la demanda y condenar a la demandada a pagar al actor la suma de $ $ 566.560,09 más intereses; 2.- Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada, por su actuación en la instancia de grado, y los del perito contador, en el 16%, 14% y 7%, respectivamente, del monto total de condena; 3.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada; 4.- Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de los asignados en origen. 5.- Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la ley 26.685 y Ac. CSJN nro. 38/13, nro. 11/14 y nro. 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que se efectúen.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Mario S. Fera*. — *Roberto C. Pompa*.

Novedades Legislativas

RESOLUCIÓN 577 (M.T.E. y S.S.)

Prevención y abordaje de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo – Creación del Programa Qualitas 190.

Fecha: 22/09/2021
Publicación: BO 24/09/2021

Síntesis: Se crea el Programa Qualitas 190 en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas de Inclusión en el Mundo Laboral, dependiente de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Asimismo, se establece que su objeto será brindar y facilitar herramientas al sector empleador, para la prevención y abordaje de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 11 (C.N.E.P. y S.M.V. y M.)

Trabajo – Salario mínimo, vital y móvil para trabajadores mensualizados y jornalizados y montos mínimo y máximo de la prestación por desempleo – Norma complementaria de la ley 24.013.

Fecha: 24/09/2021
Publicación: BO 27/09/2021

Síntesis: Se fija para todos los trabajadores comprendidos en el Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la ley 20.744 (t.o. 1976), en el Régimen de Trabajo Agrario, de la Administración Pública Nacional y de todas las entidades y organismos del Estado Nacional en que éste 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, a partir del 1° de septiembre de 2021, de $ 31.104,00 para todos los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa de trabajo y de $ 155,52 por hora para los trabajadores jornalizados. Asimismo, se establece que dichas sumas ascenderán, a partir del 1° de octubre de 2021, a $ 32.000,00 y $ 160,00 y, a partir del 1 de febrero de 2022, a $ 33.000,00 y $ 165,00.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 4 (C.N.T.C.P.)

Personal de Casas Particulares – Incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas – Norma complementaria de la ley 26.844.

Fecha: 26/10/2021
Publicación: BO 27/10/2021

Síntesis: Se fija un incremento de las remuneraciones horarias y mensuales mínimas para el Personal de Casas Particulares comprendido en el Régimen establecido por la ley 26.844.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Dossier

El pensamiento de Miguel Ángel Sardegna: 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 del Dr. Miguel Ángel Sardegna **(1)**. La cita de los artículos de doctrina abarca aquellos que se encuentran publicados en la base online de la editorial.

Vale la pena citar un extracto del prefacio a la quinta edición de su tan conocida y consultada obra *Ley de Contrato de Trabajo - Comentada*. Allí decía: "...glosando a S.S. León XIII, indicamos que aun en la crisis el capital es tan necesario como el trabajo, pero el uso de aquel es malo cuando se obtiene, mantiene o acrecienta a costa del derecho ajeno y se pone como fin de la vida humana. Por su parte, S.S. Juan Pablo II, en su Carta Encíclica 'Centesimus Annus', expresó con claridad que 'se reconoce la positividad del mercado y de la empresa, pero al mismo tiempo que estos han de estar orientados hacia el bien común. Esta doctrina reconoce también la legitimidad de los esfuerzos de los trabajadores por conseguir el pleno respeto de su dignidad y espacios más amplios de participación en la vida de la empresa, de manera que, aun trabajando juntamente con otros y bajo la dirección de otros, puedan considerar en cierto sentido que «trabajan en algo propio», al ejercitar su inteligencia y libertad'. Es que, como también acertadamente expresó el Pontífice en esa ocasión, '...la economía de mercado no puede desenvolverse en medio de un vacío institucional, jurídico y político. Por el contrario, supone una seguridad que garantiza la libertad individual... La primera incumbencia del Estado es la de garantizar esa seguridad de manera que quien trabaja y produce pueda gozar de los frutos de su trabajo y, por tanto, se sienta estimulado a realizarlo eficiente y honestamente'. Esta es la respuesta que esta quinta edición quiere dar a la crisis y a los vientos flexibilizadores, ahora cada vez más intensos...".

Muchos hemos estudiado y utilizado en nuestra labor diaria la bibliografía del Dr. Sardegna. Es por ello por lo que me pareció oportuno traer a cita una parte de la reseña que hizo esta editorial a la séptima edición de su Ley de Contrato de Trabajo: "...La obra que nos toca comentar en esta ocasión es un clásico en materia laboral. El hecho de haber alcanzado siete ediciones habla a las claras, sin mayores aditamentos, de su éxi-

(*) 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) El Dr. Sardegna falleció el 17/10/2013. Fue profesor titular regular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las Facultades de Derecho y en la de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Director del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Consejero Profesor de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA)

to editorial. Sin altisonancia académica ni ampulosidad vana, Sardegna procuró —desde el vamos— escribir un libro pragmático, medular y concreto. Se guio por la máxima del maestro Scialoja, en el sentido de 'hacer ciencia útil', tan frecuentemente olvidada en nuestro medio".

II. Citas de su pensamiento en artículos de doctrina de su autoría

II.1. Constitución, principios generales y doctrina social de la Iglesia

II.1.a. Orden público laboral

Frente a la noción general de orden público, vinculada a toda rama del derecho, aparece la de orden público laboral, donde los principios son fundamentalmente de orden económico social y obedecen a determinada política social. No a la política a secas. Por lo menos así debe ser. El orden público laboral es aquel "conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras". En el derecho del trabajo su característica protectora o tuitiva, afirmada en el orden público, se encuentra consagrada en el art. 14 bis CN. que consagra la protección de las leyes para el trabajo en sus diversas formas. En medulosos aportes, Etala ha señalado que desde mediados de la década del '80 se ha intensificado el debate sobre la cuestión que tuvo su origen ya antes de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo. El fallo que sacudió entonces el tema fue "Bariain v. Mercedes Benz Argentina SA". Cabe recordar que en el derecho del trabajo, además de normas de carácter dispositivo existen prescripciones de carácter imperativo, instituidas en beneficio de los asalariados, que constituyen un mínimo intangible que la negociación podría aumentar, pero no recortar o disminuir. Ellas son, precisamente, las que se conocen como "de orden público laboral". Son, en definitiva, las que se hallan en un ámbito inderogable por la voluntad de las partes. Etala indica en la nota aludida más arriba que, con respecto a la disminución arbitraria de la remuneración se delineó en doctrina y en nuestros tribunales dos posiciones: una "amplia" y otra "restringida" respecto del orden público laboral sobre las que no abundaremos, convencidos como estamos que cuando sobre esto se discute tambalea el mismo cimiento o piedra angular del derecho laboral. Esos principios económicos-sociales que pretenden proteger al trabajo por cuenta ajena o en relación de dependencia, tienen en miras lograr una mayor justicia social, lo que en el campo del derecho del trabajo se logra, como ya se expresara, mediante la restricción de la autonomía de la voluntad impuesta con el fin de equilibrar la desigualdad económica de los sujetos contratantes, esa desigualdad que obliga a los trabajadores, no pocas veces, a vender su trabajo "al precio de su necesidad". El orden público laboral se presenta como un mínimo legal coactivo. Esto implica, no la imposición absoluta de la norma sino el mínimo a partir del cual las partes pueden acordar libremente pero siempre que dicho acuerdo implique mejores condiciones que el régimen legal o convencional vigente. El orden público laboral es una regla propia e inherente a esta disciplina, ya que en otras las pautas son de orden público, un orden público general, y no uno especial, como es este al cual nos estamos refiriendo, que protege al más desprotegido. El calificativo de "laboral" significa que en relación al orden público general, la posibilidad de su derogación es diferente. En las relaciones laborales, es imposible la abrogación del orden público en perjuicio del trabajador, en tanto sí es válida, en su beneficio. La imperatividad se encuentra establecida en la Ley de Contrato de Trabajo, en el art. 13, en el que se consigna expresamente: "Las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas...". El destacado es nuestro. El orden público laboral constituye uno de los conceptos jurídicos básicos del derecho del trabajo al que se recurre para apoyar la preeminencia de algunas normas por sobre otras, aunque es una noción trascendente y externa a estas. Fernández Gianotti, en coincidencia con el concepto esbozado por Llambías concibe al orden público laboral como aquel conjunto de principios "de orden fundamentalmente político, económico y social, que se consideran esenciales para la existencia, seguridad y desenvolvimiento de una sociedad en una determinada época". El mismo autor también explicó que "...lo que juega es el interés de la clase

trabajadora y, por lo tanto, si hay un mayor beneficio para la clase que se pretende proteger a través del derecho del trabajo, el orden público se consolida aún más a través de ese margen de voluntad que supera el mínimun legal...", sin que tal afirmación deba entenderse en el sentido de que la protección revista un sentido clasista. Completamos por nuestra parte. Es un concepto variable que se vincula con un tiempo y lugar determinado. Para otros, "el orden público funciona como principal concepto de válvula en derecho laboral. Lleva el ordenamiento hacia los valores ideales de justicia social, solidaridad y cooperación; siendo abierto, permite recepcionar las inquietudes propias del bien común y siendo operativo, mantiene la vigencia del ordenamiento". La vigencia y respeto por el orden público laboral se impone si se trata de evitar la regresión que se viene operando en el ordenamiento laboral. Aunque esta vigencia y este respeto dependen de dos factores: la voluntad política de los poderes del Estado y la aceptación moral de los integrantes de la sociedad. Es una prescripción de carácter imperativo, que si bien puede ser superada por convención colectiva de trabajo no puede ser disminuida ni suprimida; aunque dentro del ámbito de las pequeñas empresas se ha decidido en oportunidad relativamente reciente que existe la posibilidad de una derogación *in peius* recurriendo a la figura de la disponibilidad colectiva. El denominado "orden público laboral" fue, repito, la piedra angular sobre la que se constituyó ese "derecho nuevo" que se denominó "derecho del trabajo" el que se integró con principios que le dieron entidad y proyecciones. Uno de ellos fue el de la irrenunciabilidad que se plasmó en el art. 12 LCT.: "Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley...". Las corrientes flexibilizadoras, desreguladoras o modernizadoras que, a partir de la década del '80, o un poco antes, tratan de importar una negación de la finalidad tutelar del derecho del trabajo cuestionan en particular al principio de la irrenunciabilidad, al tratar de resucitar el criterio de la autonomía de la voluntad y de la soberanía del contrato que fue caro y se expresó en el siglo decimonónico, donde imperó el individualismo positivista.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "El contrato de trabajo, hoy". Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*. Cita: TR LALEY 0003/400239

II.1.b. Doctrina social de la Iglesia

En la etapa del constitucionalismo social se afirmaron los principios del derecho del trabajo y los de la seguridad social, los que, en nuestro país, hallaron su más fiel expresión en el art. 14 bis, CN, verdadero motor de una revolución democrática. Mas antes de la sanción de la norma aludida se ocuparon del tema e hicieron propicia aquella etapa la difusión de las encíclicas papales que delinearon la denominada doctrina social de la Iglesia, la que ubicó en el mapa y en la historia su pensamiento en la denominada cuestión social.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "Los principios del derecho del trabajo y de la seguridad social en la doctrina social de la iglesia". Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*. Cita: TR LALEY 0003/402431

II.2. Derecho individual

II.2.a. Poder de dirección. *Ius variandi*

El poder de dirección que posee el empleador, interpretado con un criterio ausente de mezquindad, incluye su facultad para alterar unilateralmente, en situaciones excepcionales, las condiciones de trabajo pactadas inicialmente. Esto es lo que se conoce en doctrina como ius variandi, el que, como bien se ha señalado, siempre se entendió como una facultad residual y restringida porque, conforme lo indicaba la norma —el art. 66 LCT. (t.o. 1976, ALJA 1976-A-128), hoy reformulado por la ley 26088—, debe ajustarse a los requisitos que allí se indican, a saber: razonabilidad, inalterabilidad de las cláusulas esenciales del contrato y ausencia de perjuicios materiales o morales al trabajador. He aquí, en consecuencia, un derecho no absoluto. Por su parte, el art. 69 del mismo cuerpo legal incluyó otra condición restrictiva: la medida que se articulaba no podía aplicarse como el sucedáneo de una sanción disciplinaria. La violación de cualquiera de estas pautas por parte del empleador habilita a su dependiente para considerarse en situación de despido sin causa, con su consiguiente consecuencia: el derecho del trabajador afectado a percibir las indemnizaciones a las que, por tal circunstancia (la extinción injustificada del contrato incausado), resulte acreedor. El sistema flexible que siempre exis-

tió en nuestro país en la extinción del contrato de trabajo demostró que esta potestad del empleador, derivada a su vez de su aludido poder de dirección (art. 65 LCT., t.o. 1976) y de la facultad de organización que le compete, limitaba la tutela protectoria a ese pago tarifado enmarcado en el art. 245 del mismo cuerpo legal. Hasta allí. Siempre que el trabajador se animara a romper el contrato considerándose en situación de despido indirecto, hacer juicio y engrosar la nómina del amplio caudal de los desocupados. Variante no atractiva de siempre y angustiosa en la Argentina de hoy. Cabe recordar que no siempre fue así. Antes de la reformulación efectuada por la ley 21296 por el texto original de la norma laboral privatística general al trabajador se le permitía en caso de que el empleador modificara las condiciones de trabajo una opción, a saber: a) considerarse despedido sin causa y reclamar la indemnización correspondiente; o b) solicitar judicialmente permanecer en su puesto de trabajo, en cuyo caso la empresa debía mantenerlo en las condiciones pactadas originalmente hasta tanto recayera sentencia definitiva. La ley 26.088, que motiva estas líneas, restablece la redacción anterior reponiendo esa opción y superando el retaceo establecido por la ley 21.296, que algunos, entre los que nos contamos, denunciamos como la primera norma flexibilizadora laboral.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "La acción procesal del ius variandi otra vez y desde siempre". Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*. Cita: TR LALEY 0003/401201

II.3. Derecho colectivo

II.3.a. Función y naturaleza del convenio colectivo de trabajo

Como oportunamente se señalara, la convención colectiva de trabajo es el acuerdo concluido entre un grupo de trabajadores y un empleador, o generalmente un grupo de empleadores, que tiene por objeto, por una parte, determinar las condiciones bajo las cuales serán concluidos los contratos individuales de trabajo y, por otra, fijar los derechos y obligaciones de los grupos participantes en la convención. Más precisamente se ha indicado que, en definitiva, es el resultado de la organización de sujetos que tienen entre sí intereses homogéneos; dadores de trabajo por una parte y prestadores de obra por la otra, constituyéndose en una verdadera y propia fuente de normas jurídicas. Como bien lo señalara Cabanellas y se recordara en el debate parlamentario, los antecedentes del instituto suceden al derrumbamiento del régimen corporativo. Así es como en 1791 algunos trabajadores apoyados, por Marat, hicieron tentativas para alcanzar pactos colectivos. El maestro Krotoschin nos ha enseñado en una descripción memorable más que en una definición, que el Convenio Colectivo de Trabajo es un acto jurídico bilateral concluido entre una o varias asociaciones obreras, digamos mejor, organización gremial con personería gremial, aunque este no es para la OIT un requisito riguroso por un lado, y una o varias asociaciones patronales o un solo patrón por otro, para regular las condiciones de trabajo que se aplicarán a determinadas relaciones individuales de trabajo cuantitativamente infinitas y para mantener el estado de paz entre las partes de la convención. Agregamos por nuestra parte la determinación del lapso de vigencia, zona y actividad profesional. Y a este respecto, vale aquí alguna previa acotación. El convenio colectivo, con el derecho a la sindicación y el de huelga conforman para muchos, entre los que destacamos la doctrina del joven jurista uruguayo Hermida Uriarte, la estructura triangular que ejerce la función de autotutela del derecho colectivo del trabajo. Nosotros por nuestra parte agregamos, conforme lo prevé el artículo nuevo inserto en nuestra Constitución Nacional, además de los institutos citados, a los medios de solución de los conflictos colectivos, aunque también procede aclarar que por definición la convención colectiva es en su esencia y en su fin, un verdadero tratado de paz suscripto entre las partes, con la intervención del poder público; es decir es otro de los medios aludidos de solución de conflictos. No nos ocuparemos, por escapar al fin de este aporte, a las doctrinas que se han preocupado por definir la naturaleza jurídica del instituto y a este respecto rescatamos la opinión de uno de los legisladores que al discutirse el proyecto de la ley 14.250 indicó las razones de esta dificultad: la falta de coherencia entre los diversos regímenes legislativos y la circunstancia que se trata de una figura siempre en trance de transformación. En la ocasión se recordó y en algunos casos criticó las distintas doctrinas aludidas, las que en síntesis,

en su momento, ubicó entre las que se caracterizan por su naturaleza dentro de la órbita del derecho privado o civil (teoría del mandato, de la gestión de negocios, del contrato innominado, del de adhesión), todas inválidas, también desde nuestro punto de vista, por basarse en el superado principio de la autonomía de la voluntad; las que se enrolan en la teoría denominada de transición (del uso o costumbre individual, de la representación, de la solidaridad necesaria, del pacto social, la de la personalidad moral ficticia) y las jurídico sociales (la sindicalista integral, la del ordenamiento corporativo). Este detalle es meramente enunciativo, porque la lista es extensa contando algún escritor nacional casi medio centenar de ellas. Así otros laboralistas ponen el acento sobre su obligatoriedad, su naturaleza normativa (teoría institucional, del acuerdo ley, del acto regla, etc.). Están también quienes se ubican como eclécticos en teorías mixtas entre el acuerdo y la norma y la reconocida descripción de Carnelutti, que adquiere aquí con Deveali y tantos otros fértil recepción. Son aquellos que se inclinan por su complejidad y la explican como contractual en su inicio (nace como contrato) y legal en su conclusión (actúa como ley). Empero, sobre todas ellas se impone la que se decide por considerar que es un instituto que no pertenece ni específicamente al Derecho Público, ni al Derecho Privado, es propio del Derecho Colectivo del Trabajo, es indudablemente una de sus palancas, coraza del derecho individual.

SARDEGNA, Miguel Ángel - GINZO, Jorge L., "La negociación colectiva en el ámbito del empleado público". Publicado en: DT 1986-B, 1379. Cita: TR LALEY AR/DOC/1035/2005.

II.3.b. Funciones del sindicato

Nuestra Constitución Nacional garantiza a los trabajadores el derecho a organizarse sindicalmente en forma libre y democrática, sin otro requisito que la inscripción en un registro, reproduciendo más o menos los términos de otras disposiciones que caracterizan lo que ha dado en llamarse el Constitucionalismo Social de la que son fiel expresión la Declaración de los Derechos Sociales de la Constitución Mejicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919 y otras más modernas. Distintas Conferencias Internacionales de la O. I. T. ratificaron el concepto, como la de Méjico de 1946 y en particular la siempre recordada Convención núm. 87 de 1948. En el mismo año, la Carta de Bogotá afirma el principio, que siempre fue reconocido, por otra parte, en las encíclicas pontificias desde la Rerum Novarum y la Quadraggesimo Anno. Todas esas expresiones afirman el concepto de la libertad sindical el que adquiere explicación jurídica cuando garantiza el derecho del trabajador a la defensa de sus intereses colectivos y profesionales o como dice actualmente la norma: gremiales y laborales. Para nosotros el sindicato cumple una cuádruple función, a saber: a) Una misión defensiva y reivindicadora. Define los intereses de los trabajadores, no solamente en cuanto a salarios, sino también en materia de condiciones de trabajo y de moralidad y dignidad humana. Defiende los derechos del conjunto de una profesión y los de sus miembros individuales. b) Una misión educadora. Educa a sus miembros por la enseñanza y la acción. Educación esta profesional y sindical pero también general y humana. c) Una misión organizadora. Participa en la organización profesional especialmente en la discusión de los convenios colectivos de trabajo. Establece las reglas de vida de una profesión. Legisla y vela por la ejecución de las decisiones. d) Una misión constructiva. No solo trabaja para el presente. El sindicato dispone el porvenir preparando reformas sociales por el estudio y la acción. Estas funciones se interrelacionan entre sí y si alguna falta es dable pensar que se trata de un sindicalismo incompleto, ya que esto no es una simple cuestión de intereses económicos sino un problema social y moral también. En la nueva ley se advierten algunas pautas y límites a su gestión que han llevado a cierta doctrina a apreciarles como una vulneración de ese principio constitucional al que nos referimos supra y a los fines y funciones que hemos delineado precedentemente. Es cierto que la ley recorta y limita las funciones de los sindicatos y a ese efecto le establece límites y le veda actos, por lo que no son pocos quienes advierten cierta vulneración de aquel principio aludido. La cuestión no es simple porque a veces de lo que se trata es de la colisión de la denominada libertad colectiva sindical con la individual y, en otras, no menos numerosa, de la afirmación del principio de libertad y democracia individual en detrimento de otros valores no menos ponderables, como la relación del sindi-

cato frente al Estado y frente a los empleadores o sus organizaciones.

BIANCHETTI, Rubén D.- SARDEGNA, Miguel Ángel, "Actos vedados y límites impuestos a las asociaciones gremiales de trabajadores en la nueva ley". Publicado en: DT 1980, 1719. Cita: TR LALEY AR/DOC/1969/2005

II.3.c. Las asociaciones gremiales de trabajadores del Estado

Se discute aún mucho en doctrina sobre si los funcionarios y empleados públicos pueden "asociarse" entre sí. Mejor dicho se discute sobre si pueden constituir asociaciones gremiales, y más concretamente esa controversia se mantiene entablada entre laboralistas y administrativistas ya que, los primeros, hoy, casi ni mantienen discrepancias al respecto. Para estos la respuesta afirmativa se impone. La objeción se mantiene y sigue entre los administrativistas en particular, quienes parecen no advertir la misma naturaleza del Nuevo Derecho y sus propias instituciones, en particular las referidas al Derecho Colectivo del Trabajo. Si el Derecho Individual se fundamenta y motiva en la defensa del trabajador subordinado y el Colectivo es la garantía de aquel, su coraza y ariete y, en definitiva, como reiteradamente manifestáramos, no hay Derecho Colectivo sin sindicatos, negociación colectiva y derecho de huelga; la conclusión es obvia. Se nos dirá, empero, que empleo público no es contrato de trabajo y no necesariamente en aquel se expresan las instituciones mencionadas, pero ello no es así absolutamente. Para los laboralistas, en general, incluso para quienes como el suscripto, diferencian ambos conceptos (contrato de trabajo y empleo público) objetando la teoría que se inclina por su singularidad, el problema no existiría; los empleados o funcionarios públicos pueden asociarse gremialmente. No existen inconvenientes al respecto. Incluso no es este tema ni del derecho administrativo, ni del Laboral. El derecho a asociarse surge de la misma Constitución Nacional (art. 14) y cuando se garantiza por el artículo nuevo el derecho a constituir asociaciones profesionales este se otorga "a los trabajadores" sin discriminaciones ni exclusiones de ninguna naturaleza y sin diferenciar a estos entre públicos y privados. Incluso en la última citada norma (el artículo nuevo inserto en la Constitución con la reforma de 1957) hasta se hace una mención expresa al empleado público cuando se garantiza su estabilidad. Aun y pese a la tenaz resistencia opuesta por el convencional Pablo González Bergez quien en la emergencia fue el que más se distinguiera para que ese artículo no contara absolutamente con ninguna influencia en el ámbito de las relaciones del empleo público. El tema es consecuencia de la vigencia del Derecho Constitucional. Circunscripta aquí la polémica esta pareciera, más apacible y el criterio doctrinario casi unánime a diferencia de los otros institutos mencionados del derecho colectivo del trabajo —la negociación colectiva y el derecho de huelga—. Por supuesto, que con respecto al otro instituto también mencionado en nuestra Carta Magna y también pilar del área; el derecho a recurrir a los medios de solución de los conflictos colectivos, no solo su admisión es aceptable sino que, estimamos, corresponde calificarla de indiscutida. Aún para los administrativistas puros.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "El derecho de sindicación en el empleo público". Publicado en: DT 1986-B, 1759. Cita: TR LALEY AR/DOC/1066/2005

II.4. Derecho procesal

II.4.a. *Iura novit curia*

El Alto Tribunal aplicó en el caso de autos el principio *iura novit curia* prescindiendo del *nomen iuris* que el actor dio a su pretensión, como ha sucedido en otros litigios previsionales. Aquí rige la regla según la cual el juzgador reemplaza e integra las posibles deficiencias o insuficiencias de fundamentación jurídica y va más allá de la denominación que se haya dado al reclamo. En la materia que nos ocupa no pocos han sido los precedentes que han seguido esta tesitura. Así tenemos que en el caso: "Fongaro de Biaggini, Norma" (DJ, 1991-2-523), del 4 de diciembre de 1990, se ratificó la siguiente doctrina: "Cabe prescindir del *nomen iuris* utilizado por las partes y atender a la sustancia de la petición" (Fallos: 307:2412). El reclamo de la actora es, pues un "amparo por mora de la administración". En principio se había entablado ante el Juzgado del Trabajo una acción de amparo a fin de que la Caja Nacional de Previsión Social para el Personal de la Industria, Comercio y Ac-

tividades Civiles se expidiera sobre el reajuste de haberes previsionales en otro jubilado postergado. (El antecedente se registró en el Tº 210, Fº 4999). Esta es la doctrina tradicional de la Corte la que también se impuso en otro recurso de hecho: "Echeverría Coll, Jorge s/ jubilación-reajuste", del 11 de diciembre de 1990, en el que incluso se extendió al organismo administrativo previsional, en el caso, el Instituto Nacional de Previsión Social, la obligación de considerar la situación concreta de los solicitantes conforme las disposiciones legales que le fueran más favorables, aun cuando no hubiesen sido invocadas por aquellos por aplicación también del principio de *iura novit curia*. De la misma manera se decidió en el caso: "Itkin, Fanny", del 2 de junio de 1991 (Tº 212, Fº 2226), en el que se reiteró la doctrina aludida sustentada en los fallos premencionados aunque aquí con algunos matices propios del caso que de cualquier manera reafirman la perspectiva amplia con la que según la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe encararse estos conflictos. En un antecedente más reciente, pero no jubilatorio, el Alto Tribunal decidió que "las instituciones jurídicas no dependen del *nomen iuris* que se les dé o asigne por los otorgantes del acto o legislador incluso sino de su verdadera esencia jurídica-económica y entonces, cuando media ausencia de correlación entre nombre y realidad, deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exigen para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos", según autos: "Horvath, Pablo c. fisco nacional (Dirección General Impositiva) s/ ordinario (repetición)", del 4 de mayo de 1995. Es importante señalar que este último caso, si bien, reiteramos, no es previsional, es posterior a la sanción de la ley 24.463 (Adla, LV-C, 2913), llamada caprichosa e incoherentemente de "solidaridad previsional" y hace referencia a los legisladores.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "*Iura novit curia*: el juez conoce el derecho". Publicado en: LA LEY 1998-D, 582. Cita: TR LALEY AR/DOC/11886/2001

