

RD LSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Fascículo quincenal

Mayo 2022 | 10

ISSN en trámite

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: en trámite
RNPI: 5074819

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

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

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

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da quincena de mayo de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda – Provincia de Buenos Aires, República Argentina

**RD
LSS**

**DERECHO LABORAL
Y SEGURIDAD SOCIAL**

Fascículo quincenal

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Mayo 2022 | 10

ABELEDOPERROT

DIRECTOR

Julio Armando Grisolia

Consejo Editorial

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

DERECHO LABORAL

SECCIONES ESPECIALES

Investigaciones

Julio A. Grisolia

Riesgos del Trabajo

Ernesto Ahuad — Javier de Ugarte

Procedimiento Laboral

Adriana R. Fernández — Laura S. Cáceres

Género y No Discriminación

Liliana N. Picón — Claudia Priore

Internacional

Martha Monsalve — Eleonora Peliza — Wojciech Swida

Teletrabajo y Transformación Digital

Viviana L. Díaz — Alberto Fantini

Práctica Laboral

Emilio E. Romualdi

SEGURIDAD SOCIAL

Directora

María Teresa Martín Yáñez

SECCIONES ESPECIALES

Jurisprudencia Anotada

Carolina E. Ibarra

Práctica Previsional

Camilo Álvarez Ruiz — Rosanna E. Bermúdez —
Esteban D. Crocilla

Asignaciones Familiares

Gerardo Martín Corti

Actualidades

Corte Sup.: María Teresa Martín Yáñez

Sup. Corte de la Pcia. de Bs. As.: Rafael E. Toledo Ríos

Internacional: Estela R. Martí de Minutella

Jurisprudencia Provincial: Rosanna E. Bermúdez

Bibliografías y Comentarios

Estela R. Martí de Minutella

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

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

Constitucional

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

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzba
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

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

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

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

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

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

ÍNDICE

DERECHO LABORAL

DOCTRINA

¿Qué significa el término “Woke”? ¿Con qué movimientos y derechos se amalgama? <i>Luis María Velasco</i>	3
Despido discriminatorio por actividad sindical <i>Yésica G. Alonso</i>	9

PRÁCTICA LABORAL

La acción de accidente de trabajo o enfermedad profesional en el caso del trabajador sin registro <i>Emilio E. Romualdi</i>	35
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

JURISPRUDENCIA DESTACADA

ACCIÓN CIVIL

Enfermedad profesional. Relación de causalidad entre la afección y las tareas llevadas a cabo por el trabajador. Responsabilidad civil del empleador. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad civil de la ART	37
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

RESPONSABILIDAD DEL SOCIO

Registración laboral deficiente. Rechazo del incremento indemnizatorio del artículo 1 de la ley 25.323	43
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Apreciación de la pericia médica. Ausencia de exámenes preocupacionales y estudios periódicos. Aplicación del adicional previsto en el art. 3 de la Ley 26.773 a los accidentes <i>in itinere</i>	48
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	
Reticencia de la empleadora. Agravamiento indemnizatorio por obligación a litigar	55
DESPIDO DISCRMINATORIO	
Participación gremial. Responsabilidad solidaria. Verificación de una unidad técnica de ejecución. Alcances.....	60
DESPIDO POR JUSTA CAUSA	
Trabajador que sustrajo un cargador de celular y una botella de agua. Pérdida de la confianza. Buena fe. Legitimidad.....	67
INTERMEDIACIÓN FRAUDULENTA	
Empresa de telefonía. Aplicación del artículo 29 LCT . Procedencia de la indemnización prevista en el artículo 8º de la ley 24.013 y por el art. 15 de la ley 24.013	69
IUS VARIANDI	
Trabajador que demandó por despido indirecto. Empleadora que alteró en forma abusiva y perjudicial las condiciones esenciales del contrato de trabajo. Cámara que se extralimitó en su función revisora. Introducción de oficio de una defensa no opuesta por la demandada. Incongruencia.....	71

SEGURIDAD SOCIAL

JURISPRUDENCIA ANOTADA

RÉGIMEN PREVISIONAL PARA MAGISTRADOS	
Impugnación. Competencia	79
El régimen de la ley 27.546, desde el punto de vista de la intangibilidad de las remuneraciones, en conflicto judicial	
<i>Carolina E. Ibarra</i>	82

PRÁCTICA PREVISIONAL

Las últimas trincheras de ANSeS: Villanustre objetivo y Villanustre distorsivo	
<i>Camilo Álvarez Ruiz</i>	89

ACTUALIDADES

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2022: acuerdos marzo 2022	
<i>María Teresa Martín Yáñez</i>	93

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

Bibliografías y comentarios 5/2022	
<i>Estela R. Martí de Minutella</i>	95

DERECHO LABORAL

DOCTRINA

PRÁCTICA LABORAL

JURISPRUDENCIA DESTACADA

¿Qué significa el término “Woke”? ¿Con qué movimientos y derechos se amalgama?

Luis María Velasco

Sumario: I. ¿De dónde proviene el término *woke*? — II. La cultura “woke”: qué es y por qué Meghan Markle es su princesa. — III. La cruzada contra el movimiento *woke* llegó a Europa. (CNN 7/ene/22). — IV. Conclusión.

“Si la justicia existe, tiene que ser para todos, nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia”. Paul AUSTER.

La palabra “woke” ha estado asociada en las últimas décadas con diferentes movimientos en contra de las injusticias sociales, y recientemente ha incluso generado una cruzada en su contra de parte de amplios sectores de la política en Europa, que temen su impacto. (CNN en español 7/enero/22).

En sus orígenes en las comunidades negras de Estados Unidos, “woke” era usado para describir a las personas que han despertado (de “wake up”, en inglés) a las cuestiones progresistas, y están alertas a las injusticias.

El Diccionario Oxford la incorporó en 2016, y ofrece esta definición, ubicada dentro del paraguas del inglés informal estadounidense: “Alerta ante la injusticia en la sociedad, especialmente el racismo”.

La selección inglesa de fútbol se arrodilla antes de los partidos para denunciar el racismo, un ejemplo de una actividad *woke*.

Woke según Merriam-Webster (Inglaterra 12/feb/2022), ahora se define en este diccionario como “consciente y activamente atento a he-

chos y problemas importantes (especialmente temas de justicia racial y social)”, e identificado como *slang*, jerga, estadounidense.

Se originó en inglés afroamericano y ganó un uso más generalizado a partir de 2014 como parte del movimiento Black Lives Matter o Me Too. A fines de esa misma década, algunos también lo aplicaban como un peyorativo general para cualquiera que sea o parezca ser políticamente de izquierda.

Evan Smith, profesor visitante de la Universidad Flinders de Australia y autor de “No Platform: una historia del antifascismo y los límites de la libertad de expresión”, dijo a CNN que, en el Reino Unido, *woke* se utiliza para “describir todo lo que antes podía calificarse de ‘políticamente correcto’”.

El término “se utiliza para describir una amplia gama de ideas [y] movimientos relacionados con la justicia social”, como el antirracismo, el feminismo interseccional, los derechos de los

transexuales y las historias críticas del imperio británico, dijo.

Para Samuel Hayat, investigador de política en el Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS) de Francia, muchos en los sectores tradicionales de este país europeo ven al *woke* como una atroz importación estadounidense de teorías sobre la raza, el poscolonialismo y el género, que, según ellos, suponen un riesgo para los valores y la identidad franceses.

I. ¿De dónde proviene el término *woke*?

Se cree que el primer uso de la palabra tuvo lugar en la década de 1940 y entre las comunidades negras de Estados Unidos como un llamado al activismo sindical, según reconstruye Abas Mirzaei, al sitio The Conversation.

Desde entonces “stay woke” (estar alerta) ha sido una expresión propia de las comunidades negras, y en 1965 Martin Luther King la usó en su discurso “Remaining Awake Through a Great Revolution” (Permanecer despierto a través de esta gran revolución), señala Mirzaei (Profesor de Macquarie University, Sidney, Australia, 7/enero/2022).

Pero la explosión en su uso se dio con el surgimiento del movimiento Black Lives Matter en 2013, tras la muerte de Trayvon Martin en Florida.

Traducido como “Las vidas de las personas negras importan”, el movimiento Black Lives Matter nació como oposición a la violencia policial contra los negros en Estados Unidos y cobró fuerza en redes sociales.

La expresión “stay woke” comenzó entonces a ser usada en paralelo al surgimiento de Black Lives Matter, y luego lo trascendió: también se invocó en el marco del #MeToo, contra el acoso y el abuso sexual y en otros movimientos contra diferentes injusticias.

Dese entonces la definición woke y el alcance del “wokeísmo” se han expandido.

II. La cultura “woke”: qué es y por qué Meghan Markle es su princesa

Según varios expertos, la duquesa de Sussex es hoy la más visible celebridad de ese movimiento, por su gran compromiso social.

Desde hace unos años, un grupo de personas muy conscientes de los problemas del mundo vive pendiente de lo que otros hacen mal para poder aleccionarlos.

A este tipo de gente vigilante y consciente se les llama “woke”, una palabra de lengua inglesa que significa “despertar”.

Bajo este término se incluyen todas aquellas que están alertas al racismo, la discriminación racial y la injusticia, entre otros temas. Quieren mejorar el mundo y por eso atacan a quienes no saben o no lo hacen. *Woke* en ese sentido es un despertar.

El uso de esta palabra *woke* en este sentido no es nueva, pero volvió a cobrar vigencia desde 2013, cuando la llamada generación Z, nacida a partir de 1995, llegó a la universidad y se convirtió en una especie de guerrera de la justicia.

Para algunos autores, el hecho de que estos jóvenes se hayan educado en condiciones sociales y tecnológicas sin precedentes (en medio de la aparición de los teléfonos inteligentes y las redes sociales) creó un grupo de personajes diversos, combativos y susceptibles.

Ahora se le juntan otros de generaciones mayores cuyas acciones *woke* se ven en comportamientos para mejorar el mundo a partir del aleccionamiento.

El abogado y presidente de “Fire” Greg Lukianoff (es abogado, autor de *best-sellers* del *New York Times* y presidente y director ejecutivo de la Fundación para los Derechos Individuales en la Educación (FIRE), un grupo defensor de la libertad de expresión en las universidades de EE.UU., empezó a observar señales de la cultura “woke” desde 2014 cuando aumentaron las iniciativas estudiantiles para desinvitar a oradores y conferenciantes a las universidades.

Este movimiento también buscó prohibir ciertos libros como “El Gran Gatsby”, pues podrían resultar ofensivos por las actitudes misóginas de algunos de sus personajes, así como otros clásicos norteamericanos, como “La cabaña del Tío Tom” o “Matar a un ruiseñor”, que afectarían a la gente de color por ser racistas.

Según el abogado, entre 2000 y 2018 hubo 379 iniciativas para cancelar invitaciones a hablar en universidades en Estados Unidos, aunque la mayoría se dio a partir de 2013.

El término describe a personas que están al tanto de los problemas sociales de hoy en día, incluso si no le surgen directamente. ¿La crítica? muchos les acusan de creerse moralmente superiores.

“Woke” es un término que define a alguien con un nivel de conciencia social propio de un *millennial* que se precie. Es decir, alguien que se informa y se interesa sobre problemas sociales de actualidad.

Un “woke” del más alto nivel no duda en aliarse a causas, incluso cuando estas no le sucedan en lo más mínimo.

Hasta hace poco, el Urban Dictionary definió el término de la siguiente manera: “Ser woke significa estar al tanto, saber lo que ocurre en la comunidad”.

Sin embargo, ahora muchos lo utilizan de forma más bien peyorativa para designar a alguien que se siente moralmente superior al resto, o una persona blanca que ha leído algún libro y de repente se le ha encendido la bombilla sobre su privilegio.

Ejemplo de ello es la primera definición que el Urban Dictionary (*Urban Dictionary es un sitio web que contiene un diccionario de jerga de palabras y frases en idioma inglés. Desde 2009, el sitio contiene más de cuatro millones de definiciones. Las entradas están reguladas por editores voluntarios y valoradas por los visitantes del sitio le dedica ahora*). Definición: “El acto de ser pretencioso sobre lo mucho que te importa un problema social”.

La realidad es que el término tiene una historia muy interesante ligada a movimientos contra el racismo y otras injusticias sociales en EE.UU.

Muchos jóvenes negros utilizan a emplear el hashtag #staywoke en redes sociales para mantener conversaciones sobre lo que vive la comunidad negra en el país. Una especie de llamada a la acción.

Su conexión con #BlackLivesMatters, el movimiento que surgió tras el asesinato del joven Trayvon Martin en 2013, es innegable. Cualquiera consciente de la forma en la que racismo, sexismo y clasismo operan en nuestra sociedad podría ser considerada como “woke”.

Sin embargo, como ocurre siempre, conforme el término es adoptado por más y más gente en internet, su significado va adquiriendo otras connotaciones

“Woke” o “on fleek” son solo algunas de las aportaciones del lenguaje propio de la comunidad negra estadounidense.

Términos que dicha comunidad torno expansiva, todos emplean con total naturalidad incapaces de imaginar cómo se expresaban antes de su aparición. Y es que puede que internet sea un arma de doble filo, pero nunca antes habían avanzado a esta velocidad.

III. La cruzada contra el movimiento woke llegó a Europa. (CNN 7/ene/22)

Si en 2020 se renovaron los llamamientos a la igualdad racial al tiempo que estallaban las protestas de Black Lives Matter en toda Europa, en 2021 se produjo una reacción violenta cuando algunos sectores de la clase política emprendieron la llamada “guerra contra el 'woke'”.

Despojado de su significado original de “persona despierta a las cuestiones progresistas y sus orígenes en las comunidades negras de Estados Unidos”, “woke” (similar a estar despierto, en inglés) se ha convertido en un pararrayos político en las guerras culturales de Occidente.

Ahora es utilizado peyorativamente por legisladores y expertos tanto de izquierda como de derecha, criticando los excesos percibidos de los movimientos a favor de la justicia social y racial.

La politización de la palabra, que ha tenido cierto éxito en Estados Unidos, ha reforzado la resistencia política a las peticiones de mayor igualdad en Europa. El término también se ha interpretado de forma diferente, dependiendo de dónde se utilice.

En el Reino Unido, woke se utiliza para “describir todo lo que antes podía calificarse de ‘políticamente correcto’”, según Evan Smith, profesor visitante de la Universidad Flinders de Australia y autor de “No Platform: una historia del antifascismo y los límites de la libertad de expresión”, declaró a CNN.

El término “se utiliza para describir una amplia gama de ideas [y] movimientos relacionados con la justicia social”, como el antirracismo, el feminismo interseccional, los derechos de los transexuales y las historias críticas del imperio británico, dijo.

Las instituciones culturales y los académicos han sido objeto de ataques por parte de miembros del Partido Conservador, actualmente en el poder, por apoyar esos movimientos.

En septiembre, el portavoz del primer ministro Boris Johnson acusó a una organización benéfica creada en nombre de Winston Churchill de intentar “maquillar” los “gigantescos logros” del antiguo líder de la guerra.

Muchos en los sectores tradicionales de Francia ven al *woke* como una atroz importación estadounidense de teorías sobre la raza, el poscolonialismo y el género, que, según ellos, suponen un riesgo para los valores y la identidad franceses, dijo Samuel Hayat, investigador de política en el Centro Nacional de Investigación Científica (CNRS) de Francia, a CNN.

El término ganó tracción entre los políticos franceses y su prensa en 2021, dicen los observadores de ese país.

En mayo, Elizabeth Moreno, ministra de Diversidad del partido del presidente francés Emmanuel Macron, dijo a Bloomberg que “la cultura woke es algo muy peligroso, y no deberíamos traerla a Francia”.

Cuando el semanario político *Le Point* le preguntó en agosto si “el wokismo [es] una causa justa, en su opinión”, la alcaldesa de París, Anne Hidalgo, que es la candidata socialista en las próximas elecciones presidenciales, dijo: “es muy importante que los periodistas arrojen luz sobre estos movimientos emergentes, pero no haré campaña sobre ellos”.

Cuando un importante diccionario francés incluyó un pronombre inclusivo de género en su edición, el legislador francés François Jolivet, del partido de Macron, llamó a los autores del diccionario en Twitter “militantes de una causa que no tiene nada que ver con Francia: #wokisme”.

“Woke es visto como una amenaza que viene de una sociedad que se piensa que es multicultural y violenta y que no tiene los mismos valores sobre el laicismo que Francia”, dijo Hayat.

La palabra juega en contra de la mentalidad igualitaria y antielitista de los franceses, dijo Hayat, colocando todas las teorías que a alguien le costaría entender, como el feminismo interseccional, “en un solo fenómeno que viene de fuera de Francia”.

Mientras las relaciones franco-estadounidenses caían en picada este otoño a causa de un acuerdo de seguridad que Estados Unidos forjó en secreto con el Reino Unido y Australia, el ministro francés de Educación, Jean-Michel Blanquer, abrió un grupo de reflexión para defender los valores franceses contra lo que describió como “wokeismo”.

En declaraciones al periódico francés *Le Monde* sobre su grupo de reflexión, Blanquer dijo que el “wokeismo” es una ideología que “fragmenta y divide, y ha conquistado ciertos círculos políticos, mediáticos y académicos”.

Añadió que la reacción al “wokeismo” ayudó a “llevar a Donald Trump al poder; Francia y su juventud deben escapar de esto”.

Según Rim-Sarah Alouane, académica jurídica francesa de la Universidad del Capitolio de Toulouse, la llegada del movimiento *woke* a las guerras culturales de Francia forma parte de una reacción más amplia entre los miembros del partido de Macron, *La République en Marche* (LREM), contra los puntos de vista izquierdistas y progresistas, que reaparece tras el brutal asesinato del profesor Samuel Paty en octubre de 2020.

Frédérique Vidal, anunció el lanzamiento de una investigación sobre la investigación académica francesa en C. News, un canal francés

que ha sido comparado con Fox News. En ella se miraría “todo a través del prisma de querer fracturar y dividir”, señalando el colonialismo y los estudios raciales, según la Agence France-Presse.

La organización de investigación francesa Vidal, encargada de lanzar la investigación, aceptó llevarla a cabo. Sin embargo, señaló que el islamismo no era un término científico y condenó “los intentos de deslegitimar diferentes campos de investigación, como los estudios postcoloniales, los estudios interseccionales”, escribió el Centre national de la recherche scientifique [CRNS] en un comunicado de prensa.

Confundir a los académicos e investigadores con el extremismo islámico equivale al macartismo, dijo Alouane, refiriéndose a la cruzada anticomunista de principios de la década de 1950 del senador estadounidense Joe McCarthy.

Convertir al movimiento *woke* en un arma es otro intento de doblegar a académicos, investigadores y activistas de los derechos humanos, dicen los críticos.

“Se trata de una caza de brujas contra las personas que cuestionan el statu quo”, añadió Alouane. “En lugar de intentar mejorar las cosas, de abordar cuestiones relacionadas con la discriminación, los perfiles raciales y la historia de la colonización francesa... estos académicos [y] investigadores son considerados una amenaza para los llamados valores republicanos”.

También plantea cuestiones sobre las libertades académicas, dijo Hayat a CNN. Francia no tiene más que ver cómo los dirigentes húngaros han ido cercenando su sector educativo, prohibiendo los estudios de género en las facultades y obligando a la Universidad Centroeuropea (CEU) a abandonar el país por no ajustarse a su visión nacionalista del mundo.

Mientras que los burdos estereotipos raciales sobre la genética y el color de la piel están mal vistos en el discurso contemporáneo dominante, términos como wokeismo e islamozquierdismo sirven para reforzar consignas como “no pertenecen a nuestra cultura. No respetan nuestros valores cristianos”, dijo Alouane a CNN. “Es simplemente neo-racismo”.

El discurso contra el movimiento *woke* llega a pocos meses de las elecciones presidenciales en Francia, donde la principal amenaza ideológica para Macron proviene de la derecha y la ultraderecha, no de la supuesta izquierda woke, dijo Alouane.

Al igual que en Francia, muchos expertos afirman que la cruzada del gobierno británico contra la ultraderecha tiene como objetivo obtener beneficios electorales.

También demuestra que, aunque el mensaje *antiwoke* funciona con su base, la sociedad británica se está volviendo más multiétnica, tolerante y despierta, dijo Bale.

“Los conservadores van a tener que tomar una decisión si siguen despotricando contra la forma en que va la sociedad”, dijo Bale. “El riesgo para ellos es a largo plazo, ya que alejan a los futuros votantes [más jóvenes], a los que necesitan mantener de su lado”, añadió Bale. “Hay un número limitado de hombres blancos mayores y gruñones que se excitan con este tipo de cosas”.

Incluso el nieto de Winston Churchill, Nicholas Soames, de 73 años, ya ha oído suficiente, calificando el furor por el Churchill Trust de “tan triste y tan patético” en una entrevista con el Times. “Aparentemente, cualquiera que modernice algo o haga algo que remotamente lo ponga al día es ‘woke’”, dijo. “Es una absoluta tontería”.

IV. Conclusión

Al presentar en el año 2009 su novela “El castillo de los Pirineos”, el escritor, historiador y filósofo noruego Jostein Gaarder, decía: “La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 sigue siendo vigente porque todavía hay serios incumplimientos, pero creo que hay que pensar en las responsabilidades humanas. Tendremos que contar, más temprano que tarde, con una Declaración Universal de los Deberes Humanos”.

Mientras transcurre la tercera década del siglo veintiuno esa Declaración sigue ausente, y se muestra cada vez más necesaria.

El término “woke” sigue denotando la conciencia de la injusticia social y el racismo denunciando por Martin Luther King (con su

discurso “Tengo un sueño”), que acabaría por convertirse en su intervención más significativa y en un grito a la igualdad aún lleno de vigencia, al que concurrieron unas 250.000 personas, que se reunieron en el Memorial de Lincoln de Washington. Involucrando otros temas inmanentemente sociales.

El Populismo:

La Carta Fratelli Tutti (156-162) del Papa Francisco, distingue popular de populista. Cuestiona las ideologías populistas, tanto aquellas que dividen la sociedad en forma antinómica como las que atacan la legitimidad del concepto pueblo.

Sostiene que el intento por hacer desaparecer esa categoría del lenguaje podría llevar a eliminar la palabra democracia, que significa el gobierno del pueblo. Agrega que hay que mantener el componente cultural de la realidad social y hacer una sólida crítica a la demagogia política. (Ver diario Perfil “El Observador”, ps. 69/70, del 12/dic/2021).

El “populismo ideológico” divide a la sociedad en dos mitades, alienta la lógica de la enemistad, plantea el dilema “ellos o nosotros”, quiere aniquilar al adversario porque busca homogeneidad totalizante.

El “populismo retórico” genera un discurso monológico con consignas militantes y guerras dialécticas, con olvido del diálogo constructivo del bien común y la paz.

El “populismo político” es mesiánico, desprecia las instituciones del Estado de Derecho y la intermediación entre el pueblo y los dirigentes, manipula la información, acalla la prensa, y somete a la justicia.

El “populismo nacionalista” desprecia al otro, al extraño y al extranjero y le niega el don de la hospitalidad, desdeñando la inclusividad.

El “populismo económico-político” considera al pueblo como cliente o vasallo, y convierte los planes pasajeros en políticas permanentes. Como hizo tanto en Argentina el Papa Francisco, quien cuestiona un “populismo irresponsable” en (“La alegría del Evangelio 204”).

Los derechos:

El recurso de los derechos pensaba Simone Weil (1909-1943), es una herramienta del que administra la fuerza o aspira a hacerlo.

Hemos visto como, blandiendo ese recurso, se escracha, se cancela, se discrimina, se reparten parcelas de poder e incluso cajas económicas.

El interés de un grupo, organización (sea social, política, económica, etc.) o facción, tanto como un deseo o beneficio personal, son invocados como derecho, y de esa argumentación se deducen conductas y acciones autoritarias, depredadoras, intolerantes.

Logrando con tal actuar, vaciar a la palabra de significado, de hacerla instrumento de una grieta y, en definitiva, acabar por sepultar a los deberes en la oscura noche de los tiempos (Sergio Sinay).

Vemos, de tal suerte, otro de los temas que alcanza el término “woke”, en su gran amplitud y por estos lares.

Tal como dijo Martin Luther King, “Tengo un sueño, un solo sueño, seguir soñando. Soñar con la libertad, soñar con la justicia, soñar con la igualdad y ojalá ya no tuviera necesidad de soñarlas”. Ojalá, y por el bien de todos, ello se concrete, en un futuro próximo.

Despido discriminatorio por actividad sindical

Yésica G. Alonso

Sumario: I. Introducción. — II. Normas internacionales que consagran la libertad sindical. — III. La Organización Internacional Del Trabajo. — IV. Normativa nacional. — V. Análisis del fallo Caralota /Universidad de Rosario, CSJN. — VI. Conclusión. — VII. Bibliografía.

I. Introducción

En este trabajo se pretende hacer un repaso de la normativa internacional y nacional concernientes a mediar las relaciones entre empleadores y empleados, y si esta, ha resultado eficaz con el fin de mantener la paz y la equidad en la relación laboral, dándole protección al trabajador a modo de evitar los despidos discriminatorios.

También se pretende escrutar la normativa nacional con la que se cuenta en materia de protección de los derechos de libertad sindical, o que siendo de alcance general, se hayan podido aplicar a casos de esa materia.

Por otro lado, se estudiará como fue la postura de nuestra Corte Suprema en fallos emblemáticos como ATE, Rossi, Álvarez, y ADEMUS, respecto al libre ejercicio de la libertad sindical.

Por último y a través del análisis detallado de un fallo emblemático se examinará la resolución del caso observando la doctrinaria adoptada.

En la conclusión se realizará una interpretación de la situación actual en cuanto a la recepción de los principios de libertad sindical que emanan de la normativa internacional y a la que nuestro país se ha comprometido a incorporar.

II. Normas internacionales que consagran la libertad sindical

Algunos de estos instrumentos fueron incorporados a la Constitución Nacional con la re-

forma constitucional del año 1994, a través del art. 75 inc. 22, tal como:

-Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) en donde se reconoce el derecho que tienen las personas a asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden sindical.

-Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) donde se establece que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En el mismo se determina que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el mismo, los Estados parte se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para promover y proteger sus intereses económicos y sociales.

-Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). En ella se establece que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, garantizar

igualdad de condiciones con los hombres, respecto a participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

III. La Organización Internacional del Trabajo

También existen organizaciones internacionales, como la (OIT), Organización Internacional del Trabajo, única agencia 'tripartita' de la ONU, que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. Entre estas cuestiones se pronuncia también sobre la importancia de la libertad sindical y la protección del derecho de sindicalización, a través de la promulgación de Convenios y recomendaciones que los Estados evalúan y si están de acuerdo, ratifican y adhieren a su normativa, comprometiéndose a implementarlos, aunque algunas veces con algunas reservas.

Uno de los primeros convenios de la OIT que abordaron la temática resultan, el Convenio Colectivo 87 "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación", de 1948; (ratificado por Argentina en 1960) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 98 del año 1949 (ratificado por Argentina en 1956) entre otros convenios no menos importantes, pero no tan específicos sobre la materia que aquí queremos abordar.

Posteriormente, el mismo organismo creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) para garantizar el cumplimiento de los convenios y poder analizar las quejas sobre las diferentes violaciones a la libertad sindical, incluso si el país no hubiese ratificado los convenios.

III.1. Consejo de la Administración de la OIT

Configura el órgano ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo (la Oficina es la secretaría de la Organización). Se reúne tres veces por año, en marzo, junio y noviembre. Toma decisiones sobre la política de la OIT, determina el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, adopta el Programa y Presupuesto

antes de su presentación a la Conferencia, y elige al Director General.

Está compuesto por 56 miembros titulares (28 Gobiernos, 14 Empleadores y 14 Trabajadores) y por 66 miembros adjuntos (28 Gobiernos, 19 Empleadores y 19 Trabajadores). Diez de los puestos gubernamentales quedan reservados a los Miembros de mayor importancia industrial (Alemania, Brasil, China, Estados Unidos, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido y Federación de Rusia). Los demás miembros gubernamentales son elegidos por la Conferencia cada tres años (las últimas elecciones se celebraron en junio de 2014). Los miembros empleadores y trabajadores son elegidos en su capacidad individual.

III.2. Comité De Libertad Sindical (CLS)

Poco tiempo después de la adopción de los convenios 87 y 98 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, respectivamente, la OIT observó que iba a ser necesario llevar a cabo otro tipo de control para garantizar el cumplimiento de estos particularmente en los países que no habían ratificado los convenios. Por este motivo, en el año 1951, el Consejo de Administración de la OIT, creó el "Comité de Libertad Sindical", con el objetivo de revisar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, aún si ese país no hubiese ratificado los convenios mencionados anteriormente. Dicho comité funciona con un presidente independiente (una persona que no es miembro del Consejo de Administración) y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores, quienes examinan y deciden si aceptan el caso en cuestión, reuniéndose tres veces al año.

Hasta la fecha, se han examinado más de 3200 casos, (1911 en América, 375 en Asia y el Pacífico, 47 en los Estados árabes, 674 en Europa y 410 África) referidos a una amplia gama de aspectos de la libertad sindical y la protección de los derechos sindicales.

III.3. Mecanismos de Control de la OIT

Para poder hacer un correcto seguimiento de las medidas adoptadas y hacer efectivos los con-

venios y recomendaciones tras su aprobación y su ratificación por los Estados, la OIT cuenta con dos mecanismos de control:

1) Un “Sistema de control periódico” que prevé el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se han adherido.

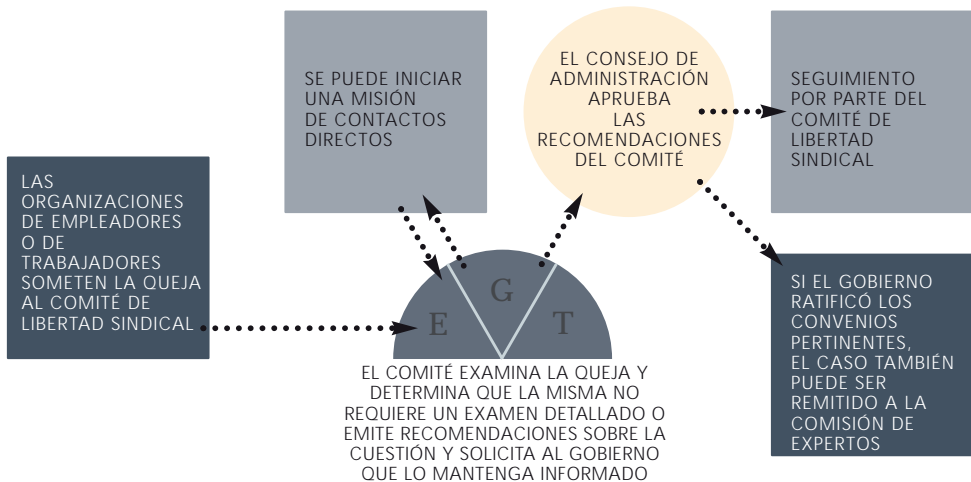
La llevan a cabo dos órganos de la OIT, la “Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones” y la “Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo”.

Lo que hacen estos organismos, es examinar las memorias sobre la aplicación por ley y en la práctica que los Estados Miembros envían, así como en las observaciones a ese respecto remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores.

2) “Procedimientos especiales”, resultan diferentes a los anteriores porque se basan en la presentación de una reclamación o de una queja y constan de 3 procedimientos diferentes:

- Procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados.
- Procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados.
- Procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical.

Esquema del Procedimiento de la Libertad Sindical (1)



(1) Gráfico extraído de página oficial del OIT, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088458.pdf

Una vez aceptado el caso, el CLS establece contacto con el gobierno afectado para establecer los hechos y decidir si se ha producido una violación de las normas o de los principios de la libertad sindical; acto seguido emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría solucionarse la situación. Tiempo después, el CLS solicita a los gobiernos de los países un informe sobre la aplicación de las recomendaciones realizadas por este y en el caso de los países que sí han ratificado los convenios, todos los aspectos legislativos del caso en cuestión podrían remitirse a la Comisión de Expertos. También existe la posibilidad de que CLS proponga una misión de “contactos directos” en la cual se establezca un proceso de diálogo directo con sus funcionarios e interlocutores sociales para abordar el problema de forma más expeditiva.

III.4. Actuación del CLS hasta la actualidad y las intervenciones con nuestro país.

Desde su creación el CLS lleva examinados más de 3300 casos, respecto a más de 60 países de los cinco continentes. En la mayoría de estos casos, dichos países han actuado a instancias de las recomendaciones del Comité y le han informado acerca de sus avances en materia de libertad sindical.

En las anteúltimas decisiones adoptadas por el Consejo de Administración en su 342ª. Reunión (2), de junio de 2021 (las decisiones de la última reunión 343 de noviembre 2021 aún no fueron publicadas) surgieron dos reclamaciones en las que se alega el incumplimiento por parte de la Argentina del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98), del Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151) y del Convenio sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 154).

En cuanto a la información presentada en el documento GB.342/INS/9/6, el Consejo de Administración decidió que las reclamaciones re-

sultaron admisibles y las remitió al CLS para su correspondiente examen de conformidad con el procedimiento previsto en el Reglamento (arts. 24 y 25 de la Constitución de la OIT).

III.5. Requisitos para la presentación de quejas ante el CLS

Para que la queja resulte procedente, debe ser presentada por escrito por una organización de trabajadores o empleadores y estar firmada por un organismo autorizado para presentar una queja (las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades de carácter consultivo por la OIT tienen derecho a presentar quejas).

Es dable aclarar que el comité no tiene obligación de respetar las definiciones nacionales de organizaciones y tiene total libertad para decidir si una organización puede ser considerada como una organización profesional en conformidad con la Constitución de la OIT. Asimismo, existe la posibilidad de que pueda recibir quejas de organizaciones disueltas, clandestinas o exiliadas; como sucedió en los casos de quejas presentadas por la UGT de España bajo el régimen franquista, de Solidarnosc de Polonia y, más recientemente de la Confederación de Sindicatos de Corea (KCTU).

Respecto a los alegatos contenidos en la denuncia deben estar notoriamente formulados y debidamente fundamentados por medio de pruebas y no deben ser de naturaleza puramente política. No es requisito para su presentación haber agotado todos los recursos internos, pero, aun así, el Comité puede tener en cuenta el hecho de que un asunto está pendiente de resolución ante un órgano jurisdiccional nacional.

En cuanto al tiempo que le demanda al CLS, el examen de un caso resulta sumamente expeditivo si comparamos con los tiempos judiciales de nuestro país, ya que transcurren aproximadamente 10 meses, tomados desde la fecha de presentación de la queja, hasta la adopción de las recomendaciones del Comité.

III.6. Convenios y Protocolos ratificados por nuestro país

El Consejo de Administración de la OIT ha establecido que ocho convenios son “funda-

(2) Documento completo en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_813444.pdf.

mentales” porque abarcan temas que son considerados principios y derechos fundamentales en el trabajo. Si bien al 1 de enero de 2019, se habían registrado 1376 ratificaciones de esos convenios (92%), todavía se necesitaban 121 ratificaciones para alcanzar el objetivo de la ratificación universal de todos los convenios fundamentales.

Si un país decide ratificar un convenio, en general este entra en vigor para ese país un año después de la fecha de la ratificación. Los países que ratifican un convenio están obligados a aplicarlo en la legislación y en la práctica nacionales, y a enviar a la Oficina memorias sobre su aplicación a intervalos regulares. Si fuera necesario, la Oficina proporcionará asistencia técnica. Por otra parte, pueden iniciarse procedimientos de reclamación y de queja contra el Estado que no haya observado las disposiciones del convenio que haya ratificado **(3)**.

Cabe destacar que nuestro país, ha ratificado los 8 convenios fundamentales detallados a continuación:

-C029 — Convenio sobre el trabajo forzoso, de 1930, ratificado el 14 de marzo de 1950.

-P029 — Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, 14 de marzo de 1950, ratificado el 09 de noviembre de 2016.

-C087 — Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, ratificado el 18 de enero de 1960.

-C098 — Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, 24 de septiembre de 1956.

-C100 — Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, ratificado el 24 de septiembre de 1956.

-C105 — Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957, ratificado el 18 de enero de 1960.

-C111 — Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, ratificado el 18 de junio de 1968.

-C138 — Convenio sobre la edad mínima, 1973 Edad mínima especificada: 16 años, 11 de noviembre de 1996.

-C182 — Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999, 5 de febrero de 2001.

Y respecto a los Convenios de gobernanza que resultan Prioritarios, nuestro país ha ratificado 3 de un total de 4.

-C081 — Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947, ratificado el 17 de febrero de 1955.

-C129 — Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969, ratificado el 20 de junio de 1985.

-C144 — Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976, ratificado el 13 de abril de 1987.

Existen 38 Convenios y protocolos actualizados que no fueron ratificados por Argentina, entre ellos en materia sindical encontramos al C141 “Convenio sobre las organizaciones de trabajadores rurales”, del año 1975. En el mismo se establecía que todas las categorías de trabajadores rurales, tanto si se tratara de asalariados como de personas que trabajen por cuenta propia, tienen el derecho de constituir (sin autorización previa) las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de estas. Agregaba, además, deberán respetarse plenamente los principios de la libertad sindical y que las organizaciones de trabajadores rurales deberán tener un carácter independiente y voluntario, y permanecer libres de toda injerencia, coerción o represión. Por último, establecía ciertas cuestiones de organización y establecía que los estados parte deberían adoptar medidas para promover la necesidad de fomentar el desarrollo de organizaciones de trabajadores rurales que pueden aportar mejoras en oportunidades, condiciones generales de trabajo y de vida en las regiones rurales, como también para incrementar la renta nacional y lograr una mejor distribución de esta.

(3) OIT, Convenios y recomendaciones, página web: <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm>.

De los 82 Convenios y 2 Protocolos ratificados por Argentina, 61 están en vigor, 9 han sido denunciados, 10 instrumentos abrogados; 1 ha sido ratificado en los últimos 12 meses.

Respecto a los casos que ha recibido la OIT sobre reclamos de ejercicio de libertad sindical en nuestro país, han sido cerrados un total de 177, mientras que actualmente hay 14 casos en seguimiento, ellos son:

CASOS ACTIVOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA		
Caso N°	Fecha de presentación de la queja	Quejosa
3389	03-AGO-20	Central de Trabajadores de la Argentina (CTA de los Trabajadores)
3360	07-DIC-18	SUPOFEFRA Sindicato Único de Puesteros Oulets, Ferias y Paseos de Compras de la República Argentina.
3358	28-FEB-19	SUOEM, Confederación de Trabajadores Municipales de la República Argentina (CTM)
3356	02-ENE-19	CLATE, APCNEAN y ATE
3325	28-AGO-18	Federación Argentina de Trabajadores de Luz y Fuerza y Sindicato de Luz y Fuerza de Río Cuarto
3324	09-AGO-17	Central de Trabajadores de la Argentina (CTA A)
3315	15-FEB-18	Central de Trabajadores de la Argentina Autónoma (CTA-A)
3311	27-SEP-17	Asociación del Personal del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (APINTA)
3308	19-ABR-17	Asociación del Personal Superior de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (APSE) y la Federación Argentina del Personal Superior de la Energía Eléctrica (FAPSEE)
3233	07-JUL-16	(SOMU) Sindicato de Obreros Marítimos Unidos y Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF)
3232	23 —JUN-16	Federación Sindical de Profesionales de la Salud de la República Argentina (FESPROSA)
3225	11-ABR-16	Central de Trabajadores de la Argentina (CTA T)
3192	21-OCT-15	Confederación de Trabajadores de la Educación de la República de Argentina (CTERA)
3141	03-JUN-15	Asociación de Funcionarios Judiciales de la Provincia de Mendoza (AFJM)

En los últimos 18 meses, a falta de información por parte del denunciante o del Gobierno desde que el Comité realizó los exámenes pertinentes, este ha cerrado un total de 4 casos.

III.7. Convenios de la OIT sobre libertad sindical

En el Convenio 87 “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” se establecen los primeros pasos importantes para la libertad sindical plasmados en: el derecho de los trabajadores y de los empleadores de constituir las organizaciones que crean convenientes y de las que pueden afiliarse sin autorización previa; el derecho que tienen las organizaciones de trabajadores y de empleadores de organizarse libremente y que no estén sujetas a disolución por vía administrativa; el derecho de constituir federaciones y confederaciones y poder afiliarse a las mismas y el derecho a que las propias federaciones y confederaciones también pueden afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Por otro lado, el Convenio 98 “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”, protege a los trabajadores contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y amplía los derechos de los trabajadores de manera más abarcativa. Este convenio establece que los trabajadores deben gozar de una protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical, impidiéndole al empleador exigir la condición de que un trabajador no se afilie a un sindicato, o que se desafilie del mismo, o que despida a un empleado por su afiliación sindical o por su participación en actividades sindicales. Indica, además, que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen que estar protegidas ante cualquier injerencia de unas respecto de las otras; como puede ser, la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o por una organización de empleadores, sustentar económicamente, o de alguna otra forma, organizaciones de trabajadores, con el objetivo de tener un control de estas. Por último, establece que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar entre los empleadores, las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Mas adelante, en 1971, la OIT consideró que debía adoptar disposiciones complementarias al Convenio 98, respecto a los representantes de los trabajadores; para lo cual celebró el Convenio 135 “sobre los representantes de los trabajadores”.

En el mismo se establece que los representantes de los trabajadores de una empresa deben tener una protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido debido a su condición de representantes, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical; siempre que actúen de conformidad con las leyes, los contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor. Indica que los representantes de los trabajadores deberán disponer, dentro de la empresa, de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.

En 1981, se llevó a cabo la elaboración del Convenio 154 “Convenio sobre la negociación colectiva”, 1981, al que Argentina ratificó en 1993.

En este convenio se reafirma el pasaje de la Declaración de Filadelfia (4) que reconoce “la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan ... lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”, entendiéndose que tenía que ser plenamente aplicable a todos los pueblos. Es por ello por lo que este convenio resulta muy flexible, permitiendo diversas formas en que se puede aplicar, atendiendo a las diferentes realidades socio-económicas y los diferentes marcos normativos. Es decir que fomenta la negociación colectiva libre y voluntaria.

Otros convenios sobre libertad sindical destinados a un grupo específicos de trabajadores.

Convenio 11 “Convenio sobre el derecho de asociación” (agricultura), dictado en el año 1921, ratificado por nuestro país el 26 mayo de 1936. Este convenio obligaba a que los Estados parte lograran asegurar a todas las personas ocu-

(4) Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), llevada a cabo en Filadelfia, EE.UU., el 10 de mayo de 1944.

padas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria, además, instaba a derogar cualquier disposición legislativa o de otra clase que tuviera por efecto menoscabar dichos derechos en lo que respecta a los trabajadores agrícolas.

Convenio 110 “Convenio sobre las plantaciones”, dictado en el año 1958. En el mismo se define el término plantación comprendiendo a toda empresa agrícola, situada en una zona tropical o subtropical, que ocupe con regularidad a trabajadores asalariados y que principalmente se dedique al cultivo o producción, para fines comerciales de: café, té, caña de azúcar, caucho, plátanos, cacao, coco, maní, algodón, tabaco, fibras (sisal, yute y cáñamo), frutas cítricas, aceite de palma, quina y piña. Aclarando que no resulta aplicable a las empresas familiares o pequeñas empresas que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados. Establece que los Estados podrían extender la aplicación de este Convenio a otras plantaciones, con el requisito de realizar una consulta previa con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas (si existieran tales organizaciones).

En el convenio se establecen los modos de contratación, reclutamiento, salarios, vacaciones anuales pagadas, descanso semanal, protección a la maternidad, indemnización por accidentes de trabajo, derecho de sindicalización y negociación colectiva, libertad sindical, vivienda, asistencia médica, entre otras cuestiones de personas que no ofrezcan espontáneamente sus servicios, ya sea en el lugar de trabajo, en una oficina pública de emigración o de colocación, o en una oficina dirigida por alguna organización patronal y sujeta al control de la autoridad competente.