II.4.b. Función del Poder Judicial

Así como resulta imprescindible en un auténtico régimen republicano asegurar la independencia del Poder Judicial, no es menos necesario exigir que este se caracterice por su calidad y por su honestidad. Todo ello hace a la previsibilidad social, que es, en definitiva, la afirmación del derecho. Este es el más auténtico mecanismo de disciplina social. La norma jurídica existe para evitar la ley de la selva, que es la más clara expresión de la lucha de todos contra todos, y sabido es que cuando ella impera, triunfa el más fuerte y no necesariamente aquel que tiene razón. La ley está para impedir eso. Si no se cumple o no se hace cumplir porque a alguien no le interesa que ello ocurra o quien está obligado a decidir su aplicación o a sancionar los desvíos de los particulares, no es independiente, no se halla a la altura que le exige la función o, lo que es aún más grave, adolece de falta de calidad profesional u honestidad intelectual, o de la otra, falla el sistema. Nos encontramos, entonces, frente a una situación de anomia que no permite nunca anticipar la conducta social. Prevalece entonces el desorden. Así como el Poder Legislativo produce la norma, el Judicial la interpreta y aplica. No puede soslayar su obligación. No puede negarse a juzgar, aun ante la existencia de una norma incorrecta. Si la norma existe, los jueces deben aplicarla; en su defecto, pueden acudir al recurso extremo que las normas superiores establecen, tachando a dicha ley de contraria a la Constitución (LA 1999-A-26). Pero, vale la advertencia, bien se ha señalado oportunamente por la Cámara del fuero que la función del juez es la de aplicar la ley de acuerdo con la voluntad del legislador, a quien pueden sí señalársele los inconvenientes de la norma según lo que resulta de la experiencia, pero no puede sustraerse a su aplicación en la medida en que esta no viole derechos de orden superior. El juzgador debe contar con sólidos argumentos cuando adopte la extrema decisión de declarar la inconstitucionalidad de alguna norma legal. Se podrá estar o no de acuerdo con la opinión elegida por el legislador, pero esto hace a una cuestión de oportunidad o conveniencia que los jueces, so pena de afectar la división de poderes, no pueden revisar, salvo, por cierto, que la medida sea manifiestamente irrazonable o viole un derecho constitucional, como ya se ha advertido. Pero no resulta ocioso recordar que, de cualquier manera, el planteo de inconstitucionalidad no es la solución ideal porque solo es útil tal decisión al tema en particular y para el caso concreto al que el juzgador se aboca y

no tiene otra consecuencia ya que no trasciende el tema aislado, sin perjuicio de que esta decisión puede ser pionera en la eventual futura rectificación. Esta decisión judicial invita a la intervención del otro poder de la República, el Legislativo, para reexaminar la norma y, tal vez, arbitrar otra solución jurídica que puede ser la derogación lisa y llana de la considerada mala ley o, en su caso, la creación de otra, que podrá estimarse más ajustada a derecho y que reemplace la norma que se objeta. La mala ley solo puede ser superada por la sanción de una nueva, buena. Si la ley es mala lo que corresponde, a nuestro juicio, es derogarla o sustituirla por otra mejor a través de la actividad del poder competente; no sustituir a este por aquel al que le corresponde interpretarla y aplicarla, porque ello desnaturaliza la republicana división y equilibrio de poderes que distinguen al régimen republicano; ni corregir la norma con planteos paliativos que nunca podrán exceder del caso individual. Esta es la tesis que sostenemos desde antaño y sobre la que ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos hace ya muchos años, cuando se intentó judicialmente forzar la interpretación de la ley —que luego felizmente y por la vía correcta se modificó—. En esa oportunidad el funcionario judicial interviniente, que era entonces un amigo, para justificar lo que considerábamos un exceso fruto no de su arbitrariedad sino de las turbulencias económicas que por ese entonces todos sufríamos, se turbaba y no entendía por qué por nuestra parte insistíamos con que nos resistíamos a aceptar, como me lo sugería, "vivir en un país donde la inflación debía considerarse como un fenómeno natural semejante a un accidente geográfico o una constante meteorológica".

SARDEGNA, Miguel Ángel, "Algunas reflexiones sobre multas y sanciones". Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*. Cita: TR LALEY 0003/400134

III. Bibliografía (2)

SARDEGNA, Miguel Á., "Asignaciones Familiares y Seguridad Social: Doctrina. Jurisprudencia. Legislación", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1989.

SARDEGNA, Miguel Ángel - SLAVIN, Luis Pablo, "Derecho colectivo del trabajo", Eudeba, Buenos Aires, 1999.

SARDEGNA, Miguel A. - SARDEGNA, Paula Costanza, "Digesto Práctico La Ley: extinción del contrato de trabajo", La Ley, Buenos Aires, 2001.

SARDEGNA, Miguel Á., "Las Relaciones Laborales en el Mercosur. Mercosur y Cono Sur. Integración. Migración. Armonización legislativa. Ratificación de Convenios. NAFTA. Protocolo de Ouro Preto", Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1995.

SARDEGNA, Miguel Ángel, "Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas. Comentada - Anotada - Concordada. Doctrina. Jurisprudencia de la Corte Suprema y Tribunales inferiores. Fallos plenarios", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003, 8ª ed.

SARDEGNA, Miguel Á. - SARDEGNA, Paula C., "Régimen de Contrato de Trabajo y Ley nacional de Empleo: comentada, anotada y concordada", Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993.

(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

Reconocimiento de servicios a los fines previsionales por tareas de cuidado de hijos e hijas

Género, igualdad e inclusión en la seguridad social argentina (*)

María Alejandra Guillot (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Tareas de cuidado como trabajo no remunerado.— III. Apuntes de las leyes 24.241, 24.714 y 20.744.— IV. Análisis del dec. 475/2021 y de las res. SSS 17/2021 y ANSeS 154/2021.— V. Corolario.

"La seguridad social se presenta como un instrumento de equidad: iguala oportunidades al nivelar los desequilibrios sociales en la protección de los distintos sectores de la población".

(Ricardo R. MOLES, "La planificación de la seguridad social en el marco de una política social integral", 1974).

I. Introducción

La reciente sanción del dec. 475/2021 —B.O. 19/07/2021— y sus normas complementarias: res. de la Secretaría de Seguridad Social (SSS) 17/2021 —BO 28/07/2021— y res. de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) 154/2021 —BO 29/07/2021—, constituyen un hito para la seguridad social **(1)** en Argentina, por tratarse de un paso fundamental hacia una igualdad real e inclusiva, en consonancia con estándares internacionales.

En esta normativa se regula el reconocimiento para las mujeres y/o personas gestantes **(2)**, de las tareas de cuidado de hijos e hijas, como tiempo de servicios ficto a los fines previsiona-

(*) El presente artículo es un homenaje agradecido a mis maestros, al Dr. Juan José Etala y al Dr. Raúl Carlos Jaime, porque me transmitieron sus conocimientos y su entusiasmo por esta fascinante rama del derecho; y a la Dra. Cecilia P. Grosman, científica pionera en la defensa de derechos de las mujeres, quien me enseñó a investigar con profundidad y compromiso.

(**) Investigadora formada (UBACYT). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE-PTN). Secretaria adjunta de la Fiscalía General N.º 2 ante la Cámara Federal de la Seguridad Social. Exdocente de posgrado de la UBA y exdocente de grado de la UBA, PUCA y El Salvador. Conferencista internacional y nacional; autora de numerosas publicaciones especializadas en seguridad social.

(1) La seguridad social ampara a las personas sin distinción (carácter universal), comprometiendo a la sociedad, con fundamento en la solidaridad humana, en la cobertura de las necesidades planteadas a partir de las consecuencias de determinados eventos (también llamados, contingencias sociales), como la vejez, la muerte, la enfermedad, etc. que las privan de sus ingresos, o los disminuyen o le crean otros eventos económicos.

(2) En el desarrollo del presente trabajo se nombrará al universo alcanzado por la normativa, tal como esta lo designa "mujeres y/o personas gestantes". Al respecto, cabe tener presente la ley 26.743 —Identidad de Género— que, en su art. 2º, entiende por identidad de género "a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede o no corresponder con el género asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo..."; y en su art. 13, establece que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas.

les, de acuerdo con determinadas condiciones; comprendiendo, además, el período de licencia por maternidad y excedencia de la persona trabajadora para acreditar la condición de aportante.

La crianza de hijos e hijas, las tareas domésticas, el cuidado de familiares imposibilitados, entre otras labores, constituyen un trabajo que ocupa un considerable tiempo productivo y, a los ojos de la sociedad, es visto como "útil y valioso"; sin embargo, no se obtiene a cambio una retribución. Hay un "valor agregado", un "excedente social" del trabajo no remunerado, que es aprovechado por el resto de las personas; sin dejarle ninguna ventaja, en el orden económico, a quien lo desempeña, que generalmente es la mujer. A ello debe sumarse, la inequidad que vino a zanjar el dec. 475/2021, por cuanto la consideración del cuidado de los hijos e hijas como un trabajo no remunerado, implica que no es útil a los efectos previsionales. Esta situación es paradojal, puesto que, desde el punto de vista de la seguridad social, ese tiempo dedicado a la crianza, resultaba, hasta ahora en el país, un tiempo "perdido" para quien se dedicaba a estos menesteres **(3)**.

Desde otra mirada, no puede pasarse por alto un valor intrínseco presente también, de algún modo, en esta novedosa legislación; esto es el interés superior de niños, niñas y adolescentes **(4)**, ya que, la tutela de derechos postergados —respecto de las tareas de cuidado de los hijas e hijas de las mujeres y/o personas gestantes así como las licencias por maternidad— propicia alivio, sosiego y otras emociones positivas que repercuten favorablemente en el núcleo familiar.

El dec. 475/2021 incorpora los arts. 22 bis y 27 bis a la ley 24.241 **(5)**, que posibilitan computar estos servicios para, respectivamente, acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) y para acreditar la regularidad de aportes exigida legalmente. Tanto la res. SSS 17/2021, como la res. ANSeS 154/2021, han sido dictadas casi

(3) Puede consultarse, al respecto, GUILLOT, María Alejandra, "Hogares a cargo de madres solas: la incidencia normativa y el acceso a la justicia en el ámbito de la seguridad social", en Familia Monoparental, dirigido por Cecilia Grosman y compilado por Marisa Herrera, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2008, ps. 365 y ss., en el que se propició, atento las repercusiones negativas de la crianza como trabajo no remunerado, su reconocimiento ficto como tiempo laborado con aportes; como así también, al estado de excedencia de la trabajadora, ya que, ha de entenderse como un tiempo de cuidado, en el que existe un bien superior, como es la atención de la crianza que parece ser "castigada" con la pérdida de ese lapso a los fines jubilatorios (ver ps. 389 y 397-398).

(4) Este principio —interés superior del niño— se encuentra en el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3º de la ley 26.061 —Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes—. A su vez, el art. 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño declara su derecho a beneficiarse de la seguridad social; esto implica que: "Las prestaciones deberían concederse cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre". Por el art. 26 de la ley 26.061 se consagra, de igual modo, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a obtener los beneficios de la seguridad social y el deber de los organismos del Estado de "establecer políticas y programas de inclusión para niñas, niños y adolescentes que consideren los recursos y la situación de los mismos y de las personas que sean responsables de su mantenimiento".

(5) La ley 24.241 —BO 18/10/1993— ha sido reiteradamente "emparchada"; basta decir que, conforme reseña el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación (consultar www.infoleg.gov.ar), al mes de agosto de 2021, es complementada o modificada por 1255 normas (entre ellas, las que son objeto de estudio en este artículo). Se requiere una profunda reforma legislativa, que actualice el derecho previsional y que, entre otros temas: incorpore las prescripciones del Código Civil y Comercial de la Nación que tienen implicancia (ver, GUILLOT, María Alejandra, "El Código Civil y Comercial y la Pensión. Articulación entre normativa y realidad", pub. LA LEY del 12/11/2019); considere la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a la regularidad de los aportes en los casos de invalidez y pensión, favorable a una interpretación tuitiva, conforme los principios que informan la seguridad social: "Tarditti" (CS, Fallos: 329:576), "García Cancino" (CS, Fallos: 333:71), "Pinto", sentencia del 06/04/2010; tenga en cuenta la reciente declaración de inconstitucionalidad del art. 49, inc. 4º de la ley 24.241 efectuada por el Alto Tribunal en "Giménez, Rosa E.", sentencia del 15/07/2021, respecto a la competencia única de la Cámara Federal de la Seguridad Social para entender en las apelaciones de los retiros por invalidez, a la luz de los casos "Pedraza" (CS, Fallos: 337:530) y "Constantino" (CS, Fallos: 339:740); y también regule la pensión de modo que no sea, en todos los casos, vitalicia (conf. GUILLOT, María Alejandra, "La pensión no debería ser siempre vitalicia", publicado en Seguridad Social. Red Latinoamericana de Difusión y Participación, http://seguridadsocial.red/la-pension-0001/, el 08/01/2020).

coetáneamente; y en esta última se destaca su finalidad complementaria y aclaratoria para un mejor entendimiento del decreto; que, en sus considerandos, desarrolla una explicación extensa y detallada respecto al tema del cuidado y las desigualdades existentes, acentuadas con la irrupción de la pandemia mundial declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS), ante el brote del nuevo coronavirus (COVID-19), el día 11 de marzo de 2020.

Es dable señalar que se procura, especialmente, incluir en sus alcances a las mujeres y/o personas gestantes en condiciones de vulnerabilidad **(6)**; a las que se les presentan mayores obstáculos para el goce de una prestación previsional.

Debido a la limitada extensión de este trabajo se analizarán las prescripciones del dec. 475/2021 y sus normas complementarias, haciendo foco en el reconocimiento de las tareas de cuidado de hijos e hijas; y solo se hará mención del cómputo de la licencia por maternidad y período de excedencia.

Previo a ello, se efectuará una breve referencia a las tareas de cuidado —reflexionando con perspectiva de género—; y, en lo pertinente, a las leyes 24.241, 24.714 —Régimen de Asignaciones Familiares— y 20.744 —Ley de Contrato de Trabajo—, para una mejor comprensión del tema, que, de por sí es complejo, ya que, comprende distintos institutos de la seguridad social y también del derecho laboral.

II. Tareas de cuidado como trabajo no remunerado (7)

Pese a que los estándares presentes en el Sistema Internacional de Derechos Humanos como también en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, reconocen el derecho a la igualdad, puede constatarse, respecto de las mujeres, que persisten, a nivel global, condiciones de desigualdad en distintos ámbitos y diversas formas de violencia; circunstancias que determinan su vulnerabilidad al momento de enfrentar los contratiempos que ocurren a lo largo de la vida **(8)**.

El género tiene relación con las expectativas culturales respecto del comportamiento, las actitudes y las capacidades físicas e intelectuales del varón y la mujer, con fundamento exclusivo en su identidad como tales; y estos estereotipos ubican a la mujer, mayormente, en una situación que no está en pie de igualdad con el hombre para el disfrute de derechos.

La discriminación por sexo puede ser directa, cuando la diferencia de trato se funda en distinciones originadas exclusivamente en el sexo y en las características del hombre y la mujer, que no se justifiquen objetivamente. Y es indirecta cuando la norma o el programa social no tienen apariencia discriminatoria, pero, al aplicarlos, producen discriminación; también cuando se aplica una ley "neutra" en cuanto al género, que puede perpetuar la desigualdad preexistente o, incluso, agravarla **(9)**.

(6) La Corte tiene dicho que: "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. Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico" (CS, Fallos: 342:411, "García, María Isabel").

(7) En este punto se expondrán algunos conceptos desarrollados en GUILLOT, María Alejandra, "Seguridad Social, igualdad de género y desarrollo sostenible", pub. en RJP, 173, noviembre/diciembre 2019, ps. 520 y ss.

(8) También esta desigualdad se muestra frente a la diversidad sexual, especialmente en las sociedades que son más tradicionales y conservadoras; y esto conlleva carencias insatisfechas, que atentan contra el bienestar de las personas.

(9) En la serie de documentos informativos del Grupo de Trabajo sobre Mujeres y DESC (Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se anima a los Estados a sustituir el enfoque neutro de género, que se limita a asegurar un tratamiento similar para hombres y mujeres; y se propone uno que tenga particularmente en cuenta los efectos de la acción u omisión de medidas. Se indica que la igualdad sustantiva requiere también que cobre relevancia la discriminación indirecta contra las mujeres, cuando una ley, política o práctica, que aparenta ser neutral, afecta negativamente, de manera desproporcionada, a las mujeres. Por ello, para el logro de la igualdad sustantiva en la realidad de los hechos, se puntualizó la necesidad de un enfoque multidimensional que corrija la desventaja, combata los estereotipos, estigmas, prejuicios y la violencia, transforme las estructuras y prácticas institucionales que a menudo son androcéntricas y facilite la inclusión social y la participación política de las mujeres en todos los proce-

En la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), que tiene jerarquía constitucional en la Argentina, en su art. 11, punto 1, inc. e) se dispone, en lo pertinente, que los Estados Parte deben adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo y asegurar, así, los mismos derechos entre hombres y mujeres, en condiciones de igualdad; en particular, el derecho a la seguridad social, en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar.

En 1995, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Declaración y Plataforma de Acción de Beijing —que introduzco la estrategia de transversalidad como integración de la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos— se subrayó que las mujeres ocupaban empleos con bajos salarios y malas condiciones de trabajo, frecuentemente sin la protección de la maternidad.

Resulta interesante el punto de vista de la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS), que apunta a la igualdad de género, como un reto ético y en materia de equidad, en lo que respecta a la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, una condición para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico y la sustentabilidad de los sistemas de protección social. No obstante ello, destaca que la distribución de las tareas domésticas y parentales está muy marcada por el género en Europa y en América Latina; puesto que, aunque su participación en el mercado de trabajo ha aumentado, las mujeres siguen dedicando más tiempo que los hombres a labores no remuneradas **(10)**.

Desde la "construcción del género", se ha atribuido a los hombres el trabajo productivo o remunerado, y a las mujeres el trabajo reproductivo. Este último es un trabajo invisible que, a diferencia del trabajo productivo, no tiene límites y, de alguna manera, determina la subordinación económica de la mujer respecto del hombre **(11)**.

Pautassi **(12)** analiza la relevancia de la problemática del cuidado y sus dimensiones, con múltiples situaciones de desigualdad. La división sexual del trabajo, que ha estructurado y consolidado las relaciones de subordinación de las mujeres, se manifiesta en su concentración en las responsabilidades de cuidado y su menor y desigual participación en el mercado laboral. Por ello, si se analiza desde el desempeño de su actividad productiva remunerada, la mujer que dedica tiempo a las actividades de cuidado —incluyendo su autocuidado— son tratadas severamente porque restan tiempo del trabajo productivo y porque esta dedicación va a impactar en su trayectoria laboral y salarial, estableciendo un trato discriminatorio en relación con sus pares varones. Este impacto va a durar toda la vida ya que, la protección desde la seguridad social, a través de una prestación jubilatoria, por ejemplo, va a quedar condicionada por ese uso del tiempo y de los mecanismos contributivos, ya que, quienes más puedan demostrar horas trabajadas, se benefician con más aportes, por tratarse de sistemas previsionales que no reconocen como trabajo, a las labores de cuidado. A esto, debe agregarse que se evidencian pocos cambios en la división sexual del trabajo en el interior del hogar, donde los varones solo han asumido algunas actividades, en el mejor de los casos, pero aún no se ha efectivizado la corresponsabilidad del cuidado.

Tal como lo resumen Amarante, Colacce y Manzi **(13)**, los arreglos familiares más tradicionales hicieron que las mujeres priorizaran las actividades no remuneradas vinculadas con

sos formales e informales de toma de decisiones (Conf. "Documentos informativos del Grupo de Trabajo sobre Mujeres y DESC: la intersección entre el trabajo y los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres", Red-DESC, marzo de 2016).

(10) Conf. AISS, "Igualdad de género y políticas familiares: factores e incidencias", Foro Mundial de la Seguridad Social, Bélgica, 14 al 18 de octubre de 2019.

(11) Conf. OISS, "La equidad de género en las legislaciones de seguridad social iberoamericanas", diciembre de 2016.

(12) Conf. PAUTASSI, Laura, "La urgencia de los derechos: Exigibilidad en el marco de la desigualdad de género", Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, UNNE, 11, primavera 2013, ISSN 1668 6365.

(13) "La brecha de género en jubilaciones y pensiones. Los casos de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay", CEPAL, Serie Asuntos de Género, 138, octubre 2016.

el hogar y el cuidado, ante la falta de políticas públicas de cuidado y la segmentada oferta de mercado de servicios de cuidados. Debido a su inserción laboral más débil, se vieron impedidas al acceso a la seguridad social; pero la previsión era que durante la vejez el hombre continuase su rol de proveedor, aún después de fallecido (el acceso a la pensión se obtiene como derecho derivado). Las nuevas estructuras familiares, como los hogares monoparentales con jefatura femenina y los divorcios, ponen de manifiesto los riesgos asociados a las diferencias en el acceso a las jubilaciones y pensiones individuales entre mujeres y hombres; por ello, la orientación de los sistemas va hacia el reconocimiento de los derechos de la mujer como ciudadana y no asociados a su rol en el hogar.

Existe una conciencia mundial de la necesidad de un cambio urgente al respecto que, en los últimos tiempos, se ha acrecentado y dado a conocer de múltiples formas, destacándose la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible **(14)**, aprobada en el mes de septiembre del año 2015, por más de ciento cincuenta jefes de Estado y de Gobierno, y que contiene diecisiete objetivos de aplicación universal a partir del crecimiento económico, la inclusión social y la protección del medio ambiente. Precisamente, el Objetivo 5, de modo contundente, apunta a lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, para impulsar la economía y promover el desarrollo social; ya que, la plena participación de las mujeres en la fuerza de trabajo añadiría puntos porcentuales a la mayoría de tasas de crecimiento nacional. Entre las metas del Objetivo 5, se encuentra el punto 5.4, que urge el reconocimiento y valoración de los cuidados y trabajo doméstico no remunerados, por parte de los Estados.

En la III Reunión de Alto Nivel, organizada por la OISS, "El aporte de las mujeres a la Agenda 2030: Medidas para la plena protección social de las mujeres en Iberoamérica" (Colombia, marzo de 2019), se acordó impulsar un reparto más equitativo de las tareas de cuidado, por ser este uno de los principales obstáculos para la igualdad salarial, la autonomía económica de las mujeres y para su acceso a los sistemas de protección social contributiva; además, de impulsar medidas para adaptar los sistemas de seguridad social contributivos a la nueva realidad del trabajo y al ejercicio de las tareas de cuidado por hombres y mujeres, tales como permisos parentales iguales e intransferibles, medidas de compensación a los sistemas previsionales, etc.

No puede pasarse por alto que no existen categorías uniformes respecto al desempeño de tareas de cuidado de hijos e hijas por parte de las mujeres y/o personas gestantes, debido a las circunstancias particulares que atraviesan en sus vidas y que pueden determinar diferentes niveles de vulnerabilidad, hasta desembocar en la exclusión de la protección social contributiva.

Se ha corroborado que las mujeres protegidas por los sistemas de seguridad social son, mayoritariamente, aquellas que trabajan en zonas urbanas, en el empleo público y en los sectores de la industria y los servicios. También se constató que la insuficiencia de recursos públicos y/o privados de servicios que puedan corresponsabilizarse de los cuidados a niños, niñas y adolescentes (y a las personas adultas mayores y dependientes), recarga su peso en las propias familias. Las que pueden hacerlo, trasladan la carga del cuidado a otras mujeres con peor situación socioeconómica, a través del trabajo doméstico remunerado (que, en muchos casos, se presta en condiciones de precariedad o informalidad, con una representación femenina superior al 90%). Y, a su vez, la atención de los cuidados en estas últimas, la asumen redes familiares de mujeres aún más vulnerables: resultan ser sus madres, hermanas o hijas —jóvenes e incluso adolescentes— que pierden la oportunidad de formarse y de incorporarse al mercado laboral, en mejores condiciones **(15)**.

Precisamente, en un informe estadístico reciente del Observatorio de la Deuda Social Argentina **(16)**, respecto de las personas sin aportes

(14) La ONU dictó la res. 70/1 del 25 de septiembre de 2015, "Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 parta el Desarrollo Sostenible". El desarrollo sostenible es aquel que satisface las necesidades actuales sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias.

(15) Conf. OISS, "La equidad de género...", ob. cit., ps. 24-25.

(16) Conf. Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina, Documento Estadístico,

al sistema de seguridad social (cuentapropistas y no asalariados) entre los años 2010-2019 las mujeres tienen una presencia constante superior al 50% y existe una brecha, con respecto a los varones, de hasta un 10% por encima **(17)**. Si se analiza, hacia el año 2019, el perfil de quienes trabajan marginalmente en la estructura productiva (incluidas las personas desocupadas o desalentadas en su búsqueda de trabajo, sin calificación laboral), se observa una mayor proporción de mujeres que el grupo que no es marginal (55,9% en comparación con el 36,7% del resto).

En los considerandos del dec. 475/2021, se explica que el trabajo productivo (por el que se percibe remuneración y tradicionalmente se lo asocia a los varones) y el reproductivo (históricamente delegado a las mujeres), son igualmente necesarios para el desarrollo de la vida cotidiana y el sostenimiento de una sociedad; pero no tienen idéntico reconocimiento. Ello así porque las tareas domésticas y de cuidado —no remuneradas—, resultan invisibles, pese a ser cruciales para el funcionamiento de aquella; y se verificó que el 89% de las mujeres se ocupan de las tareas del hogar no remuneradas, con una carga de 6,4 hs. diarias (EAHUINDEC, 2013).

A continuación, se enunciarán algunos conceptos contenidos en las leyes 24.241, 20.744 y 24.714, a los que aluden las prescripciones del dec. 475/2021 y sus normas complementarias; para culminar con el análisis de estos últimos.

III. Apuntes de las leyes 24.241, 24.714 y 20.744

III.1. Ley 24.241: Prestación Básica Universal, regularidad de aportes e inclusión jubilatoria

III.1.a. Prestación Básica Universal

El régimen previsional actualmente vigente, esto es la ley 24.241 —Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) **(18)**—, otorga diferentes prestaciones de carácter contributivo como la jubilación, el retiro por invalidez (que puede tener carácter transitorio o definitivo), la pensión por fallecimiento de la persona en actividad o ya retirada, y la jubilación por edad avanzada.

Entre los componentes que conforman el beneficio jubilatorio, la Prestación Básica Universal (PBU), tal como su nombre lo indica, es una prestación que pueden percibir todos los afiliados y afiliadas al sistema previsional (en su momento, también les correspondía a quienes se encontraban en el régimen de capitalización) **(19)**.

El art. 19 de la ley 24.241 determina el derecho a la PBU **(20)**, debiendo cumplimentarse requisitos en cuanto a la edad: sesenta y cinco años, los hombres (inc. a), sesenta años, las mujeres (inc. b); y la acreditación servicios, treinta años con aportes computables en uno o más regímenes comprendidos en el sistema de reciprocidad **(21)** (inc. c).

Jaime y Brito Peret **(22)** observan que el inc. c) exige que la totalidad de los treinta años de servicios que resulta indispensable acreditar

"Capacidad de desarrollo humano y derechos laborales en la población urbana al final de la década 2010-2019. El desafío de la equidad en la Argentina frente a la pandemia social y sanitaria", EDSA, Serie Agenda parta la Equidad, 02/2020.

(17) En el año 2010, los varones representaban el 43,8% y las mujeres el 53,7%; en 2011, 41,9% y 51,4% respectivamente; en 2015, 49,2% y 54,5%; en 2017, 45,4% y 52% y en 2019, 49% y 51,7%.

(18) Con anterioridad, la ley 24.241 se denominaba Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y había adoptado un sistema mixto conformado por el Estado y aseguradoras privadas; que fue dejado de lado con las modificaciones introducidas a partir de la sanción de la ley 26.425.

(19) Esta universalidad de la PBU denota su finalidad redistributiva ya que, reparte un monto idéntico, independientemente de los montos disímiles que, en concepto de aportes, han efectuado cada uno de los afiliados al sistema.

(20) La ley 27.609 sustituyó el art. 32 de la ley 24.241 y estableció una nueva fórmula para el cálculo de la movilidad; correspondiendo a la ANSeS elaborar el índice trimestral que se debe aplicar y que actualiza, también, a la PBU (conf. dec. 110/2018).

(21) El principio de la prestación única rige dentro del sistema federal de reciprocidad jubilatoria (dec.-ley 9316/1946, ratificado por la ley 12.921, del 21/12/1946) y posibilita obtener un solo beneficio, considerando la suma total de los servicios prestados y remuneraciones percibidas en los diferentes regímenes previsionales provinciales y municipales. Con el dictado de la res. SSS 363/1981 se adoptó el método de prorrateo o prorrata temporis para el otorgamiento de las prestaciones, en función del tiempo de aportes en cada régimen.

(22) Conf. JAIME, Raúl C. — BRITO PERET, José I., "Régimen Previsional. Sistema Integrado de Jubilaciones y

para acceder a la PBU, debe ser con aportes, apartándose así de lo que establecían los regímenes anteriores (leyes 18.037 y 18.038).

Del mismo modo, el art. 168 de la ley 24.241, al referirse al organismo otorgante de la prestación, en los casos de reciprocidad jubilatoria, regla que solo se tendrán en cuenta servicios con aportes; es decir, aquellos correspondientes a períodos en los que se debía efectuar cotizaciones.

Desde esta perspectiva, en los considerandos del dec. 475/2021, se observó, respecto a la densidad de contribuciones al SIPA de las personas entre cuarenta y sesenta años de edad, que se presenta una brecha del 24% de las mujeres respecto a los varones de igual edad, desfavorable para aquellas. A partir de los cincuenta y seis años, esta brecha se incrementa hasta superar el 40%, a los sesenta y dos años de edad.

III.1.b. Regularidad de aportes

Para tener derecho a obtener tanto el retiro por invalidez como el beneficio de pensión se exige la regularidad de los aportes; y este requisito ha suscitado no pocas controversias motivadas por sucesivas reglamentaciones que, tal como sostiene la doctrina **(23)**, no han contemplado, con razonable margen de error, las diversas situaciones que pueden plantearse y que pueden llevar a la pérdida de derechos, en ocasiones en que ello no debería suceder.

El art. 95 de la ley 24.241 supedita la concesión del beneficio, a la condición que la persona afiliada se encuentre efectuando regularmente sus aportes o bien, pese a que lo estuviera haciendo en forma irregular, pudiera conservar su derecho a la prestación que solicita. Las condiciones para la adquisición del carácter de aportante regular o aportante irregular con derecho, conforme su texto, deben ser fijadas por la reglamentación que se dicte al respecto.

Tanto la primera reglamentación, como la segunda, resultaron acotadas y produjeron situaciones de injusticia notoria, como se reconoce en los considerandos del dec. 460/1999, que sustituyó al dec. 1120/1994, que había sido modificado por el dec. 136/1997. Se considera aportante regular con derecho a la persona dependiente a quien se le hubiesen efectuado retenciones previsionales durante treinta meses, como mínimo, dentro de los treinta y seis meses anteriores a la fecha de solicitud o a la persona afiliada autónoma que también registra la misma cantidad de aportes, dentro de los treinta y seis meses anteriores al pedido del beneficio. Se denomina aportante irregular con derecho, a la persona afiliada dependiente que tiene aportes durante dieciocho meses, como mínimo, dentro de los treinta y seis meses anteriores a la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento de la persona afiliada en actividad; o bien a la persona afiliada autónoma que registre el ingreso de sus aportes durante dieciocho meses dentro de los treinta y seis meses anteriores a la presentación en demanda de la prestación. Cuando la persona afiliada en relación de dependencia o autónoma no alcanza el mínimo de años de servicio exigido en el régimen en que se encuentre incluida para acceder a la jubilación ordinaria —con la condición que acredite al menos un cincuenta por ciento de dicho mínimo y el ingreso de las cotizaciones correspondientes—, los períodos exigidos se reducirán a doce meses dentro de los sesenta anteriores a la fecha de la solicitud del retiro por invalidez o a la fecha de fallecimiento de la persona afiliada en actividad **(24)**.

Es interesante resaltar, ya que, es tenido en cuenta por la reglamentación del dec. 475/2021,

Pensiones. Ley 24.241", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., p. 203.

(23) Conf. MARTÍN YÁÑEZ, María Teresa — PAYÁ (h), Fernando, "Régimen de Jubilaciones y Pensiones. Análisis crítico del Sistema Integrado Previsional Argentino (leyes 24.241 y 26.425) y regímenes especiales", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, 5ª ed. ampliada y actualizada, t. II, p. 1146.

(24) La calificación de regularidad obtenida por quien falleció tiene implicancias en cuanto a la determinación del haber inicial y la propia existencia del derecho al beneficio: a) aportante regular: el haber del beneficio no varía y se calcula en función porcentual del 70% del ingreso base, cuyo monto conforma la prestación de referencia (art. 97, inc. a, de la ley 24.241); b) aportante irregular con derecho: si bien no ha cumplimentado la regularidad en el ingreso de sus aportes, conserva el derecho al pago de la prestación pero su monto tiene una significativa reducción ya que, la prestación de referencia se va a determinar según el 50% del ingreso base; y c) aportante irregular sin derecho: pierde definitivamente el beneficio, en virtud de tal calificación (conf. PAYÁ — MARTÍNEZ YÁÑEZ, ob. cit., ps. 1168-1169).

que, conforme dispone el punto 6 del art. 1º del dec. 460/1999, quienes se desempeñan en relación de dependencia, a los fines de la calificación de la regularidad de los aportes, "se considerarán como meses aportados, aquellos durante los cuales se devengaron las remuneraciones, aunque no hubieren sido percibidas por causas no imputables al afiliado".

El art. 97 de la ley 24.241 determina el ingreso base representativo del promedio mensual de las remuneraciones y/o rentas imponibles de la persona afiliada, para el cálculo del retiro transitorio por invalidez. En su reglamentación, dec. 526/1995, se estableció que, si durante el período en que una persona estuviese percibiendo el retiro transitorio por invalidez, esta reuniera los requisitos del art. 19 para obtener la PBU, le será sustituido el retiro, por el que le corresponda.

A su vez, el art. 98 de la ley 24.241 regula la prestación de referencia de las personas beneficiarias de la pensión por fallecimiento y determina su haber, con base en porcentajes.

III.1.c. Inclusión previsional

En el año 2005, para extender la cobertura de la seguridad social a las personas más vulnerables que no tuvieran una trayectoria laboral contributiva y que se encontraban excluidas de los sistemas de protección social, se creó el Programa de Inclusión Previsional —leyes 25.994, dec. 1451/2006, res. ANSeS 884/2006, ley 26.970 y normas complementarias—. Ello se implementó a través de moratorias —regularización de las deudas previsionales, mediante planes de pago— que posibilitan otorgar una prestación jubilatoria, aun cuando no se hubiera completado la totalidad de los aportes; siendo las mujeres quienes, mayoritariamente, se vieron beneficiadas **(25)**.

Como consecuencia de ello, la brecha en la cobertura de la seguridad social se redujo significativamente **(26)**; aunque también, al mismo tiempo, aumentaron los costos del presupuesto público, por lo que se requiere establecer prioridades que tengan en cuenta la limitación de recursos, para otorgar coberturas previsibles y que puedan sostenerse en el tiempo.

Actualmente, quienes se desempeñen en forma autónoma o en relación de dependencia y reúnen los requisitos de edad para obtener una jubilación o pensión por fallecimiento de un trabajador o trabajadora, pero no cuenten con los años de servicios con aportes requeridos, pueden adherirse a una moratoria, al momento de tramitar la prestación, que les permita completar los años faltantes. La adhesión a la moratoria de la ley 24.476 está sujeta, previamente, a una evaluación socioeconómica; y los períodos a incluir, a partir de los dieciocho años de edad, deben estar comprendidos entre el 1º de enero de 1955 y el 30 de septiembre de 1993. Asimismo, la moratoria ley 26.970, continúa vigente **(27)** para las mujeres que cumplan la edad jubilatoria (60 años, y menores de 65 años), prevista en el art. 37 de la ley 24.241. Los períodos por incluir deben estar comprendidos entre el 1º de enero de 1955 y el 31 de diciembre de 2003, desde los 18 años de edad **(28)**.

En los considerandos del dec. 475/2021 se señaló, expresamente, que la falta de actualización de los plazos temporales de los períodos que pueden ser regularizados mediante la ley 26.970, se alza como un obstáculo insalvable que trajo como consecuencia que las mujeres con edades entre sesenta y sesenta y cuatro años, perdiesen, año tras año, la capacidad de incorporarse al sistema, para obtener una cobertura previsional.

(25) Puede ampliarse este tema en GUILLOT, María Alejandra, "Adultos mayores e Inclusión jubilatoria: la experiencia argentina", pub. en la Revista Científica virtual de la Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano, 2, Caracas, Venezuela, noviembre de 2015, p. 128.

(26) En los considerandos del dec. 475/2021 se destacó la función del Estado, en consonancia con la Constitución Nacional e instrumentos internacionales, como garante de las prestaciones de la seguridad social. Se citan el dec. 1454/2005 y las leyes 25.994 y 26.970, que posibilitaron la cobertura actual de más de 3.600.000 personas, al acceder a una prestación a través de moratorias. El 74% de los beneficios obtenidos de este modo, corresponden a mujeres; circunstancia, según se dice, que evidencia la necesidad de implementar políticas con perspectiva de género.

(27) Por res. ANSeS 158/2019 se prorrogó su vigencia hasta el 23/07/2022.

(28) La deuda puede cancelarse de contado o en un plan de hasta 60 cuotas; cuyos importes se adecuan, mediante la aplicación del índice de movilidad.

III.2. Ley 24.714: Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH)

Cabe puntualizar, a los efectos de la aplicación de la nueva normativa del dec. 475/2021, que la ley 24.714 establece el régimen de asignaciones familiares con alcance nacional y obligatorio, para las personas que presten servicios en relación de dependencia en la actividad privada y pública nacional, para aquellas beneficiarias de la ley 24.557 —Ley de Riesgos del Trabajo— y del seguro de desempleo, para las personas inscriptas y aportantes al Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes establecido por la ley 24.977 —Monotributo—, para aquellas beneficiarias del SIPA, para las beneficiarias del régimen de pensiones no contributivas por invalidez y de la pensión universal para el adulto mayor (PUAM), y para las beneficiarias que perciben la Asignación por Embarazo para Protección Social y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **(29)**.

El art. 6º de la ley 24.714 contiene tres prestaciones de carácter no contributivo, que son la Asignación Universal por Hijo para Protección Social (AUH) —inc. i)—, la Asignación por Embarazo para Protección Social —inc. j) **(30)**— y la Asignación por Cuidado de Salud Integral —inc. k) **(31)**, creada recientemente por la ley 27.611 **(32)**—.

La AUH fue introducida por el dec. 1602/2009 y, según indica el art. 14 bis de la ley 24.714, consiste en una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona a uno solo o una sola de los padres o de las madres, tutor o tutora, curador o curadora o pariente por consanguinidad hasta el tercer grado, por cada niña, niño y/o adolescente menor de dieciocho años que se encuentre a su cargo, o sin límite de edad cuando se trate de una persona con discapacidad; en ambos casos, siempre que no estuviere empleado o empleada, emancipado o emancipada o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la misma norma.

El art. 14 ter de la ley 24.714 —texto según dec. 820/2020 **(33)**— establece los requisitos para acceder a la AUH **(34)**, siendo los destinatarios

(29) En la actualidad, las asignaciones familiares son: maternidad, nacimiento, adopción, matrimonio, prenatal, hijo, hijo con discapacidad, ayuda escolar anual y ayuda escolar anual para hijo con discapacidad.

(30) Es una prestación monetaria no retributiva mensual que se abona a la persona gestante, desde el inicio de su embarazo hasta su interrupción o el nacimiento del hijo o hija, siempre que no exceda de nueve mensualidades; debiendo solicitarse a partir de la decimosegunda semana de gestación (art. 14 quater de la ley 24.714).

(31) Consiste en el pago de una suma de dinero que se abona una vez al año a las personas titulares, por cada niño o niña menor de tres [3] años de edad que se encuentre a su cargo, siempre que hayan tenido derecho al cobro de la prestación establecida en el inc. i) del art. 6º de la ley 24.714 y que acrediten el cumplimiento del plan de vacunación y control sanitario, de conformidad con los requisitos establecidos por la ANSeS (artículo octies de la ley 24.714).

(32) El objeto de la ley 27.611, es fortalecer el cuidado integral de la salud y la vida de las mujeres y otras personas gestantes, y de los niños y las niñas en la primera infancia, en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar, y de sus hijos e hijas, con el fin de reducir la mortalidad, la mal nutrición y la desnutrición, proteger y estimular los vínculos tempranos, el desarrollo físico y emocional y la salud de manera integral, y prevenir la violencia (art. 1º).

(33) Por medio del dec. 820/2020 se introdujeron modificaciones al régimen de asignaciones familiares, con el fin de mitigar el impacto socioeconómico de la pandemia, priorizando las necesidades de los sectores sociales y grupos familiares con escasos niveles de ingresos.

(34) Los requisitos para acceder a la AUH son: a) que la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad sea argentino o argentina nativo o nativa, naturalizado o naturalizada o por opción. Cuando la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad y sus progenitores o sus progenitoras o las personas que los o las tengan a cargo sean extranjeros o extranjeras, deberán acreditar tanto la niña, el niño, adolescente y/o la persona con discapacidad como el, o la titular que percibirá la asignación, dos años de residencia legal en el país; b) acreditación de la identidad del o de la titular del beneficio y de la niña, del niño, adolescente y/o persona con discapacidad, mediante Documento Nacional de Identidad; c) acreditación que la persona que percibirá el beneficio tiene a su cargo a la niña, al niño, adolescente y/o persona con discapacidad, en función de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación y de conformidad con la documentación que el organismo de gestión previsional —ANSeS— requiera; d) acreditación de la condición de discapacidad será determinada en los términos del art. 2º de la ley 22.431 y certificada por autoridad competente; e) acreditación, hasta la edad de cuatro años —inclusive—, del cumplimiento de los controles sanitarios y del plan de vacunación obligatorio. Desde los cinco años de edad y hasta los dieciocho años, debe

los niños, niñas y adolescentes que pertenecen a grupos familiares cuyos integrantes se encuentren desocupados, se desempeñen en la economía informal con un ingreso inferior al salario mínimo, vital y móvil, sean monotributistas sociales o trabajadores de casas particulares [ver res. SSS 11/2019 **(35)** —normas complementarias, aclaratorias y de aplicación del régimen general de asignaciones familiares—].

En los considerandos del dec. 475/2021 se indica, como constatación estadística, que quienes realizan la presentación para acreditar los extremos de educación y salud respecto de las personas que generan derecho al cobro, la mayoría son mujeres. Se priorizó a estas para el reconocimiento del tiempo de cuidado de hijos e hijas, por cuanto, por estas circunstancias, se torna más complejo su acceso al mercado laboral y, por ello, se obstaculiza la posibilidad de completar los requisitos para acceder a una prestación previsional.

III.3. Ley 20.744: licencia por maternidad y período de excedencia

La maternidad, por sí misma, no es un evento riesgoso, ni que provoque consecuencias dañosas; tampoco puede ser considerada una enfermedad. Por el contrario, es un acontecimiento natural en la vida de las mujeres y/o personas gestantes.

La seguridad social acompaña este hecho social y familiar, disponiendo medidas preventivas, para que tanto el embarazo como el parto se desarrollen en forma normal; además, es necesario que la madre pueda descansar antes y después del nacimiento, con la tranquilidad de saber que no perderá su empleo ni su retribución, por causa de ello.

En un régimen integral de protección de la contingencia de maternidad, las prestaciones incluyen una atención sanitaria completa, previa y posterior al nacimiento, tanto para la madre como para el niño, así como una compensación en dinero por los ingresos o remuneraciones que se dejan de percibir durante el período obligatorio de descanso por maternidad, cuyo monto es igual o superior a estos. Para ello, el art. 177 de la ley 20.744 —Ley de Contrato de Trabajo— concede a la trabajadora una licencia durante un período inmediatamente anterior al parto, e inmediatamente posterior a este (que ha sido fijado, en principio, en cuarenta y cinco días cada uno). Se le otorga la posibilidad de optar por reducir el lapso anterior al parto a treinta días, acumulándose el saldo a la licencia posterior; para gozar así, del total de noventa días.

Existen otras formas de atender la maternidad, por ejemplo la excedencia (art. 183, inc. c de la ley 20.744), por la cual la trabajadora posterga voluntariamente su reintegro al trabajo, una vez vencida la anterior licencia, por un período no inferior a tres meses, ni superior a seis. Durante este tiempo, que no se computa como tiempo de servicios (art. 184 *in fine*), la relación laboral continúa pese a que se suspende la prestación de servicios y el pago del salario.

El dec. 475/2021, como se verá en el siguiente punto, insertó dos nuevos artículos en la ley 24.241 (art. 22 bis y art. 27 bis), que tienen relación con el otorgamiento de determinadas prestaciones y la consideración de la regularidad de aportes, para los que se computará el tiempo de cuidado de los hijos e hijas por parte de las mujeres y/o personas gestantes, así como la licencia por maternidad y el período de excedencia.

IV. Análisis del dec. 475/2021 y de las res. SSS 17/2021 y ANSeS 154/2021

Una vez determinado el marco conceptual y legal alcanzado por las prescripciones del dec. 475/2021, para que la lectura de este análisis resulte más ágil y fluida, se examinarán los diferentes artículos, combinándolos con las resoluciones complementarias y las explicaciones pertinentes contenidas en los fundados considerandos del propio decreto.

acreditarse, además, la concurrencia de las niñas, los niños y adolescentes, obligatoriamente, a establecimientos educativos públicos; y f) acreditación que el o la titular del beneficio y la niña, el niño, adolescente y/o persona con discapacidad, residen en el país.

(35) Por res. SSS 19/2021 se suprimió el punto 4 referido a la AUH de la res. SSS 11/2019, que contenía una limitación respecto de los grupos familiares integrados por más de cinco niños, niñas y adolescentes.

El dec. 475/2021 contiene once artículos, los cuales, dos son de forma (arts. 10 y 11); y en otros tres: se confiere la facultad de dictar normas aclaratorias y complementarias al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a la Secretaría de Seguridad Social y a la ANSeS (art. 7º), se indican las adecuaciones presupuestarias (art. 8º) y en el art. 9º se determina su vigencia a partir de la fecha de publicación en el Boletín Oficial, el día 19/07/2021.

El resto de los artículos contienen el núcleo de este reconocimiento, que viene a corregir parte de las desigualdades nacidas de la mano de un modelo patriarcal, con patrones estereotipados.

En los considerandos del dec. 475/2021 se expuso que su ámbito de aplicación es el universo de las mujeres y/o personas gestantes que llegan a la edad de jubilarse y, a lo largo de sus vidas, han acumulado desventajas respecto de los varones que provocan situaciones de desamparo o dependencia económica, por las dificultades en el acceso a una prestación previsional. Máxime que, en la sociedad pasada, la brecha de género era más pronunciada que actualmente; y, por ello, esta norma es una medida del presente que repara inequidades acumuladas, por aquellas, a lo largo de treinta años.

También, en los considerandos, se justificó la urgencia en el dictado de la normativa en estudio, a partir de la identificación, en las bases informáticas de la ANSeS, de alrededor de 310.000 mujeres —de entre sesenta y sesenta y cuatro años de edad— que no cuentan con un beneficio previsional ni tampoco pueden jubilarse, por no contar con los suficientes años de aportes. Estas cifras, conforme se indicó, en el contexto de la pandemia, demuestran la necesidad de medidas urgentes para la protección social de este grupo particularmente vulnerable; más que, de los mismos registros del organismo de gestión previsional, surge que la enorme mayoría de las mujeres que están en situación de extrema vulnerabilidad y no cuentan con ingresos, podrían acceder, de manera inmediata, a las prestaciones, que conllevan, además, la cobertura de salud.

IV.1. Art. 1º: incorporación del art. 22 bis a la ley 22.241 **(36)**

La finalidad de esta norma es posibilitar a las mujeres y/o personas gestantes, la acreditación del mínimo de servicios que se requieren para obtener la PBU, de un modo ficto.

Para ello puede computarse *un año de servicio* por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida; esto funciona como una suerte de piso, a partir del cual puede incrementarse cuando concurren otras circunstancias.

En efecto, cuando la mujer adopta una persona menor de edad, en vez de un año, se computan *dos años de servicios* por cada hijo y/o hija adoptado y/o adoptada que sea menor de edad.

Se *adiciona un año más,* por cada hijo y/o hija con discapacidad que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada siendo menor de edad.

Pueden computarse *dos años más de servicios* que se suman, por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad, cuando se ha accedido a la AUH por un período de, al menos, doce meses continuos o discontinuos y se ha computado por aquel el tiempo previsto en este artículo.

En los considerandos del dec. 475/2021 se expusieron las razones para la adición de años de servicios, en el caso de adopción. Así, resulta

(36) Art. 22 bis: "Al único fin de acreditar el mínimo se servicios necesarios para el logro de la Prestación Básica Universal (PBU), las mujeres y/o personas gestantes podrán computar un [1] año de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida. En caso de adopción de personas menores de edad, la mujer adoptante computará dos [2] años de servicios por cada hijo y/o hija que haya sido adoptado y/o adoptada. Se reconocerá un [1] 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. Aquellas personas que hayan accedido a la Asignación Universal por Hijo para Protección Social por el período de, al menos, doce [12] meses continuos o discontinuos podrán computar, además, otros dos [2] años adicionales de servicio por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada que sea menor de edad, en la medida en que por este se haya computado el tiempo previsto en el presente apartado".

necesario, en las condiciones estructurales de género presentes, reconocer el aporte que realiza la mujer a la sociedad en su conjunto, al adoptar un niño, niña o adolescente y establecer que, al único fin de acreditar el mínimo de servicios necesarios para la PBU, podrán computarse dos años de servicios por cada hijo o hija, que haya sido adoptado o adoptada, siendo menor de edad.

También se reconoce que el cuidado de hijos y/o hijas con discapacidad importa mayor demanda de apoyos y cuidados y esa situación también es afectada por el nudo crítico de la desigualdad de género. Es por ello, que se impone, según se explica, el reconocimiento de 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.