Obliga a los Estados parte a aplicar las disposiciones en igual medida a todos los trabajadores de las plantaciones, sin distinción de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, tribu o afiliación sindical.

III.8. Recomendaciones de la OIT

Desde sus comienzos, la OIT ha remitido “Recomendaciones”, documentos que configuran una guía para la acción de los gobiernos más

allá de los convenios firmados. Si bien los convenios establecen los principios básicos que deben aplicar los países que lo ratifican, la recomendación correspondiente complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación. Las recomendaciones también pueden ser autónomas, sin estar relacionadas con ningún convenio que, de igual modo, se comunican a todos los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo para su examen y posterior ejecución por medio de la legislación nacional.

Las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical han influenciado e intercedido a los Estados para la eliminación de medidas que impedían el libre ejercicio de la libertad sindical; la puesta en libertad de líderes sindicales en prisión; el reintegro de trabajadores en sus puestos de trabajo; el otorgamiento de personería jurídica y el cese de la intervención de una autoridad en los asuntos internos de las organizaciones de trabajadores; modificación de normativa acorde a los principios de libertad sindical, entre otras cuestiones.

Cabe aclarar que no todas las naciones acatan las recomendaciones, pero estas representan una minoría.

Entre las recomendaciones más destacadas sobre libertad sindical encontramos las siguientes:

Recomendación N° 91 — “Recomendación sobre los contratos colectivos”, en la misma estipula que los Estados deberán establecer sistemas adaptados a las condiciones propias de cada país, por vía contractual o legislativa, (según el método que sea apropiado a las condiciones nacionales), para la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos, o para asistir a las partes en la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos, en los que dichos acuerdos deberían determinar la organización, el funcionamiento y el alcance de tales sistemas. Por otro lado, define el convenio colectivo, sus efectos, extensión e interpretación de estos, estableciendo las formas de control que deben estar garantizados tanto las organizaciones de empleadores y de trabajadores que sean parte en los contratos colectivos, por los organismos

de control existentes, o por organismos constituidos a estos efectos.

Por último, dispone que la legislación nacional pueda establecer medidas para que los empleadores pongan en conocimiento a los trabajadores sobre los convenios colectivos existentes aplicables a su empresa, que se registren o depositar los contratos colectivos (con sus modificaciones) y que se fije un período mínimo durante el cual los contratos colectivos que no contengan disposiciones en contrario deberán considerarse vigentes.

Recomendación N° 92 “Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios”, del año 1951. En la misma se dispone que los Estados parte deberán establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores. Los mismos estarán establecidos sobre una base mixta, con una representación igual de empleadores y de trabajadores a través de un procedimiento gratuito y expeditivo aclarando que todo plazo que prescriba la legislación nacional debería fijarse previamente y reducirse al mínimo.

La conciliación podría ser iniciada por alguna de las partes en conflicto, o de oficio por organismos de conciliación voluntaria, y debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de conciliación, dejando los acuerdos abordados por escrito y con la validez de un contrato celebrado normalmente.

Respecto al Arbitraje Voluntario establece condiciones similares a las mencionadas en el último párrafo y aclara que ninguna de estas medidas debe tomarse ni interpretarse en modo alguno en menoscabo del derecho de huelga.

Recomendación N° 94 “Recomendación sobre la colaboración en el ámbito de la empresa”, del año 1952. La misma establece que los Estados parte deberían tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa sobre cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación co-

lectiva o que normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo.

Recomendación N° 113 “Recomendación sobre la consulta” (ramas de actividad económica y ámbito nacional), del año 1960.

En la misma se dispone que los Estados parte deberían adoptar medidas (apropiadas a las condiciones nacionales) para promover de manera efectiva la consulta y la colaboración, en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional, entre las autoridades y las organizaciones de empleadores y de trabajadores, así como entre las propias organizaciones, a fin de:

- desarrollar la economía en su conjunto o algunas de sus ramas,

- mejorar las condiciones de trabajo y de elevar el nivel de vida,

- examinar cuestiones de interés mutuo y poder llegar a acuerdos o resoluciones en conjunto,

- recabar la información necesaria a través de las opiniones y los intereses de los trabajadores a fin de lograr la preparación y aplicación de la legislación relativa a esos intereses.

- lograr la creación y funcionamiento de organismos nacionales que se ocupen de la organización del empleo, formación y readaptación profesionales, protección de los trabajadores, seguridad e higiene en el trabajo, productividad, seguridad y bienestar social, así como también lograr la elaboración y aplicación de planes de desarrollo económico y social,

- resolver otras cuestiones de interés común que pudieran ser determinadas por las partes.

Recomendación N° 130 “Recomendación sobre el examen de reclamaciones”, del año 1967. La misma establece que los Estados Parte deberán garantizar el derecho a cualquier trabajador que juzgue tener motivos para presentar una reclamación, y que actúe individualmente o junto con otros trabajadores, pudiendo presentar dicha reclamación sin que les cause ningún perjuicio por el hecho de haberla presentado y que

asimismo se examine su reclamación de conformidad con un procedimiento adecuado.

Sugiere que, en la medida de lo posible, las reclamaciones deberían resolverse dentro de la propia empresa y que deberían dar a las partes una garantía completa de objetividad aclarando que ninguna de estas acciones tiene por resultado limitar el derecho del trabajador a acudir directamente, respecto del examen de una reclamación, ante la autoridad competente en materia de trabajo, o ante toda otra autoridad judicial, cuando la legislación nacional le reconozca tal derecho.

Asimismo, dispone que debería intentarse, en primer lugar, que las reclamaciones se resuelvan directamente entre el trabajador interesado, asistido o no, y su jefe inmediato, facilitando en caso de fracaso o cuando el reclamo así lo amerite, que el trabajador tenga derecho de acceder a una examinación por parte de uno o varios niveles superiores. Expone que los procedimientos en todas sus fases deben ser de fácil acceso al trabajador y que se procure efectivamente, intentar llegar a una resolución durante los mismos y que en caso de un fracaso, exista la posibilidad de resolver las reclamaciones definitivamente por medio de uno o varios de los siguientes procedimientos.

-Examen conjunto del caso por las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados.

-Arbitraje voluntario por la persona o personas designadas con el consentimiento del empleador y del trabajador interesados o de sus organizaciones respectivas.

-Conciliación o arbitraje por las autoridades públicas competentes.

-Recurso ante un tribunal de trabajo o ante otra autoridad judicial.

-Cualquier otro procedimiento apropiado, habida cuenta de las condiciones nacionales.

Por otro lado, dicha recomendación enuncia que el trabajador debería disponer del tiempo necesario para participar en los procedimientos mencionados sin implicarle una pérdida de su remuneración.

Recomendación N° 143, "Recomendación sobre los representantes de los trabajadores", del año 1971. La misma establece que la expresión "representantes de los trabajadores" comprende a las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, sean representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o representantes electos (es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa), de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos. Continúa expresando que los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, como el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor y, que en caso de ser necesario, se adopten disposiciones específicas, a modo de garantizar la protección efectiva para dichos representantes.

Por último, indica que las empresas deberán otorgar a los representantes de los trabajadores las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones dentro de la misma.

Recomendación N° 152 "Recomendación sobre la consulta tripartita" (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), del año 1976.

En dicha recomendación se aboga para que los Estados parte establezcan mecanismos tripartitos para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo, para ello, los miembros de la OIT pondrían en práctica procedimientos que aseguren consultas efectivas entre representantes del gobierno, de los empleadores y de los trabajadores, sobre los asuntos relacionados con las actividades de la Organización Internacional del Trabajo. El objetivo que se busca es que a partir del tripartismo conformado por el diálogo y cooperación entre los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, se logren formular normas y políticas orientadas al tratamiento de los asuntos laborales, así

como discutir la puesta en práctica de medidas legislativas o de otra índole para dar efecto a los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo.

Recomendación N° 163 “Recomendación sobre la negociación colectiva”, del año 1981. En este instrumento, se establece que los Estados parte deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para facilitar el establecimiento y expansión, con carácter voluntario, de organizaciones libres, independientes y representativas de empleadores y de trabajadores y para que dichas organizaciones representativas sean reconocidas a los efectos de la negociación colectiva. Agrega además que en los países en que las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, la misma se base en criterios objetivos y previamente definidos; haciendo hincapié en que se faciliten los medios para que se desarrollen las negociaciones y las partes tengan la formación necesaria para llevarlas a cabo. Por último, sugiere adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que los procedimientos de solución de los conflictos del trabajo colaboren con las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga en cualquier momento que sea necesario, aún culminada la negociación.

IV. Normativa nacional

IV.1. Constitución Nacional

En nuestra carta magna, encontramos plasmado el derecho de la libertad sindical en el art. 14 *bis*, que reza “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurará al trabajador:

[...] protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su

gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo [...]

Desde su formulación y hasta la actualidad, ha sido muy discutida la interpretación de estos derechos formulados en el mencionado artículo. Al tener una redacción muy general se fortalece la dualidad de interpretación operativa o programática ya que va más allá de la prohibición de ejercer los derechos enunciados en aquella norma a los trabajadores. Por este motivo ha sido necesario definir y dar alcance de este artículo, a través de otras normas laborales como la LCT “Ley de Contratación de Trabajo” y los convenios colectivos.

Para Gelli, “la Constitución dispone la protección contra el despido sin causa, pero no establece una única forma rígida y explícita de garantía” (5) debido a que no logra asegurar al trabajador “estabilidad propia o absoluta” que llevaría a la restauración de la relación laboral o que se abonen al empleado la totalidad de los salarios caídos correspondientes, desde la fecha del cese y hasta que el mismo pudiese acceder a jubilarse. Lo que se dispone aquí entonces, es la protección al trabajador de los efectos del despido incausado, sin violentar la libertad del empleador o sus posibilidades económicas de conservar o no puestos de trabajo.

Por otro lado, avanzando en la redacción del art. 14 *bis*, la Constitución reconoce a los trabajadores de cualquier gremio o actividad el derecho a formar asociaciones sindicales; ingresar en ellas; participar en su conducción; y renunciar al sindicato sin que ello implique alguna posible consecuencia en la estabilidad de su empleo, o para cualquier otro trabajo futuro.

Respecto a este punto si bien la Constitución garantiza a los *gremios* celebrar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación, al arbitraje y poder llevar a cabo huelgas, la legislación de nuestro país ha interpretado este en sentido restrictivo, ya que restringe el goce y ejercicio de esos derechos a los sindicatos con mayor número de afiliados. Estos sindicatos son reconocidos por el Ministerio de Trabajo que les otorga la personería gremial, pudiendo repre-

(5) GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina", 2008, 4ta edición, Tomo I, p. 200.

sentar al colectivo de trabajadores de ese gremio, el resto de los sindicatos de la minoría que no representan más que a sus asociados, solo obtienen personería jurídica.

Esto ha sido motivo de eternas discusiones ya que con este tipo de “jerarquización” el poder de toma de decisiones y de la representación formal de los trabajadores se concentra en ciertos sindicatos, con marcadas tendencias políticas que se perpetúan en el tiempo, atacando a la pluralidad.

Nuestra carta magna exige a los sindicatos una organización libre y democrática por tal motivo es el Poder Judicial el que puede realizar un control de las elecciones sindicales y amparar a cualquier trabajador a quien se le restringiera algún derecho sindical. Asimismo, la CSJN ha reconocido competencia a la autoridad administrativa laboral para tratar cuestiones referidas a la vida institucional de las Asociaciones Profesionales de Trabajadores, incluidas las elecciones, con posterior revisión judicial ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Si bien esta vía resulta más rápida, también es menos neutral, ya que no estaría garantizando el debido proceso de garantía constitucional.

IV.2. Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales

La Ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, sancionada el 23 de marzo de 1988, adoptó el mismo modelo de la unidad sindical que prevaleció a través de sus antecesoras (leyes 14.455, 20.615, 22.105) y si bien, como mencionamos antes, el art. 14 *bis* de la CN, hace referencia al derecho de los trabajadores a constituir una asociación libre y democrática, reconocida por una *simple inscripción*, en el texto de la ley se dispone que la personería gremial la obtiene solamente el sindicato más representativo, razón por la cual termina restringiendo derechos a las entidades simplemente inscriptas.

En los primeros artículos establece los derechos de los trabajadores y de las asociaciones sindicales (arts. 4º y 5º) y distingue los diferentes tipos de asociaciones sindicales de trabajadores constituidas por: —Trabajadores de una misma actividad o actividades afines, Trabajadores de un mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas; Tra-

bajadores que presten servicios en una misma empresa. A su vez, estas asociaciones pueden asumir como Sindicatos o Uniones; Federaciones, cuando agrupen asociaciones de primer grado; o bien Confederaciones, cuando agrupen a las asociaciones contempladas en los incisos que preceden a este (arts. 10 y 11).

En los siguientes artículos habla de la forma de afiliarse (que luego lo ampliará en su decreto reglamentario) y de los estatutos, dirección, administración, asambleas, congresos de las asociaciones y de la inscripción de las asociaciones ante la autoridad administrativa del trabajo.

En los arts. del 25 al 30 define los requisitos y sus posteriores pasos para obtener la personería gremial, entre ellos y los más importantes, que se encuentre inscripta de acuerdo a lo prescripto en el registro la autoridad administrativa del trabajo haya actuado durante un período no menor de seis [6] meses y que afilie a más de veinte por ciento (20%) de los trabajadores que intente representar. Además, la calificación más representativa se atribuirá a la asociación que cuente con mayor número promedio de afiliados cotizantes, sobre la cantidad promedio de trabajadores que intente representar, entre otras cuestiones que detalla.

En el art. 31 define los derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial, que son:

II-Defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores;

-Participar en instituciones de planificación y control de conformidades con lo que dispongan las normas respectivas;

-Intervenir en negociaciones colectivas y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social;

-Colaborar con el Estado en el estudio y solución de los problemas de los trabajadores;

-Constituir patrimonios de afectación que tendrán los mismos derechos que las cooperativas y mutualidades;

-Administrar sus propias obras sociales y, según el caso, participar en la administración de las creadas por ley o por convenciones colectivas de trabajo.

Ahora bien, en el art. 23 de la ley, se plantea una posible situación donde se autoriza a representar los intereses colectivos, a las asociaciones con personería jurídica cuando no hubiere en la misma actividad o categoría asociación con personería gremial.

De los artículos 47 a 52 define los aspectos de la Tutela Sindical; la Acción judicial sumarísima de amparo sindical (art. 47), el ámbito subjetivo de la tutela (arts. 48 y 50), la estabilidad del representante sindical (art. 52), los requisitos para acceder a la tutela (art. 49), la excepción a la tutela en caso de cese de actividades del establecimiento (art. 51) y el procedimiento judicial de exclusión de tutela (art. 52).

La ley solo establece 2 simples requisitos para que los representantes puedan gozar de los derechos y garantías tutelados respecto a su actividad sindical, que son: observar que su designación se haya efectuado cumpliendo con los recaudos legales y que haya sido comunicada al empleador (probándose mediante telegramas o cartas documento u otra forma escrita).

Destaca que los trabajadores ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial, cargos en organismos que requieran representación gremial, cargos políticos en los poderes públicos, o sean representantes sindicales en la empresa e inclusive, cuando sean candidatos para ocupar un cargo de representación sindical (agregado en el art. 50), al dejar de prestar servicios, tienen el derecho de gozar de licencia automática sin goce de haberes, a una reserva del puesto y a ser reincorporado al finalizar el ejercicio de sus funciones, contando además, con la garantía de que no puedan ser despedidos durante el término de un [1] año a partir de la cesación de sus mandatos, salvo que mediare "justa causa". Tampoco podrían ser suspendidos, ni modificadas sus condiciones de trabajo, ni ser despedidos durante el tiempo que dure el ejercicio de su mandato (además del mencionado año más después de cesar funciones). Estas constituyen verdaderas garantías para el empleado, no

obstante, si se produjeran alguno de estos actos vedados, los mismos resultarían "nulos" o "ineficaces" (6). Esto daría derecho al trabajador afectado a demandar judicialmente, ante el tribunal judicial competente, a través de un procedimiento sumarísimo (art. 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales), la reinstalación de su puesto, con más los salarios caídos durante la tramitación judicial, o el restablecimiento de las condiciones de trabajo.

Este artículo en particular, además faculta al juez a imponer astringentes al empleador, que no se aviniera a reincorporar al trabajador, diseñar nuevamente un régimen de estabilidad que debe ser calificada como propia absoluta, limitada temporalmente, o pro tempore, como afirmaban en tal sentido Herrera y Guisado (7).

La excepción a esta estabilidad, la encontramos en el art. 51 de la ley que dispone que no podrá ser invocada en los casos de cesación de actividades del establecimiento.

A pesar de la estabilidad propia absoluta, la misma ley 23.551 y su decreto reglamentario en cierto modo, "desnaturalizan", tal como afirma Ackerman (8), el sentido de aquella y dejan abierta la posibilidad de que el trabajador, en lugar de recuperar o mantener el empleo además de la función de representación para la que fue elegido, se coloque en situación de despido indirecto y perciba así una indemnización reforzada.

Respecto al despido por "justa causa" de los trabajadores afectados a la representación sindical, cabe decir que el mismo conlleva un proceso de exclusión de tutela, que se encuentra estipulado en el art. 52 de la ley, determinando que deberá haber una resolución judicial previa que los excluya de la garantía, conforme al pro-

(6) SCOTTI, Héctor Jorge, "Algunas características particulares de la acción de exclusión de la tutela sindical", 1998, revista, www.saij.jus.gov.ar.

(7) HERRERA — GUIADO, "Extinción de la relación laboral". Editorial: Astrea, p. 322.

(8) ACKERMAN, Mario, "El Despido. Despido sin justa causa, disciplinario, indirecto, por falta o disminución de trabajo y por fuerza mayor", 2019, p. 447.

cedimiento establecido en el art. 47 de la misma ley (ante el tribunal judicial competente, a través de un procedimiento sumarísimo o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales). En caso de que exista cierto peligro para la seguridad de las personas o bienes de la empresa, en cuanto a la permanencia del trabajador cuestionado en su puesto de trabajo, el empleador podrá solicitar al juez o tribunal interviniente, que disponga de la suspensión de la prestación laboral con el carácter de medida cautelar, esto dentro del plazo de cinco [5] días.

Por otro lado, la ley en su art. 56 establece como autoridad de aplicación de la misma ley, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación quien tendrá las facultades de:

-Inscribir asociaciones, otorgarles personería gremial y llevar los registros respectivos.

-Requerir a las asociaciones sindicales que dejen sin efecto las medidas que importen alguna violación de las disposiciones legales o estatutarias o Incumplimiento a las disposiciones dictadas por la autoridad competente en el ejercicio de facultades legales.

-Petición en sede judicial la suspensión o cancelación de una personería gremial o la intervención de una asociación sindical, ante el incumplimiento de las intimaciones realizadas; cuando haya comprobado que en las asociaciones se ha incurrido en graves irregularidades administrativas. Será parte de la asociación sindical afectada en el proceso judicial debiendo, además, solicitar judicialmente medidas cautelares cuando existiera peligro de serios perjuicios a la asociación sindical o a sus miembros.

-Disponer la convocatoria a elecciones de los cuerpos que estén en gobierno, la administración y la fiscalización de los actos que realicen estos últimos, como así también ejecutar los demás actos que hubiere menester para que mediante el proceso electoral se designen a los integrantes de esos cuerpos. Al efecto asimismo podrán nombrar las personas que deban ejecutar esos actos. Todo ello cuando el órgano de asociación facultado para ejecutarlo, después que hubiese sido intimado para que lo hiciera, dentro de un lapso determinado, incumpliera el requerimiento.

— Designar un funcionario para que efectúe lo que sea necesario o para regularizar la situación en caso de que se produjere un estado de acefalía con relación a la comisión directiva de una asociación sindical de trabajadores y que no se haya previsto el modo de regularizar la situación en su estatuto.

En cuanto al decreto reglamentario 467/1988, regula la forma en que los trabajadores podrán afiliarse y desafiliarse de los sindicatos, estableciendo en su artículo 4 las únicas posibilidades de rechazo de afiliación a un trabajador (Incumplimiento de los requisitos de forma exigidos por los estatutos, no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato; haber sido objeto de expulsión por un sindicato sin que haya transcurrido un año desde la fecha de tal medida; hallarse procesado o haber sido condenado judicialmente por la comisión de un delito en perjuicio de una asociación sindical de trabajadores si no hubiese transcurrido un lapso igual al plazo de prescripción de la pena contado desde que la sanción hubiera terminado de cumplirse). Tanto para la afiliación como para la aceptación de la renuncia se establece un plazo de 30 días en el que deberán expedirse los sindicatos en aceptar o rechazar (solo con un fundamento legítimo). En caso de haberse cumplido el tiempo transcurrido de la renuncia, el trabajador podrá recurrir al empleador a fin de que no se le practiquen retenciones de sus haberes en beneficio de la asociación sindical, que en caso de negativa podrá denunciar esto, ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

También dispone cuestiones respecto al mandato de los delegados y al proceso de selección, en caso de que las asociaciones no lo posean reglamentado en sus estatutos, entre otras cuestiones.

IV.3. Ley 23.592 de "Actos Discriminatorios"

Esta ley, es una norma de alcance general que puede ser aplicada a cualquier rama del Derecho, y que, no habiendo sido diseñada para alguna disciplina específica, (tampoco para el Derecho Laboral) muchas veces se ve cuestionada su aplicación, interpretación y compatibilización con los institutos que regulan la legislación laboral.

Los bienes jurídicos tutelados por la ley que son el derecho a un trato igual y a no ser discriminado, resultan derechos fundamentales, con protección suprallegal y se encuentran tutelados por el *Jus Cogens*.

Respecto a su aplicación, se ha diferenciado los efectos de la ley 23.592 a la figura del art. 47 de la ley 23.551 referido a la práctica antisindical del empleador porque:

mientras este impone el “cese inmediato del comportamiento sindical” la aplicación de la ley 23.592 permite dejar sin efecto el acto discriminatorio (que se materializó en el despido) siendo asimilable a un acto jurídico de objeto prohibido (art. 953 Código Civil) o de abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil) que produce la ineficacia del acto extintivo. De allí que la empleadora no puede invocar el ejercicio de sus naturales facultades rescisorias si el acto tiene por teleología la discriminación (9).