Se habla, además, en los considerandos, de un acompañamiento adicional a las mujeres que provienen de trayectorias de vulnerabilidad socioeconómica, ya que, atraviesan más dificultades para insertarse en el mercado laboral o para poder delegar, en otras personas, las tareas de cuidado; ello en el marco del cumplimiento de la corresponsabilidad que requiere la AUH, para mantener la titularidad. Por lo tanto, las personas que accedieron a la AUH, por el lapso de, al menos, doce meses, continuos o discontinuos, podrán computar, además, otros dos años adicionales de servicios, por cada hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada, que sea menor de edad.

Ahora bien, en la res. SSS 17/2021, art. 1º, se aclara que, para computar los años de servicios necesarios para acceder a la PBU, de acuerdo con lo establecido en el art. 22 bis:

- Al momento de la solicitud, se debe acreditar el cumplimiento de los requisitos.

- El reconocimiento de servicios puede "corresponder a más de una mujer y/o persona gestante, por el mismo hijo y/o hija que haya nacido con vida o haya sido adoptado y/o adoptada siendo menor de edad"; si cada una cumple con los requisitos dispuestos en la norma (aquí la conjunción "o", bien puede ser reemplazada por la "y", para que la redacción no resulte confusa).

- Para contabilizar el período adicional por hijo o hija con discapacidad, la persona solicitante debe demostrar dicha incapacidad, mediante el Certificado Único de Discapacidad (CUD) prescripto en el art. 3º de la ley 22.431 —Sistema de Protección Integral de Discapacitados—. En su defecto, debe acreditarse por otros medios la discapacidad alegada, de acuerdo con las pautas establecidas por la ANSeS al respecto.

El art. 5º de la res. SSS 17/2021 señala que, a los períodos reconocidos de conformidad con el dec. 475/2021, se los considerará como servicios de todos los regímenes previsionales administrados por la ANSeS, a los efectos de la aplicación del art. 168 de la ley 24.241 (Reciprocidad Jubilatoria).

Por el art. 6º de esta misma resolución, se determina la aplicación del art. 161 de la ley 24.241, al derecho a los beneficios cuyo acceso se facilita con el dec. 475/2021; esto es, que el derecho a la jubilación se rige por la ley vigente a la fecha de cese en la actividad o a la de la solicitud (lo que ocurra primero, siempre que en ese momento el peticionario y/o la peticionaria, fuera acreedor o acreedora a la prestación), y que el derecho a pensión, por la ley vigente a la fecha del deceso del causante.

La res. ANSeS 154/2021 también contiene, en su art. 2º, disposiciones aclaratorias referidas al dec. 475/2021:

- A los efectos del cómputo de servicios, se requiere el registro, en las bases del organismo de gestión previsional, del nacimiento y eventual discapacidad de cada hijo y/o hija; así como su vinculación a la persona que peticiona el beneficio, de acuerdo con la documentación que se disponga a esos efectos. De igual modo, cuando se trata de un hijo y/o hija, adoptado o adoptada.

- En caso de que la información no surja de los registros de la ANSeS, la persona peticionante deberá presentar prueba documental para acreditación del hijo y/o hija.

- Si la discapacidad del hijo y/o hija no está registrada en las bases de la ANSeS, puede acreditarse mediante el CUD, certificado emitido por los organismos provinciales competentes, constancia de registro de percepción de la asignación por hijo con discapacidad o constancia que acredite el derecho a percibir una pensión no contributiva por invalidez.

- A fin de aplicar las prescripciones del art. 22 bis, se entiende por persona que accedió a la AUH, a la mujer y/o persona gestante a la que se le liquidó o se puso al cobro dicha asignación, por el niño o niña por quien se ha computado el año o los años adicionales de servicios; más allá del estado de rendición de la liquidación (excepto aquellos períodos de liquidación de la AUH que hayan sido suspendidos).

- Se deja asentado, rotundamente, que el cómputo de servicios por hijos y/o hijas establecido en este artículo no tiene efecto como incremento o bonificación de los haberes jubilatorios. Por el contrario, es considerado con los requisitos del régimen general, solo para alcanzar el mínimo de años de servicios necesitados para obtener el beneficio.

IV.2. Art. 2º: incorporación del art. 27 bis a la ley 24.241 **(37)**

En este artículo se declara computable el período correspondiente a la licencia por maternidad para acreditar la condición de aportante, de acuerdo con lo prescripto por los incs. a) o b) del art. 95 de la ley 24.241 para acceder a las prestaciones de retiro transitorio por invalidez o de pensión por fallecimiento del afiliado o afiliada en actividad, que prevén los arts. 97 y 98 de la misma norma.

La res. SSS 17/2021, en su art. 2º, indica que los períodos de licencia por maternidad se considerarán como tiempo de servicios, a los fines de la calificación de la regularidad de los aportes, con el mismo tratamiento previsto en el punto 6 del art. 1º del dec. 460/1999, ya visto.

Al respecto, en los considerandos del dec. 475/2021, se señala que se contemplan los períodos de licencia por maternidad y de excedencia, como períodos de servicios, a fin de cumplimentar los años requeridos en todos los regímenes previsionales que administra la ANSeS, para evitar que los plazos en que las mujeres y/o personas gestantes dedicaron al cuidado de los niños y niñas recién nacidos y nacidas, terminen perjudicándolas al momento de jubilarse.

IV.3. Art. 3º: plazos de licencia por maternidad

Los plazos de licencia por maternidad y de estado de excedencia se computarán como tiempo de servicio solo a los efectos de acreditar el derecho a una prestación previsional en todos los regímenes previsionales administrados por la ANSeS, con el mismo carácter que los que desarrollaba la persona al momento de comenzar el usufructo de aquellas; y con la condición que se verifique que la mujer y/o persona gestante hubiera retornado a la misma actividad que realizaba al inicio de la licencia o del período de excedencia.

Para el caso de que la persona no retomase la actividad o lo hiciera en una distinta, los servicios se contabilizarán como del régimen general.

En la res. SSS 17/2021, se dispuso, a sus efectos, que el reconocimiento de los períodos de licencias por maternidad y estado de excedencia como tiempo de servicio a los fines previsionales, establecido en el art. 3º del dec. 475/2021 alcanza también a las personas que se desempeñen en jurisdicciones que hayan transferido sus regímenes previsionales a la Nación y sean administrados por la ANSeS. En este sentido, en su art. 4º, se estableció que lo puntualizado en el art. 3º del citado decreto, también resulta de aplicación respecto de la licencia por maternidad y estado de excedencia indicados en las normas y convenios colectivos de trabajo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias y municipios que hayan transferido sus regímenes a la Nación.

(37) Art. 27 bis: "Declárase computable a los fines de la acreditación de la condición de aportante de acuerdo con lo estipulado por los incs. a) o b) del art. 95 para el logro de las prestaciones de Retiro Transitorio por Invalidez o de la Pensión por Fallecimiento del afiliado o de la afiliada en actividad que prevén los arts. 97 y 98, el período correspondiente a la licencia por maternidad establecida por las leyes de alcance nacional y Convenios Colectivos de Trabajo respectivos".

La res. ANSeS 154/2021, dispuso, respecto del art. 3º del dec. 475/2021, que:

- A los efectos de acreditar el período de licencia por maternidad y/o estado de excedencia, se considerará la información que surja de las declaraciones juradas remitidas por los empleadores y empleadoras. En caso de que no surjan estos datos, se tomará como válido el período que surja en la certificación de servicios.

- Los períodos de licencia invocados, solo pueden ser computados en tanto los servicios anteriores trabajados para el mismo empleador o la misma empleadora que otorgó dichas licencias, se encuentren probados y acreditados ante la ANSeS.

- En todos los casos, la ANSeS puede solicitar pruebas adicionales a la persona solicitante de la prestación y/o realizar las verificaciones que considere necesarias para tener por acreditados los períodos de licencia informados.

- En los trámites de retiro transitorio por invalidez y pensión directa por fallecimiento, cuando la solicitante o causante, respectivamente sea mujer y/o persona gestante, el estado de excedencia solo podrá computarse para acreditar el mínimo de años de servicios requeridos para acceder a la jubilación ordinaria o el 50% de este para cumplir con la condición de aportante regular o irregular con derecho conforme el dec. 460/1999, reglamentario del art. 95 de la ley 24.241.

IV.4. Art. 4º: cómputo del período de excedencia

En la norma se precisa que el tiempo de servicios a computar por el período de excedencia, de acuerdo con el art. 3º del decreto, no puede exceder el comprendido en el art. 183 de la ley 20.744.

IV.5. Art. 5º: vigencia

Se indica que el cómputo de los servicios a que hace referencia este decreto solo tendrá efecto para las prestaciones que se soliciten a partir de su vigencia, esto es el día 19/07/2021.

IV.6. Art. 6º: intercambio de datos

Se instruye a las jurisdicciones, entidades y organismos de la Administración Pública Nacional, a prestar la colaboración necesaria para una mejor implementación del decreto, mediante el intercambio de información; con las previsiones normativas existentes respecto de protección de datos personales y sensibles.

V. Corolario

La sanción del dec. 475/2021 y sus normas complementarias significa un saludable y venturoso cambio de paradigma, al visibilizar las tareas de cuidado de hijos e hijas, por parte de las madres y/o personas gestantes y darles relevancia, a los fines previsionales; al igual que a las licencias por maternidad y el período de excedencia. Asimismo, la consideración, con perspectiva de género, de personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad y que se las incluye especialmente en la normativa, destaca la universalidad de la seguridad social.

Se abre un camino que va saldando, paulatinamente, las desigualdades e inequidades en el acceso a las prestaciones; de la mano de esta rama del derecho, que es esencialmente tuitiva.

Comentarios Jurisprudenciales

PENSIÓN POR FALLECIMIENTO

Nieto del causante. Menor en situación de vulnerabilidad. Rechazo. Otorgamiento de prestación similar.

Con nota de Rafael E. Toledo Ríos

1. — Si bien la menor no se encuentra dentro del *nomen iuris* que establece el art. 53 de la ley 24.241 y que, por ello, conforme la jurisprudencia citada, emanada del más alto tribunal, no posee el derecho a la pensión derivada tras el fallecimiento de su abuela, no se puede dejar de analizar el caso en un contexto holístico del derecho, en armonía con los principios generales que rigen en materia previsional, la Constitución Nacional, así como la Convención de los Derechos del Niño **[1].**

2. — La seguridad social debe amparar no solo a los trabajadores, o a aquellos que instituidos por la ley como derechohabientes, quienes poseen aptitud para adquirir el beneficio de pensión ante la contingencia de la muerte, sino que además debe atender también a toda aquella persona que se halle frente a una situación que la ponga en riesgo, afectando su calidad de vida, salud o manutención, como sucede en el caso, en donde la menor ha perdido a ambos progenitores, quedando a cargo de su abuela, también fallecida, y finalmente bajo la guarda de su tío**.**

CFed. Mar del Plata, 15/03/2021. - R., L. A. (en repr. de menor bajo su guarda) y otro c. ANSeS s/ pensiones.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/4048/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En "Sbrocca, Carmen v. Administración Nacional de la Seguridad Social", 11/06/2003, Fallos: 326:1950, sostuvo que la enunciación de derechohabientes contenida en el art. 38 (ver texto ley 18.037) es taxativa.

COSTAS

Se imponen por su orden.

Expediente N° 21366/2016

2ª Instancia.- Mar del Plata, marzo 15 de 2021.

El doctor *Jiménez* dijo:

I. Llegan los autos a esta Alzada con motivo del recurso de apelación deducido por la parte demandada, en oposición a la sentencia obrante a fs. 265/284 vta., que hace lugar a la demanda entablada contra la Administración Nacional de la Seguridad Social, ordena que se otorgue el beneficio de pensión a la menor R. R. J., con más los retroactivos correspondientes que pudieran haberse devengado.

Asimismo hace saber que, llegada la mayoría de edad, si la beneficiaria cursase regularmente estudios secundarios o superiores y no desempeñase actividad remunerada, la prestación a favor de la niña se extenderá hasta los 21 años de edad.

Establece que lo dictaminado en sentencia se cumpla dentro del plazo de 30 días desde que el resolutorio se encuentre firme.

II. Los agravios del recurso interpuesto por la accionada lucen expresados en la memoria acompañada digitalmente con fecha 25 de junio del 2020 y están orientados a cuestionar la sentencia, en cuanto hace lugar a la demanda, declara la inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 24.241, el mecanismo de cumplimiento de sentencia, la disposición acerca de la continuidad del pago de la pensión para el caso de que la beneficiaria al cumplir la mayoría de edad se halle cursando regularmente estudios sin ingresos económicos propios, así como lo que interpreta como la intromisión del juzgador en el erario público.

En relación al primer agravio expresa que, del texto de la ley, el cual se encuentra plenamente vigente, no surge que tuviera derecho a beneficio alguno la nieta de la causante. Sostiene que el texto de la ley resulta sumamente claro.

Manifiesta que, la nueva redacción del artículo 53 de la Ley N° 24.241 no incorpora a ciertos derechohabientes que sí estaban previstos en el artículo 38 de la Ley N° 18.037; y en consecuencia, no cabría llegar a otra conclusión que los derechohabientes no incorporados al texto del artículo 53 antes citado, se encuentran excluidos como potenciales derechohabientes en el nuevo régimen de jubilaciones y pensiones del ex Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, actual Sistema Integrado Previsional Argentino.

En segundo término se agravia del plazo de cumplimiento dispuesto por el Juez de grado, pues la sentencia ordena acreditar el cumplimiento dentro del plazo de treinta días, lo que según estima contraría directamente lo dispuesto por el artículo 22 de la ley 24.463 (texto según ley 26.153), que dispone: "Las sentencias condenatorias contra la Administración Nacional de la Seguridad Social serán cumplidas dentro del plazo de ciento veinte (120) días hábiles, contado a partir de la recepción efectiva del expediente administrativo correspondiente".

Continúa con su expresión recursiva manifestando que el juez de grado ha dispuesto en forma extra petita que para el supuesto en que —una vez llegada la mayoría de edad— se cursaren estudios secundarios o superiores, la prestación a favor de la niña, se prolongará hasta que cumpla 21 años, lo que resultaría incongruente con el objeto de la pretensión actora.

Por último, se agravia de la "intromisión del sentenciante" en materia que no le sería propia a juicio del recurrente.

Asevera que el cambio de escenario económico social, justifica un nuevo análisis en torno a la existencia de límites en las prestaciones, a fin de que no se produzcan distorsiones, y se pueda cumplir eficientemente el rol de redistribución, y universalización de la cobertura, especialmente entre los sectores con mayor necesidad.

Explica que en virtud de razones de justicia social se coloca en la órbita del Estado Nacional la responsabilidad en la redistribución de la riqueza y en ese contexto es que se dictan medidas que están orientadas a proteger los intereses de la sociedad, siendo el Estado Nacional el encargado de implementar las políticas públicas destinadas a lograr la equidad y solidaridad social que acompañen el crecimiento de la economía nacional y de esa manera favorecer a todos los sectores.

Por ello destaca la importancia institucional que reviste el presente caso, ya que se pondría en juego el erario público al obstaculizar la recaudación del Estado.

III. Corrido el traslado de Ley, se presenta la actora a contestar los agravios expresados por la contraria.

En primer lugar, sostiene que la demandada no tiene en cuenta que todas las normas no se encuentran en un plano de igualdad, en virtud del principio de jerarquía constitucional, la Constitución Nacional —junto con los tratados internacionales incorporados en el inc. 22 del art. 75— se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico.

Aduce que este caso en particular constituye una expresión de la justicia social, que la Corte Suprema la calificó como "la justicia en su más amplia expresión", y su contenido, según el Tribunal "consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización".

Por otro lado, sostiene que la negación del beneficio conculca derechos amparados en la Convención de los Derechos del Niño, remite al art. 26 y 27, así como a la observación N° 14 efectuada por el Comité de los Derechos del Niño.

Respecto del agravio que cuestiona el plazo estipulado por el a quo para dar cumplimiento con la sentencia, manifiesta que la espera que ha tenido que sortear la menor —privada de su beneficio previsional— es suficiente argumento para rechazar el planteo expuesto por la parte demandada.

En relación con el tercer agravio, esto es la percepción del beneficio por parte de la niña accionante, hasta los 21 años de edad en caso de cursar estudios y no acreditar ingresos, indica que la extensión del beneficio hasta tal edad facilita la posibilidad de un desarrollo más adecuado para afrontar sus necesidades por sí misma.

Por último, manifiesta que el caso de Autos es de extrema vulnerabilidad social, donde no hacer lugar al beneficio de pensión en este supuesto, sería ir en contra de las finalidades que las leyes previsionales persiguen, por lo que refuta la mentada "intromisión" a la que hace referencia el apelante, sin olvidar en este punto la responsabilidad parental que ejercía la abuela de la menor al tenerla bajo su guarda.

IV. Con el llamado de Autos para Sentencia, providencia que a la fecha se encuentra firme y consentida, quedan los presentes obrados en condiciones de ser resueltos.

V. Antes de comenzar con el desarrollo de las cuestiones propuestas a revisión de esta Alzada, he de señalar que solo se atenderá en el presente voto aquellos planteos que sean considerados esenciales a los fines de la resolución del litigio. En este entendimiento, he de recordar que los jueces no están obligados a considerar todos y cada uno de los planteos de las partes, pues basta que lo hagan respecto de aquellos considerados esenciales y decisivos para el fallo de la causa.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha sentado la doctrina según la cual los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa sino solo aquellas estimadas conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que a su juicio no sean decisivos (ver LA LEY 144 p. 611, 27.641-S; LA LEY 145 p. 346; LA LEY 148 p. 692, 29.625-S; Fallos 296:445; 297:333 entre otros).

Analizaré ahora el agravio primero, es decir el cuestionamiento del reconocimiento de pensión derivada

a causa del fallecimiento de la Sra. M. M. J., quien en vida fuera curadora de la menor R. R. J., aun cuando la beneficiaria no se encuentra incluida entre los sujetos mencionados por el artículo 53 de la ley 24.241.

He de recordar que el mentado art. 53 reconoce el beneficio de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, a la viuda, al viudo, a la conviviente, al conviviente, a los hijos solteros, a las hijas solteras y a las hijas viudas, siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la ley, todos ellos hasta los dieciocho años de edad, asimismo dispone que dicha limitación de edad, no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho años de edad. Luego refiere a la expresión "estar a cargo", define la ley que el derechohabiente está a cargo cuando "concurre en aquel un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular", además agrega que "La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante."

Se encuentra por demás probado que la menor se hallaba "a cargo" de la causante, es decir que conforme lo describe la ley se encontraría dentro de la calificación elaborada por el legislador, sin embargo el art. 53 es taxativo al enumerar a los derechohabientes que revisten la calidad de tales solo por el hecho descriptivo de la ley, es decir que no se constituyen en sujetos con derecho a pensión por la sola circunstancia de estar "a cargo", sino que deben ajustarse al nomen iuris que establece el art. 53 de la ley 24.241.

En este sentido se ha pronunciado el más Alto Tribunal al fallar a favor de la apelante, revocando la sentencia que otorgaba el beneficio de pensión a quien en vida del causante fuera hija de crianza, he de destacar que el de cujus ejercía la guarda definitiva de quien peticionaba. Allí la Corte dispuso que "(…) la enunciación de derechohabientes contenida en la norma citada es taxativa y no contempla el supuesto de autos. La titular no es hija biológica ni adoptiva del causante y no tiene ningún parentesco que habilite la pretensión, todo lo cual impide el reconocimiento del derecho solicitado. Que la aseveración de que era hija de crianza y de que era tenida como adoptiva resulta ineficaz a los fines pretendidos, ya que al haberse admitido que carecía de toda filiación resulta insustancial el fundamento de la alzada que tuvo por demostrada la posesión de estado aludida (art. 256 del Cód. Civil)." (CSJN "Sbrocca, Carmen c. ANSeS s/ pensiones" S. 1056. XXXVI. R.O. Sentencia del 16/06/2003, cons. 6° y 7°).

No desconoce el suscripto los principios que rigen en materia previsional, que son de especial naturaleza, y que se direccionan en la protección de aquel que se encuentra en un estado de mayor vulnerabilidad, sin embargo, la Corte al resolver el precedente citado no pasa inadvertida la protección que resguarda a la clase pasiva, no obstante establece en el considerando octavo del fallo que "(…) aun 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, que no son otros que cubrir los riesgos primarios de aquellos que por su edad o estado físico no están en condiciones de proveérselos con su trabajo, 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 (Fallos: 310:555), lo que ocurre cuando se desconoce el texto legal que regula con claridad, como en el caso, cuáles son los derechohabientes con vocación al beneficio del art. 38 de la ley 18.037. (Cfr. fallo precedentemente citado, cons. 8°).

No puedo dejar de recordar que los precedentes tienen casi siempre una suerte de efecto persuasivo sobre el magistrado al momento de decidir su caso, ello a consecuencia de la actuación de la regla del stare decisis —del latín, "dejar que la decisión esté"—, como máxima de aplicación universal, máxime cuando nuestro sistema constitucional impone la obligación de seguir la decisión previa ante la ausencia de una nueva y adecuada justificación, no evaluada anteriormente, para apartarse de ella, lo que no acaece en el caso de Autos.

Por lo expuesto, razones que hacen al resguardo de principios que se vinculan con la vigencia del Estado de Derecho y la seguridad jurídica, me invitan a seguir la línea interpretativa desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para el caso "sub examine" (doctrina de Fallos: 322: 608).

Sin embargo, no resulta ajeno a mi conocimiento el respeto a los derechos sociales de índole constitucional, que con mayor propósito de firmeza deben ponderarse en ancianos, personas con discapacidad o menores de edad —como es el caso de Autos—.

Reconoce la Convención sobre los Derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 aprobada e incorporada a la Constitución Nacional por Ley 26.849, la obligación de los Estados Partes, de reconocer "a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social", y

adoptar "las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre" (Art. 26).

En este mismo orden de ideas, he de recordar a Germán Bidart Campos, que al referirse a las acepciones del término Seguridad Social, ha explicado con claridad, que los dos conceptos mas ceñidos entienden por "seguridad social: a) la protección y cobertura de los riesgos comunes a todos los hombres, como enfermedad, vejez, desempleo, muerte, accidente, etc.; b) la protección y cobertura de esos mismos riesgos con respecto a los trabajadores.". Continúa expresando que "Entre estos dos aspectos, la nota distintiva radica no tanto en las contingencias amparadas, sino más bien en los sujetos a quienes se ampara, que como queda expuesto, son todos los hombres en el inc. a), y solamente los trabajadores en el inc. b)" (Cfr. Germán J. Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada", T. II Ed. Ediar, Bs. As. 2000, Capítulo XXII).

De esta lectura se refleja que la Seguridad Social, debe amparar no solo a los trabajadores, o a aquellos que instituidos por la ley como derechohabientes, poseen aptitud para adquirir el beneficio de pensión ante la contingencia de la muerte, sino que además debe atender también a toda aquella persona que se halle frente a una situación que lo ponga en riesgo, afectando la calidad de vida, la salud o la manutención, como sucede en el caso de Autos, recuérdese que el la menor ha perdido a ambos progenitores, quedando a cargo de su abuela, también fallecida y finalmente bajo la guarda de su tío R. L. A.

Del Informe socioambiental elaborado por la Trabajadora Social Lic. María Itatí Arigo, surge con claridad que "sería beneficioso para la joven lograr el beneficio previsional que tramita el Sr. R., para así garantizar sus gastos mínimos" (ver informe obrante a fs. 181/2).

En este caso, considero que debe acudir la seguridad social a proteger la situación de vulnerabilidad, citando nuevamente a B. C., que, en referencia a la cláusula constitucional, sostiene que "Es de buena hermenéutica interpretar que la mención que el art. 14 bis hace de la seguridad social no anida exclusiones egoístas, sino que abarca los dos campos antes señalados, y que tiene como núcleo de convergencia a la solidaridad social." (Cfr. obra recientemente citada).

Por lo antes expresado, he de considerar que, si bien la menor R. R. J. no se encuentra dentro del nomen iuris que establece el art. 53 de la ley 24.241, y que por ello, conforme la jurisprudencia citada, emanada del más Alto Tribunal, no posee el derecho a la pensión derivada tras el fallecimiento de su abuela, no puedo dejar de analizar el caso en un contexto holístico del derecho, en armonía con los principios generales que rigen en materia previsional, la Constitución Nacional, así como la Convención de los derechos del niño.

He de recordar que en virtud de los caracteres que informan a todo beneficio previsional, es reiterada la doctrina de nuestra Corte, que "(...)los jueces deben obrar con cautela en el desconocimiento o rechazo de solicitudes de beneficios de naturaleza alimentaria" (Fallos: 320:364), precisamente porque ese contenido "exige una consideración particularmente cuidadosa a fin de que, en los hechos, no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables, ya que el objetivo de aquellos es la cobertura de los riesgos de subsistencia y ancianidad, que se hacen manifiesto en los momentos de la vida en que la ayuda es más necesaria, lo que no se compadece con la posibilidad de que las sentencias dilaten sin término la decisión de las cuestiones sometidas a los jueces" (ED, 170-313, CSJN octubre 10-1996).

En este orden de ideas no puedo dejar de referir que luego de la reforma constitucional del año 1994, los poderes públicos —entre los que se encuentran los órganos jurisdiccionales administrativos— han de extremar los recaudos para dar cumplimiento a los estándares que en materia de derechos humanos se introdujeron, como es el principio pro homine y el in dubio pro justitia socialis, que imponen al operador jurídico desechar aquellas pautas de interpretación contrarias a los principios mencionados.