La ley en su art. 1° establece que:

quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados [...] 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.

En los artículos siguientes habla del agravamiento de la pena en los delitos cometidos por persecución u odio, establece penas para aquellos que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad incitando al odio. También obliga a los locales bailables a colocar carteles que visualicen el art. 16 de la CN, estableciendo multas para aquellos propietarios que no lo cumplieren.

(9) CSJN, 13/2012, "Universidad Nacional de Rosario c. Calarota, Luis Raúl s/ Exclusión de tutela sindical" jurisprudencia nacional que aplicó normativa internacional.

Este modelo de representación única, así cómo ha sido planteado en LAS, ha sido muy controvertido desde la jurisprudencia. Tribunales locales como las Salas II, IV y V de dicho Tribunal, han declarado la inconstitucionalidad de los arts. 29 y 30 en reiteradas sentencias.

-Art. 29, “solo podrá otorgarse personería a un sindicato de empresa, cuando no obrare en la zona de actuación y en la actividad o en la categoría una asociación sindical de primer grado o unión” y —art. 30, “Cuando la asociación sindical de trabajadores con personería gremial invista la forma de unión, asociación o sindicato de actividad y la peticionante hubiera adoptado la forma de sindicato de oficio, profesión o categoría, la personería podrá concedérsele si existieran intereses sindicales diferenciados como para justificar una representación específica y se cumplieren los requisitos exigidos por el artículo 25, y siempre que la unión o sindicato preexistente no comprenda en su personería la representación de dichos trabajadores”.

Tal como puede observarse en la sentencia de los autos caratulados “Ministerio De Trabajo c. Unión de Aviadores de Líneas Aéreas s/ Ley de Asoc. Sindicales, de 2011, en lo expresado por los Magistrados Miguel Ángel Pirolo y Miguel Ángel Maza:

Dado que el Convenio 87 de la OIT tiene rango superior a las leyes (e incluso para un importante sector de la doctrina podría también reputarse con jerarquía constitucional, en función de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 8°—, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 22 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16—), cabe concluir que el citado art. 29 de la ley 23.551, en cuanto contraría los principios recogidos por ese Convenio, resulta también contrario al orden normativo establecido por nuestra Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22).

También, referido al art. 30, ya se había pronunciado el Dr. Álvarez, en 2009, en los autos caratulados “Ministerio de Trabajo c. Asoc. Sindical de Intérpretes Masivos s/ Ley de Asoc. Sindicales”, expresando que:

“La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) ha cuestionado lo dispuesto en el art. 30 de la ley 23.551, por ser contrario a las disposiciones del Convenio 87, insistiendo en que las condiciones exigidas para los sindicatos de empresa, de oficio o de categoría puedan obtener la personería gremial son excesivas, entre otros puntos. Estas objeciones no pueden ser desatendidas por los jueces pues, en ausencia de recurso ante la Corte Internacional de Justicia, las observaciones de la CEACR son jurídicamente tan obligatorias en el derecho nacional como lo puede ser el texto mismo del convenio. Por ello, y dado que el Convenio 87 OIT, ratificado por nuestro país, tiene rango superior a las leyes (y para algunos, jerarquía constitucional, en tanto se hallaría integrado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —art. 8°—, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 22 y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 16—), cabe concluir que el art. 30 de la ley 23.551, en cuanto contraría los principios recogidos por ese Convenio, resulta también contrario al orden normativo establecido por la Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22), por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad en este caso concreto **(10)**.

Se ha afirmado además que la tipología prevista por el art. 10 que reza:

Se considerarán asociaciones sindicales de trabajadores las constituidas por: a) Trabajadores de una misma actividad o actividades afines; b) Trabajadores de un mismo oficio, profesión o categoría, aunque se desempeñen en actividades distintas; c) Trabajadores que presten servicios en una misma empresa no presenta una estructura normativa de taxatividad, y así fue expresado por los jueces de Cámara Dra. Ferreirós y Dr. Guisado que manifestaron el dictamen emitido en la causa “Ministerio de Trabajo c. Asoc. Sindical de Intérpretes Masivos s/ Ley de Asoc. Sindicales”:

“La tipología de organización sindical del art. 10 de la ley 23.551 es meramente indicati-

va. De la literalidad de los términos de la norma no parece desprenderse que deba interpretarse necesariamente que esa enumeración sea exhaustiva, pues de haber sido esa la intención del legislador habría utilizado una terminología más enfática (v.gr: 'solo' o 'únicamente'). Se impone armonizar dicho artículo con el art. 2° del Convenio 87, que garantiza a los trabajadores el derecho de 'constituir las organizaciones que estimen convenientes'. De ello se sigue que cabe otorgar a dicho precepto legal un alcance amplio. Por ello, y dado que el Convenio 87, ratificado por nuestro país, tiene rango superior a las leyes, cabe concluir que la interpretación restrictiva del art. 10 de la ley 23.551, en cuanto contraría los principios recogidos por ese Convenio, resulta también contraria al orden normativo establecido por nuestra Constitución Nacional (arts. 31 y 75, inc. 22) **(11)**.

La Sala I, en coherencia con lo dictaminado por el Ministerio Público del Trabajo, ha tachado de inconstitucional el art. 38 de la LAS que reza:

Los empleadores estarán obligados a actuar como “agente de retención” de los importes que, en concepto de cuotas afiliación u otros aportes deban tributar los trabajadores a las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial ...

Esto se refleja a través de la sentencia emitida en boca de los jueces de Cámara Julio Vilela, Gloria M. Pasten de Ishihara que declaraban: “Nuestro país adhirió a la Organización Internacional del Trabajo y ratificó el Convenio 87 de Libertad Sindical, sin embargo, los órganos de control, Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y Recomendaciones de la OIT se han expedido en forma reiterada formulando reiteradas observaciones al art. 38 de la ley 23.551 expresando que la personería gremial confiere a la entidad que la posee, 'considerables privilegios', como 'el hecho de que solo las asociaciones sindicales que disfrutan de la personería gremial pueden cobrar a sus afiliados cuotas, directamente des-

(10) CNTrab., Sd 94635 del 22/04/2010, Sala IV, “Ministerio de Trabajo c. Asoc. Sindical de Intérpretes Masivos s/ Ley de Asoc. Sindicales”.

(11) CNTrab., 24/09/2010, CABA, Sala IV, “Ministerio de Trabajo c. Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/ ley de asociaciones sindicales”. Magistrados: Guisado — Ferreirós, Id SAJJ: FA10040624.

de sus salarios' agregando que 'lo que está en el tapete es el principio de igualdad de tratamiento entre las organizaciones sindicales gremiales y registradas'. Esta observación con cita del caso Rossi (CSJN, fallo 332:2715 del 9/12/2009) fue reiterada por la Comisión de Expertos (Reunión 100, Año 2011) cuestionando por discriminatorio hacia las 'organizaciones sindicales simplemente inscriptas' el art. 38 de la LAS [...] ...no es menos cierto que en este caso en particular, conforme las consideraciones vertidas, el art. 38 de la ley 23.551 vulnera el derecho a la libertad de asociación sindical amparado por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional a la par que resulta contrario a los principios y derechos fundamentales consagrados en el convenio 87 de la OIT" (12).

Tal como se refleja en las sentencias de Cámara analizadas en los párrafos anteriores, el Comité de Libertad Sindical de la O.I.T., consideró que la L.A.S. resulta contraria en ciertos aspectos a lo dispuesto en el Convenio N°87 ratificado por nuestro país y se pronunció al respecto refiriendo:

...La Comisión...insiste en que las condiciones adicionales requeridas para la concesión de la personería gremial a los sindicatos de empresa... son excesivas y en la práctica impiden que estas organizaciones tengan acceso a la personería gremial, privilegiando a las organizaciones sindicales de actividad. En efecto, cuando exista un sindicato de actividad con personería gremial y represente a los trabajadores de ese ámbito, ningún sindicato de empresa...en ese ámbito podrá lograr el reconocimiento de la personería gremial, aunque haya demostrado, de conformidad con el artículo 28, ser el más representativo. Tomando en consideración además los numerosos privilegios que la legislación le otorga a las organizaciones sindicales con personería gremial, la Comisión insiste en que este tipo de disposiciones pueden en la práctica restringir el derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a la de su elec-

(12) CNTrab., 30/08/2012, CABA, Sala 01, "Sindicato de Trabajadores de Salud del Hospital Posadas c. Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación y otro s/ Juicio Sumarísimo", Magistrados: Julio Vilela, Gloria M. Pasten de Ishihara, Id SAJ: FA12040299.

ción, y el derecho de la organización de realizar sus actividades sin injerencia del poder público (13).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en numerosos fallos ha puesto en crisis el modo de entender la mayor representatividad que estipula la LAS y se ha encargado de declarar la inconstitucionalidad de varios artículos de esta ley, que marca un modelo de ejercicio exclusivo o excluyente de derechos, pronunciándose así en numerosos fallos como: ATE (14), Rossi (15), ATE2 (16), entre otros.

En ATE 1, la CSJN realizó un análisis de la normativa internacional en juego, en coordinación con el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, señalando que, conforme la normativa internacional en juego (con especial consideración del Convenio 87 de la OIT).

El art. 41, inc. a de la ley 23.551 viola el derecho a la libertad de asociación sindical amparado tanto por el art. 14 bis de la Constitución Nacional como por las normas de raigambre internacional de las que se ha hecho mérito, en la medida en que exige que los "delegados del personal" y los integrantes de "las comisiones internas y organismos similares" previstos en su art. 40, deban estar afiliados "a la respectiva asociación sindical" con personería gremial y ser elegidos en comicios convocados por esta.

(13) OIT, "Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones — Informe general y observaciones acerca de ciertos países", Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª. reunión, Ginebra, 1999, p. 218.

(14) CSJN, 11 /11/2008, "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales". Magistrados: Ricardo Luis Lorenzetti — Elena I. Highton De Nolasco — Carlos S. Fayt — Enrique Santiago Petracchi — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni, FA08000314.

(15) CSJN, 09/12/2009, "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional — Armada Argentina s/ sumarísimo". Magistrados: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni Voto: Disidencia: Abstención: Argibay, FA09000115.

(16) CSJN, 18/06/2013, "Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad". Magistrados: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, FA13000083.

En Rossi" [...] no cabe sino declarar la inconstitucionalidad del art. 52 de la ley 23.551, en la medida en que excluye a la actora del goce de la tutela otorgada por este último a los representantes de asociaciones con personería gremial, por ser representante (presidenta) de una asociación sindical, Asociación de Profesionales de la Salud del Hospital Naval (PROSANA), la cual, no obstante comprender en su ámbito a la relación de trabajo de dicha representante, tiene el carácter de simplemente inscrita y existe otro sindicato con personería gremial en ese ámbito. Consecuentemente, el fallo apelado habrá de ser revocado, a fin de que se dicte uno nuevo con arreglo al presente".

ATE 2:

El derecho invocado por la coactora ATE de representar los intereses colectivos de los trabajadores municipales a los efectos de promover el reclamo judicial tendiente a la declaración de invalidez del decreto 5/2003 de la Provincia de Salta mediante el cual se había dispuesto una rebaja de las remuneraciones de aquellos, está inequívocamente reconocido por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 87 de la OIT, normas con las cuales es incompatible el precepto legal aplicado por el a quo (art. 31.a de la ley 23.551), en la medida en que los privilegios que en esta materia otorga a las asociaciones con personería gremial, en desmedro de las simplemente inscritas, exceden el margen autorizado por las primeras.

Durante el año 2010, la CSJN, en el fallo Álvarez (17), ordenó que correspondía reinstalar a los trabajadores de la empresa Cencosud que habían sido despedidos con motivo de su actividad sindical, fundando su sentencia en normativa internacional, principalmente la Observación General 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Adicional a

(17) CSJN, CABA, 7/12/2010, Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo" Magistrados: Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni — Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay, Id SAJ: FA10000047.

la CADH Protocolo de San Salvador, el Convenio 158 de la OIT. Pero, además, incorporó la ley 23.592 de Actos Discriminatorios, que a pesar de poseer varias discusiones respecto a su aplicación en el fuero laboral, entendió que la misma, no excluía a los trabajadores:

Corresponde descartar la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo, ya que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprobaban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad.

IV.4. Un giro inesperado

Esta tendencia de la CSJN tuvo un giro inesperado en el fallo ADEMUS, en el cual retrocede sobre sus pasos en las posiciones sentadas en los fallos ATE 1, Rossi, ATE 2 y Orellano, con relación a la libertad sindical. En este caso, ADEMUS un sindicato simplemente inscripto de Salta, en adhesión con ATMCS y STMS otros dos sindicatos en igual situación, iniciaron un amparo contra el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social y la Municipalidad de Salta, solicitando: que se declarara la inconstitucionalidad de la res. 2061/2014, homologatoria del CCT 1413/2014 E y en especial de su art. 131 que concede privilegios a las asociaciones gremiales con personería gremial, incorporando a ADEMUS a la Comisión Negociadora del convenio colectivo; que se tuviera a las demandadas incursas en "prácticas desleales" y por último que se dispusiera el cese de toda conducta antisindical. Como medida cautelar solicitaron que el municipio se abstenga de retener a los trabajadores representados por los sindicatos accionantes el "aporte solidario" previsto en el artículo 131 del CCT 1413/2014 "E".

El Juez de Primera Instancia hizo lugar al amparo por entender que el art. 31 de la ley 23.551 resulta inconstitucional atento a que viola los principios de libertad, pluralidad sindical y no exclusión. La Unión de Trabajadores Municipales de Salta, único sindicato con personería

gremial del sector que suscribió el CCT apeló el decisorio y además solicitó su incorporación al proceso.

Al llegar a la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, la Sala II desestimó el recurso, confirmó el fallo de primera instancia y descalificó la exclusividad prevista en el art. 31, inc. a) de la ley 23.551, por entender que el mismo implica un privilegio en favor de los sindicatos con personería gremial, que excede a una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas. Además, tal como lo hizo el juez en primera instancia, consideró que el CCT 1413/2014 y la resolución que lo homologa 2061/2014 resultaban inconstitucionales, por vulnerar la libertad sindical consagrada en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, al haberse celebrado exclusivamente con del sindicato con personería gremial. Fundamentó su fallo en base a las recomendaciones de la Comisión de Expertos y del Comité de Libertad Sindical de la OIT, del Convenio 87 (OIT) y en la doctrina de los fallos de la Corte ATE 1, Rossi, ATE 2 y Nueva Organización de Trabajadores Estatales.

Al llegar a la CSJN, esta misma se pronuncia de manera inesperada, dejando sin efecto el fallo apelado “pues media en el caso el nexo directo e inmediato entre lo debatido y resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas”. Fundó su fallo indicando que el *a quo* había hecho una interpretación errónea de los alcances del inciso a, del art. 31, aludiendo que este no reglaba la intervención de los sindicatos con personería gremial en las negociaciones colectivas, indicando que el inciso correcto que lo disponía era el inc. “c” del mismo artículo y que en la sentencia, nada se había objetado sobre este. Objetó además la interpretación doctrinaria constitucional realizada respecto a las anteriores posturas de la corte, expresando en el fallo:

La prerrogativa de los sindicatos con personería gremial para “intervenir en las negociaciones colectivas” no está reglada en el art. 31, inc. a, de la ley 23.551, como afirma el a quo, sino específica y concretamente en el inc. c de dicho artículo. Mas respecto a este puntual precepto —inc. c, valga la reiteración— la cámara no efectuó ninguna objeción; en efecto, en ningún tramo de su pronunciamiento, lo examinó a fin

de discernir si resultaba o no compatible con la Norma Fundamental. En esas condiciones, la línea argumental sobre la que se asienta la conclusión del fallo está claramente desprovista de sustento pues no ha sido desarrollada en torno al texto legal que rige el caso. Que resulta evidente, además, que el a quo ha dado a la doctrina constitucional establecida por esta Corte sobre la materia un alcance que no tiene. Ciertamente, en ninguno de los precedentes citados en apoyo de su decisión fue puesta en tela de juicio la potestad conferida a los sindicatos con personería gremial para negociar colectivamente

Esta línea de pensamiento no se observó en el voto en disidencia del Dr. Rosatti que fundó, conforme a los precedentes jurisprudenciales y haciendo hincapié particularmente en las garantías dispuestas por el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional:

Es preciso recordar que en el sistema constitucional argentino las cláusulas de la normativa internacional (y lógicamente sus correlativas interpretaciones) no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional. Así lo expresa con claridad el art. 75, inc. 22, de la Norma Fundamental al establecer que aquellas normas “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En definitiva, el caso sub examine revela que postular el derecho internacional en materia de derechos humanos es siempre más tuitivo que el derecho constitucional en la materia importa consagrar un prejuicio antes que una regla de justicia...

...El régimen legal infra constitucional no puede retacear tales derechos justificándolo “en la mayor representatividad” del sindicato con personería gremial. En el ámbito de la negociación para celebrar convenios colectivos, la “mayor representatividad” de un sindicato debe expresarse en la composición cuantitativa de la mesa paritaria, sin que ello autorice a excluir a los sindicatos menos representativos. De lo contrario se estaría desvirtuando —ministerio *legis*— el perfil democrático que la Constitución explicita en el art. 14 *bis* no solo en referencia a la organización interna de los gremios sino también a la relación intergremial...

En esta posición, y tal como lo sostiene Galíndez (18), nuestro tribunal supremo estaría interpretando a la “prioridad” que mencionan los órganos de la OIT, en materia de negociación colectiva como “exclusividad” de ejercicio por parte de aquellos sindicatos que obtuvieron la personería gremial. La prioridad del sindicato más representativo, tal como lo expresó el Dr. Rosatti en su voto, se refiere a su composición cuantitativa (proporcional o numérica) que tendrá en la mesa negociadora, lo que se traduce en mayor poder de influencia y no, como interpretó erróneamente nuestro tribunal supremo, en la exclusión de los demás sindicatos (simplemente inscriptos) del ámbito de la negociación.

V. Análisis del fallo Caralota /Universidad de Rosario, CSJN

El Sr. Caralota se desempeñaba como docente de la Escuela de Arte de la Facultad de Humanidades, perteneciente a la Universidad Nacional de Rosario, además, era delegado de COAD, un sindicato que representa a los docentes universitarios de Rosario, y militante del Partido Obrero. El docente luego de haber sido evaluado en forma negativa fue despedido, pero frente a un reclamo administrativo tuvo que ser restituido. Bajo el argumento de que el desempeño del profesor Luis Raúl Calarota era deficiente, la Universidad Nacional de Rosario solicitó que se levantara la tutela sindical otorgada por la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales, a raíz de ejercer como dirigente gremial. Posteriormente, la Cámara Federal de Rosario admitió el pedido, afirmando que solamente correspondía efectuar un examen preliminar de las circunstancias del caso, debido a que “a su entender”, bastaba con que fuera verosímil la afirmación de que el desempeño del profesor era deficiente para quitarle el amparo de la ley sindical y, en consecuencia, que la UNR quedaría avalada para tomar las medidas que estimara pertinentes en cuanto a la continuidad de su cargo docente.

Finalmente, ante el recurso de queja presentado por la parte actora, la Corte Suprema de

(18) Galíndez L. V. "Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Ademus" sobre titularidad del derecho a negociar colectivamente", Revista IDEIDES N° 54, noviembre 2020.

Justicia de la Nación dejó sin efecto la decisión de la Cámara.

En el sumario del fallo se puede leer:

“No es óbice para la apertura de la instancia extraordinaria el hecho de que hayan expirado hace tiempo los mandatos gremiales del demandado mencionados en las actuaciones ya que, en atención al carácter transitorio de los mismos, resulta dificultoso que las cuestiones donde está comprometida la plena eficacia del régimen de tutela de la estabilidad en el empleo de los representantes sindicales que estableció la ley 23.551 para implementar una de las garantías fundamentales otorgadas por la Constitución Nacional, lleguen a conocimiento de la Corte sin haberse vuelto abstractas. De modo que corresponde admitir el remedio federal a fin de que no se frustre el rol de esta Corte como garante supremo de los derechos humanos en esta clase de casos en los que parece evidente que las circunstancias bajo examen son susceptibles de repetición” (19).

En el desarrollo del fallo continúa la fundamentación, después de hablar del art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional basándose en la normativa internacional, mencionando el Convenio 135 sobre representantes de los trabajadores, que fue adoptado por la OIT en 1971 y aprobado por nuestro país mediante la ley 25.801, en su art. 1° que:

deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor.

Prosigue haciendo mención de la recomendación 143 de la OIT, promulgada ese mismo año como complemento de los establecido en el convenio, en la que se sugiere que los países dicten normativas específicas para garantizar la protección efectiva de los representantes de los trabajadores, que, ante la situación de despi-

(19) Fallos: 310:819; 324:4061 y 335:197.

do brinden definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación laboral, incluyendo una posible exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado que actúa en forma imparcial.

Avanzando en la fundamentación, continúa haciendo mención de la labor del Comité de Libertad Sindical de la OIT quien ha dicho que:

Uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo, tales como el despido, descenso de grado y otras medidas perjudiciales.

El fallo prosigue ahora con la ley 23.551 en los términos que disponen los arts. 48 y 52:

[...] si la garantía consiste, precisamente, en que no caben tales medidas “salvo que mediare justa causa,” es indudable que la resolución judicial previa a la que alude el art. 52 solo puede excluir dicha garantía a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque. Comprobación que, huelga decirlo, solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían, evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada con el despido, la suspensión o la modificación contractual de que se trate. En consecuencia, resulta evidente que la interpretación que efectuó al a quo acerca de los requisitos y alcances de la acción de levantamiento de la tutela sindical no se compadece con los textos normativos en juego, ni con el fin que persiguió el legislador al dictarlos que no es otro que el de preservar a los representantes sindicales de cualquier acto patronal de represalia explícita o encubierta que pudiera afectar su situación de empleo exigiéndole al empleador la previa demostración en sede judicial de que media una causa justificada para la adopción de medidas que impliquen la modificación, suspensión o extinción de la relación laboral

Caralota sostenía que la evaluación docente que motivó la demanda de exclusión sindical se basó en argumentos falsos que respondían a

la intención encubierta de impedir la actividad sindical considerando arbitrario que se lo haya calificado negativamente por no tener título de grado ya que tampoco tenía este título al momento de concursar para el cargo docente y que tampoco podría haber realizado los estudios de posgrado porque no se puede acceder a ellos sin título de grado. Agregó que resulta desacertado que se lo haya evaluado negativamente por no registrar dirección de investigadores y becarios, ya que los docentes de dedicación simple no tienen la obligación de realizar esas tareas. Rechazó la afirmación de la comisión sobre la falta de producción artística y detalló la actividad que realizó durante los últimos años, sostuvo que la sentencia en crisis no valoró la prueba testimonial donde se probaba que era discriminado por su actividad política, afirmando que la exclusión de la tutela sindical se otorgó de modo genérico sin especificar los cargos gremiales afectados.