Es mi convencimiento que todo el orden socioeconómico, desde la Constitución y los instrumentos internacionales, hacia abajo, se enraíza en lo que es la pauta axial del derecho constitucional contemporáneo: los derechos humanos. Sabido es que la persona humana y sus derechos invisten centralidad, y que toda interpretación del sistema jurídico que la involucra ha de girar en su protección y defensa (Cfr. Bidart Campos, Germán, "El orden socioeconómico en la Constitución", EDIAR, p. 275).

Asimismo cabe recordar la regla que ha sido reiterada por nuestro Máximo Tribunal, la cual exige prudencia cuando se trata de aplicar o interpretar la normativa previsional en perjuicio de las personas que buscan proteger.

Así, "(...) La restricción de derechos acordados por las leyes debe resultar de normas expresas y no pueden ser consecuencia de una mera interpretación (doctrina de Fallos: 240:174; 273:297, voto de la juez Argibay en Fallos: 331:2538; causa M.1286.XLII "Mitova, Violeta E. c. Administración Nacional de la Seguridad Social", sentencia del 3 de noviembre de 2009).

Por ello, es que concluyo en que la solución que, según interpreto es la más ajustada a derecho y que propongo al acuerdo, es la de revocar la sentencia de grado, por no hallarse la menor entre los derechohabientes que enumera la ley vigente y aplicable al caso, no obstante y a fin de no vulnerar la integridad de la persona y en respeto al orden constitucional que debe imperar en toda relación jurídica, propongo ordenar a la ANSeS que arbitre los medios necesarios a fin de otorgar a la menor R. R. J. requirente en Autos, una prestación similar a la que hubiese obtenido por pensión y en la proporción que le hubiese correspondido, que no resulte inferior al haber mínimo garantizado.

Aduno a lo expuesto, que la seguridad social "(...) tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, por lo que el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautela con que los jueces deben juzgar las peticiones vinculadas con la materia" (Fallos: 325:4511).

VI. En segundo término la recurrente se agravia del plazo de 30 días hábiles impuesto por la sentencia para su cumplimiento, sosteniendo que corresponde aplicar el art. 22 de la ley 24.463 modificado por la ley 26.153.

Al respecto, la normativa citada establece que las sentencias condenatorias contra la Administración Nacional de la Seguridad Social serán cumplidas dentro del plazo de 120 días hábiles contados a partir de la recepción efectiva del expediente administrativo.

Sin perjuicio de ello, entiendo que en el caso de autos no resulta aplicable el art. 22 de la Ley 24.463, atento que nos encontramos ante el otorgamiento de un beneficio previsional de naturaleza alimentaria, que tiene por fin cubrir las necesidades básicas de subsistencia.

La jurisprudencia especializada en la materia, sobre esta cuestión ha sostenido que, "(...)El art. 22 de la ley 24.463, no resulta de aplicación cuando el objeto de la pretensión deducida está dirigida a la revocación del acto administrativo en el que está en juego la concesión o determinación de una prestación solicitada y no al cobro de sumas de dinero por diferencias mal liquidadas producto de reclamos por reajuste de haberes, a las cuales sin duda se refiere la norma aludida, tal como surge del mensaje remitido por el PEN al Honorable Congreso de la Nación al acompañar el proyecto de la ley 24.463 (cfr. CFSS, Sala III, "Gómez, Andrés A. c. ANSeS s/ pensiones", sent. 147.791 de fecha 11/09/2012; id. Cám. Sala I, "Rodríguez, Ana M. c. ANSeS", sent. 81.789 de fecha 30/06/1999 id. Cám. Sala II "Aquino Gómez, Nancy del C. c. ANSeS s/ pensiones", sent. de fecha 25/08/2015).

VII. En cuanto al tercer agravio relacionado con la solución dispuesta por el a quo que decide extender el beneficio previsional de la menor hasta los 21 años de edad y mientras continúe los estudios, de conformidad con lo resuelto en los Autos "Golone, Emiliano S. c. ANSeS s/ Pensiones" N° 27.147/2017, Protocolizada en tomo: "Protocolo Aco. 6/2014 Materias Civiles" Clave: FMP 027.147/2017/CA001 Fecha: 01/02/2021, y atento al principio "tantum apelatum, quantum devolutum" corresponde en este punto confirmar el pronunciamiento puesto en crisis.

VIII. Respecto al último agravio siendo que los fundamentos vertidos exhiben una clara orfandad argumentativa, dado que —según se aprecia de su lectura—, resultan una mera discrepancia con los fundados criterios del —a quo— para emitir el decisorio puesto ahora en crisis, corresponde declararlo desierto el mismo por falta de fundamentación, resultando aplicable lo resuelto por esta Alzada en los autos "Balbuena, Roberto L. c. ANSeS s/ reajuste de haberes", "Protocolo Aco. 6/2014 Materias Civiles" Clave: FMP 041046565/2008/CA001 Fecha: 05/07/2016 a cuyos argumentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad, toda vez que sendas soluciones resultan aplicables al supuesto de autos.

IX. Por lo señalado es que propongo al acuerdo: 1) Revocar parcialmente la sentencia recurrida, conforme el alcance expuesto en el considerando V. de este voto; 2) Ordenar a la ANSeS a que arbitre los medios necesarios a fin de otorgar a la menor R. R. J., una prestación similar y en la proporción que le hubiese correspondido como derechohabiente, que no resulte inferior al haber mínimo garantizado. 3) Rechazar el segundo y tercer agravio y declarar desierto el último agravio expresado por la demandada cfr. Art. 256 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación; 4) Imponer las costas de ambas instancias por su orden.

Tal, el sentido de mi voto.

El doctor *Tazza* dijo:

Adhiero a la solución del caso que propone el doctor Jiménez, por compartir los fundamentos expresados en su voto.

Por lo que surge del Acuerdo que antecede se resuelve: I. Revocar parcialmente la sentencia recurrida, conforme el alcance expuesto en el considerando V. de este voto. II. Ordenar a la ANSeS a que arbitre los medios necesarios a fin de otorgar a la menor R. R. J., una prestación similar y en la proporción que le hubiese correspondido como derechohabiente, que no resulte inferior al haber mínimo garantizado. III. Rechazar el segundo y tercer agravio y declarar desierto el último agravio expresado por la demandada cfr. Art. 256 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. IV. Imponer las costas de ambas instancias por su orden. Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. Se deja constancia que ambos jueces han suscripto la presente resolución en forma electrónica y que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal. (art. 109 del RJN). En el día de la fecha se notificó electrónicamente a las partes, conforme lo ordenado en la sentencia que antecede. Conste. — *Alejandro O. Tazza.* — *Eduardo P. Jiménez.*

Cobertura previsional extralegal para una nieta

Rafael E. Toledo Ríos (*)

Sumario: I. Otro caso de pensión al nieto.— II. Doctrina de la Corte federal.— III. Los riesgos de una prestación extralegal.

I. Otro caso de pensión al nieto

Empezamos el comentario adelantando que celebramos y coincidimos con el sentido de esta sentencia, que ordena otorgar una prestación previsional equivalente a la pensión, a una nieta de la causante.

La coincidencia se da con el sentido previsionalista del fallo, bien fundamentado en principios constitucionales y convencionales de derechos humanos con jerarquía supralegal (cfr. art. 75, inc. 22, CN); no obstante ello, en los títulos siguientes veremos las razones que nos impiden compartir plenamente el resultado y algunas argumentaciones.

El otorgamiento de pensión por fallecimiento a un nieto del causante, a través de la vía judicial, resulta prácticamente inédito en un caso regido por la ley 24.241.

Los precedentes jurisprudenciales que reconocen pensión a nietos, estando vigente la ley 24.241 —"Lago", CFed. Seg. Social Sala 1, sent. 24/5/2007; "Barreto", CFed. Seg. Social Sala 1, sent. 28/4/2000—, estaban alcanzados por la remisión del artículo 161 al régimen de la ley 18.037, bajo cuyas normas se habían jubilado los causantes (abuelos).

El antecedente sobre pensión del nieto en un caso regido totalmente por la ley 24.241 aparece con el pronunciamiento del JFed. Seg. Social N.º 5 "López Somoza, Gastón c. ANSeS s/ amparos y sumarísimos", expte. N.º 27.571/2019, sent. 25/11/2020, confirmado por Sala 1 CFed. Seg. Social el 25/6/2011.

Ahora tenemos otro caso: niña huérfana menor de edad a cargo de su abuela, la causante. En 1ra. instancia fue declarado inconstitucional

(*) Abogado (UBA). Se desempeñó como abogado en el ex Instituto Municipal de Previsión Social de la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires, desde 1975 hasta 1994, ejerciendo libremente su profesión al mismo tiempo. Abogado asesor en la Administración del Fondo Compensador del Banco Ciudad de Buenos Aires, desde 1998 hasta su jubilación en 2012. Autor de numerosos artículos de doctrina y trabajos de investigación en la materia de Seguridad Social.

el art. 53 de la ley 24.241 otorgando pensión a la nieta en carácter de derechohabiente hasta la mayoría de edad, debiendo extenderse hasta los 21 años si cursa regularmente estudios secundarios o superiores. La Cámara Federal de Mar del Plata revoca la declaración de inconstitucionalidad del art. 53 de la ley 24.241 aplicando el precedente "Sbrocca", a la vez que otorga una prestación similar a la pensión que le hubiese correspondido, no inferior al haber mínimo garantizado y extensible hasta los 21 años si continúa los estudios.

Recordemos que la pensión de nietos y nietas (solteros, huérfanos, menores de edad o incapacitados para el trabajo y a cargo) **(1)** dejó de existir en el régimen nacional con la entrada en vigencia de la ley 24.241 en octubre de 1993; a partir de ese momento el sistema legal de las pensiones se rige por el *art. 53 de la ley 24.241* que solo contempla la pensión por viudez, convivencia, e hijos bajo ciertas condiciones.

Siendo este el marco legal del fallo que anotamos, podemos decir que los judicantes de la Cámara Federal marplatense debieron enfrentarse a una verdadera laguna legal **(2)**, insuficiencia del régimen previsional que les impidió subsumir en la legislación vigente las circunstancias fácticas del conflicto.

Así es que a fin de proveer la necesaria protección a esa niña menor de edad que al morir sus familiares queda desamparada, el Tribunal debió recurrir a las demás fuentes jurídicas: jurisprudencia de la Corte federal, principios de Seguridad Social del art. 14 bis, CN, instrumentos internacionales de derechos humanos protectores de la niñez, con rango constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 **(3)**.

En este sentido resaltamos el accionar de la justicia, reflejado en el voto de los Jueces de Cámara Eduardo Jiménez y Alejandro Tazza. Hacer prevalecer principios constitucionales y convencionales de derechos humanos por sobre normas legales específicamente aplicables no es tarea fácil; según el maestro Sagüés, es nece-

(1) Estaba regulada en los arts. 38 inc. 2º y 39 de la ley 18.037 (trabajadores en relación de dependencia), y arts. 25 inc. 2º y 26 de la ley 18.038 (trabajadores autónomos).

(2) "los jueces no solo aplican reglas, sino también principios. Tienen que recurrir a principios, básicamente, cuando no existe una regla aplicable a la situación (laguna normativa)"; ATIENZA, Manuel, "El derecho como argumentación", Ariel, Derecho, Barcelona 2012, p. 168. Por eso hablamos de laguna legal o de la ley, que es una de las fuentes del derecho ('fuente formal principal' cfr. Anteproyecto cit. nota 4). En el derecho —comprensivo de todas las fuentes— no hay lagunas, el intérprete integra las lagunas legales utilizando otras fuentes: jurisprudencia, doctrina, principios y valores jurídicos, principios de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (v. nota al pie 3).

(3) Al respecto, destacamos que la interpretación hecha en la sentencia guarda coherencia con las pautas hermenéuticas contenidas en arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial: "Art. 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos en este Código 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. ... Art. 2º.- Interpretación. 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". En los Fundamentos del Anteproyecto elaborado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci se explica este sistema llamado 'diálogo de fuentes': "es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores. En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni con relación a la interpretación de estas"; La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos, 312:957). Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente principal, pero no única. En este sentido es muy útil mencionar las fuentes del derecho y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores... Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero, además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".

sario "coraje" si se quiere imponer la auténtica "fuerza normativa" de la Constitución **(4)**.

II. Doctrina de la Corte federal

La doctrina de Corte, sustento básico en este fallo, invoca el precedente "Sbrocca" correspondiente a una anterior composición del alto tribunal, cuya hermenéutica restrictiva —específicamente referida al art. 53, ley 24.241— no fue mantenida por la jurisprudencia emanada de integraciones posteriores **(5)**.

En "Sbrocca" del año 2003, con el voto de los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Boggiano, y disidencias de Vázquez y Maqueda, el alto tribunal sostuvo la taxatividad de la nómina de derechohabientes en el caso de una hijastra sin vínculo biológico con el causante **(6)**. Nuestra sentencia le asigna categoría de *stare decisis*: "los precedentes tienen casi siempre una suerte de efecto persuasivo sobre el magistrado al momento de decidir su caso, ello a consecuencia de la actuación de la regla del *stare decisis* —del latín, 'dejar que la decisión esté'—, como máxima de aplicación universal, máxime cuando nuestro sistema constitucional impone la obligación de seguir la decisión previa ante la ausencia de una nueva y adecuada justificación, no evaluada anteriormente, para apartarse de ella, lo que no acaece en el caso de Autos".

Estimamos innecesaria toda la fundamentación del consid. V al solo efecto de no otorgar la pensión que establece el art. 53, siendo que seguidamente se define el conflicto mediante el pago de una prestación 'hipotéticamente' idéntica a la pensión.

Por eso disentimos con esa ambigüedad, que en definitiva llevó a crear una prestación por fuera del régimen nacional de la ley 24.241, con inciertas consecuencias futuras.

En el caso análogo "López Somoza" (cit. en Título I) la jueza María Gabriela Janeiro subrogante en el JFSS N.º 5 dispuso otorgar el beneficio de pensión a un nieto discapacitado, declarando la inaplicabilidad del artículo 53 de la ley 24.241: "Lo dicho, permite llegar a la plena convicción que la aplicación taxativa del art. 53, ley 24.241 —para el caso particular— excluye en forma sustancial los derechos emergentes de la Seguridad Social acordados a aquellas personas que, en un momento de su vida, más protección y asistencia necesitan. Que su aplicación mecánica sin profundizar, en el caso, provocaría un desconocimiento de los propios preceptos reconocidos en el art. 28 de la CN".

A nuestro entender así debió resolverse el conflicto que nos ocupa; la fundamentación en esta causa "López Somoza" es la más acertada en estos casos, la que conduce al resultado más adecuado **(7)**. Conferir a la niña accionante el estatus "beneficiaria de pensión" es reconocer un derecho más sólido, menos expuesto a futuras contingencias desfavorables.

Entre sus fundamentos esta sentencia **(8)** invoca la interpretación elaborada por la Corte en "Pascale": "la naturaleza 'sustitutiva' de determinadas prestaciones de la seguridad social como la aquí en disputa, 'que es uno de los pi-

(4) "Para inquirir sobre la auténtica "fuerza normativa" de una Constitución, es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese "actuar" demandará, además de lucidez y prudencia, coraje"; SAGÜÉS, Néstor Pedro, "La "fuerza normativa" de la Constitución y la actividad jurisdiccional", El Derecho 170-823.

(5) Ver interpretación opuesta a la taxatividad del art. 53 en CS, "Pascale, A. c/ANSeS s/pensiones", 28/6/2011.

(6) "la enunciación de derechohabientes contenida en la norma citada es taxativa y no contempla el supuesto de autos. La titular no es hija biológica ni adoptiva del causante y no tiene ningún parentesco que habilite la pretensión, todo lo cual impide el reconocimiento del derecho solicitado" (...) "no cabe admitir que se realiza un criterio de valoración de los hechos e interpretación de las normas aplicables que equivalga a prescindir de sus términos (Fallos 310:555), lo que ocurre cuando se desconoce el texto legal que regula con claridad, como en el caso, cuáles son los derechohabientes con vocación al beneficio del art. 38 ley 18.037" (subrayado nuestro) (CS, "Sbrocca, Carmen c/ANSeS s/pensiones", 11/06/2003).

(7) Ver nuestro comentario al fallo del JFSS N.º 5 en causa "López Somoza, Gastón c/ANSeS s/amparos y sumarísimos", 25/11/2020: "Insuficiencia de la ley previsional en un caso de pensión"; publicado en RDLSS nº 12 - junio/2021, p. 62.

(8) Ver cita de "López Somoza" en Título I.

lares fundamentales en que se apoya la materia previsional' (Fallos: 327:5566 y sus citas), debe exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas humanas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida; y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante".

A diferencia del fallo en comentario —sigue aplicando la doctrina "Sbrocca" que hoy debería considerarse superada—, actualmente estamos en condiciones de sostener que el correcto *stare decisis* en esta materia son esos conceptos que surgen de "Pascale" (junio 2011), a favor de mayor amplitud y en contra de la taxatividad del art. 53, ley 24.241 **(9)**.

Efectivamente, en "Pascale", y habiendo variado su composición, el supremo Tribunal ahora integrado con los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni, se apartó de la regla taxativa al otorgar pensión a un conviviente del mismo sexo que el causante **(10)**.

El precedente "Pascale" integra la actual y amplia doctrina de la Corte caracterizada por un constante e indeclinable sentido protector hacia las personas jubiladas y pensionadas **(11)**, corriente jurisprudencial que podríamos decir se inicia en 2005 con el caso "Itzcovich". La propia Corte se refiere a ella en el Consid. 21) de la causa "García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad", expte. 7789/2015, sent. 26/03/2019:

"21) Que, por lo demás, la decisión que se adopta en la presente causa se enrola dentro de la jurisprudencia de esta Corte Suprema en materia de seguridad social, en las que el Tribunal se ha manifestado particularmente sensible a las cuestiones que atañen al resguardo de los créditos pertenecientes a la clase pasiva, grupo vulnerable e históricamente postergado, procurando con sus decisiones hacer efectiva la protección que la Constitución Nacional garantiza a la ancianidad (art. 75, inc. 23). Con este objetivo, declaró la inconstitucionalidad de normas procesales que conspiraban contra la celeridad de los procesos previsionales (Fallos: 328:566 'Itzcovich'); reconoció el derecho al reajuste de las prestaciones previsionales y la movilidad jubilatoria (Fallos: 328:1602 'Sánchez' y 329:3089 'Badaro'); admitió la actualización de las remuneraciones a los fines de los cálculos de los haberes jubilatorios (Fallos: 332:1914 'Elliff' y 341:1924 'Blanco'); reconoció el derecho a la devolución de los aportes voluntarios efectuados al sistema de capitalización (Fallos: 337:1564 'Villarreal'); reconoció la naturaleza previsional de la renta vitalicia extendiéndole la garantía de la movilidad y garantizó la percepción de una suma equivalente al haber mínimo del régimen ordinario (Fallos: 338:1092 y 339:61 'Etchart' y 'Deprati', respectivamente), y tomó diversas decisiones en materia de atribución de competencia judicial con el objeto de evitar la postergación injustificada en la tramitación de las causas (Fallos: 337:530 y 339:740 'Pedraza' y 'Constantino', respectivamente)" **(12)**.

(9) Ver doctrina y jurisprudencia a favor y en contra de la taxatividad, en nuestras investigaciones: "¿Es taxativo el elenco de causahabientes con derecho a pensión? Investigación", RDLSS 2017-2, 177; "¿Es taxativo el elenco de causahabientes con derecho a pensión? Actualización de investigación", RDLSS 2020-24, 67.

(10) "6º) Que, en tales condiciones, la circunstancia de que el actor haya mantenido con el causante una relación no prevista por el art. 53 de la ley 24.241 no impide la concesión del beneficio" (subrayado nuestro) (CS, "Pascale, A. c/ANSeS s/pensiones", 28/6/2011)

(11) El Consid. 6º) de "Pascale" remite al dictamen del Procurador General en "Míguez, Juan José c/ANSeS y otro" (M.2230.XL, 28/6/2009) que expresa: "sensibilidad esta que, por lo demás, siempre acompañó a los jueces del Tribunal al resolver causas relacionadas con la materia (v. Fallos: 186: 514; 187:299; 194:97 y 179, para no hacer más extensa la cita Fallos 203:303, entre muchos otros. Recientemente los actuales miembros tuvieron similar sensibilidad en el fallo "Badaro, Adolfo Valentín c/A.N.Se.S.", 08/08/2006, TR LALEY AR/JUR/3437/2006).

(12) La lista se sigue actualizando: CS, "Internas de la Unidad nº 31 SPF y otros s/hábeas corpus", 11/2/2020 (asignaciones familiares a mujeres en prisión que trabajan, son madres de niños o están embarazadas); CS, "Giménez, Rosa Elisabet c/Comisión Médica Central y/o ANSeS s/recurso directo Ley 24.241", 15/7/2021, TR LALEY AR/JUR/105796/2021 (competencia de la Cámara Federal cercana al domicilio de personas discapacitadas).

III. Los riesgos de una prestación extralegal

Consideramos potencialmente riesgosa esta pseudopensión, prestación extralegal creada por la sentencia.

No se trata de un cuestionamiento formalista ni puramente abstracto, sino de advertir sobre ciertas consecuencias desfavorables de una prestación con tales características que, no estando catalogada como "pensión" en el sistema previsional, podría quedar excluida o no recibir aumentos generales para jubilados y pensionados, actualizaciones, movilidad, sumas fijas, bonos, eventuales recomposiciones o reparaciones "históricas" dispuestas por PEN (v. gr. ley 27.260). Por otro lado, debemos preguntarnos si la titular de esta prestación extralegal tendrá la misma conexión que existe entre beneficiarios del SIPA (jubilados y pensionados) y los diversos subsistemas de la Seguridad Social; especialmente la afiliación automática al Sistema de Salud, aspecto fundamental en la presente situación de vulnerabilidad.

Jurisprudencia Anotada

INCAPACIDAD LABORAL

Arbitrariedad de la sentencia que modifica el comienzo del cómputo de intereses. Ausencia de fundamento.

Con nota de Alejandro Gabet

Es arbitraria la sentencia, en tanto en primera instancia, que fijó la suma resarcitoria a valores actuales y a su turno, la cámara confirmó ese aspecto del fallo pero, sin proporcionar razón alguna, modificó lo resuelto en materia de intereses al ordenar que corriesen desde la primera manifestación invalidante, en tanto el pronunciamiento dejó de guardar correspondencia con el enunciado previo, conforme al cual el monto de condena se hallaba determinado en cálculos hodiernos, es decir en importes vigentes al tiempo del dictado de la sentencia de primera instancia, elevando así exponencialmente el importe de la condena, al punto de superar más de diez veces el monto reclamado por la actora en su demanda.

CS, 19/08/2021. - Camacho, Oscar Carlos c. Curtiembres Becas SA y otro s/accidente – acción civil.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/124387/2021]

COSTAS

Por su orden habida cuenta de la índole de la cuestión propuesta.

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

La CSJN ratifica su línea interpretativa en materia laboral al invalidar un decisorio por ostensible orfandad de sustentos

Alejandro Gabet (*)

Arbitrario es un término que según define el Diccionario de la Real Academia Española refiere a que algo se halla "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", situación que podemos encontrar en la presente causa.

Es oportuno tener presente que la CS tiene una línea de interpretación que exige que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas en la causa (F: 312:1034, entre otros).

En este sentido podemos inferir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver el presente recurso extraordinario ratifica nuevamente su decisión de poner un límite a una tendencia jurisprudencial de reconocer créditos laborales sustentados lamentablemente en una mera subjetividad del magistrado o tribunal interviniente.

En efecto se observa que en la causa en comentario, la cámara modifica lo resuelto en pri-

(*) 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.

mera instancia respecto al tema intereses, lo que da por resultado que el importe de condena se eleve más de diez veces el importe reclamado por la actora. Debemos aclarar que todo ello fue resuelto sin proporcionar razón alguna. Una clara muestra de arbitrariedad o indiferencia judicial.

Lo resuelto por la CS, debería ser considerado sin lugar a duda como otro severo llamado de atención para quienes deben juzgar, recordándoles que no tienen la libertad indiscriminada de resolver bajo una convicción subjetiva, especialmente sobre lo que puede entender como justo para una situación puntual, sin dar razón alguna o prescindiendo de aquellas disposiciones que se hallan ajustada a derecho respecto al caso que analicen.

Lo resuelto tiene un sabor agridulce dado que si bien se frenó una sin razón, es lamentable que haya existido, debemos tener muy presente que no siempre se puede abrir la vía extraordinaria ante la Corte ante la gran cantidad de causas que replican la situación que aquí se trató.

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.

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

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 dec. 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.

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

El principio protectorio y los baremos médicos

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

La prueba pericial es el medio técnico al que pueden acudir los magistrados cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 91, LO) y, en el marco del derecho social, es común acudir a expertos en la ciencia médica para verificar el estado de salud de los trabajadores afectados por accidentes laborales, enfermedades profesionales o inculpables, sea que el reclamo se apoye en normas laborales o en normas civiles.

Desde luego, en tal tipo de controversias, el dictamen médico suele ser cuestionado por las partes interesadas, ya que no nos encontramos ante una ciencia de las calificadas como duras **(1)** y la medicina es tanto una disciplina científica como un arte, sin que los galenos gocen de infalibilidad en sus conclusiones.

Se ha señalado que juega, en la materia, un principio de incertidumbre **(2)** propio de toda disciplina de carácter médico o biológico "la opinión médica jamás podrá ser asertiva en un 100% y es por ello por lo que gran parte de la doctrina **(3)** se esfuerza por distinguir entre prueba pericial y prueba científica por cuanto la segunda representa un salto de cualidad sobre la primera y, por regla, el juez debe someterse a su resultado lo que, reiteramos, no sucede en el campo de la ciencia médica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su momento, estableció que el decreto 659/96 resulta de aplicación obligatoria para los jueces del trabajo con el declarado propósito de garantizar que los damnificados puedan recibir un trato igualitario puesto que sus incapacidades son apreciadas bajo un criterio de evaluación uniforme (CS, "Ledesma Diego Marcelo c. Asociart ART s/ accidente", 12/11/2019, Fallos 342:2056) posición que, reiteró, en casos similares (caso "Piedrabuena, Aníbal Ariel c. Federación Patronal Seguros", Fallos 344:732) y, en principio, con dicha doctrina ha intentado superar posiciones divergentes, esto es quienes aconsejaban respetar los términos del peritaje apoyado en el citado decreto y quienes, por el contrario, sostenían que todo peritaje médico y todo baremo tienen un valor simplemente indiciario a los efectos de estimar el grado de incapacidad del trabajador.

Sin perjuicio de ello, nadie discute que los magistrados pueden apartarse del dictamen pericial

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

(1) Las ciencias duras o exactas son aquellas que pueden ser objeto de un conocimiento y una conclusión científica infalible —matemáticas, física, etc.—. lo que no sucede con las denominadas ciencias blandas o sociales como el derecho o la medicina (conf. TARUFFO, Michele, "La Prueba. Artículos y Conferencias", Metropolitana, p. 91.

(2) RAVIOLI, Julio A, —coautor—, "Temas Médicos y Periciales que se presentan a los Tribunales en los reclamos por Accidente y Enfermedades Profesionales", Superintendencia de Riesgos del Trabajo, p. 13.

(3) FALCÓN, Enrique, M., "Tratado de Derecho Procesal Laboral", Rubinzal-Culzoni, t. I, p. 797.

cuando carece de fundamentos, se encuentre reñido con reglas lógicas, se asiente sobre premisas inexactas, colisione con hechos notorios o bien arroja conclusiones inverosímiles.

El caso bajo análisis (Cámara del Trabajo de Viedma, "Navarro, Osvaldo Andrés c. La Segunda ART SA", 02/07/2021) resulta peculiar: el vocal preopinante Dr. Ariel Gallinger, apartándose de la conclusión del perito médico que había evaluado la minusvalía del trabajador en un 6% de la total obrera, propuso la elevación de dicho porcentual al 10% tras señalar que el decreto 659/96 contiene parámetros máximos y mínimos —en el caso fija una minusvalía que oscila entre el 5 y 10%— y, por ende, debe aplicarse el límite superior de dicha escala, salvo que existan razones médicas que justifiquen su reducción las que deben ser expuestas expresamente por el perito médico. Para el citado vocal tal conclusión constituye una lógica derivación de la aplicación del principio protectorio del trabajo el que se compone de tres reglas básicas: *in dubio pro operario*, norma más favorable y condición más beneficiosa.

La vocal a cargo del segundo voto, Dra. Sandra Filipuzzi de Vázquez, entendió prudente compartir la citada postura, por entender que la incapacidad no es en sí misma un valor matemático y rígido, sujeto indefectiblemente a la determinación de los peritos, y que su colega si bien se había apartado de la opinión del experto, lo había hecho consignando razones prudenciales y fundado en principios propios del derecho laboral. Por el contrario, la tercera magistrada, Dra. María L. Ignazzi, consideró que el peritaje debía ser respetado por cuanto aparecía sustentado en principios técnicos inobjetables, correspondiendo su análisis y valoración de manera integral, es decir considera improcedente atomizar los términos del informe médico.

El pronunciamiento dictado nos vuelve a introducir en el denominado principio de incertidumbre propio del mundo de la medicina. Particularmente, pensamos que es el magistrado a quien corresponde fijar la minusvalía laboral de la víctima, pero no acudiendo a las normas jurídicas sino, al margen del peritaje, a las restantes pruebas incorporadas en la causa que permitan dilucidar el tipo de tareas realizadas por el sujeto afectado, pues resulta diferente la situación de un trabajador manual que uno intelectual y, también, la jerarquía ocupada en la empresa por la víctima pues es disímil la situación del simple dependiente de la del capataz jerarquizado.

Los denominados factores de ponderación —edad, tipo de actividad y posibilidades de reubicación laboral—, aunque son materia de evaluación autónoma, pueden servir de guía para la adjudicación de un grado de incapacidad razonable, cuando el decreto 659/96 recurra a parámetros flexibles.

La doctrina **(4)** señala que el magistrado es soberano en la valoración de la fuerza del dictamen pericial, teniendo en cuenta para ello sus elementos adjetivos, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los letrados y *las demás situaciones de convicción que la causa ofrezca, valorada desde el conjunto de elementos obrantes en ella*.

(4) GOZAÍNI, Alfredo A., "Tratado de Derecho Procesal Civil", Jusbaires, t. II, p. 838.

COMISIONES MÉDICAS

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

Con nota de Amanda L. Pawlowski de Pose

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]

[El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

La revocatoria *in extremis* o el caso "Carrió"

Amanda L. Pawlowski de Pose (*)

La denominada revocatoria o reposición *in extremis* ha venido a sumarse a aquellas figuras procesales que sirven como antídotos contra errores jurisdiccionales graves, tales como la acción de nulidad de sentencia firme, la doctrina de las sentencias arbitrarias y la apertura de la tercera instancia extraordinaria en la hipótesis de gravedad institucional.

La doctrina **(1)** señala: para que una resolución judicial pueda ser atacada por medio de dicha modalidad debe ser: 1º) irrecurrible, 2º) recurrible por vías normales y de acceso expedito, pero cuya tramitación demandaría un lapso que en la práctica importaría una traición a la economía procesal y al adecuado servicio de justicia y 3º) recurrible por vías extraordinarias de difícil acceso y de pronóstico incierto.

El referido recurso tiene, como objetivo institucional, subsanar errores materiales groseros y evidentes, deslizados en cualquier tipo de pronunciamiento judicial —incluso sentencias interlocutorias o definitivas, dictadas en primera o ulteriores instancias— que no puedan corregirse a través del pedido de aclaratoria y que generan agravio trascendente para una o varias partes. Procede, únicamente, de manera excepcional y su objeto es cambiar, total o par-

(*) Abogada (UBA). Secretaria de la Sala II Cámara Federal de la Seguridad Social. Coautora de la obra "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo" dirigida por el Dr. Allocati y coordinado por el Dr. Pirolo, Editorial Astrea. Coautora de "Régimen Previsional Argentino", Editorial Rubinzal Culzoni. Coautora de "Digesto Práctico sobre Previsión Social", Editorial La Ley. Coautora de "Lecciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para Estudiantes de Ciencias Económicas", dirigido por el Dr. Miguel Ángel Maza, Editorial Erreius, tercera edición. Coautora del "Manual de Elementos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", dirigido por los Dres. Mario Ackerman y Miguel Ángel Maza, Editorial Rubinzal Culzoni. Colaboradora permanente de la Revista Derecho del Trabajo, Editorial La Ley.

(1) PIROLO, Miguel A., (dir.) "Derecho del Trabajo Comentado", La Ley, t. IV, p. 592.

cialmente, el contenido de una resolución que contenga errores manifiestos y que provoque una grave injusticia **(2)**.

Se trata de un remedio excepcional, atípico y, en principio, no regulado por normas adjetivas, que apunta a evitar desquicios o irregularidades procesales que, por un principio de justicia, no podrían ser convalidadas por la jurisdicción aun cuando hubiera mediado consentimiento tácito de la parte interesada, al no acudir a los remedios legales previstos por el legislador.

En consecuencia, para que tal figura sea operativa, no debe existir otra vía recursiva idónea para la subsanación de la equivocación judicial. Pero, como contrapartida, no sería un medio procesal adecuado para lograr una reconsideración de lo resuelto por el magistrado competente cuando su pronunciamiento tenga sólida argumentación fáctica y/o jurídica.

Por ello, la doctrina **(3)** advierte que corresponde su desestimación cuando con su deducción se pretende el juzgamiento de lo que ya se juzgó, pues se trata de un pronunciamiento de reparación de errores y nunca de un reexamen o reconsideración de la causa.

En el caso bajo análisis (CNTrab. sala V, "Castillo, Pablo D. c. Avícola San Luis SRL y otro", 06/08/2021), la reposición *in extremis* ha sido utilizada para respetar la doctrina esgrimida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Carrió, Jorge Emanuel c. Galeno ART SA" (22/04/2021, Fallos 344:692) a fin de dejar sin efecto la declaración de incompetencia emitida.

Cabe señalar que en "Carrió", la Corte, siguiendo los lineamientos del Procurador Fiscal, descalificó por arbitraria la sentencia laboral que obligaba al trabajador a transitar una nueva instancia administrativa ante las Comisiones Médicas sin ponderar que ya había agotado el procedimiento ante el Seclo y que, por tal motivo, tenía expedita la vía judicial.

En dicha causa, el Procurador Fiscal aconsejó que, sobre la base de la prerrogativa que le concede el art. 16 de la ley 48, la Corte declare expresamente habilitada la vía judicial. El Tribunal receptó su sugerencia pues devolvió la causa al tribunal de origen a fin de ordenar su radicación y tramitación por ante el Juzgado Laboral correspondiente.

En virtud de lo anterior, la Cámara utilizó la revocatoria *in extremis* para ajustar su decisión a la del Superior Tribunal de la Nación privilegiando los principios de eficacia jurisdiccional y economía procesal.

(2) MIDÓN, Marcelo S., "Reposición in extremis. Estado actual", DJ Procesal 2012-2-1/2/12; GÉREZ, Ángela L., "Recurso de reposición in extremis", LA LEY 2010-F, 899; PEYRANO, Jorge W., "Avatares de la reposición in extremis", LL 2010-C-1242; Masciota, "Exceso ritual manifiesto o tutela judicial efectiva", LA LEY 2015-D, 496.

(3) GOZAÍNI, Alfredo A., "Tratado de Derecho Procesal Civil", Jusbaires, t. III, p. 471.

Jurisprudencia Nacional

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Reajuste del crédito laboral. RIPTE. Constitucionalidad.

> A partir del dictado de la ley 26.773 se actualizaron los mínimos a tenerse en cuenta y las prestaciones de pago único que en su momento habían sido modificadas por el dec. 1694/09, por vía de lo dispuesto por el artículo 17.6 de la ley 26.773 en consonancia con lo normado por el decreto 472/14 y resoluciones dictadas por la SSS en dicho marco, estos mecanismos, ya sea el de aplicación de intereses o el del reajuste efectuado de acuerdo al índice RIPTE se hallan indudablemente dirigidos a que no se produzca la desvalorización del crédito a favor del actor, por lo que no considero que se advierta una conculcación de las garantías constitucionales que justifique la declaración de inconstitucionalidad pretendida.

CNTrab., sala I, 10/06/2021. - Faiella, Antonio Pierino c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/74089/2021]

Expte. n° CNT 044880/2016/CA001

Buenos Aires, junio 10 de 2021.

Considerando:

La doctora *Hockl* dijo:

I. Contra la sentencia definitiva que receptó en lo principal la demanda, apela la parte actora.

II. El Sr. Faiella inició la presente acción con el fin de percibir las reparaciones derivadas del accidente sobrevenido al realizar sus tareas habituales: al levantar a un paciente "para pasarlo de la cama a la camilla", tal movimiento desencadenó un "grave tirón en su espalda, que se irrigó de inmediato sus extremidades" (fs. 6 vta.).

El Sr. Juez de grado, tras examinar el peritaje médico, concluyó que el accionante demostró ser portador de una incapacidad del 10,16% de la TO por lumbalgia más factores de ponderación, sin que se evidencien otras patologías en la faz física, ni minusvalías psicológicas indemnizables. En su entendimiento, la improcedencia de los resarcimientos pretendidos con base en los alegados daños en la salud mental del accionante, halla sustento en que la experta recomendó sesiones de terapia individual, "lo cual revela que la eventual afección psíquica reviste carácter transitorio o temporario (fs. 80), precisamente por existir la posibilidad de que sean tratadas o curadas, sin que del informe médico ni de las constancias obrantes en la causa se desprenda la existencia de una incapacidad de carácter permanente" (énfasis agregado). Para estimar la indemnización diferida a condena, estableció un IBM de $17.981,68, conforme al informe de AFIP agregado a fs. 118.

III. El actor controvierte la desestimación de las indemnizaciones derivadas de la incapacidad psicológica invocada. Adelanto -dadas las razones aportadas en grado para desechar tal aspecto de la demanda- que corresponde admitir el agravio. Digo esto porque el artículo 7º inciso c de la Ley de Riesgos del Trabajo establece el carácter de incapacidad definitiva por el sólo transcurso del año calendario desde el acaecimiento del accidente que tuvo lugar; y es por ello que resulta desacertado considerar que el tratamiento recomendado invalida esa disposición clara y precisa debido a que, a los efectos jurídicos, la lesión se consolidó por el mero avance del tiempo.

No obstante, estimo que el porcentaje determinado por la perito luce desproporcionado y -de compartir mis fundamentos- propongo reducirlo en base a las apreciaciones que destacaré a continuación.

Tal como expresa el baremo de ley en su segmento destinado a establecer las incapacidades psicológicas, "[s]olamente serán reconocidas las reacciones o desorden por estrés post traumático, las reacciones vivenciales anormales neuróticas, los estados paranoides y la depresión psicótica que tengan un nexo causal específico relacionado con un accidente laboral. Debiéndose descartar primeramente todas las causas ajenas a esta etiología, como la personalidad predisponente, los factores socioeconómicos, familiares, etc.". Agrega que: "[s]erán reconocidas cuando tengan directa relación con eventos traumáticos relevantes que ocurran en el trabajo, ya sea como accidentes, o como testigo presencial del mismo...". Al centrarse en las reacciones vivenciales anormales neuróticas, vuelve a hacer hincapié en que deben ser como consecuencia del accidente de trabajo, y que "hay que evaluar cuidadosamente la personalidad previa". Asimismo, el baremo describe que en un cuadro de RVAN de Grado II "[s]e acentúan los rasgos de la personalidad de base, no presentan alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria. Necesitan a veces algún tipo de tratamiento medicamentoso o psicoterapéutico" (énfasis agregado).

Como se observa, la profesional omite relacionar de qué manera los síntomas físicos pudieron desencadenar el cuadro descripto, ni se encuentran mayores precisiones que determinen cómo el evento dañoso de autos influyó en el estado psíquico del actor. En este aspecto, la experticia se vislumbra en exceso es-

cueta para fundamentar el porcentaje asignado, al no efectuar un examen pormenorizado de las modificaciones lesivas detectadas luego de los eventos dañosos, teniendo especialmente en cuenta –tal como ordena el baremo– aquellas causas predisponentes, que deben ser indagadas con el esmero remarcado en el decreto regulatorio. Al efecto, la copia de un segmento del psicodiagnóstico integrada al informe pericial –v. fs. 79- y privado este último de una evaluación propia de la perito médica, no alcanza para arribar a un resultado adecuado a la normativa citada.

En definitiva, puesto que no surgen elementos objetivos que determinen de qué manera pudo encuadrar un accidente de las características invocadas en el porcentaje de incapacidad atribuida por el perito, juzgo prudente y equitativo otorgar un 5% de incapacidad psíquica en relación de causalidad con el infortunio padecido, que debe adicionarse a la ya referida minusvalía física del 10,16% de la TO. De los parámetros trazados, resulta –finalmente– una incapacidad psicofísica total del 15,16% de la TO.

IV. El actor se queja porque entiende que la ecuación realizada para establecer el IBM computable le resulta perjudicial, y que se prescindió de las alegaciones expuestas en el escrito de inicio. Señala que la disposición de un IBM como el adoptado afecta sus derechos, puesto quedicho valor no puede considerarse como el de la fecha de toma de conocimiento de las lesiones. Reprocha que la sentencia no haya considerado los valores al día de la fecha de la sentencia, determinando una remuneración actualizada para arribar a un valor justo.

En lo que respecta al IBM aplicado, y a su factible declaración de inconstitucionalidad por considerar que los parámetros que traza el art. 12 LRT generan un desmedro indemnizatorio, pongo de relieve que esta Sala ha tenido oportunidad de expedirse en un caso de aristas similares al presente en el sentido de que si bien la indemnización –conforme a los arts. 12 y 14 de la ley 24.557– se fija a la fecha del infortunio, se disponen intereses desde la consolidación jurídica del daño que, amén de que su fin no es actualizar el crédito, se calculan a una tasa que compensa el paso del tiempo desde el nacimiento del derecho hasta su efectivo pago (cfr. "Vázquez Patricia Gladys c/ Asociart Aseguradora De Riesgos Del Trabajo S.A. s/ Accidente – Ley Especial", SD 92286 del 28/12/2017, del registro de esta Sala).

Del mismo modo, que a partir del dictado de la ley 26.773 se actualizaron los mínimos a tenerse en cuenta y las prestaciones de pago único que en su momento habían sido modificadas por el decreto 1694/09, por vía de lo dispuesto por el artículo 17.6 de la ley 26.773 en consonancia con lo normado por el decreto 472/14 y resoluciones dictadas por la SSS en dicho marco. Estos mecanismos, ya sea el de aplicación de intereses o el del reajuste efectuado de acuerdo al índice RIPTE se hallan indudablemente dirigidos a que no se produzca la desvalorización del crédito a favor del actor, por lo que no considero que en el caso se advierta una conculcación de las garantías constitucionales que justifique la declaración de inconstitucionalidad pretendida.

Por último, cabe recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa es la última ratio del orden jurídico y que ella no constituye un fin en sí mismo, sino el medio para conjurar una eventual lesión de garantías constitucionales, en cuyo contexto el planteo formulado no exhibe fundamento suficiente que advierta sobre la efectiva violación de un derecho garantido por la Constitución Nacional. En tal sentido, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...es necesario que quien tacha de inconstitucional un precepto legal demuestre de manera acabada el perjuicio concreto que le ocasiona la norma que impugna..." (Fallos: 303:1129).

Por los fundamentos expuestos, propicio confirmar lo resuelto en la anterior instancia.

V. Teniendo en consideración que los restantes factores de la fórmula reparadora no llegan debatidos, corresponde –en suma- que el actor sea indemnizado según lo establecido en el art. 14.2.a LRT con el importe de $187.822,96 ($17.981,68x 53 x 15,16% x 1,30), que luce superadora del piso del art. 17 ley 26773 vigente al momento del siniestro ($127625,37 =15,16% x $841.856). Dicho resultado deberá ser acrecido por la adición reglada por el art. 3º, ley 26773, generando un total de $225.387,55

VI. Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 279 CPCCN, en atención al mérito e importancia de los trabajos cumplidos por la representación letrada de la parte actora y por el perito médico, lo normado en el art. 38 LO y normas arancelarias de aplicación (arts. 1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 19 y 37 de la ley 21.839; arg. Fallos: 319:1915 y 341:1063), propicio confirmar los honorarios regulados en grado.

Sugiero imponer las costas de ambas instancias a la demandada, quien resultó objetivamente vencida en el pleito (art. 68 CPCCN) y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de aquello que le correspondiese por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27423).

VII. En consecuencia, de prosperar mi voto correspondería: a) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $225.387,55, más los intere-

ses dispuestos en grado; b) Confirmar los honorarios regulados en grado, c) Imponer las costas de ambas etapas a la demandada vencida (art. 68 CPCCN) y d) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de aquello que le correspondiese por su actuación en la anterior etapa (art. 30, ley 27423).

La doctora *Vázquez* dijo:

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

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, Resuelve: a) Confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide y establecer el monto de condena en la suma de $225387,55, más los intereses dispuestos en grado; b) Confirmar los honorarios regulados en grado, c) Imponer las costas de ambas etapas a la demandada vencida (art. 68 CPCCN); d) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el 30% de lo que le correspondiese por su actuación en la anterior etapa y e) Hacer saber a las partes que, de conformidad con lo establecido en las Acordadas Nro. 11/14 de fecha 29/04/14 y Nro. 3/15 de fecha 19/2/2015 de la CSJN, deberán adjuntar copias digitalizadas de las presentaciones que efectúen, bajo apercibimiento detenerlas por no presentadas.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art. 4º, Acordada CSJN Nº 15/13) y devuélvase. *— María C. Hockl. — Gabriela A. Vázquez.*

ACCIDENTE *IN ITINERE*

Trabajador atacado por jauría. Daño estético. Existencia de cicatrices no incluidas en el baremo de la LRT.

> La circunstancia que el perito médico, al momento de evaluar las cicatrices haya utilizado un baremo ajeno a la LRT no obsta a que —de todas formas— pueda considerarse el daño estético originado en distintas cicatrices en los miembros inferiores y superiores como consecuencia del accidente. Así como la ley de riesgos del trabajo —en sus arts. 6° y 40— contempla la posibilidad de que la incapacidad que deriva de una enfermedad no incluida en el listado pueda considerarse resarcible en la medida que resulte acreditado que tuvo por causa directa e inmediata la ejecución del trabajo, también en forma análoga se puede incluir una incapacidad por daño estético en miembros inferiores y superiores aún en el caso de que no esté prevista en el baremo de la LRT.

CNTrab., sala II, 10/08/2021. - Silva, Silvana Verónica c. Swiss Medical ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/118484/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. n° CNT 059104/2016/CA001

Buenos Aires, agosto 10 de 2021.

Considerando:

En la Ciudad de Buenos Aires, luego de deliberar en forma remota y virtual mediante los canales electrónicos disponibles, a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, los integrantes de la Sala II, practicado el sorteo pertinente, en la fecha de firma indicada al pie de la presente proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

El doctor *Pesino* dijo:

La sentencia de primera instancia hizo lugar al reclamo deducido con fundamento en la ley especial.

A fin de que sea revisada esa decisión, interpuso recurso de apelación la aseguradora demandada, en los términos y con los alcances que explicita.

Cuestiona la valoración del dictamen pericial médico. Se agravia porque la Sra. Juez *a quo* consideró la existencia de daño estético e invoca la exagerada incapacidad psicológica informada.

Cabe memorar que se encuentra reconocido por la aseguradora que la Sra. Silva sufrió un accidente in itinere el día 13/08/15, cuando se encontraba caminando, al pasar por una casa, salió una jauría de perros ladrando (9 perros aprox.), que la atacaron y mordieron; que le realizaron curaciones y le suturaron las mordeduras que poseía en ambas piernas, una herida en la cabeza y en el brazo.

Sostiene la aseguradora que la sentenciante utilizó un baremo ajeno a la LRT y le asignó a la Sra. Silva un 30% de incapacidad en concepto de daño estético, originado en distintas cicatrices que presenta en miembros inferiores y superiores, como consecuencia del accidente ocurrido el día 13/08/15. Sostiene

que el baremo de ley sólo prevé que las cicatrices se valoran como incapacitantes cuando se encuentran en la cabeza o rostro del trabajador.

Al respecto, la circunstancia que el perito médico, al momento de evaluar las cicatrices haya utilizado un baremo ajeno a la LRT -como indica la recurrente- no obsta a que -de todas formas- pueda considerarse el daño estético originado en distintas cicatrices en los miembros inferiores y superiores como consecuencia del accidente. Así como la ley de riesgos del trabajo (en sus arts. 6 y 40) contempla la posibilidad de que la incapacidad que deriva de una enfermedad no incluida en el listado, pueda considerarse resarcible en la medida que resulte acreditado que tuvo por causa directa e inmediata la ejecución del trabajo, también en forma análoga podemos incluir una incapacidad por daño estético en miembros inferiores y superiores aún en el caso de que no esté prevista en el baremo de la LRT.

Sin perjuicio de lo expuesto, considero que el porcentaje de incapacidad por daño estético que determinó el perito médico en el 30% resulta elevado. A raíz de las cicatrices descriptas por el galeno en su presentación efectuada el día 15/05/18 (ver punto c), tomando en consideración los lineamientos descriptos en el baremo AACS (Asociación Argentina de Compañía de Seguros) que prevé cicatrices en miembros superiores e inferiores, propongo disminuir la incapacidad y establecer un 10% en concepto de daño estético.

En consecuencia, propicio acoger parcialmente el agravio de la aseguradora y establecer que la Sra. Silva presenta un 10% de incapacidad por daño estético.

En cuanto al aspecto psicológico, del cual se agravia la demandada, sostiene que el perito médico consideró que, la Sra. Silva, presenta un cuadro compatible con una RVAN de grado III y le asignó un 20% de incapacidad, el considera exagerado. Asiste razón a la recurrente.

Cabe señalar que el perito psiquiatra sostuvo que la Sra. Silva padece una incapacidad por reacción vivencial anormal neurótica RVAN, con manifestación depresiva fóbica grado III en un porcentaje de 20% y que utilizó el baremo del Decreto Nacional 659/96 Ley 24.557. Señaló la recurrente que "no puede tenerse en cuenta la incapacidad informada, por no hallar fundamento fáctico y/o jurídico".

Ahora bien, la circunstancia de que se tenga por acreditada una incapacidad psíquica del 20%, implicaría que la patología descripta por el experto debería encuadrarse en una reacción vivencial postraumática de Grado III; pero lo cierto es que, en la especie, de acuerdo con el análisis efectuado por él, el cuadro psíquico de la Sra. Silva, no se ajusta en modo alguno a ese Grado.

Según el baremo del Decreto 659/96, dicha patología es de Grado II cuando "Se acentúan los rasgos de la personalidad de base, no presentan alteraciones en el pensamiento, concentración o memoria. Necesitan a veces algún tipo de tratamiento medicamentoso o psicoterapéutico. INCAPACIDAD: 10%"; y es de Grado III si "Requieren un tratamiento más intensivo. Hay remisión de los síntomas más agudos antes de tres meses. Se verifican trastornos de memoria y concentración durante el examen psiquiátrico y psicodiagnóstico. Las formas de presentación son desde la depresión, las crisis conversivas, las crisis de pánico, fobias y obsesiones. Son reversibles con el tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico adecuado. Al año continúan los controles. INCAPACIDAD: 20%". Sin embargo, en la medida que el perito no dijo que la Sra. Silva presentara trastornos de memoria y/o concentración, ni si requería unFirmado por:tratamiento VICTOR ARTURO más PESINO, intensivo, JUEZ DEcabe CAMARA concluir que el estado actual de la psiquis de la accionante se circunscribe a una reacción vivencial postraumática de Grado II. Incluso señaló el perito psiquiatra que "el pensamiento se manifestó con contenidos lógicos y adecuados", "la orientación auto y alopsíquica se presentó conservada...", "memoria conservada".