Analizando este punto, debemos decir que la CSJN hizo una interpretación profunda del espíritu protectorio que quiso darle el legislador al art 52 de la ley 23.511, al trabajador que ocupa o es candidato de un cargo sindical ya que no basta con que se inicie el proceso de exclusión de la tutela sindical, sino que además el empleador debe justificar fehacientemente la justa causa que invoca en el pedido.

Respecto al despido por justa causa, el art. 242 de la LCT dispone:

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* [...].

Deteniéndonos en esta última frase y analizando las pruebas que Caralota presentó en el proceso podemos decir que la relación laboral no se vio afectada por el docente de manera tal que tornara imposible la prosecución de sus tareas. Si bien obtuvo dos evaluaciones negativas, los criterios de las evaluaciones no resultaban acordes a los términos en los que fue contratado, ya que al tomar el cargo el docente no le exigieron que poseyera título de grado, por tal, su posterior exigencia podría encuadrarse en un

ius variandi injustificado. Y para más, el art. 242 de LCT prosigue:

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.

Cabe decir que el legislador, sabiamente, dejó plasmado en este artículo, la esencia del principio de razonabilidad, a fin de que operara “como filtro en la aplicación de interpretaciones *disvaliosas* de una norma o de determinadas situaciones” (20); que claramente no primó en el primer decisorio de este caso.

Por otro lado, la doctrina ha interpretado que, al analizar una justa causa, los magistrados deben valorar ciertos parámetros, entre ellos que:

— La injuria puede estar tanto de orden patrimonial como moral y no requiere dolo, resulta suficiente que lesionen los intereses legítimos de las partes y sea lo *suficientemente grave* para impedir la continuación de la relación laboral.

-debe ser valorada en relación con el contexto laboral y sociocultural en el cual se produce.

-siempre debe existir un hecho puntual que decida el distracto. Los hechos anteriores sancionados se pueden invocar como antecedentes, pero no así los no sancionados.

-si se trata de un trabajador con varios años de antigüedad que nunca fue sancionado la gravedad de la injuria debe ser valorada más estrictamente.

En palabras de Monzón:

El comportamiento laboral precedente del trabajador es siempre —salvo supuestos de extrema gravedad— uno de los parámetros de la decisión disciplinaria o extintiva (despido con invocación de justa causa) del empleador.

Resulta evidente que la parte actora no pudo probar la justa causa en los términos que tanto

(20) GRISOLIA, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", segunda edición, p. 90.

la doctrina como la ley lo consideran y que, de más está decir, la Cámara se limitó a efectuar un examen superficial del caso para señalar simplemente que el motivo invocado por la Universidad era verosímil.

En referencia a lo planteado anteriormente y ofreciendo una mirada más incisiva aún, para revocar el fallo, el Magistrado Rosatti, plasmó en su voto:

El a quo no ha dado debida respuesta a los planteos del demandado vinculados a esa cuestión al descartar, en forma dogmática, la fuerza probatoria de diversos elementos de juicio anejados en la causa. En tal sentido se destaca la ausencia, por un lado, de un análisis detenido de la prueba testifical obrante y, por el otro, de un examen conjunto de aquella con el resto del material probatorio a fin de esclarecer la conducta atribuible a las partes y proceder a su calificación jurídica.

En concreto: lo que debe analizar el tribunal en primer lugar —y a la luz de los elementos de juicio que omitió examinar— es la existencia o inexistencia de un acto discriminatorio.

La exclusión de la tutela sindical constituye una restricción al empleador al derecho de dirección, poder disciplinario y de rescisión, donde el bien jurídico protegido resulta en la posibilidad del trabajador de ejercer la actividad sindical libre. Es una garantía de cumplimiento de la disposición constitucional y, por tanto, de aseguramiento de la paz social. La acción no tiene por finalidad excluir a un delegado sindical de un fuero, sino que busca la exclusión de la garantía legal para una sanción o disposición patronal *determinada y específica* (21).

Cabe aclarar que mientras dure el proceso de exclusión de tutela, el trabajador puede ejercer sus atribuciones gremiales. Esto es así porque no se trata de una cuestión individual, como erróneamente se cree, sino que, en palabras del Dr. Maddaloni (22), “este pedido entra en el

(21) RODRÍGUEZ, O. Enrique — RECALDE, Héctor P. (1989): "Nuevo Régimen de Asociaciones Sindicales". S. I., Gizeh, p. 247.

(22) Dr. Osvaldo Maddaloni: Aspectos prácticos de la exclusión de la tutela sindical. 13° Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo Virtual 2021, día 2.

marco del derecho colectivo porque la posibilidad de que ese delegado deje de serlo y quede fuera de la empresa por ese despido, es algo que involucra al conjunto de los trabajadores”.

Scotti señala que al promover la demanda de exclusión de la tutela, el empleador debe individualizar claramente cual, dentro del espectro que le otorgan la ley y en algunos casos las convenciones colectivas, es la medida que desea adoptar (así fuere la resolución del vínculo, una sanción disciplinaria o determinada modificación de las condiciones de labor), estando facultado el juez, tal como sostiene Etala, a requerir esa precisión (si no consta en la presentación inicial) como paso previo a disponer el traslado de la acción. En caso de que el magistrado, ante esa falencia, hubiera omitido en su momento el requerimiento aludido, lo correcto sería desestimar la pretensión.

No podría convalidarse judicialmente una medida cuyo contenido se desconoce, entendiendo que hay una gran diferencia entre las posibles acciones sancionatorias por las que podría optar el empleador ante el incumplimiento en el que puede haber incurrido el trabajador y por supuesto, no es lo mismo una suspensión disciplinaria, que un despido.

Así lo entendió la corte en este fallo y precisamente lo expresa en la frase anteriormente mencionada:

“solo puede excluir dicha garantía a partir de una cabal comprobación del motivo justificado que el empleador invoque. Comprobación que, huelga decirlo, solamente puede hacerse a partir de una concreta especificación en la demanda de la medida que se pretende adoptar, pues de otro modo los jueces no podrían, evaluar si las razones que se alegan guardan relación o proporción adecuada [...]”.

La medida disciplinaria tiene que guardar proporcionalidad con las acciones que se quieren sancionar.

Además, que el empleador una vez que se le concediera lo requerido, no puede invocar motivaciones que no hayan sido expresadas literalmente en el pedido de exclusión de la tutela. Es decir que la decisión sancionatoria que aplique

posteriormente el empleador debe estar necesariamente vinculada con los extremos alegados ante el órgano judicial para obtenerla.

VI. Conclusión

En la investigación realizada a lo largo de este trabajo se ha observado que, si bien es vasta la normativa internacional con jerarquía superior a las leyes nacionales, también se cuenta con un gran bagaje de protección que ofrece el art. 14 *bis* de nuestra Constitución Nacional, así como la totalidad de instrumentos ratificados que configuran el bloque constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22. Asimismo, encontramos leyes como la 23.592 de “Actos Discriminatorios” que, si bien no fue creada para aplicarse exclusivamente en el ámbito laboral, tampoco podemos afirmar que excluye al mismo, ya que se trata de una ley de alcance general.

Por otro lado, la ley 23.551 de “Asociaciones Sindicales” (LAS) marcó un camino diferenciado entre aquellos sindicatos simplemente inscriptos de los que tienen personería gremial, otorgándoles derechos exclusivos a estos últimos e interpretando de modo restrictivo, y sí se quiere erróneo, lo dispuesto por toda la normativa con garantía institucional. A pesar de esto, hay que reconocer que dicha ley ha intentado proteger y darle una tutela especial al trabajador que se desempeña como delegado, representante o candidato de un sindicato, a fin de que pueda desplegar sus actividades gremiales libremente, sin que esto afecte la estabilidad laboral. Es importante aclarar que parte de la doctrina, sostiene que la LAS no ha logrado una tutela sindical en forma eficaz y aún hoy sigue cuestionando los alcances de esta norma, ante reiterados fallos contradictorios que, amparados en despidos con invocación de causa justa, encubren verdaderos actos de represión o discriminación sindical.

La jurisprudencia, entonces se ha encargado en reiterados fallos de declarar la inconstitucionalidad de los arts. 41, 31 inc. a, 38 y 52 entre otros, entendiendo que los mismos contrarían, no solo la Constitución nacional sino a los convenios y pactos internacionales ratificados por nuestro país.

Y si bien nuestro más alto tribunal no siempre ha mantenido el mismo criterio, como pudimos apreciar en el fallo ADEMUS, en el cual se utilizó una interpretación restrictiva y alejada del espíritu de la normativa suprema, en general se observa una evolución en cuanto a la aplicación de instrumentos internacionales vigentes. En especial los convenios 87 “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, N° 135 “Convenio sobre los representantes de los trabajadores y Recomendación 143 “sobre los representantes de los trabajadores” de la OIT. También se observa una evolución en cuanto a la aplicación de la ley 23.592 de Actos Discriminatorios a los fallos laborales. Esto ha dado lugar a un crecimiento sucesivo en cuanto al reconocimiento y protección de los derechos de los trabajadores en materia de libertad sindical, que, aunque aún no resulta suficiente, sigue siendo positivo.

VII. Bibliografía

Libros

-ACKERMAN, Mario, “El Despido. Despido sin justa causa, disciplinario, indirecto, por falta o disminución de trabajo y por fuerza mayor”. Rubinzal Culzoni, 2019.

-CORNAGLIA, Ricardo, “Derecho sindical”, Editorial La Ley, 2da. edición, 2010.

-*Dossier asociaciones sindicales. Selección de Jurisprudencia y Doctrina*. Sistema argentino de información jurídica, 2021.

-FERREIRÓS, Estela, “Daño producido por el despido y su reparación”, Hammurabi, 2009.

-GÓMEZ CARELLI D. — VALLEJOS TRESSENS, C., “Derecho de las Asociaciones Sindicales”. Editorial Contexto, 2021.

-GRISOLIA, Julio A., “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Depalma, segunda edición, 1999.

-GRISOLIA, Julio A., “Ley de contrato de trabajo comentada”. Editorial Estudio 2020.

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

-GRISOLIA, Julio A. — AHUAD, Ernesto J., “Guía Práctica profesional”. El Despido, Editorial Estudio SA, 7ma. Edición, 2020.

-HERRERA — GUIADO, “Extinción de la relación laboral”. Editorial Astrea, 2015.

-OIT, “Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones — Informe general y observaciones acerca de ciertos países”, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, 1999.

-RODRÍGUEZ, O. Enrique, — RECALDE, Héctor P. (1989): “Nuevo Régimen de Asociaciones Sindicales”. S. I., Gizeh.

-RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Libertad Sindical”. Ed. Astrea, 2016.

Páginas web

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/image/wcms_088458.pdf.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_813444.pdf

<https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour---standards/conventions-and-recommendations/lang--es/index.htm>

Revistas

-Galíndez, L. V. “Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Ademus” sobre titularidad del derecho a negociar colectivamente”, Revista IDEIDES N° 54, noviembre 2020.

-SCOTTI, Héctor Jorge, “Algunas características particulares de la acción de exclusión de la tutela sindical”, 1998, revista, www.saij.jus.gov.ar.

Jurisprudenciada

-CNTrab., Sala IV, 22/04/2010, “Ministerio De Trabajo c. Asoc. Sindical de Interpretes Masivos s/ Ley de Asoc. Sindicales”, Sd 94635.

-CNTrab., CABA, Sala IV, 24/09/2010, “Ministerio de Trabajo c. Asociación del Personal Jerárquico del Jockey Club s/ ley de asociaciones sindicales”. Magistrados: Guisado — Ferreirós. Id SAIJ: FA10040624.

-CNTrab., CABA, Sala 01, 30/08/2012, “Sindicato de Trabajadores de Salud del Hospital Posadas c. Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía y Producción de la Nación y otro s/ Juicio Sumarísimo”. Magistrados: Julio Vilela, Gloria M. Pasten de Ishihara. Id SAIJ: FA12040299.

-CSJN, 11/11/2008, “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”. Magistrados: Ricardo Luis Lorenzetti — Elena I. Highton De Nolasco — Carlos S. Fayt — Enrique Santiago Petracchi — Juan Carlos Maqueda — E. Raúl Zaffaroni, FA08000314.

-CSJN, 09/12/2009, “Rossi, Adriana María c. Estado Nacional — Armada Argentina s/ sumarísimo”. Magistrados: Mayoría: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda,

Zaffaroni Voto: Disidencia: Abstención: Argibay, FA09000115.

— CSJN, CABA, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA s/ acción de amparo”. Magistrados: Mayoría: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni — Disidencia: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Argibay Id SAIJ: FA10000047.

-CSJN, 13/2012, “Universidad Nacional de Rosario c. Calarota, Luis Raúl s/ Exclusión de tutela sindical”.

-CSJN, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad” . Magistrados: Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, FA13000083.

Otros

-Dr. Osvaldo Maddaloni, “Aspectos prácticos de la exclusión de la tutela sindical”. 13° Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo Virtual 2021, segundo encuentro.

La acción de accidente de trabajo o enfermedad profesional en el caso del trabajador sin registro

Emilio E. Romualdi

Uno de los problemas que han generado alguna duda es cual es el objeto y las legitimidades pasivas en el caso de una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

Ello en el marco de lo dispuesto por el art. 1° de la ley 27.348 en su tercer párrafo que dispone que los trabajadores vinculados por relaciones laborales no registradas con empleadores alcanzados por lo estatuido en el apartado primero del art. 28 de la ley 24.557 no están obligados a cumplir con el trámite obligatorio administrativo ante las comisiones médicas y cuentan con la vía judicial expedita.

La solución de la norma en este sentido aparece como lógica dado que cuando la ausencia de registro es total se requiere una previa determinación sobre la existencia del contrato de trabajo para que consecuentemente sea aplicable la normativa laboral.

En este contexto es claro que el empleador debe ser demandado en los términos de determinar la existencia del contrato de trabajo y la determinación del Ingreso Básico Mensual que deberá ser tomado en cuenta en la fórmula polinómica prevista en los arts. 14 y 15 de la ley 24.557.

Más aún, me parece que en ese contexto se torna inaplicable la denominada “opción civil” prevista en el art. 4 de la ley 26.773 dado que el actor podría accionar directamente contra el

empleador con fuente en el Código Civil y Comercial y contra la aseguradora para que responda en los límites de la ley 24.557.

Ello así, dado que conforme las disposiciones de la ley 26.773 efectuada la opción civil la aseguradora responde en el marco de la ley de riesgos en el proceso civil debiendo deducirse de la indemnización a cargo del empleador el monto a cargo de la ART.

Me parece que sería irrazonable exigir un proceso para determinar la existencia de la relación laboral y el salario de la misma para que luego —si el empleador tuviera ART— se siga el procedimiento de la ley 24.557. En este contexto se mantiene la acumulación de acciones establecido por la jurisprudencia con anterioridad a vigencia de la ley 26.773.

Ahora bien, retomando el caso de que la acción sea intrasistémica si el empleador tiene contratada una ART esta responde en los términos del art. 28 párrafo segundo de la ley 24.557 más allá de la acción de regreso que tuviese con quien omitió inscribir y declarar al trabajador.

Es decir, en una misma acción se legitima a dos partes que no responden solidariamente sino cada una en el marco o límites que fueron legitimadas pasivamente.

Con el empleador, como dije, se discute la naturaleza de la relación —si es laboral o no— y el valor del Ingreso Básico Mensual.

Con la Aseguradora de Riesgos del Trabajo se discute el accidente de trabajo o la exposición al riesgo que generó la patología. Si es una enfermedad listada prevista en el dec. 658/1996 con la acreditación de la exposición al riesgo ya está configurada la relación causal. Si no lo está hay que establecer la relación causal y la patología más allá que, a diferencia de un trabajador registrado, no hay distinción en la tramitación de ambos casos dado que son acciones judiciales plenas conforme la normativa de cada provincia.

Si es autoasegurado o no tiene ART la acción es solo con el empleador por la totalidad de las pretensiones procesales.

Es más, aún en el caso de existencia de una ART conforme lo dispone el art. 1711 del CCyC (1), veo posible una acción preventiva en el marco de las acciones previstas en cada ordenamiento procesal a fin de que se ordene el otorgamiento por parte de la ART de las prestaciones médicas con las contracautelas que el juez estime conveniente requerir conforme su ordenamiento procesal.

Simplemente hay que recordar que el principio de prevención constituye un mandato indeterminado, que deberá concretarse en cada caso, según sus particularidades y que tiende a hacer efectivo el deber general de no dañar (art. 1716) y el particular de no dañar en el caso concreto cuando —pudiendo— no se evitó el daño (art. 1710). El no otorgamiento de una acción preventiva podría producir un daño mayor y por tanto resulta de necesario otorgamiento conforme fura reconocido por la corte en el precedente “Camacho Acosta” (2) aún con la vigencia del Código Civil ley 340.

(1) Artículo 1711. La acción preventiva 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.

(2) CSJN, 7/08/1997, "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros. s/ Daños y perjuicios".

En este caso la acción preventiva se dirigirá contra la ART si el empleador contaba con una o contra el empleador si no contaba con ninguna.

Esta situación es distinta al caso de la existencia pagos parciales sin registro, deuda salarial por cualquier motivo, subcategorización, etc., a la que alude el art. 5° de la resolución 899-E/2017. Ello así porque en este caso hay que hacer el trámite único y excluyente en las comisiones médicas y el trabajador deberá seguir una acción judicial contra el empleador —exclusivamente— para establecer el valor del Ingreso Básico Mensuales.

En el caso del trabajador no registrado el plazo para iniciar la acción es claramente la de prescripción de las acciones laborales que deben computarse desde la existencia del accidente o primera manifestación invalidante de la enfermedad. Ello así, dado que al no haber prestaciones dinerarias por ausencia de reconocimiento de ese derecho a priori no se aplica el precedente Calderón (3) que establece como fecha de cómputo del plazo el de alta médica del trabajador/ra.

En definitiva, es imperioso comprender las legitimidades pasivas en este caso. El empleador conforme art. 28 de la ley 24.557 nunca está legitimado pasivamente para responder por las prestaciones de la ley 24.557 salvo que sea no asegurado o autoasegurado. En los demás casos responde la ART con quien se discute el accidente o enfermedad y con el empleador la existencia del contrato de trabajo y el valor del IBM.

Claramente son acciones que deben acumularse y tratarse en un expediente judicial único. Es importante comprender bien las legitimidades pasivas para evitar soportar costas innecesarias.

La acción de repetición de la aseguradora el empleador es competencia de la justicia civil conforme lo resuelto por la CSJN en el precedente “Asociart” (4) y el trabajador es ajeno a ella.

(3) CSJN, 24/04/2014, "Calderón, Celia Marta c. Asociart ART SA s/ accidente".

(4) CSJN, 26/09/2017, Asociart SA ART c. Bosan SA.

JURISPRUDENCIA DESTACADA

ACCIÓN CIVIL

Enfermedad profesional. Relación de causalidad entre la afección y las tareas llevadas a cabo por el trabajador. Responsabilidad civil del empleador. Inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT. Responsabilidad civil de la ART.

1. — Acreditado que el trabajador, quien se desempeñó para la firma demandada como profesor de educación física, durante más de cuatro años, ejecutaba tareas de esfuerzo físico consistentes en levantar, trasladar y acomodar elementos del gimnasio de gran peso, corresponde concluir que la incapacidad que presenta guarda relación de causalidad adecuada con el riesgo generado por dichas tareas, resultando responsable el empleador en los términos del art 1113 del Código Civil.
2. — La exención a los empleadores de responsabilidad civil frente a los trabajadores y a los derechohabientes de éstos que —como regla— establece el art. 39 de la LRT, importa colocar a las víctimas de infortunios laborales o de enfermedades profesionales en una situación desventajosa en relación con el resto de los ciudadanos en tanto que la indemnización que ella consagra sólo contempla la pérdida de capacidad de ganancia de aquéllos —según el tope que el régimen especial vigente al momento de los hechos establecía— y los excluye de la reparación integral que el derecho común prevé, solución que resulta injustificadamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional por vulnerar el derecho de igualdad (art. 14 de la Constitución Nacional).
3. — Toda vez que ningún elemento de juicio acompañó la ART demandada a los efectos de revertir los incumplimientos y omisiones inculpadas, corresponde confirmar la condena con fundamento en el art. 1074 del CCN, por la incapacidad que padece el trabajador con motivo de las tareas prestadas para su empleador.

CNTrab., sala I, 11/02/2022. — BOSCARO NESTOR LEONARDO c. GIMNASIOS ARGENTINOS SA Y OTRO s/ACCIDENTE — ACCION CIVIL.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3911/2022]

Expte. n° CNT 018886/2014/CA001

Buenos Aires, 11 de febrero de 2022.

La Dra. María Cecilia Hockl dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 462/468I, apelan Provincia ART SA con fecha 19/08/20, Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, el 19/08/20 y el actor, el 18/08/20.

De su lado, el perito ingeniero y la representación letrada del actor se alzan contra los honorarios que le fueron regulados, por estimarlos reducidos.

II. Tengo presente que el Sr. Boscaro inició la presente acción contra Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, y Provincia ART, con fundamento en el derecho común, por las enfermedades profesionales que alegó padecer como consecuencia de tareas desarrolladas para la primera de ellas.

En tal sentido, observo que la Sra. Jueza *a quo* hizo lugar al reclamo interpuesto por el accionante con fundamento en el derecho común. Para así decidir, tuvo por acreditado —en base al peritaje médico y las declaraciones testificales— que el Sr. Boscaro padece un 37% de incapacidad psicofísica como consecuencia de las tareas desarrolladas para su empleadora, a quien condenó a abonar al accionante la indemnización que dispuso, en razón de lo establecido en el art. 1113 del Código Civil de la Nación, aplicable al sub lite.

Por otro lado, consideró que Provincia ART SA incumplió los deberes de prevención que se encontraban a su cargo, conforme la LRT, y —en consecuencia— la condenó a abonar la reparación integral al actor, con fundamento en el art. 1074 del CCN.

III. El Sr. Boscaro cuestiona “a) la agrupación de los rubros indemnizatorios en un solo rubro omnicompreensivo, b) la estipulación de una indemnización global, su exiguo monto y la falta de una reparación integral, c) la falta de discriminación y trato del rubro incapacidad sobreviviente, d) la falta de discriminación y trato del rubro pérdida de chance, e) la falta de discriminación y trato de los rubros relativos a las erogaciones por traslados, y gastos médicos realizados y a realizarse en el futuro, f) la falta de discriminación y trato del rubro lucro cesante, g) la falta de discriminación de los gastos de tratamiento psicológico, h) el

exiguo monto fijado en concepto de reparación por daño moral, i) alta de tratamiento de lo peticionado en el pto. XVI relativo al pedido de inconstitucionalidad de la ley 24.432 y/o cualquier otra norma que limite el porcentaje por el cual podrán fijarse honorarios, y j) las regulaciones de honorarios practicadas en autos” (v. memorial de agravios del accionante).

De su lado, Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, controvierte la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y en consecuencia, la condena dispuesta con fundamento en el derecho común, el daño físico y psicológico determinado, el monto de la indemnización fijada, el daño moral establecido en la sentencia y finalmente, la distribución de costas y la regulación de honorarios.

Finalmente, Provincia ART resiste la condena en su contra con fundamento en el art. 1074 del CCN, la determinación del daño material y moral y por los honorarios regulados a los profesionales intervinientes.

IV. Para dar un adecuado tratamiento a los cuestionamientos articulados por las partes, estimo conveniente examinar, en primer lugar, los agravios relativos a la responsabilidad atribuida a las codeemandadas.

Ante todo, pongo de relieve que no se encuentra discutido en autos que el accionante comenzó a prestar servicios para la codeemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, el 01/02/2008, ejerciendo la actividad de profesor de educación física. El Sr. Boscaro alegó en su demanda que sus tareas consistieron en la de instrucción —destinada a los clientes de su empleadora— de los entrenamientos correspondientes. Sostuvo que al finalizar cada día, debía acomodar los distintos elementos del gimnasio, de gran peso —para lo cual debía alzarlos y trasladarlos, adoptando posturas anti-ergonómicas—.

Dichas tareas de esfuerzo han quedado corroboradas mediante las declaraciones testificales rendidas en la causa y el peritaje técnico. Obsérvese que Villa (v. fs. 216/217), Stefan (v. fs. 240/242) y Domínguez (fs. 245/246) declararon que el actor “mantenía la sala de musculación ordenada, acomodaba discos, barras, mancuernas, que eran discos de función de 20 kilos, de 15, barras de 15, 20 kilos, mancuernas de 16, 20 kilos..”, que debía “mantener el orden de la sala del gimnasio, tenía que acomodar todo, que estaba todo lleno de discos, barras, mancuernas, quedaba todo tirado por todos lados, que [pesaban] desde 3 kilos hasta 30 kilos, los discos hasta 20 kilos (...)” y “era el encargado de la sala de musculación (...) se encargaba del orden, ordenaba las mancuernas, que pueden pesar hasta 30 kilos, tenía que ordenar los discos que pesaban hasta 20 kilos, que esos discos van en las barras ...”. El perito

ingeniero (v. fs. 420/425), de su lado, informó que los elementos constatados en el gimnasio peritado pesaban hasta 32 kg., y que observó al encargado recoger una mancuerna que se encontraba en el piso y colocarla en su lugar.

Por su parte, el perito médico informó que el accionante padece discopatía cervical (hernias) en C5-C6, C6-C7, con mareos, cefaleas, hormigueos y pérdida de fuerza en miembro superior izquierdo (v. fs. 149 y vta.).

Sobre tales bases, pongo de relieve que la sentenciante de grado —luego de determinar que la veda al acceso de la vía civil impuesta por el art. 39 de la LRT se presentaba como violatoria de la garantía de igualdad impuesta por el art. 16 de la Constitución Nacional y de la protección que las leyes deben proporcionar al trabajador— consideró que habían quedado acreditados los presupuestos de la responsabilidad civil exigidos por el art. 1113 del Código Civil de la Nación. Tal decisión será confirmada por mi intermedio.

Digo así, pues de los elementos de prueba reseñados surge de manera certera y concluyente que el accionante, quien se desempeñó para la codeemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, durante más de cuatro años, ejecutaba tareas de esfuerzo físico (levantar, trasladar y acomodar elementos del gimnasio de gran peso). En consecuencia, de los hechos comprobados de la causa resulta —sin hesitación— que la incapacidad que presenta el Sr. Boscaro, aspecto sobre el que volveré, guarda relación de causalidad adecuada con el riesgo generado por las tareas que desempeñaba a favor de su empleadora, quien resultaba responsable de su guarda jurídica; en consecuencia, coincido con la Sra. Jueza de grado en cuanto a que el empleador resulta responsable en los términos del art. 1113 del Código Civil —actuales arts. 1757 y 1758 del Código Civil y Comercial—, por lo que sugiero confirmar lo decidido en origen (cfr. art. 386 CPCCN).

Con relación a la declaración de la inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT —cuestionada por ambas codeemandadas— y la aplicación de la mencionada norma civil, destaco que en la causa “Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA s/ Accidente — ley 9.688” el Tribunal cimero estableció que la exención a los empleadores de responsabilidad civil frente a los trabajadores y a los derechohabientes de éstos que —como regla— establece la citada norma legal, importa colocar a las víctimas de infortunios laborales o de enfermedades profesionales en una situación desventajosa en relación con el resto de los ciudadanos, en tanto que la indemnización que ella consagra sólo contempla la pérdida de capacidad de ganancia de aquéllos —según el tope que el régimen especial vigente al

momento de los hechos establecía— y los excluye de la reparación integral que el derecho común prevé, solución que resulta injustificadamente discriminatoria y, por ende, inconstitucional por vulnerar el derecho de igualdad (art. 14 de la Constitución Nacional).

Además, destacó que la descalificación de la norma cuestionada sólo es pertinente cuando la reparación especial no resulte plena, esto es, que produzca una diferencia cuantitativa de tal magnitud que vulnere las garantías de igualdad y propiedad. En consecuencia, deberán compararse el conjunto de los distintos resarcimientos otorgados por la ley 24.557 a la víctima y los que corresponden al derecho común (art.1.113 CC) para determinar, en cada caso, si la indemnización especial constituye una reparación integral de los daños para la descalificación del art.39 LRT (ver en igual sentido, SD 78176 del 22/6/01 in re “Ugalde Juana M y otros c/ El Condor ETSA”). Este criterio, que sigue vigente con posterioridad al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Aquino” antes mencionado, resulta aplicable en la especie.

Para efectuar dicho cotejo, tengo especialmente en cuenta que es doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia que si lo que se busca es fijar una suma que permita resarcir un daño caracterizado como la pérdida de capacidad de ganancia, es indispensable precisar la entidad de ese daño a fin de justificar la proporción entre el mismo y aquella indemnización (Fallos 285:55; 297:305, entre muchos otros), lo que se verifica en el caso mediante la evaluación de las cifras resarcitorias que le corresponderían percibir a la actora por la ley especial y la ley común.

Afirmado ello, encuentro que conforme a la LRT, aspecto sobre el que volveré al examinar la responsabilidad de la ART demandada, el monto de condena arrojaría la exigua suma de \$105.907,79 (cfr. parámetros informados por el perito contador a fs. 395). Y puesto que —por todo lo expuesto— se encuentran acreditados los presupuestos exigidos por el derecho común para atribuir responsabilidad en los términos del art. 1113 CC, el actor tiene derecho a percibir una reparación integral por el daño sufrido como consecuencia de encontrarse expuesto a factores de riesgo durante la relación laboral. En razón de lo anterior, corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT dispuesta en grado.

En suma, sugiero desestimar los agravios de la co-demandada y confirmar la condena dispuesta por el a-quo con fundamento en el derecho común.

V. Asimismo, Provincia ART SA cuestiona la condena dispuesta en su contra con fundamento en el art. 1074 del mismo cuerpo normativo.

En primer lugar, las cuestiones como las aquí ventiladas —necesariamente— deben ser examinadas de conformidad con los lineamientos expuestos reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la alegación, prueba y acreditación de los deberes de las aseguradoras y a la responsabilidad que consecuentemente les cabe de conformidad con todo ello (Fallos: 341:1611; 342:250; 344:535; 344:741).

En consonancia con ello, pongo asimismo de resalto las conclusiones expuestas por J. D. Machado al responder al interrogante de cómo es posible incriminar a una ART conforme a los presupuestos de la responsabilidad civil. Como bien expuso, “[l]a clave del asunto radica, como lo ha puesto de relieve la Corte Suprema en los considerandos del fallo “Torrillo”, en comprender que las ART no asumen meramente aquella responsabilidad de sustitución sistémica del empleador a fin de dar prestaciones una vez consumado el daño. La ley, que en esto ha sido especialmente clara, las emplazó también como efectoras de prevención imponiéndoles una serie de deberes que pueden esquematizarse mediante el uso de cuatro verbos: a) inspeccionar; b) asesorar; c) controlar; d) denunciar. Quizás merezca aclararse que la fiscalización aparece en dos momentos diferentes puesto que entre “a” y “c” media la tarea de asesoramiento que, a la vez, ancla en los resultados de la primera inspección y se proyecta como contenido necesario de los controles ulteriores.

Todo ello determina un plexo de posible antijuridicidad en su obrar que franquea el acceso a la responsabilidad por omisión, en los términos requeridos por el artículo 1074 del Código Civil, incluso en la más estrecha y literal de sus interpretaciones”.

Así, explica aún que las consideraciones obiter dictum del referido fallo “dejan claro que las ART han asumido voluntariamente mediante un vínculo jurídico oneroso una serie de deberes en materia de prevención, los cuales presuponen que, respecto de cada establecimiento asegurado, han de mantener una relación directa, concreta, intransferible, permanente, individualizada y especializada. No dice el alto tribunal que su responsabilidad sea de garantía, de resultado u objetiva. Es decir que permanece dentro del campo de atribución subjetivo y de medios”. Esta cuestión que enfatizo, en el caso, resulta neurálgica, en expresa contradicción a las alegaciones del actor en cuanto sostiene que “es el resultado que debe asegurar una ART”.

De tal manera, se ha propuesto la terminología relación de evitación o nexo de evitabilidad puesto que “[l]a pregunta jurídicamente pertinente sería entonces si la conducta omitida pudo interferir favorablemente en el curso causal, sea interrumpiéndolo, sea

desviándolo, o de cualquier otro modo que hubiera frustrado el efecto dañino o morigerado su gravedad.”

En especial consonancia con los lineamientos expuestos por el Alto Tribunal en la citada jurisprudencia, Machado indica que “el demandante debiera identificar con el mayor grado de precisión que le fuere posible cuál es el deber incumplido por la ART al que asocia con su producción. O, en otras palabras, cuál es el recaudo de higiene y seguridad omitido por el empleador que la ART, de haber cumplido con sus funciones preventivas y delatorias, pudo probablemente haber coadyuvado a evitarlo. Desde luego, como le incumbe la prueba de la relación de evitación, debiera en su caso ofrecer los peritajes tendientes a establecer la mecánica del siniestro” (Machado, José Daniel, “Perfiles y Matices de la Acción Civil contra las ART”, en *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal — Culzoni, junio de 2010, ISBN: 978-987-30-0113-0 COD. 9021).

Sentado ello, destaco que el actor individualizó correctamente en el inicio las omisiones que endilgó a la aseguradoras demandada: (i) la falta de entrega de elementos de seguridad idóneos para la tarea que realizaba y que describió, en concreto, guantes de agarre, carretilla de transporte, faja lumbar y cervical, calzado adecuado; (ii) ausencia de cursos de capacitación; (iii) la falta de realización de estudios físicos periódicos (v. fs. 22/24).

Todo ello fue atestiguado por Villa (v. fs. 216/217), Stefan (fs.240/2) y Domínguez (v. fs. 245/6), quienes uniformemente coincidieron en que jamás les otorgaron elementos de protección. Por otro lado, al punto de pericia contable 11) formulado por el actor en su demanda “informe si existen requerimientos o denuncias de la ART respecto a las condiciones de higiene y seguridad de la codemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA,” y “[s]i se le realizaron exámenes periódicos al actor...” (v. fs. 32 vta.), el experto contestó: “al serle requerido no fue exhibida documentación alguna” (v. fs. 395).

Por último, ningún elemento de juicio acompañó la ART demandada a los efectos de revertir los incumplimientos y omisiones inculpadas, por lo que propicio confirmar la condena con fundamento en el art. 1074 del CCN (cfr. art. 377 CPCCN).

VI. Con relación al agravio planteado por Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, en contra de la determinación del daño físico y psicológico establecidos en grado, considero que la expresión de agravios se encuentra desierta (art. 116 LO).

Digo así, pues la apelante no controvierte los fundamentos de los que se sirvió la sentenciante de grado para hacer lugar a la acción entablada por el ac-

tor. Nótese que se limita a cuestionar la incapacidad determinada en el peritaje médico, sin motivo alguno que justifique su postura antagónica a la minusvalía establecida. Asimismo, controvierte que se haya tenido por acreditada la relación de causalidad entre las tareas realizadas por el accionante y la incapacidad detectada, alegando que ninguna prueba justificó cuáles fueron sus labores.

Aunque ocioso, merece puntualizarse que la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida, expresando argumentos en los que se sustenta la solución adoptada en el decisorio, invocando aquella prueba cuya valoración se considera desacertada o poniendo de manifiesto una incorrecta interpretación del derecho declarado aplicable a la controversia.

La exigencia de que la expresión de agravios contenga una crítica detallada y concreta de todos y cada uno de los puntos del decisorio apelado, demostrativa de qué es erróneo, injusto o contrario a derecho, no es meramente ritual, puesto que dicho escrito hace las veces de “demanda dirigida al superior”, por lo que su contenido determina los límites precisos de la actividad revisora (conf. CNAT, Sala VI, 16/11/87, DT, 1988-623, citada por Pirolo, Miguel Ángel y otros en *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, Editorial Astrea, 2004, pág. 266).

Además, como expuse anteriormente, las tareas denunciadas al inicio han sido corroboradas por los elementos de juicio correspondientes y encuentro que los trabajos de esfuerzo se vinculan causalmente con la incapacidad determinada por el galeno.

Con relación a la valoración del peritaje médico (v. fs. 148/149, 165/166, 280/283 y 299/300), considero que este último se halla fundado en estudios médicos especializados, en consideraciones científicas, ilustra sus datos con detalles suficientes y que fue elaborado de acuerdo a las pautas previstas por el art. 472, 1º párr. del CPCCN. Con relación a lo alegado en el memorial de agravios con relación a la indicación del galeno de realizar un tratamiento psicológico, destaco que tal recomendación —de modo alguno— implica que la incapacidad determinada no asuma el carácter de definitiva y por ello, debe ser indemnizada.

En razón de lo expuesto, sugiero desestimar los planteos recursivos formulados por Rickson S.A.

VII. Ambas codemandadas y el accionante controvierten el monto de la indemnización establecido en grado. Las primeras lo tachan de excesivo y el Sr. Boscaro lo califica de insuficiente y —reitero— cuestiona que se haya formalizado un monto global, compren-

sivo de la incapacidad, el lucro cesante y la pérdida de chance, en lugar de haberse determinado cada rubro de forma diferenciada; v. agravios del actor: a), b), c), d), f) y h). De su lado, el Sr. Boscaro considera insuficiente la suma diferida a condena.

Observo que el sentenciante de grado fijó el resarcimiento en el importe de \$660.000, comprensivo del daño moral.

En mi discernimiento, lo decidido en grado al respecto debe ser modificado. Tal como lo he sostenido reiteradamente, para fijar este tipo de indemnización mediante la cual se pretende la reparación integral del daño causado al trabajador con sustento en las normas del Derecho Civil, no pueden utilizarse únicamente fórmulas matemáticas preestablecidas y por ende, tampoco aplicarlas en su individualidad, sino que es necesario tomarlas como un indicio e incluirlas dentro de un cúmulo de circunstancias como el grado y tipo de incapacidad, las consecuencias derivadas de ésta en la actividad que desarrollaba o que desarrolle, el trabajo realizado, la edad a la época del infortunio, el estado civil, las cargas de familia, la expectativa de vida, entre otras, sin que se pueda omitir que conforme ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya mencionado precedente “...no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres” y “...que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos... no conforman pautas estrictas que quien juzga deba seguir inevitablemente pues que no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social...” (CSJN, “Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidentes Ley 9688”, del 21/9/2004 y “Recurso de Hecho Arostegui, Pablo Martín c/Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A.”, del 8/04/2008).

Del mismo modo, con respecto a la reparación del daño moral, de acuerdo a la doctrina del Fallo Plenario Nro. 243 de esta Cámara y a lo normado por el art. 1078 del Código Civil (actual art. 1741 del Código Civil y Comercial), es de remarcar que ese menoscabo se halla configurado por toda lesión a los sentimientos o a las afecciones legítimas de una persona o por los padecimientos físicos en que se traducen los perjuicios ocasionados por el evento.

En orden a tales consideraciones, para evaluar el importe del resarcimiento, tendré en cuenta la edad

del Sr. Boscaro al momento de los hechos (31 años), la remuneración percibida por el accionante al tiempo de los hechos (v. fs. 361/363) —y que como consecuencia de las tareas realizadas durante más de cuatro años estuvo expuesto a riesgos que le produjeron una incapacidad de 37% de la t.o.—. Todo lo ponderado lleva a mi convicción de que el importe debe ser fijado en la suma de \$750.000 en concepto de daño material y \$150.000 en concepto de daño moral. Por último, debo añadir, a la sazón, que tal monto de condena se ajusta al resultado arrojado por la fórmula “Vuotto — Méndez”, parámetro que adopto solo a los fines estimativos y además, fueron considerados —al momento de su determinación— los gastos y tratamientos que invoca el accionante en su memorial (agravios e y g) y que fueron reclamados al demandar (fs. 29/30), cuya estimación fue realizada de acuerdo a lo que surge de las constancias de la causa. En este sentido, propicio modificar el monto de condena y establecerlo en la suma de \$900.000, con más los intereses dispuestos en grado. Como tiene dicho esta Sala, para fijar el importe del resarcimiento a otorgar al trabajador que padece una incapacidad vinculada al accidente de trabajo en virtud del cual plantea su reclamo, deben tenerse en cuenta las particularidades propias del caso, es decir la edad de la víctima al momento de los hechos; el tiempo probable de vida útil que le resta permanecer disminuida en el mercado de trabajo; la incapacidad laborativa que porta y que fuera dictada a través de una pericia técnicamente fundada, la profesión del demandante, la remuneración percibida, así como el daño emergente y el lucro cesante (Expte. N° 2.446/09 Sent. Def. N° 87.055 del 28/09/ 2011 “Tejeda, Adriana c/Grupo Estrella SA y otro s/accidente — acción civil”).

De tal modo, las sumas fijadas son estimativas de las partidas reclamadas por el actor. En concordancia con lo dispuesto en el fallo de la Sala III de esta CNAT en el conocido precedente “Méndez, Alejandro Daniel c/Mylba S.A. y otro s/accidente”, la indemnización integral debe ser justa, alcanzando sólo este status cuando exime de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento, lo cual no se logra si el perjuicio persiste en cualquier medida. Es que debe haber protección indemnizatoria psíquica, física y moral frente a supuestos regidos por el “alterum non laedere”, como consideración plena de la persona humana teniendo en cuenta los imperativos de justicia de la reparación seguidos por nuestra Constitución Nacional. En definitiva, debe abarcar el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, el daño al proyecto de vida, el daño estético —si se ha producido— y cualquier otro menoscabo que haya sufrido la víctima (v. CNAT Sala IV Expte. N° 487/02 Sent. Def. N° 94.123 del 28/05/20 09 “Insaurralde, Jorge c/COIM SRL y otros s/accidente — acción civil”).

Encuentro menester evocar que en otras disciplinas jurídicas —vgr. aquellos criterios imperantes en el fuero civil— el lucro cesante no se presume, por lo que se exige prueba acabada de las ganancias esperadas que acaecieron truncadas por el evento dañoso.

Seguidamente, y concentrados en la chance como factor indemnizable, en dicho ámbito se requiere: i) la frustración de obtener un beneficio económico siempre que éste cuente con probabilidad suficiente ii) la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, no puramente hipotético y iii) que quien se pretende damnificado llegue a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida (Voto de los jueces Rosatti y Maqueda; Fallos: 344:3476).

En tales condiciones, y con la convicción de haber ponderado todos los elementos de juicio aportados a la causa mediante las reglas de la sana crítica, recordaré aquello expresado por el juez Fayt en el conocido caso “Complejo Textil Bernalesa S.R.L.” de 1985 y documentado en Fallos: 307:398: “la ajustada guarda de la misión de los magistrados, requiere de éstos la permanente atención a la realidad en la que se halla inserto el conflicto que están llamados a componer, pues hacer justicia no consiste en otra cosa que la recta determinación de lo justo in concreto”.

VIII. En razón de las modificaciones que se proponen con relación a la acción civil, sugiero imponer las costas a cargo de las codemandadas vencidas (art. 68 y 279 CPCCN).