Por lo tanto, toda vez que la patología psíquica que padece la Sra. Silva no cubre las exigencias previstas en el baremo de la LRT para constituir una RVAN de Grado III, estimo que corresponde acoger el agravio de la aseguradora, modificar este aspecto de la sentencia y establecer que la actora es portadora de una incapacidad psíquica parcial y permanente del 10% de la T.O.

En consecuencia, propicio establecer que, como consecuencia del accidente denunciado, la actora presenta una incapacidad por daño estético del 10% de la TO como consecuencia de las diversas cicatrices en miembros superiores e inferiores y un 10% de incapacidad psicológica.

A esta altura del análisis, cabe señalar que la aseguradora sostiene que la Sra. Juez a quo omitió aplicar el criterio de la capacidad restante. Sin embargo, la fórmula de Balthazard resulta aplicable para el supuesto de afecciones que obedecen a etiologías diferentes, cuando en el presente caso las dolencias existentes reconocen un único origen, el infortunio sufrido por la Sra. Silva el 13 de agosto de 2015; de modo que en ese marco corresponde una sumatoria directa de las incapacidades por daño estético y psicológica sufrida por la peticionante y no la aplicación del método de la capacidad restante como solicita la recurrente.

Al porcentaje de incapacidad, que se estimó en un 20% de la to, corresponde adicionar los factores de ponderación señalados por el perito, que no han sido puntualmente cuestionados por las partes. Por lo tanto, cabe incluir: Dificultad para la realización de tareas habituales 15%, amerita recalificación 10% y la edad del damnificado: 2%, por lo que se debe adicionar un 5,4% (27% de 20%). En consecuencia, corresponde establecer que la accionante presenta un 25,4% de incapacidad resarcible como consecuencia del infortunio de autos.

Dado lo propuesto, deviene necesario recalcular el quantum indemnizatorio que, en los términos de la LRT, sería el siguiente: $5.500 x 53 x 25,4% x 2,16 (65/30) = $159.928,56, que resulta inferior al derivado de la aplicación del mínimo RIPTE correspondiente a la Res. SSS 6/15 -que es el correspondiente en virtud de la fecha del accidente (13/08/15) y del porcentaje de incapacidad-, que asciende a la suma de $181.222,90.- ($ 713.476 x 25,4%), que debe diferirse a condena, con más los intereses dispuestos en la sede de anterior grado, que llegan firmes a esta Alzada.

La solución que auspicio adoptar conlleva dejar sin efecto lo dispuesto en la sede de grado en materia de costas y regulaciones de honorarios y determinarlos en forma originaria (art. 279 del CPCCN).

Propongo imponer las costas de primera instancia a cargo de la aseguradora demandada, por haber resultado vencida en lo principal (art. 68 CPCCN). En cambio, las de Alzada sugiero imponerlas en el orden causado en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (arts. 68 2º párr. CPCCN).

De conformidad con la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes de Fallos 319:1915 (“Francisco Costa”), 320:2756; 321:330 y 532 y 325;2250 y 341:1063 (“Establecimiento Las Marías”), a los fines regulatorios se tendrá en cuenta la época en que los trabajos profesionales de abogados y peritos fueron realizados, oportunidad en que se constituye el derecho (arg. arts. 14 y 17 de la CN).

Sentado lo expuesto, en atención a la calidad, mérito y extensión de las labores profesionales realizadas en la instancia anterior por los profesionales de las partes actora y aseguradora demandada, de conformidad con las pautas que emergen de los arts. 6 y cctes. de la ley 21.839, 3 y concs del DL 16.638/57 y del art. 38 LO, en la proporción de las tareas realizadas durante la vigencia de dicha norma, corresponde regular los honorarios derivados de ese segmento de sus actuaciones profesionales en el 5% y 3%, del monto total de condena -con intereses, respectivamente. A su vez, por las llevadas a cabo por la representación y patrocinio letrado de las partes actora, aseguradora demandada y perito médico, durante la vigencia de la ley 27.423, de conformidad con lo establecido por los arts. 16, 21, y cctes. y a la proporción de las tareas cumplidas, corresponde regular sus honorarios en la cantidad de 24,5 UMAs (que al día de la fecha representan $101.724 conforme a la Acordada CSJN Nro. 07/2021), 24,5 UMAs (que al día de la fecha representan $101.724), y 10 UMAs (que al día de la fecha representan $41.520), respectivamente.

Por otra parte, con arreglo a lo establecido en el art. 30 ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la aseguradora demandada, propongo que se regulen sus honorarios, en el 30% y 30%, de lo que les corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El doctor *Pompa* dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto que antecede, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal Resuelve: 1°) Modificar la sentencia de primera instancia y reducir el monto de condena a la suma de PESOS CIENTO OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS VEINTIDOS CON NOVENTA CENTAVOS ($181.222,90), que llevará los intereses dispuestos en la sede anterior; 2°) Dejar sin efecto lo dispuesto en materia de costas y honorarios; 3°) Imponer las costas de primera instancia a cargo de la aseguradora demandada y las de la Alzada en el orden causado; 4°) Por lo actuado en origen y en esta Alzada, regular los honorarios de los profesionalesFirmado por:intervinientes VICTOR ARTURO dePESINO, acuerdo JUEZ DE conCAMARA lo establecido en los considerandos pertinentes; 5°) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Víctor A. Pesino. — Roberto C. Pompa.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Incapacidad psicológica. Procedencia de la indemnización.

Resulta procedente otorgar una indemnización por incapacidad psicológica del trabajador determinada por el perito médico, ya que, al momento del accidente tenía solamente 34 años, lo que implica que le restaban aproximadamente 31 años de vida laboral útil, por lo

que indudablemente el hecho dañoso provocó una disminución de su psiquis, modificándose sus perspectivas futuras.

CNTrab., sala III, 15/07/2021. - Alves, César Andrés c. Galeno ART SA s/ accidente - ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/113853/2021]

Expte. n° CNT 056186/2015/CA001

Buenos Aires, julio 15 de 2021.

Considerando:

La doctora *Cañal* dijo:

I.- Llegan los autos a la Alzada, con motivo del recurso de apelación interpuesto por el accionante a tenor del memorial que obra a fs. 134/138, contra la sentencia de fs. 125/133, sin réplica de la contraria.

A su vez, la representación letrada de la parte actora recurrió sus emolumentos, por estimarlos reducidos.

II.- Se queja el actor, porque la Sra. Juez de anterior grado rechazó arbitrariamente la incapacidad psicológica determinada por el perito médico. Resalta que, el perito interviniente de por sí disminuyó la incapacidad psicológica determinada en el informe psicodiagnóstico realizado por la Lic. Prada. Por ello, se agravia por la reducción del perito y por la posterior decisión de la a quo de desestimar por completo la incapacidad psíquica. Consecuentemente, solicita que se revoque el monto de condena considerando la incapacidad total que padece.

III.- La Sra. Juez de anterior instancia, analizó los hechos vertidos en los escritos de inicio, y tuvo por acreditado que el Sr. Alves Cesar Andrés, sufrió un accidente de trabajo el 18 de septiembre de 2014, mientras realizaba sus tareas habituales de ayudante, cuando colocando un compresor en un aire acondicionado, sitió un fuerte tirón en la cintura. Con motivo de dicho accidente, tuvo por configurada la responsabilidad de la ART, en virtud de las prestaciones en el marco de las leyes 24.557 y 26.773.

Luego, analizó si el trabajador presentaba incapacidad, para ello tuvo en cuenta la pericia médica que obra en autos a fs. 87/90 en donde se determinó que padecía de una incapacidad psicofísica del 12,20% de la total obrera.

Ahora bien, en relación a la incapacidad psicológica entendió que, "...no resulta razonable otorgar a un hecho como el infortunio sufrido por el actor – recuérdese que colocando un compresor en un aire acondicionado sintió un fuerte tirón en la cintura- idoneidad para provocar un daño psicológico sin elementos de juicio objetivos y concluyentes que así lo permitan concluir, o lo que es lo mismo no existen elementos objetivos para atribuir al accidente de autos idoneidad causal ni concausal para dar lugar a una RVAN en los términos previstos por los decretos 658/1996 y 659/1996 En tal sentido si bien el impacto psicológico de un suceso es distinto en cada persona, a partir de las propias herramientas psíquicas de cada individuo y que en determinados sucesos el daño psicológico posee entidad propia, de modo que no se encuentra ligado de manera directa a la disminución física, lo cierto es que este no es el caso de autos donde de conformidad con las premisas expuestas no se advierte que el accidente por el que se acciona que le originó una incapacidad parcial y permanente del 5% de la total obrera haya tenido la suficiente intensidad como para evidenciar un estado de perturbación emocional encuadrable en la figura de daño psíquico, recuérdese por otro lado que el actor no acreditó padecer otro tipo de daño tal como lo invocó en su escrito inicial (disminución auditiva). En suma pese a la conclusión a la que arribó el experto, no puede soslayarse que las circunstancias en las que se produjo el accidente del caso no permiten razonablemente concluir que sea portador de secuela incapacitante psíquica en nexo de causalidad adecuado en el marco de la ley 24557" (sic).

Así, la Sra. Magistrada de anterior grado rechazó la incapacidad psíquica y determinó que el actor padece de una incapacidad física del 6,1% de la total obrera.

Por lo tanto, condenó a Galeno ART S.A., al pago de las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, utilizando la fórmula del artículo 14 inc. 2 a) de la Ley 24.557, (53 X $6.648,25 X 6.1% X 1.91), lo que arrojó un monto de $ 41.053,14, dicho quantum superó el mínimo vigente con el ajuste RIPTE. Asimismo, admitió el planteo de aplicación del art. 3 de la Ley 26.773, de lo que resultó un monto total de condena de $49.263,76.

Luego, estableció que se le adicionarán intereses desde la producción del daño, es decir el día del accidente (18/09/2014), y hasta la fecha de su efectivo pago según las tasas dispuestas en las Actas de la CNAT.

Posteriormente, impuso las costas a la demandada que resultó vencida.

Por último, reguló honorarios a los profesionales intervinientes, para el patrocinio letrado de la parte actora, de la parte demandada y al perito médico en el 15%, 11% y 7%, respectivamente.

IV.- De lo hasta aquí lo expuesto, para tratar el agravio sobre si el actor posee o no la incapacidad psico-

lógica rechazada en la instancia anterior, es imprescindible comenzar analizando los puntos relevantes del informe médico que obra en autos a fs. 87/90 en donde el Dr. Juan Koncurat, concluyó:

"Consideraciones médico legales.

Refiere la actora que en ocasión y en función de su trabajo habitual sufrió un accidente que determinó la afección columnaria.

Luego de haberse procedido a un análisis positivo y diferencial de todos los hechos clínicos recogidos, evaluado los estudios complementarios solicitados a la actora se arriba al diagnóstico de lumbalgia crónica post traumática.

A nivel de la columna lumbar presenta una rectificación de la lordosis fisiológica, contractura paravertebral bilateral, alteraciones funcionales indicadas en grados.

El diagnóstico se trata de un complejo sintomático doloroso a nivel lumbar (lumbalgia) irradiado al territorio del nervio ciático del miembro inferior derecho a nivel glúteo que presenta el accionante, desencadenado y debido a posiciones viciosas, esfuerzos reiterados, caso de la actora.

De demostrarse como cierto el accidente de trabajo invocado en la acción, la incapacidad que presenta tendría una relación causal con el mismo, atento a que la RNM no muestra la existencia de procesos artrósicos columnarios lumbares. El grado de incapacidad de tipo física parcial y permanente que presenta el actor es de 5%. Baremo 659/96.

"El oficio o profesión tiene importancia en la etiopatogenia de los lumbagos y lumbociatalgias, porqué ciertos movimientos y esfuerzos superan en algún momento las posibilidades fisiológicas, tal como al realizar desplazamientos de elementos pesados se produce una sobrecarga en la columna vertebral; o el mantenimiento durante tiempos prolongados en posiciones de hiperflexión; o el movimiento brusco de flexoextensión, etc.....el complejo sistema anatómico de la región lumbosacra es muy susceptible a los traumatismos y/o esfuerzos, sea violento o único, pequeño y repetido, o a microtraumatismos por alteraciones posturales, los que pueden actuar sobre tejidos sanos, o, lo mas frecuente, sobre estructuras previamente afectadas..." Lesiones, Aspecto Médico legales, Dr. A. Basile, pág. 248.

Respecto de la cuestión psíquica señalo que "El término reacción representa una forma de conducta compleja, con numerosas determinantes, que a veces abarcan todo el devenir biográfico de una personalidad e implica una relación dinámica entre el terreno predisponente y la intensidad del estímulo en proporción inversa". Decreto 1290/94, Baremo Nacional, Gahem Editorial, pág. 158.

Obsérvese que he señalado que la actora tiene una personalidad caracterizada de vulnerable. "Personalidad vulnerable" es una expresión descriptiva de los rasgos psíquicos caracterizados por la insuficiencia defensiva del individuo y está vinculada a la mayor posibilidad de recibir lesiones físicas, psíquicas o morales en el curso de su existencia. Son personalidades vulnerables todas las de estructura o base neurótica y algunas psicopáticas, tales como las de los inseguros de sí mismos, los lábiles de estado de ánimo, los necesitados de estimación y los asténicos..." Fundamentos de Psiquiatría Médico legal, Dr. A. Basile, Edit. El Ateneo, Bs. As. julio de 2001. La vivencia de dolor y enfermedad y minusvalía física le resultó psicotraumática y ofició de desencadenante de la afección depresiva neurótica, sobre una base previa dada por factores relacionados con una personalidad de base de estructura neurótica y vulnerable.

Así se plasmó en el examinado un trastorno adaptativo crónico, una reacción vivencial anormal neurótica de tipo depresiva fóbica, grado II, a la manera del cuadro que en otra nosografía psiquiátrica denominamos "depresión neurótica" y que se presenta frecuentemente en sujetos con una personalidad premórbida predisponente y con baja tolerancia al estrés psicosocial.

La función básica del psiquismo es restablecer el equilibrio mental cuando este resulta alterado, en el caso, por la acción directa de estímulos exteriores e interiores.

Su equilibrio se dislocó y mientras estaba tratándose de sus afecciones columnarias se desencadenó el cuadro psicopatológico detallado; su aparato psíquico no logró mantener una necesaria estabilidad.

Presenta desvalorización y baja autoestima, sentimientos de pérdida de su autovalimiento, además de sentimiento de desprotección y desamparo, no pudiendo utilizar sus recursos y defensas adaptativas. Vive defendiéndose de factores externos los cuales siente como amenazantes. Repulsa ante la situación de pasividad en la que se encuentra. Sentimientos depresivos de soledad interior y exclusión. Sentimientos de menoscabo de su valía personal.

Encuentro una incapacidad de tipo psíquica, parcial y permanente cuyo grado es 10 %, que guarda nexo de concausalidad con el accidente de trabajo invocado, derivado del cual, de demostrarse éste en autos, encuentro una incapacidad del 5 %. Baremos

consultados, decreto 659/96; Di Doménica, Altube Rinaldi, Riu y Tavella. Total de incapacidad 10%. Factores de ponderación: a) tipo de actividad, dificultad para sus tareas habituales, 10%, es decir 1%; b) posibilidades de reubicación laboral, amerita, 10% es decir 1%; c) edad 37 años, 2%, es decir, 0,20%. Total de incapacidad psicofísica 12,20%."

A fs. 92/93, la accionada ha objetado el informe en cuanto al área psíquica ha expresado:

"5.- Respecto a la pretendida "Reacción Vivencial Anormal", le asigna una incapacidad del 5 % de la T.O., sin realizar ninguna clase de consideración ni fundamentar el grado de incapacidad otorgado.

6.- Se trata de una relación concausal, no considerado por la LRT.

7.- No da argumentos de porqué considera que el presunto cuadro psicológico se debe a las causas por las que se demanda.

8.- Asume, con total liviandad, la relación mencionada. No ha demostrado la relación causal con el siniestro y, además, que puede remitir con tratamiento adecuado.

9.- Es decir que no tiene en cuenta la personalidad de base del actor, y no realiza el diagnóstico diferencial con las numerosas causas de la vida diaria, factibles de generar el cuadro señalado. Debería haberse expedido sobre que otras causas pueden ser origen del trastorno psicológico encontrado.

10.- No aplica Capacidad Restante.

11.- Teniendo en cuenta los aspectos señalados precedentemente, queda claramente descartado, y el perito no ha podido demostrar, la vinculación del presunto accidente con la patología de columna por la que se demanda y, evidentemente, ha sobrevalorado la incapacidad asignada."

El doctor Koncurat ratificando su informe, contestó que:

"Obsérvese que la relación de causalidad que indico en las Consideraciones médico legales es de índole médico legal y no jurídica, siendo ello resorte exclusivo de V.S. Objeta el impugnante el grado de incapacidad indicado en el informe pericial. Obsérvese que la apreciación pericial deriva del caso concreto en cuestión y sus particularidades únicas y distintivas, es decir para el trabajo pericial se tomó en cuenta el baremo 659/96 y el criterio indicado precedentemente. El tema es generador de dificultades en la disciplina médico legal. A las dificultades inherentes a la tarea de interpretar los daños, se agrega la problemática de la valoración. La valoración siempre es específica, concreta, particular sobre determinado actor y condiciones propias de trabajo y de vida. La divergencia de los valores de incapacidad asignados por distintas escuelas y autores que establecen baremos, devienen en que el instrumento resultante sea orientativo general, punto de referencia, pero sobre el cual está el caso concreto en cuestión, con sus especificidades. Por otra parte las tablas de evaluación o baremos están sujetas a la acción del devenir histórico, médico y jurídico y cambian. Respecto de las observaciones que hace el impugnante acerca de la cuestión psíquica señalo que el estudio complementario psicodiagnóstico, obrante en autos, es claro y preciso cuando indica informado por la Lic. Liliana Prada, psicóloga, la vigencia de F43.9 "Trastorno adaptativo no especificado" equivalente a una RVAN grado II con manifestación depresiva que lo incapacita en 10%, ello según baremo Ley 24557. Sin desconocer que la LRT no considera la concausalidad desde lo jurídico, atendiendo a las características de la estructura de personalidad previa del actor, personalidad vulnerable, premórbida predisponente y con baja tolerancia al estrés psicosocial, he discriminado dicho porcentual de incapacidad, señalando una concausalidad desde lo médico y psiquiátrico legal, e indicando como derivado del accidente, de demostrarse este en autos, el 5% de incapacidad, cuestión que ratifico. Remito a las Consideraciones médico legales. Es decir, se equivoca el impugnante cuando sostiene "...no tiene en cuenta la personalidad de base del actor...". Respecto a la afirmación que hace el impugnante, "...el perito no ha podido demostrar la vinculación del presunto accidente con la patología de columna por la que se demanda...", señalo que el nexo causal indicado en el informe pericial es de carácter médico legal y que el carácter de la vinculación de los hechos con las consecuencias es cuestión de resolución jurídica y no médica."

Por su parte, el accionante ha impugnado la pericia considerando que:

"I.- Que vengo por el presente en legal tiempo y forma a contestar el traslado del informe efectuado por el perito MEDICO.

II.- Al respecto, se destaca que el perito medico, al momento de determinar el porcentaje de incapacidad laboral que padece el actor, decide otorgarle carácter concausal a la incapacidad psicológica determinada en el psicodiagnóstico. En este sentido, el mismo perito menciona que el actor padece "RVAN grado II con manifestación depresiva fóbica" acordando que la misma le genera una incapacidad del 10% pero en carácter concausal. Esta parte impugna la pericia médica en cuanto a la concausalidad otorgada a la incapacidad psicológica toda vez que no existen elementos en autos que permitan afirmar que

han incidido otros factores en la psiquis del actor. Y si así fuera el perito omite explicarlos. Razón por la cual dicha disminución de la incapacidad del actor se torna arbitraria. Entendemos que para determinar la concausalidad de una afección se deben tener en cuenta factores concretos y previos. En el caso de autos el actor ingreso totalmente sano a trabajar, razón por la cual fue contratado.

III.- En segundo lugar, el perito en su informe pericial, al responder la pregunta número 1 del cuestionario de la propia demandada, responde "No consta en autos denuncia de accidente de trabajo acaecida al actor". A respecto cabe decir que el accidente sufrido por el Sr. Alves fue expresamente reconocido por la demandada en su escrito de contestación de demanda donde hasta detalla las prestaciones otorgadas. Asimismo la ART demandada ha sido intimada por VS a acompañar la totalidad de la documentación relativa al siniestro, pero dicha intimación ha sido incumplida por parte de GALENO ART SA."

Dicha presentación, mereció la respuesta del profesional a fs. 100, donde detalladamente dijo que:

"Objeta el impugnante que haya señalado en el informe pericial una relación de concausalidad entre la afección psíquica y el accidente de autos. Dicha manifestación es de orden médico legal, no es competencia de este perito otra valoración que ella; es competencia exclusiva de V.S. la valoración jurídica para lo cual tiene muchos más elementos que meramente los médicos. Cuando un daño en el cuerpo o en la salud es agravado como resultado de una predisposición preexistente o de una complicación sobreviniente, existe concausa o concausalidad, es decir, reunión de dos o más causas en la producción de un estado mórbido: la propia del daño y la que emana de aquella predisposición o complicación. He señalado en las Consideraciones médico legales del informe pericial que la actora tiene una personalidad de estructura neurótica, que la actora tiene una "personalidad vulnerable" término que es una expresión descriptiva de los rasgos psíquicos caracterizados por la insuficiencia defensiva del sujeto y está vinculada a la mayor posibilidad de recibir lesiones físicas, psíquicas o morales en el curso de su existencia. "Son personalidades vulnerables todas las de estructura o base neurótica y algunas psicopáticas, tales como las de los inseguros de sí mismos, los lábiles de estado de ánimo, los necesitados de estimación y los asténicos" Fundamentos de Psiquiatría Médico Legal, Dr. A. Basile, Edit Ateneo, Bs.As., julio de 2001. En medicina a los factores perturbadores del organismo se los denomina "noxa", de las cuales en psicopatología reconocemos tres: A) material (alcohol, tóxicos, trabajo estresante, etc.); B) inmaterial (una mala noticia como la muerte de un ser querido) y C) disposicional (combinación genética que predisponga a hacia anormalidades, gérmen de efecto negativo en lo individual o en el terreno de lo interpersonal, temperamento, personalidad, etc. Es frecuente la actuación de varias normas a la vez. Obsérvese además que "el fenómeno psicopatológico es complejo y surge de la concurrencia de varias causa, en psiquiatría lo común es la policausalidad. Ya Sócrates, según Platón, discernía la causa (áition) de la concausa (synaítion). Dice en el Fedón: una cosa es la causa real de algo y otra aquello sin lo cual la causa nunca podrá ser causa" Psiquiatría, Vidal y Alarcón, pág. 208. Edit Panamericana, Bs. As. 1986.

Ratifico la concausalidad indicada desde lo psiquiátrico legal para la cuestión psíquica en el informe pericial."

A fs. 98, la aseguradora demandada ratificó su objeción sobre el informe médico y la Sra. Juez de anterior grado la tuvo presente para el momento procesal oportuno (ver fs. 99).

El informe médico se ha basado en el estudio psicodiagnóstico que obra en autos a fs. 74/83, en donde la Lic. Eliana Cecilia Prada ha utilizado una batería de técnicas para determinar que el trabajador padece de un cuadro compatible con el Trastorno adaptativo crónico no especificado, siendo vinculable con una Reacción vivencial anormal neurótica con manifestación depresiva de grado II,

Ahora bien, en este punto debo decir que, respecto al planteo que realizaron las partes sobre la concausalidad de la incapacidad psíquica, ello fue valorado por el experto interviniente cuando expresó "La vivencia de dolor y enfermedad y minusvalía física le resultó psicotraumática y ofició de desencadenante de la afección depresiva neurótica, sobre una base previa dada por factores relacionados con una personalidad de base de estructura neurótica y vulnerable ", al respecto sumo que:

Como fue sostenido por Rodríguez Saiach, "la causa interior (en el caso la supuesta minusvalía con la que habría ingresado el actor), resulta indiferente de la otra causa exterior (el ambiente laboral), que obra conjuntamente (concausa), y que es capaz por sí de exacerbar, coadyuvar, provocar, desencadenar, agravar o despertar una dolencia que aqueje el trabajador". (TT4 Morón, autos "Correa Carlos J c/ Sestay Carlos).

Asimismo, como citó Goldenberg en la Nota 343 (Op. Citpags 187 a 189), y en sentido análogo, "el solo hecho de que el accidente precipite la evolución de una dolencia, lo convierte en una causa originaria. El hecho de la coexistencia de otra causa, de carácter orgánico, es indiferente y no enerva el derecho a

indemnización cuando el factor decisivo está constituido por las lesiones recibidas. Probada la relación causal entre el traumatismo y la muerte posterior del accidentado, aunque éste sufriera otra enfermedad, debe responder la demandada porque de no mediar el accidente no habría acaecido el deceso (o el daño)".

En tal sentido, también se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, la que sostuvo que "era previsible que una persona obesa e hipertensa sometida a trabajos de esfuerzo realizados a altas temperaturas y en horario nocturno, siguiendo el curso normal y ordinario de las cosas, tuviera un accidente cerebro vascular como el sufrido por el causante y en su virtud es correcta la atribución de tal consecuencia al ambiente laboral que es quien debe responder por ellas (Arts. 901 y 903 del CC)".