En materia arancelaria, en atención al mérito, la calidad, la eficacia, la extensión de los trabajos cumplidos en primera instancia, el resultado del pleito, lo normado por el artículo 38 de la LO, las disposiciones arancelarias de aplicación y vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (arts.1º, 6º, 7º, 8º, 9º, 19 y 37 de la ley 21.839, actualmente previsto en sentido análogo por el art.16 y conc. de la ley 27.423; cfr. CSJN, in re Fallos: 319:1915 y Fallos: 341:1063), propicio regular los honorarios de la representación letrada del actor, de la ART demandada, de la codemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA, del perito médico, ingeniero y contador en el 16%, 12%, 12%, 6%,6% y 6%, respectivamente, sobre el nuevo monto de condena más intereses.

Con respecto al planteo del codemandado referido a la aplicación de la ley 24.432, es necesario destacar que el límite y prorrateo establecido por el artículo 8º de la ley 24.432 no es aplicable al acto regulatorio de honorarios, sino al oportuno reclamo de las costas a quien resultare responsable por ellas, quien podrá solicitar la aplicación de aquella limitación o prorrateo en la etapa prevista por el artículo 132 de la Ley

18.345 (cfr. “Ancona Adriana Beatriz c/ Swiss Medical ART S.A. s/ Accidente — Ley Especial”, SD 91403 del 12/09/16, del registro de esta Sala).

IX. En atención al resultado que se propone, sugiero imponer las costas de Alzada a las codemandadas vencidas (art. 68 CPCCN). Asimismo, se regulan los honorarios de la representación letrada de las dos codemandadas y del actor en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la anterior instancia (art. 30, ley 27.423).

X. En síntesis, de prosperar mi voto correspondería: 1) Modificar la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de \$900.000 más los intereses dispuestos en grado; 2) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las codemandadas; 3) Regular los honorarios de la representación letrada del actor, de la ART demandada, de la codemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA,, del perito médico, ingeniero y contador en el 16%, 12%, 12%, 6%,6%y 6%, respectivamente, sobre el nuevo monto de condena más intereses y 6) Regular los honorarios de Alzada de la representación letrada del actor y de las codeemandadas en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la instancia anterior.

La Doctora Gabriela Alejandra Vázquez dijo:

Que adhiere al voto de la Dra. María Cecilia Hockl, por compartir sus fundamentos y conclusiones.

Por ello, EL TRIBUNAL *Resuelve*: 1) Modificar la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de \$900.000 más los intereses dispuestos en grado; 2) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las codemandadas; 3) Regular los honorarios de la representación letrada del actor, de la ART demandada, de la codemandada Rickson SA, ahora Gimnasios Argentinos SA,, ahora Gimnasios Argentinos SA,, del perito médico, ingeniero y contador en el 16%, 12%, 12%, 6%,6%y 6%, respectivamente, sobre el nuevo monto de condena más intereses, 4) Regular los honorarios de Alzada de la representación letrada del actor y de las codemandadas en el 30%, para cada una de ellas, de lo que en definitiva les corresponda percibir por su labor en la instancia anterior y 5) Hacer saber a las partes que la totalidad de las presentaciones deberán efectuarse en formato digital (CSJN, punto 11 de la Ac. 4/2020, reiterado en los anexos I y II de la Ac. 31/2020).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art.4º, Acordadas CSJN N° 15/13 y 11/14) y devuélvase. — *María C. Hockl.* — *Gabriela A. Vázquez.*

RESPONSABILIDAD DEL SOCIO

Registración laboral deficiente. Rechazo del incremento indemnizatorio del artículo 1 de la ley 25.323

1. — Los demandados físicos como socios gerente de la empresa demandada resultan responsables en los términos de los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 omitiendo la adopción de diligencia alguna tendiente a registrar la relación de trabajo conforme sus reales datos en lo que hace a la fecha de ingreso y remuneración e incumpliendo las obligaciones impuestas como agente de retención, han violado radicalmente las leyes laborales de orden público y las normas de la seguridad social, provocando perjuicios al trabajador a la comunidad en general, al no registrar la relación laboral e incumpliendo con las obligaciones que la ley le impone como agente de retención.
2. — Se rechaza el incremento indemnizatorio del art. 1 de la ley 25.323, ya que considero no acreditados los pagos clandestinos, porque ningún testigo lo vio cobrar; segundo porque en su demanda, sostuvo que el último año le fueron retaceados los presuntos pagos en negro, circunstancia que, de haber existido, tendría que haber afectado a más personas y los testigos nada dijeron al respecto. Tercero, porque si los sueldos se pagaban en efectivo, no se advierte de que manera los deponentes pudieron haber advertido que el actor cobraba por fuera de recibo.
3. — Si bien el accionante no reclamó específicamente la multa del art. 1 de la ley 25.323 sino las propias de la ley 24.013, las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas, por lo que corresponde admitir el reclamo por aplicación del principio *iura novit curia*, iluminando el caso verificado —contrato de trabajo parcialmente registrado— con la otra regla legal de posible aplicación (art. 1 ley 25.323) y que debe ser activada, aun de oficio (del voto en disidencia parcial de la Dra. García Vior).

CNTrab., sala II, 02/02/2022. — Romero, Roque Carlos Aníbal c. Soda Corbelle S.R.L. s/ quiebra — síndico Roberto Alfredo Mazzarella y otros s/ despedido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1041/2022]

Expte. n° CNT 008377/2013/CA001

Buenos Aires, 2 de febrero de 2022.

Considerando:

La doctora *García Vior* dijo:

I— Llegan estos autos a la alzada con motivo de los agravios que, contra la sentencia dictada en la causa, formulan los demandados Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle y la parte actora. (ver las respectivas presentaciones digitales en sistema Lex 100). Asimismo, la representación y patrocinio letrado del actor apela por reducidos los honorarios que les fueran regulados. II— Cuestionan los demandados Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle, la responsabilidad solidaria que les fuera atribuida por parte de la “a quo” en los términos de los arts. 59 y 274 de la L.S. en orden a las obligaciones salariales e indemnizatorias por las que fuera condenada en el decisorio la empresa Soda Corbelle S.R.L. en función de las irregularidades registrales en que incurriera dicha compañía.

Sobre el punto observo que la crítica vertida no puede prosperar.

En efecto, tal como se concluyó en la sentencia atacada, se encuentran sobradamente probadas a través de la prueba testimonial rendida en la causa, las irregularidades registrales denunciadas en el inicio en lo relativo a fecha de ingreso del demandante y los pagos efectuados fuera de registración. (ver fs. 334/5, 336/7, 338/9 y 340/1) (arg. art. 90 de la L.O. y 386 del CPCCN).

Los codemandados recurrentes, se limitan a formular una tardía impugnación de los testimonios vertidos en el presente litigio, que a todo evento no logra conmover la coherencia y concordancia que se extrae de las declaraciones consignadas en el fallo de grado, por lo que entiendo —al igual que la *a quo*— cabe otorgarle la debida fuerza convictiva y eficacia probatoria al estar circunstanciados y provenir de compañeros de trabajo del actor que tomaron conocimiento directo de los hechos que relatan, todo lo cual me lleva a desestimar las impugnaciones de las que fueron objeto en el memorial en análisis (arts. 90 y 386 antes citados).

Memoro que la circunstancia que alguno de los testigos tenga —o haya tenido— juicio pendiente contra la demandada no invalida “per se” sus declaraciones ni lleva por ese sólo motivo a dudar de la veracidad de sus dichos si no surge concretamente la falsedad o inexactitud de lo referido, resultando ello un mero cuestionamiento.

En tales términos y en sentido coincidente con la solución adoptada en la anterior instancia, cabe tener en cuenta que, conforme a las disposiciones conte-

nidas en la ley comercial, tanto los administradores como los representantes del ente societario deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. El incumplimiento de ese deber por parte de los primeros, los hace responder ilimitada y solidariamente ante la sociedad, los accionistas y los terceros por el mal desempeño de su cargo así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arts. 59 y 274 ley 19.550 vigentes a la época que aquí interesa).

Por lo tanto, si en la gestión del negocio incurren, por lo menos, en culpa grave, deben responder ante el tercero (en el caso, el trabajador) que como consecuencia del incumplimiento sufrió un daño.

En el caso de autos, se encuentra acreditado que en los distintos períodos y a lo largo de la relación laboral ventilada en la causa, los nombrados ostentaron el carácter de socios gerentes de la empresa demandada y empleadora (ver informe de IGJ obrante a fs. 301/320).

De igual manera y conforme se estableciera más arriba, las irregularidades incurridas por la sociedad demandada, al registrar el contrato de trabajo del accionante en forma tardía y con una remuneración inferior a la que percibiera efectivamente. Dicha conducta, constituye un típico fraude laboral y previsionar ya que tiene por fin último la evasión al sistema de seguridad social. Se perjudica al trabajador que se vio privado de todos los beneficios sociales; al sector pasivo, que es víctima de la evasión y a la comunidad comercial en cuanto al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley.

Sentado ello, cabe recalcar que los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 disponen que los miembros de los órganos directivos serán solidariamente responsables de la gestión administrativa durante el término de su mandato y ejercicio de sus funciones, salvo que existiera constancia fehaciente de su oposición al acto que perjudique los intereses de la asociación. Corresponde señalar que en especial el art. 59 de la ley 19.550 establece que los administradores y representantes son responsables ilimitada y solidariamente con la Firmado por: sociedad ANDREA por ERICA los GARCIA daños VIOR, que JUEZA causen DE CAMARA con sus acciones u omisiones dolosos o aun negligentes.

En este marco normativo, los demandados físicos como socios gerente de la empresa demandada Soda Corbelle S.R.L., omitiendo la adopción de diligencia alguna tendiente a registrar la relación de trabajo conforme sus reales datos en lo que hace a la fecha de in-

greso y remuneración e incumpliendo las obligaciones impuestas como agente de retención, han violado radicalmente las leyes laborales de orden público y las normas de la seguridad social, provocando perjuicios al Sr. Romero y a la comunidad en general, al no registrar la relación laboral e incumpliendo con las obligaciones que la ley le impone como agente de retención, habilitando ello la responsabilidad personal de los mismos en virtud de lo dispuesto por la normativa citada, sin necesidad de apartar la persona jurídica cuya invalidez, inexistencia o irregularidad no ha sido demostrada en los términos previstos por el art. 54 de la LS., por lo que resulta aplicable el diseño de responsabilidad subjetiva que al efecto disponen las normas antes citadas al establecer la responsabilidad solidaria de los administradores y representantes con la sociedad por los daños que causen con sus acciones u omisiones dolosas o negligentes, tomando en consideración que no puede descartarse la intervención o al menos el conocimiento personal de los demandados físicos con relación a la falta de registración de la relación de trabajo conforme sus reales datos.

Por lo tanto, encontrándose reunidos los presupuestos de la responsabilidad subjetiva: esto es, acto antijurídico, la existencia de daño que cause un perjuicio susceptible de apreciación económica al trabajador (cfr. art. 1068 del Código Civil) y la relación causal entre el daño y el comportamiento antijurídico, corresponde concluir que en el caso se encuentran reunidos los presupuestos que habilitan la responsabilidad personal, solidaria e limitada de los Sres. Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle.

Por los motivos expuestos, propicio desestimar este tramo del recurso y confirmar la extensión solidaria de la condena decidida en el pronunciamiento anterior. III— En lo que se refiere a la queja vertida en torno a las horas extras que fueron consideradas acreditadas en la instancia de grado, por efecto de la prueba testimonial rendida en la causa y tenidas por ciertas en función de la presunción que la judicante de la anterior instancia hizo pesar sobre la empresa accionada en virtud de lo dispuesto por el art. 55 de la LCT —pronunciamiento que sobre el punto llega firme a esta instancia—, observo que los recurrentes se limitan a invocar la prescripción de dichos conceptos, planteo que luce novedoso ante esta instancia, por lo que no corresponde su tratamiento, pues no fue sometido a conocimiento del juez anterior (ver respuestas de fs. 92/97 y 81/83) (arg. arts. 271 y 277 del CPCCN).

Por lo demás los apelantes sólo indican que las horas extras reclamadas deben ser objeto de prueba categórica, que no se produjo en la causa, sin efectuar mayores precisiones al respecto, ni detallar sobre que

base formulan dicha manifestación (arg. art. 116 de la L.O.).

Corresponde confirmar lo actuado sobre el punto. IV— Los demandados Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle cuestionan la condena que les fuera impuesta a hacer entrega de los certificados de trabajo del art. 80 de la LCT.

A mi juicio, parece claro que el carácter infungible o personal de la obligación, impide su satisfacción por terceros ajenos al contrato de trabajo (salvo casos de excepción); y esta postura se vincula con la posibilidad del cumplimiento de una obligación de hacer (como la ahora en estudio) por parte de un tercero y sus condicionamientos.

En efecto, los arts. 626 y 630 del Código Civil velezano y 776 del actual Código Civil y Comercial de la Nación, autorizan la satisfacción de la deuda por un tercero pero con una clara y precisa limitación: que no se trate de prestaciones “infungibles”, y en tal sentido, se sostuvo que se puede hacer ejecutar la actividad debida por otro, pero tal principio cede cuando el hecho debido no guarda identidad con la actividad que se pretende ejecutar para cancelar el crédito. En tal caso, se viola el principio de identidad del objeto del pago (conf. Belluscio (dir), Zannoni (coord) —Código Civil y Leyes complementarias, comentado anotado y concordado— T. III, págs. 150 y ss., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004).

Es por ello que entiendo que la obligación de hacer que emana de lo legislado en el art. 80 de la L.C.T., es de carácter personal y que sólo el empleador puede satisfacer en los términos y con la finalidad que la normativa persigue. Es fácil advertir que una certificación expedida por el empleador en la que se dé cuenta de la categoría, antigüedad, remuneraciones, capacitación adquirida, etc, no es igual a la que, eventualmente, pueda confeccionar un tercero en base a elementos documentales ajenos y/o parciales, y en virtud de una orden judicial (recaudos de origen pretoriano que no fueron contemplados al tiempo de imponerse en forma expresa cargas de documentación y control al contratante —conf. Art. 17 ley 25.013—).

Evidentemente una constancia como la referida en último término no puede respetar la totalidad de las especificaciones contenidas en el art. 80 de la L.C.T. y mucho menos las previstas en el 6º artículo sin numerar del Título II, Capítulo VIII de la L.C.T. (incorporado por la ley 24.576 —B.O. 13/11/95—). Esto permite considerar que, al respecto, no se verifica la unidad de objeto que caracteriza a toda obligación solidaria, por lo que también podría plantearse que, pese a la generalidad de lo dispuesto en el art. 30 de la L.C.T., por la propia índole o naturaleza de la obligación, no

responde considerarla comprendida en el supuesto de solidaridad previsto en dicha norma (ver al respecto trabajo de mi autoría “Los certificados del trabajo y la solidaridad del artículo 30 LCT” publicado Firmado por: en ANDREAel diario ERICA La GARCIA Ley del VIOR, 8/11/07 JUEZA DE pág. CAMARA 7/8 — Tomo L.L. 2007-F)

A mayor abundamiento, esta Sala en una anterior integración, dejó plasmada al respecto su postura mayoritaria constituida por la opinión de los Dres. Miguel Ángel Maza y Graciela A. González, concordantes con la que aquí vengo sosteniendo (ver S.D. N° 94.849 del 15/03/2007, en Expte. N° 23.560/2001 caratulado “Quinteros, Adrián Ariel y otros c/ Argen Express S.R.L. y otros s/ despido”).

En función de lo antes explicado, corresponde hacer lugar a la queja y dejar sin efecto la condena solidaria impuesta a los demandados Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle a confeccionar y entregar los certificados previstos en el art. 80 de la LCT.

V— La parte actora cuestiona la falta de condena por parte de la Sra. Juez a quo de los conceptos “feriados trabajados” y SAC sobre preaviso.

Entiendo que respecto a ambas quejas, asiste razón a la recurrente, ya que respecto del primero de los aspectos cuestionados, de la prueba testimonial rendida en la causa surge acreditado que Romero prestaba servicios en días feriados y los mismos eran abonados por la empresa demandada fuera de registro pero no en la forma prevista en los arts. 166 y 155 de la LCT. Por lo que corresponde su pago conf. la liquidación de los mismos efectuada en el escrito inicial. (arg. art. 55 de la LCT).

Asimismo, también corresponde la proyección de dichas diferencias salariales en la base de cálculo de los rubros indemnizatorios correspondientes. VI— En lo que respecta al SAC sobre preaviso en función de la condena impuesta sobre el punto en la instancia de grado también corresponde su inclusión en la liquidación ordenada por la a quo, para la etapa prevista en el art. 132 de la L.O. a cargo del experto contable designado en la causa. (ver considerando XI del decisorio). VII— El agravio formulado por el actor tendiente a cuestionar el rechazo de la sanción establecida en el art. 132bis de la LCT, cabe señalar que, sin perjuicio del esfuerzo argumental desplegado, lo concreto y relevante es que el pretensor, si bien intimó a la empleadora por el ingreso de tales aportes, no cursó el emplazamiento del modo legalmente exigido por el art. 1º del decreto 146/01 para la procedencia de la indemnización del mencionado gravamen.

En efecto, de las constancias de la causa no surge que el actor haya dado cabal cumplimiento con la requisitoria exigida por el mencionado art. 1° del decreto 146/01, reglamentario del art. 43 de la ley 25.345, en el sentido que “...intime al empleador para que dentro del término de 30 días corridos (...) ingrese los importes adeudados más los intereses y multas que pudieren corresponder a los respectivos organismos recaudadores...”. Véase que del análisis del intercambio telegráfico cursado la aludida exigencia legal no aparece debidamente cumplimentada.

Sobre el punto, he sostenido en anteriores ocasiones que, la cuestión que diferencia a la VIOR, norma JUEZA emanada DE CAMARA del art. 132 bis de las que imponen la obligación de efectuar aportes y contribuciones a distintos sistemas y organismos, es que su origen no está en la deuda de aportes en sí sino en la retención de aportes y la posterior omisión de su ingreso, debiendo verificarse el mantenimiento de esa situación irregular al tiempo del distracto laboral, agregado al hecho que el empleador persista en su resistencia a ingresar los aportes que retuviera una vez que hubiere sido fehacientemente intimado a tal concreto proceder. De ello resulta que la sanción conminatoria que deriva del art. 132 bis LCT no nace con el no ingreso de los aportes —hecho que puede ser muy anterior en el tiempo—, ni tampoco en forma automática al fenecer el contrato laboral, sino recién luego de verificarse la totalidad de los requisitos establecidos en el art. 132 bis de la LCT y en el art. 1 del decreto 146/01, lo que en la especie no ha acontecido puesto que la demandante no ha intimado en debida forma al ingreso de las sumas retenidas de su salario a los organismos destinatarios de los aportes y contribuciones pertinente.

Por lo tanto, corresponde desestimar la queja vertida y confirmar lo actuado sobre el particular. VIII— En cuanto al certificado de trabajo previsto en el art. 80 de la LCT, si bien el demandante no acreditó haber emplazado nuevamente a su ex empleadora con posterioridad al plazo de gracia previsto en favor de ésta en el art. 3 del dec. 146/01, lo cierto es que la accionada no extremó los medios a su alcance a fin de efectivizar la entrega de la documentación, por lo que no habiendo consignado judicialmente para liberarse de los efectos previstos legalmente ante su falta de entrega en tiempo propio, corresponde hacer lugar al agravamiento contenido en la norma (conf. ley 25.345).

En tal sentido cabe precisar que, como lo sostuvo la Sala IV de la Excma. Cámara, entre otros in re “Centeno Horacio W.F. c/Castro Miguel (SD 95143 del 24/2/11) el art. 3 del decreto 146/01 debe ser leído con los límites de la norma superior que reglamenta. Esta última otorga al empleador un plazo de dos días hábi-

les para cumplir el requerimiento. La brevedad de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquél requerimiento quede habilitado, ya que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo. La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación. De tal modo, la intimación fehaciente a que hacen referencia tanto la norma originaria como su reglamentación, sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye —desde el momento de la extinción— una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación, pero no puede válidamente constituirse en una condición que imponga al trabajador la necesidad de reiterar sus emplazamientos si estos han sido válidos y fehacientes. En consecuencia, no habiendo ANDREA ERICA dado GARCIA satisfacción VIOR, JUEZA la DEMANDADA CAMARA con la obligación a cuyo cumplimiento fuera intimada ni aún luego de transcurrido en su integridad todos los plazos previstos en la normativa antes aludida, ningún obstáculo observo para hacer lugar a la multa reclamada la que deberá ser integrada al monto de condena al practicarse la liquidación ordenada en el considerando XI del decisorio apelado. IX— En lo que respecta a la desestimación de la indemnización contenida en el art. 2 de la ley 25.323, observo que los motivos expresados por la recurrente no resultan válidos a los efectos de conmovier los fundamentos desplegados en la instancia de grado sobre este aspecto, pues se dispuso que, si bien el actor refirió en su demanda que practicó la intimación fehaciente que dispone la norma, de la prueba informativa rendida en la causa surge que la firma demandada no recibió ninguno de los telegramas enviados, lo que lleva a desestimar la petición efectuada en función de no haberse cumplimentado los requisitos exigidos por la norma. (arg. art. 116 de la L.O.). X— Idéntico temperamento corresponde adoptar en torno a los agravamientos contenidos en los arts. 9, 10 y 15 de la ley 24.013, ya que llega firme a esta instancia que la relación laboral se extinguió con fecha 30/11/2011 como producto de la quiebra de la accionada, y en tales condiciones los telegramas que enviara el accionante a partir del mes de enero de 2012 no cumplieron con el requisito de la vigencia de la relación de trabajo para que proceda el reclamo de dichos agravamientos (arg. art. 3 Dto. 2725/91). XI— También se agravia la parte actora en torno a que no se viabilizó —en virtud del principio “iura novit curia”— el incremento indemnizatorio previsto por el art. 1 de la ley 25.323.

Sobre el punto asiste razón a la recurrente pues, la sanción prevista en el art. 1 de la ley 25.323 no está condicionada a un requerimiento o intimación, y corresponde "...cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente..."

Si bien el accionante no reclamó específicamente la multa del art. 1 de la ley 25.323 sino las propias de la ley 24.013, las circunstancias fácticas que brindan fundamento a ambos regímenes sancionatorios del trabajo clandestino son análogas, por lo que corresponde admitir el reclamo por aplicación del principio *iura novit curia*, iluminando el caso verificado —contrato de trabajo parcialmente registrado— con la otra regla legal de posible aplicación (art. 1 ley 25.323) y que debe ser activada, aun de oficio.