Por ello, coincido con lo expuesto por Antonio J. Barrera Nicholson, cuando afirma que "el empleador, por su obligación de proteger la vida y la integridad de los trabajadores (art. 8, Ley 19587), se encuentra en la obligación de poseer ese especial conocimiento de las cosas y con la obligación, preexistente al acaecimiento del daño, de obrar con mayor prudencia, por lo que, en caso de que el trabajador sufra algún daño en su integridad psicofísica debido a alguna de las situaciones vinculadas con los cuatro incisos que dispone la norma, deberá responder por la totalidad de las consecuencias, incluidas las derivadas de la existencia de las llamadas concausas". "A punto tal que el decreto reglamentario de la ley 19.587, durante años ordenó que debían adaptarse las tareas a los trabajadores y no estos a las tareas, y ponía en cabeza del empleador la carga de no destinar al trabajador a tareas que pudieren afectar su integridad psicofísica, ordenando exámenes médicos que determinen la aptitud del mismo para la tarea a la que es destinado". (Artículo "Indiferencia de la concausa", publicado en Grupo 14 bis (https://ar.groups.yahoo.com/neo/groups/catorce_bis).

Previo a expedirme, y a los fines de delimitar el aspecto teórico, encuentro necesario establecer que considero que el daño físico junto al psicológico, integran el daño material. Esto es, uno es denso y otro no, integrando ambos un continuo material, como repercusiones necesarias –accidentes y enfermedades - en la vida del trabajador.

Con lo cual, podríamos considerar que ambos daños son constitutivos del daño material que se diferencia del daño moral.

De otro modo el daño psicológico y el moral se confundirían. Este último, es de corte espiritual y los dos primeros (psicológico y físico) forman parte, como lo manifesté, de un continuo material. Desde la medicina legal se define al daño psicológico como a "toda perturbación, trastorno, enfermedad, síndrome o disfunción que, a consecuencia de un hecho traumático sobre la personalidad del individuo acarrea una disminución de la capacidad de goce, que afecta su relación con el otro, sus acciones, etc.". (PUHL, Stella M., SARMIENTO, Alfredo J., IZCURDIA, María A. y VARELA, Osvaldo H., "Daños a las personas en el discurso psicológico jurídico", páginas 55-69, "La psicología en el campo jurídico", Ed. E.C.U.A. -2005)".

Asimismo, se ha señalado que el daño psicológico "comprende tanto las enfermedades mentales como los desequilibrios pasajeros, sea como situación estable o bien accidental y transitoria que implica en todo caso una faceta morbosa, que perturba la normalidad del sujeto y trasciende su vida individual y de relación" (Kemelmajer De Carlucci/Aída, "Breves reflexiones sobre la prueba del llamado daño psíquico. Experiencia jurisprudencial", Revista Derecho de Daños, Nº 4, Ed. Rubinzal- Culzoni.).

Consecuentemente, comparto que las patologías psicológicas se generan en el interior de la psiquis del sujeto, la mente como materia, no obstante, estimo que lo que confunde sobre su "naturaleza material", es que resulta más problemático formar certidumbre sobre su efectiva existencia, atento a la ausencia de manifestaciones más o menos constatables, a diferencia del supuesto de una lesión física.

Asimismo, nada hay de corte objetivo que permita establecer cuál es la relación en grados que tiene que existir entre el daño físico y el psicológico.

Tal es así, que en ese mismo orden de ideas, se ha expresado que la lesión psicológica puede ser distinguida de la incapacidad sobreviniente, atento a que la primera "puede dejar incólumes las posibilidades laborales y el resto de los aspectos vitales de un ser humano, considerados en su proyección hacia un mundo exterior y sólo producir consecuencias disvaliosas en su vida interior" (Cám. Nac. Civ., sala B, 16/11/1999, "P., B. D. c/ Zunino de Cardoner, Laura M. y otros", L.L. 2000-D-493).

Obsérvese, que esta interpretación que entiende que el daño material contiene al daño físico y al daño psíquico, mereciendo cada cual una tutela propia y efectiva, es la receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación.

Así, los artículos 1738 -Indemnización-; artículo 1740 –Reparación plena-; artículo 1746 –Indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica-, hacen el distingo de este modo, toda vez que menciona y trata por un lado, las lesiones físicas y psíquicas como daños materiales, y por el otro, a las afecciones

espirituales como daño moral, al enumerar los bienes jurídicos que deben protegerse.

En particular, el artículo 1738 expresa que "La indemnización...incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida" (la negrita me pertenece).

Por ello, es que considero que no es posible desestimar la incapacidad psicológica del actor determinada por el perito médico.

Son de relevancia, para así decidir, las circunstancias que rodean el hecho de marras. Así, observo que al momento del accidente, el actor tenía solamente 34 años, lo que implica que le restaban aproximadamente 31 años de vida laboral útil, por lo que indudablemente el hecho dañoso provocó una disminución de su psiquis, modificándose sus perspectivas futuras.

Dicho esto, analizando las secuelas psicológicas que detenta el accionante como producto del accidente acontecido el 18/09/2014, se observa que el grado de incapacidad psíquica, establecido en la pericia médica, es acorde con los estudios realizados.

A todo evento, y por si lo anterior no fuera compartido, he de poner de resalto que no es posible sostener, con los elementos obrantes en la causa, que el demandante hubiera comenzado la relación laboral por la que resultó asegurado, con la existencia de una incapacidad psíquica, que permita sostener que la que aquí se acredita, era preexistente.

Así, dado que no se encuentran acompañados exámen preocupacional ni periódicos, efectuados al trabajador, que permitan suponer que la patología es por causas ajenas al trabajo.

Señalo que el fundamento vertido precedentemente es concordante con el voto en disidencia del Doctor Horacio Rosatti (ratificando la postura de esta Sala, en la que tiene el primer voto), emitido por la Corte Suprema de Justicia, el 9 de abril de 2019, en autos "Báez Jorge Guillermo c/ Darlene SAIC y otro s/accidente – acción civil", Recurso de hecho deducido por Darlene SAIC, en causa CNT 35057/2010/]RH2, donde, en lo específico, se señaló lo siguiente: "Es dable memorar que ya en 1972, hace 46 años, la ley 19.587 determinó comprendida en la higiene y seguridad en el trabajó -materia que la norma vino a regular- a las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tuvieran por objeto proteger la vida, preservar y mantener la integridad psicofísica de los trabajadores y prevenir, reducir, eliminar o aislar los riesgos de los distintos centros o puestos de trabajo (art. 4°, incisos a y b). Fijó, además, como deber del empleador el de adoptar y poner en práctica las medidas adecuadas (...] para proteger la vida y la integridad de los trabajadores, especialmente en lo relativo a "las operaciones y procesos de trabajo" (art. 8°).

En pos de los objetivos declarados, y en lo que interesa a la presente causa, impuso como obligación del empleador el examen pre-ocupacional y la revisación periódica del personal, con registro de sus resultados en el respectivo legajo de salud (art. 9°, inciso a).

Por su parte, el decreto 351/79, reglamentario de la precursora ley aún vigente, declaró la obligación de todo establecimiento de adecuarse a la ley 19.587, así como a las reglamentaciones que al respecto se dicten y de conformidad con los modos que a tal efecto fije la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (arts. 2° y 3°, texto según decreto 1057/2003, B.O. 13/11/2003). Específicamente contempló la obligación de extender, antes del ingreso, el certificado de aptitud en relación con la tarea a desempeñar, previendo incluso que las modificaciones de las exigencias y técnicas laborales darían lugar a un nuevo examen médico del trabajador para verificar si poseía o no las aptitudes requeridas por las nuevas tareas (arts. 205 y 206 del Anexo I del decreto 351/79). Este acotado pero señero régimen de protección de la salud en el contexto de una relación de empleo tuvo como norte, conforme se acaba de reseñar, la prevención de los riesgos del trabajo en el puntual ámbito de cada contrato. De allí la obligatoriedad de realizar exámenes preocupacionales y periódicos y de determinar la aptitud del trabajador para el puesto de trabajo. El objetivo, desde aquel entonces, no ha sido el de eximir de responsabilidad a los empleadores por vía de una detección precoz de eventuales patologías, sino la de esclarecer la potencial incidencia negativa de las condiciones y medio ambiente de trabajo sobre la integridad psicofísica de cada empleado.

Coherente con esta perspectiva, la ley 24.557 declaró expresamente que solo quedarían excluidas de su régimen "[1]as incapacidades de/ trabajador preexistentes a la iniciación de la relación laboral y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación" (art. 6°, inciso 3.b). El precepto resulta dirimente para la presente contienda, aun cuando la reparación se procure en el marco del derecho común, puesto que fue esa misma ley la que creó, como entidad autárquica, a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, organismo que, como se ha visto, tiene a su cargo el dictado de las reglamentaciones sobre higiene y seguridad en el trabajo (decreto 1057/2003) y, puntualmente, lo relativo a los recaudos que debe reunir el

examen preocupacional. Reflejo cabal de lo dicho es la resolución 43/97 de la mencionada Superintendencia -vigente durante la relación laboral del actor- que reiteró la obligatoriedad de un examen médico de salud previo al inicio de la relación laboral y estipuló sus contenidos mínimos (art. 1°), declarando como propósito el de determinar la aptitud del postulante conforme a sus condiciones psicofísicas para las actividades que se le requerirían (art. 2°). En lo que resulta relevante a la presente contienda, la reglamentación fijó en su Anexo II (listado de los exámenes y análisis complementarios específicos de acuerdo a los agentes de riesgo presentes en el ambiente de trabajo) como agente de riesgo ergonómico a las "posiciones forzadas y gestos repetitivos en el trabajo" y como estudios médicos obligatorios el "[e]xamen osteoarticular" y la radiografía del segmento comprometido (a efectuar cada 2 años)". En su Anexo III, puntualmente, se determinó como trabajadores expuestos a riesgos físicos y riesgos ergonómicos a los que prestaban servicios en la actividad de hilandería, tejedurías y acabado de textiles como el presente caso. Tales criterios, se mantuvieron en la norma reglamentaria que la reemplazó (resolución 37/2010).

En suma, pesaba sobre la empleadora -y su aseguradora, en virtud del contrato entre ambas- una obligación legal específica de determinar la aptitud del actor para el puesto de trabajo y de evaluar la incidencia sobre su salud en el transcurso de la relación laboral. Por ende, el incumplimiento no puede constituir un eximente de responsabilidad frente a la comprobación posterior de un daño".

"9°) Que, asimismo, a fin de esclarecer aún más la cuestión litigiosa cabe poner de manifiesto el basamento constitucional de las normas legales ut supra reseñadas. Ello pues, de las circunstancias fácticas de la causa y de los planteos traídos a esta instancia emerge nítido que el cuestionamiento a la condena impuesta se asienta sobre una lectura restrictiva de la obligación de prevenir los daños a la salud del trabajador que se desentiende de las consecuencias de su incumplimiento y desconoce el derecho a una reparación.

Como se advierte sin dificultad, el plexo jurídico referenciado no es sino la reglamentación legal del principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, alterum non laedere (art. 19 de la Constitución Nacional), y del derecho a condiciones dignas y equitativas de labor que asegura el art. 14 bis de la Carta Magna. Manda constitucional esta última que fue fortalecida ("Aquino", Fallos: 327:3753), por la singular protección reconocida en textos internacionales de derechos humanos que desde 1994 tienen jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional).

En efecto, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias está reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7°, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23; en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5.e.i; en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11.f; en la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32; en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, art. 25; en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 27. En este contexto normativo destacan en particular los instrumentos que reconocen el derecho de todo trabajador a la seguridad y a la higiene en el trabajo, esto es, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.b, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 7.e. A ellos se suman otros instrumentos jurídicos internacionales conexos, como los convenios y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en especial, el Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155) y el Protocolo de 2002 del Convenio sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, 1981 (núm. 155).

Como señalara el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "1-11a prevención de accidentes y enfermedades profesionales es un componente fundamental del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias" (Observación General n° 23, E/C.12/GC/ 23, 27/4/2016). Con base en las obligaciones y pautas del Convenio 155 de la OIT, el citado órgano de interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que los 'estados deben adoptar "una política nacional para prevenir los accidentes y daños a la salud relacionados con el trabajo mediante la reducción al mínimo de los riesgos en el entorno de trabajo", política que debe abordar "la relación entre los principales elementos de trabajo y la capacidad física y mental de los trabajadores, incluidos los requisitos ergonómicos".

En definitiva, del bloque federal, en cuanto consagra el derecho a no ser dañado, a condiciones dignas y equitativas de labor y, en particular, a la higiene y seguridad en el trabajo, se sigue necesariamente que "es condición inexcusable del empleo que éste se preste en condiciones dignas y que se garantice el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, tanto en general, como en lo que concierne a las propias de cada actividad. La prevención en la protección de la

salud y de la integridad física del trabajador es el presupuesto legítimo de la prestación de servicios, que no puede ya concebirse sin la adecuada preservación de la dignidad inherente a la persona humana" (Fallos: 332:2633; 330:5435, voto de los jueces Fayt y Petracchi, 332:709).

Consecuentemente, y en lo que atañe a la presente contienda, la obligación de realizar el examen preocupacional debió cumplirse atendiendo a su más alto propósito, esto es, el de prevenir todo daño a la salud del trabajador, reduciendo al mínimo posible los riesgos que las condiciones y el medio ambiente de trabajo entrañen. De ello se derivaba la imposición de esclarecer la capacidad psicofísica de la persona para el puesto de trabajo en concreto".

De todo lo aquí expuesto, entiendo que el mencionado informe médico, constituye un estudio serio y razonado del estado actual del trabajador que se funda en sólidos argumentos científicos. Señalo especialmente, la claridad expositiva con la que cuenta el especialista para dar a entender su saber, pues, como se conoce, el dictamen de los técnicos está dirigido a legos en la disciplina, que requieren de su conocimiento para entender cómo las cosas son o pudieron ser en esta búsqueda de la verdad material. Por lo tanto, le reconozco plena eficacia convictiva a este informe psicológico.

Entonces, aun cuando las normas procesales no acuerdan el carácter de prueba legal a un peritaje y permiten al Juez formar su propia convicción, es indudable que el mismo, para apartarse del dictamen, debe hallarse asistido de sólidos argumentos en un campo del saber ajeno al hombre de derecho. Es bajo esa lógica, que no encuentro fundamentos para debilitar el valor del psicodiagnóstico, en cuanto al porcentaje otorgado en grado de discapacidad.

Asimismo, no puedo dejar de destacar que el Sr. Alves ha sufrido un accidente de trabajo el cual le ha producido una lumbalgia crónica post traumática dejándole una rectificación de la lordosis fisiológica, contractura paravertebral bilateral y alteraciones funcionales lo que, a su vez, le provoca trastornos del sueño, ansiedad, inestabilidad, hipertimia displacentera orientada al polo depresivo, miedo a volver a lesionarse, disminución de la autoestima, enojo, miedo, angustia y vergüenza.(ver fs. 88)

Por todo lo expuesto, de prosperar mi voto, considero propicio otorgar el porcentaje de incapacidad psicológica determinada en el informe médico del 5% que no fue recepcionado por la Sra. Juez de anterior grado.

En consecuencia el monto de condena, con los datos que llegan firmes, debe elevarse a la suma de $98.527,54, {(53 X $6.648,25 X 12.20% X 1.91) más el 20%}.

V.- Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria. Propongo que las costas de ambas instancias, sean soportadas por la demandada, toda vez que ha sido vencida en lo sustancial del reclamo (art. 68 de la normativa procesal señalada).

VI.- En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345, arts. 6, 7, 8, 9, 22 y conc. de la ley 21.839, modificados por la ley 24.432, arts. 3 y 6 decreto ley 16638/57 y demás normas arancelarias vigentes, propongo regular los honorarios de los letrados de la parte actora, demandada y del perito médico en 16%, 11% y 8% respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses.

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios por los trabajos en esta Alzada, de la representación letrada de la parte actora en 30% (treinta por ciento), y de la demandada en 25% (veinticinco por ciento) de lo que les corresponda por su actuación en la anterior instancia (arts. 6, 7, 8, 9, 14, 17, 19, 22, 37, 39 y concs. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 y demás leyes arancelarias vigentes).

Respecto del I.V.A. esta Sala ha decidido en la sentencia Nº 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos "Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente – ley 9688", que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación" (C. 181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo "que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto".

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 15/2013.

En consecuencia voto por: I.- Elevar el monto de condena a la suma de pesos NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISIETE CON 54/100 ($98.527,54), con más los intereses dispuestos en la instancia anterior II.- Regular los honorarios de la re-

presentación letrada de la parte actora, demandada y perito médico en el 16%, 11% y 8% del monto total de condena III.- Imponer las costas en esta instancia a la demanda vencida. IV.- Regular los honorarios, por los trabajos ante esta Alzada, de los letrados intervinientes por la parte actora y parte demandada en el 30% (treinta por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), de lo que -en definitiva- les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder; V.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

El doctor *Perugini* dijo:

Por compartir fundamentos, adhiero al voto precedente. Por ello, el Tribunal Resuelve: I.- Elevar el monto de condena a la suma de pesos NOVENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTISIETE CON 54/100 ($98.527,54), con más los intereses dispuestos en la instancia anterior II. Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, demandada y perito médico en el 16%, 11% y 8% del monto total de condena III.- Imponer las costas de ambas instancia a la demanda vencida. IV.- Regular los honorarios, por los trabajos ante esta Alzada, de los letrados intervinientes por la parte actora y parte demandada en el 30% (treinta por ciento) y 25% (veinticinco por ciento), de lo que -en definitiva- les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder; V.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Nº 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Diana R. Cañal. — Alejandro H. Perugini.*

Novedades Legislativas

DISPOSICIÓN 4 (SRT)

Riesgos del trabajo – Simplificación de actuaciones administrativas en el ámbito de las Comisiones Médicas, en el marco de la pandemia declarada por COVID-19 – Entrada en vigencia de la res. 20 (SRT).

Fecha: 19/07/2021
Publicación: BO 20/07/2021

Síntesis: Se establece a partir del día 1° de septiembre de 2021, la entrada en vigencia de la res. 20/2021 (SRT), mediante la cual se instruyeron medidas tendientes a la simplificación de las actuaciones administrativas en el ámbito de las Comisiones Médicas ante el contexto de pandemia imperante, en consonancia con los esquemas de prestación de servicios preponderantes en la actualidad.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 71 (SRT)

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

Fecha: 22/10/2021
Publicación: BO 26/10/2021

Síntesis: Se modifica la res. 23/2018 (S.R.T.), 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 5827 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 suprimir la delegación Punta Alta perteneciente a la Comisión Médica N° 13 con asiento en la ciudad de Bahía Blanca.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 57 (SRT)

Riesgos del trabajo – Régimen legal de las prestaciones dinerarias – Actualización del importe surgido de la aplicación de la equivalencia del valor Módulo Previsional (MOPRE) – Norma complementaria del dec. 1694 y de la res. 178 (ANSeS).

Fecha: 10/09/2021
Publicación: BO 14/09/2021

Síntesis: Se establece en $ 5.702,93 el importe que surge de aplicar la equivalencia contenida en el primer párrafo del art. 15 del dec. 1694/2009, el cual dispuso que a los efectos del art. 32 de la ley 24.557, la equivalencia del valor MOPRE será un 22 % del monto del haber mínimo garantizado, de conformidad con lo dispuesto en la res. 178/2021 (ANSeS).

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

CONVENIOS COLECTIVOS

Personería Gremial

RESOLUCIÓN 513 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Asociación del Personal de los Organismos de Control.

Fecha: 30/08/2021
Publicación: BO 01/09/2021

Síntesis: Se reconoce a la Asociación del Personal de los Organismos de Control, la ampliación de Personería Gremial para agrupar a los trabajadores dependientes del Tribunal de Cuentas de la provincia de Córdoba que revistan en cargos directivos o de jefatura orgánica comprendido en las categorías escalonarias de 20 a 24, ambas incluidas, con zona de actuación en la provincia de Córdoba.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 549 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Ampliación del ámbito de actuación de la Asociación del Personal de los Organismos de Control.

Fecha: 09/09/2021
Publicación: BO 13/09/2021

Síntesis: Se reconoce a la Asociación del Personal de los Organismos de Control, la ampliación de Personería Gremial para agrupar al personal que se desempeña bajo relación de dependencia con la Contaduría General de la Provincia de Mendoza, con zona de actuación en la provincia de Mendoza.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 566 (M.T.E. y S.S.)

Asociaciones Sindicales – Otorgamiento de Personería Gremial a la Federación de Trabajadores de Energía de la República Argentina.

Fecha: 16/09/2021
Publicación: BO 20/09/2021

Síntesis: Se otorga a la "Federación de Trabajadores de Energía de la República Argentina", la personería gremial con carácter de asociación gremial de segundo grado.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Escalas y Acuerdos Salariales

RESOLUCIÓN 472 (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.

Fecha: 29/04/2021
Publicación: BO 12/10/2021

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 acuerdan nuevas condiciones económicas.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 217 (S.T.)

Entidades deportivas – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.), la Cámara Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Argentinos (CILFA), la Cámara Argentina de la Industria Plástica (CAIP) y la Unión Industrial Argentina (UIA), en el marco del CCT 1606 E – Homologación.

Fecha: 12/03/2020
Publicación: BO 20/10/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.), la Cámara Industrial de Laboratorios Farmacéuticos Argentinos (CILFA), la Cámara Argentina de la Industria Plástica (CAIP) y la Unión Industrial Argentina (UIA), en el marco del CCT 1606/2019 E, en el que las partes establecen una recomposición salarial.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 218 (S.T.)

Entidades deportivas – Acuerdo salarial celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.) y la Cámara de Natatorios y Actividades Deportivas, en el marco del CCT 703 – Homologación.

Fecha: 12/03/2020
Publicación: BO 20/10/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles (U.T.E.D.Y.C.) y la Cámara de Natatorios y Actividades Deportivas, en el marco del CCT 703/2014, en el que las partes establecen una recomposición salarial.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 627 (S.T.)

Información Comercial – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación del Personal de Empresas de Información y la Cámara de Empresas de Información Comercial, en el marco del CCT 440 – Homologación.

Publicación: Copia oficial.

Síntesis: Se homologa un Acuerdo salarial celebrado la Asociación del Personal de Empresas de Información y la Cámara de Empresas de Información Comercial, en el marco del CCT 440/2006, en el que las partes acuerdan nuevas condiciones económicas.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

RESOLUCIÓN 589 (S.T.)

Metalúrgicos – Acuerdo salarial celebrado entre la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina y la empresa Siderca S.A.I.C. – Homologación.

Publicación: Copia oficial.

Síntesis: Se homologa un Acuerdo salarial celebrado la Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina y la empresa Siderca S.A.I.C., en el que las partes acuerdan nuevas condiciones económicas.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

Topes Indemnizatorios

DISPOSICIÓN 82 (D.N.R.y Reg.T.)

Caucho – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obrero del Caucho Anexos y Afines y la Federación Argentina del Neumático, en el marco del CCT 231/75 – Homologación.

Fecha: 26/03/2021
Publicación: BO 30/08/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre el Sindicato Obrero del Caucho Anexos y Afines y la Federación Argentina del Neumático, en el marco del CCT 231/75, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

DISPOSICIÓN 87 (D.N.R.y Reg.T.)

Sanidad – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina (FATSA) y la Asociación de Distribuidores de Especialidades Medicinales (ADEM), en el marco del CCT 120/75 – Homologación.

Fecha: 26/03/2021
Publicación: BO 01/09/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Federación de Asociaciones de Trabajadores de la Sanidad Argentina (FATSA) y la Asociación de Distribuidores de Especialidades Medicinales (ADEM), en el marco del CCT 120/75, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

DISPOSICIÓN 85 (D.N.R.y Reg.T.)

Estaciones de servicio – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (SOESGYPE) y la Federación de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina, en el marco del CCT 488 – Homologación.

Fecha: 26/03/2021
Publicación: BO 01/09/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (SOESGYPE) y la Federación de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina, en el marco del CCT 488/2007, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

DISPOSICIÓN 86 (D.N.R.y Reg.T.)

Estaciones de servicio – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (S.O.E.S.G.Y.P.E.), la Federación de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina y la Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina (FECRA), en el marco del CCT 521 – Homologación.

Fecha: 26/03/2021
Publicación: BO 01/09/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre el Sindicato Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio y G.N.C., Garages, Playas de Estacionamiento y Lavaderos (S.O.E.S.G.Y.P.E.), la Federación

de Obreros y Empleados de Estaciones de Servicio, Garages, Playas de Estacionamiento, Lavaderos y Gomerías de la República Argentina y la Federación de Empresarios de Combustibles de la República Argentina (FECRA), en el marco del CCT 521/2007, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]

DISPOSICIÓN 107 (D.N.R.y Reg.T.)

Metalúrgica – Base promedio de remuneración mensual e importe a fijar como tope indemnizatorio correspondiente al acuerdo celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina (FEDEHOGAR), la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina (CAMIMA), la Asociación de Fábricas Argentinas Terminales Electrónicas (AFARTE), la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines (CAIAMA), la Asociación de Fábricas Argentinas de Componentes (AFAC) y la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, en el marco del CCT 260/75 – Homologación.

Fecha: 16/04/2021
Publicación: BO 03/09/2021

Síntesis: Se homologa un acuerdo celebrado entre la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina, la Federación de Cámaras Industriales de Artefactos para el Hogar de la República Argentina (FEDEHOGAR), la Cámara de la Pequeña y Mediana Industria Metalúrgica Argentina (CAMIMA), la Asociación de Fábricas Argentinas Terminales Electrónicas (AFARTE), la Cámara Argentina de la Industria del Aluminio y Metales Afines (CAIAMA), la Asociación de Fábricas Argentinas de Componentes (AFAC) y la Asociación de Industriales Metalúrgicos de la República Argentina, en el marco del CCT 260/75, fijando el importe promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio.

[La norma se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com]