En tal inteligencia, propicio receptor el agravio y hacer lugar al agravamiento contenido en el art. 1 de la ley 25.323. XII— Finalmente, considero que asiste razón a la parte al cuestionar la decisión de la anterior instancia que estableció los intereses desde la fecha del distracto.

Ello por cuanto, de conformidad con lo normado por el art. 128 de la LCT, en el caso de las diferencias salariales diferidas a condena la mora se produjo en forma automática luego del 4to. día hábil del mes correspondiente y, por ende, a partir del vencimiento de dicho plazo deben calcularse intereses. Idéntica conclusión cabe efectuar respecto de las indemnizaciones derivadas del despido, ante lo expresamente dispuesto por el art. 255 bis de la LCT. (ver en igual sentido esta sala SD 112.956 del 18/09/2018, en autos "Caballero María Estela c/ Asociación Civil Casa Paraguaya s/ Despido"). XIII— En lo que hace al recurso de apelación de honorarios interpuesto por la representación letrada de la parte actora, corresponde diferir su tratamiento hasta que se cumpla con lo establecido en el considerando XIV de la sentencia en análisis. XIV— Las costas de alzada propongo que se impongan en el orden causado en función de la suerte dispar que han corrido cada uno de los cuestionamientos formulados ante esta instancia (art. 68 segunda parte, del CPCCN), y se regulen los honorarios de esta segunda instancia para la representación letrada del actor, y de la representación letrada de los demandados Pablo Gastón Corbelle y Fernando Guillermo Corbelle en conjunto en el 30 % a cada uno, en ambos casos dichos porcentuales serán calculados sobre los honorarios que respectivamente les han correspondido por la etapa anterior (art.30 de la ley 27.423).

El doctor *Pesino* dijo:

I.— Disiento del voto de la doctora *García Vior* en los siguientes aspectos:

a) respecto del incremento indemnizatorio del artículo 1 de la ley 25.323. Ello así por cuanto no comparto que los testigos acreditaran que el actor percibía, clandestinamente, la suma de \$ 1500. En efecto, Espinoza (fs. 334) dijo que el actor cobraba el 50% del sueldo en negro y que ello le consta porque "todos estábamos afectados a esa norma". Almirón (fs. 336), manifestó que el sueldo del actor era entre 2200/2300, aclarando que más de eso no les daban y no recuerda el monto que se pagaba en negro. Seguidamente Fernández (fs. 338) expuso que no le pagaban nada, además de lo que figuraba en el recibo y que el pago era en efectivo. A continuación, Rojas (fs. 340) expresó que les pagaban la mitad en blanco y la mitad en negro. Por último, Medina (fs. 396), declaró que el sueldo se pagaba en efectivo.

Analizados estos testimonios a la luz de los principios de la sana crítica (art. 90, CPCC), no me permiten tener por acreditado que el actor haya cobrado sumas en forma clandestina. Primero, porque ningún testigo lo vio cobrar; segundo porque en su demanda, sostuvo que el último año le fueron retaceados los presuntos pagos en negro, circunstancia que, de haber existido, tendría que haber afectado a más personas y los testigos nada dijeron al respecto. Tercero, porque si los sueldos se pagaban en efectivo (testigos Fernández y Medina), no se advierte de que manera los deponentes pudieron haber advertido que el actor cobraba por fuera de recibo, dicho ello sin soslayar que Espinoza y Rojas afirmaron que el actor cobraba la mitad del sueldo en negro, en tanto, según la demanda, el pago en negro no habría representado ni un 40% del sueldo en blanco.

Por estas razones, considero no acreditados los pagos clandestinos.

b) En cuanto a la fecha de ingreso, el testigo Espinoza dijo que él ingresó en marzo de 2000 y el actor lo hizo aproximadamente en 2003. Almirón (ingresado en 1983) también sostuvo que el actor se incorporó, aproximadamente en 2003. Fernández (que ingresó en 1996), repitió la versión anterior y Rojas hizo lo propio.

El artículo 445 del CPCC dispone, en su segundo párrafo, que el testigo "Deberá siempre dar la razón de su dicho; si no lo hiciere, el juez la exigirá".

Esto es así, porque sin que los testigos proporcionen, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que tomaron conocimiento de un hecho, resultará imposible, para el juez, valorar la fiabilidad de un testimonio, de conformidad con los principios de la sana crítica.

No es la primera vez que, observo, cuando se toma una declaración, nadie se preocupa en preguntarle a los testigos “como lo sabe” (algo tan simple que parece que parece ser ignorado por los empleados que toman las audiencias y a los que no se prepara al respecto) y tampoco lo es que los jueces, sin indagar en esas cuestiones, acepten lo que aquellos declaran, como si fuera una verdad revelada.

En el caso que nos ocupa, los testigos, que ingresaron muchos años antes que el actor “recuerdan” que lo hizo “aproximadamente” en 2003 y esto lo declararon 12 años más tarde, sin explicar mínimamente cual fue la circunstancia que les permitió acordarse de un hecho tan puntual, respecto de uno de sus tantos compañeros de trabajo. Ello demuestra que los testigos, en este aspecto, no son dignos de crédito.

Por tal razón, considero que no se encuentra acreditada tampoco, la fecha de ingreso denunciada en el inicio.

En virtud de ello, y toda vez que el argumento principal del voto preopinante para la recepción favorable del rubro “feriados trabajados impagos” resulta ser la percepción de sumas fuera de registro, corresponde también desestimar el rubro en cuestión.

c) Lo expuesto en el considerando anterior, me lleva a propiciar la revocación de la condena contra las personas humanas demandadas, por no darse el supuesto de fraude que habilitaría su responsabilidad solidaria en los términos de la normativa invocada en la sentencia apelada.

d) Finalmente, tal como se admite en el voto que antecede, el actor no emplazó a la empleadora de conformidad con lo previsto en el dec 146/01, por lo que, la multa prevista en el art. 80 de la L.C.T. no resulta procedente.

En lo demás, adhiero al voto de la vocal preopinante, por análogos fundamentos.

II.— De prosperar mi propuesta auspicio modificar el pronunciamiento apelado, con el alcance de lo expuesto en los considerandos precedentes; revocarla en tanto condenara a MARÍA ALEJANDRA, FERNANDO GUILLERMO y PABLO GASTÓN CORBELLE y CARLOS VERA; diferir las regulaciones de honorarios, así como la distribución de las costas, para el momento en que esté determinado el monto definitivo de condena, con excepción de las costas ocasionadas por la intervención de las personas humanas demandadas, que estarán a cargo del actor (art. 68, CPCC).

El doctor *Sudera* dijo:

Adhiero al voto del Dr. Víctor Pesino —que contiene la adhesión al voto de la Dra. García Vior en todo

aquello que no es materia de disidencia— por compartir sus fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art.125, 2ª parte de la ley 18.345), el Tribunal *Resuelve*: 1º) Modificar la sentencia apelada dejando sin efecto la condena establecida en contra de María Alejandra Corbelle, Fernando Guillermo Corbelle, Pablo Gastón Corbelle y Carlos Vera. 2º) Imponiendo las costas por la acción contra ellos entablada a cargo de la parte actora (arg. art. 68 CPCCN) 3º) Reformar el decisorio de grado en el sentido expresado en los considerandos respectivos de la postura mayoritaria del presente pronunciamiento. 4º) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo demás que decide y fuera materia de recurso y agravios; 5º) Diferir las regulaciones de honorarios, así como la distribución de costas, para el momento de que se encuentre determinado el monto definitivo de condena; 6º) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Andrea E. García Vior. — Víctor A. Pesino. — José A. Sudera.*

ACCIDENTES Y RIESGOS DEL TRABAJO

Apreciación de la pericia médica. Ausencia de exámenes preocupacionales y estudios periódicos. Aplicación del adicional previsto en el art. 3 de la Ley 26.773 a los accidentes in itinere.

1. — Dado que no se encuentran acompañados exámenes preocupacionales ni periódicos efectuados a la trabajadora, que habiliten a concluir que la patología es por causas ajenas al trabajo, no resulta objetable la atribución del total de la afección física al mismo, y corresponde otorgarle el total de la incapacidad determinada por el perito médico, toda vez que el mencionado peritaje, constituye un estudio serio y razonado del estado actual de la dependiente que se funda en sólidos argumentos científicos.
2. — Corresponde aplicar el artículo 3 de la Ley 26773 pues no aparece como absurda o imposible, pues, puede razonablemente entenderse que el accidente in itinere, produjo un daño que tuvo lugar mientras el trabajador utilizaba su tiempo en beneficio de su principal, en función de llegar o volver de sus ocupaciones.

CNTrab., sala III, 15/12/2021. — Herrera, Gabriela Lorena c. Galeno ART S.A. s/ accidente — ley especial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/198882/2021]

Expte. n° CNT 102218/2016/CA001

Buenos Aires, 15 de diciembre de 2021.

La Dra. Diana R. Cañal dijo:

I.— Llegan los autos a la Alzada, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la accionante a fs. 114/115, contra la sentencia de fs. 107/111.

II.— Se agravia la actora porque la Sra. Magistrada de anterior grado, consideró una incapacidad menor que la determinada por el perito médico. Explica, que el profesional estableció que detenta una minusvalía física del 6%, más los factores de ponderación, lo que arroja un total de 8,90% de incapacidad. Por ello, solicita que se eleve el quantum indemnizatorio, teniendo como base para su cálculo la incapacidad real del 8,90%.

III.— La Sra. Juez de primera instancia, analizó los hechos vertidos en los escritos de inicio, y tuvo por acreditado que la Sra. Herrera sufrió un accidente de trabajo el 30 de enero de 2015, mientras se dirigía a su domicilio desde su lugar de trabajo caminando a tomar el colectivo, cuando de golpe se dobló el pie.

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 la trabajadora presenta incapacidad, para ello tuvo en cuenta la pericia médica que obra en autos y encontró que sus conclusiones debían ser receptadas, por lo que determinó que la actora padece de una incapacidad física del 6% por fractura de tobillo izquierdo.

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, lo que arrojó un monto de \$51.764. El quantum lo comparó con el mínimo y, por encontrarse por encima del mismo, mantuvo el monto de la fórmula.

No admitió el planteo de aplicación del art. 3 de la Ley 26.773.

Luego, estableció que se le adicionarán intereses desde la fecha del infortunio.

Posteriormente, impuso las costas a la demandada que resultó vencida.

Por último, reguló honorarios a la representación y patrocinio letrado de la parte actora y demandada en el 15% y 13%, respectivamente. Al perito médico, le reguló la suma de \$ 18.000.

IV.— A continuación, voy a relatar los hechos vertidos en el expediente, que me llevarán a concluir en la incapacidad física que padece la Sra. Herrera. Para lo cual, es imprescindible comenzar analizando, la pericia médica que obra en autos a fs. 101/103, en donde el Dr. Carlos Sergio Paolillo, concluyó:

CONSIDERACIONES MEDICO-LEGALES:

Cabe destacar, que ninguna de las partes objetó la pericia médica.

Al cabo de lo expuesto, previo a expedirme y a los fines de delimitar el aspecto teórico, encuentro necesario recordar que el experto tiene el deber de fundamentar de qué manera puede medirse el daño de la víctima, teniendo en cuenta todo el cúmulo de factores observados (dentro de los cuáles, claro está, se encuentra la edad y la dificultad para realizar sus tareas), lo que encuentro que ha hecho el experto en la especie.

Por este motivo, es que no encuentro razones fundamentadas que justifiquen el apartamiento del factor de ponderación establecido en el informe médico, conforme se resolviera en el anterior grado. Así, considero que lo dispuesto en la instancia anterior es arbitrario, y afectando así el derecho de la víctima.

Por otra parte, este modo de evaluar la incapacidad (sin siquiera expedirse sobre los factores de ponderación) no resulta ser el más beneficioso para la trabajadora. Lo cual resulta violatorio del esquema normativo para el derecho del trabajo, inserto en un paradigma (el de los derechos humanos fundamentales), el que obliga a aplicar aquel criterio que sea más favorable para quien sufrió un daño en su integridad física. Ello, conforme los diversos instrumentos de carácter internacional y jerarquía constitucional: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 23.1 y 23.3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 7, inciso ii), por nombrar solo algunos ejemplos.

A mayor abundamiento, debe recalarse que los factores de ponderación tienen una razón de ser, y que si en el presente se está aumentando el porcentaje de incapacidad en función de la edad y dificultad para realizar tareas, ello es porque cualquier dolencia cobra mayor relevancia cuanto más años posee la víctima, repercutiendo en su esfera personal con mayor fuerza y consecuentemente en su desarrollo laboral.

Una vez sentada mi postura respecto de los factores de ponderación, y por si lo anterior no fuera compar-

tido, he de poner de resalto que no es posible entender, con los elementos obrantes en la causa, que la demandante hubiera comenzado la relación laboral por la que resultó asegurada, con la existencia de una incapacidad física, que permita sostener que la que aquí se acredita, era preexistente.

Así, dado que no se encuentran acompañados exámenes preocupacionales ni periódicos efectuados a la trabajadora, que habiliten a concluir que la patología es por causas ajenas al trabajo, no encuentro objetable la atribución del total de la afección física al mismo.

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/JRH2, 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 trabajo —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. 4º, 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. 8º). 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 leja de salud (art. 9º, 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. 2º y 3º, 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 posea o no las aptitudes requeri-

das por las nuevas tareas (arts. 205 y 206 del Anexo I del dec. 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. 6º, 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. 1º), declarando como propósito el de determinar la aptitud del postulante conforme a sus condiciones psicofísicas para las actividades que se le requerirían (art. 2º). 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 “fposiciones 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 peritaje, constituye un estudio serio y razonado del estado actual de la trabajadora 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. 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 le encuentro pleno valor al informe médico.

Por los motivos que anteceden, en virtud de los principios in dubio pro operario, realidad, e integridad, es que propicio receptor favorablemente el planteo de la Sra. Herrera. Por todo lo expuesto, y de prosperar mi voto, considero que corresponde otorgarle a la trabajadora el total de la incapacidad determinada por el perito médico del 8,90%.

Cabe resaltar que, aun cuando no ha sido materia de agravio la improcedencia del art. 3 de la ley 26773 determinada por la Sra. Juez de anterior grado, considero necesario dejar a salvo mi criterio “obiter dictum”. Al respecto, me permito remitir a los argumentos desarrollados en “Fiorino, Augusto Marcelo C/ QBE Argentina ART S.A. S/ Accidente-Ley Especial”, del registro de esta Sala III, de fecha 25 de abril de 2017, en el cual me exployé sobre las mejoras reguladas en la Ley 26.773, aplicables aún a los hechos anteriores a la vigencia de la ley y en un accidente in itinere (ver punto C); sobre el cálculo del RIPTE, regulado en el artículo 17 inc. 6, y el artículo 8 vinculado con el Decreto 1694/09 y, el art. 3 a los accidentes in itinere:

“Asimismo, la CSJN manifestó en atención a la prestación adicional del artículo 3 de la Ley 26.773, que: “interesa destacar que el art. 3º de esta última ley dispuso que, cuando se tratara de un verdadero infortunio o enfermedad laboral, y no de un accidente “in itinere”, el trabajador damnificado o sus derechohabientes percibirían, además de las prestaciones dinerarias antes mencionadas, una indemnización adicional —en compensación de cualquier otro daño no reparado por las tarifas— equivalente al 20% del monto de ellas y que, en caso de muerte o incapacidad total, nunca debía ser inferior a \$ 70.000.”

“Como lo anticipamos en materia del cálculo del coeficiente RIPTE, la Corte consideró que el accidente “in itinere” no es un “verdadero” infortunio o enfermedad laboral.”

“Esta clasificación me remite, no solo al texto del artículo 3 de la Ley 26773, sino también, y prioritariamente, al artículo 6 de la Ley 24557, que define las contingencias cubiertas por la Ley de Riesgos.”

“En efecto, este dispone que las contingencias son: los accidentes de trabajo, y las enfermedades profesionales. A su vez, en su inc.1. define el accidente de trabajo, de este modo: “Se considera accidente de trabajo a todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto

entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo (...) “(la negrita me pertenece)”

“Por lo tanto, en esta primera aproximación podemos afirmar que se trata de una relación de género a especie, donde el género es el accidente de trabajo, y dentro de este dos especies: el que ocurre en el lugar de trabajo, o bien, en el trayecto del domicilio del trabajador hasta el lugar de trabajo o, viceversa.”

“No observo que la ley realice la distinción que efectúa el supremo tribunal en “Espósito”, por lo tanto, considero que el juzgador no se encuentra habilitado a distinguir donde la ley no lo hace.”

“Veamos. El artículo 3 de la Ley 26.773 regula: “Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador (...)”

“En primer lugar, considero que en su texto no se encuentra negado expresamente el beneficio para tales accidentes, es más, la expresión utilizada “mientras se encuentre a disposición”, permite interpretar que abarca el in itinere. Lo que podríamos discutir es sobre la técnica legislativa, pero no la incorporación del instituto.”

“En efecto, en caso de duda debe resolverse a favor de la interpretación más favorable que nos habilita el art. 9 de la LCT, y el Principio de Progresividad, ya esgrimidos.” “Por otra parte, su análisis debe hacerse concordantemente con el artículo 6.1 de la Ley 24.557, analizado ut supra, toda vez que las contingencias cubiertas son las que se definen en dicha norma, y el in itinere pertenece a la categoría que debe ser reparada.”

“Finalmente, he sostenido que negarle virtualidad al beneficio en los accidentes in itinere, legitimaría un acto de discriminación negativa respecto de los trabajadores que sufrieron un daño a la salud, en razón una de las especies de accidente laboral según el artículo 6.1 de la Ley 24.557, provocando de tal forma, una disparidad de trato.”

“Como lo expresa Gialdino, “la disparidad de trato puede provenir de un “propósito”, “intención”, “finalidad” u “objeto” del acto o práctica...para censurar una discriminación no se requiere poner en evidencia intención alguna en ese sentido. Lo que cuenta es el “resultado” o el “efecto”. Aunque la intención del legislador no haya sido discriminar, sostuvo el COM/DH en `Simunek y otros v. República Checa`, una ley puede violar el art. 26, PIDCP, si sus efectos son `discriminatorios` (comunicación 516/1992, 19/7/1995, S 11.7.)” (Gialdino, Rolando E; “Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, pág. 159).”

“Pues bien, antes que nada, no debemos olvidar que hoy por hoy y desde 1994, el paradigma normativo vigente (o la racionalidad del sistema, que es lo mismo), no es otro que el de los derechos humanos fundamentales. Con lo cual, si se albergasen dudas (porque de hecho, no todos los jueces han concluido del mismo modo), lo que habrá de zanjar la disputa interpretativa ha de ser el obligado control de convencionalidad (ver CSJN, *in re* “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otro c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, del 27/11/12).”

“Puntualmente, este Tribunal nos ha dicho en “Álvarez, Maximiliano y otro c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo”, A. 1023, XLIII, que “el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del PIDESC (art.2,1), sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit. p 2004). Y esta pauta se impone aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Madorrán, cit. p. 2004). Ya en el precedente Berçaitz, de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, “concordante con la doctrina universal”; el “principio de favorabilidad” (Fallos: 289:430, 437; asimismo; Fallos: 293:26,27).”

“En efecto, el artículo 19.8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, dispone que el Consejo Interamericano Económico y Social, el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Comisión Internacional de Derechos Humanos “en ejercicio de las funciones que se les confieren en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo” (el subrayado me pertenece).”

“En tales condiciones, merece la tacha de inconstitucionalidad oficiosa, porque resulta impensable que por tratarse de un accidente in itinere se vea privado de la indemnización adicional, puesto que el trabajador accidentado en el trayecto de ida o vuelta a su trabajo, como accidente de trabajo que es, merece estar en un pie de igualdad con el resto de los accidentados en el lugar de trabajo o mientras se encuentren a disposición del trabajador. Resolver en contrario, implicaría violar el principio de igualdad que tiene

raigambre constitucional (art. 16 CN) y que como lo expresé precedentemente, es un hito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”

Por tales razones, y las ya expresadas en relación a la aplicación inmediata de la ley, es que resuelvo aplicar el art. 3 de la ley 26.773, y en consecuencia, elevar el quantum en un 20%.

Recientemente, la interpretación que he sostenido, fue avalada por el Ministro de la Corte Suprema, Dr. Horacio Rosatti, en su voto minoritario, del precedente en el cual, el Tribunal Superior revoca con fecha 26 de marzo de 2019, la sentencia emanada de esta Sala III (mayoría conformada por la suscripta y el Dr. Rodríguez Brunengo), en autos “CASTRO VERONICA LILIANA C/GALENO ART SA S/ ACCIDENTE-LEY ESPECIAL” (Expte. CNT 57453/2013), del 22/04/2016, en la que hice lugar a la prestación adicional del 20% en un accidente in itinere.

El Ministro sostiene, que “no aparece como absurda o imposible, pues —en el sentido amplio propiciado por la alzada— puede razonablemente entenderse que el accidente in itinere, produjo un daño que tuvo lugar mientras el trabajador utilizaba su tiempo en beneficio de su principal, en función de llegar o volver de sus ocupaciones;” lo que está contemplado en la norma toda vez que la misma Corte ha señalado que “el empleo de la conjunción disyuntiva “o” importa que la prestación especial procede en cualquiera de las dos situaciones que el propio legislador ha diferenciado, de manera tal que la segunda hipótesis no se refiere a un siniestro dentro del establecimiento sino fuera de este (confr. argumentos de Fallos: 335:608).”

Asimismo, el Ministro memoró que la Corte, en vigencia de la Ley 9688, revocó un fallo en el cual la cámara había juzgado que el accidente in itinere no era producto de un riesgo específico por lo que no reconoció indemnización alguna. A raíz del mismo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en autos “Guardia, Rogelio Demetrio c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros”, del 9 de noviembre de 1953, decidió el Fallo Plenario n° 21 en el que se estableció que “[c]onstituyen accidentes del trabajo indemnizables, conforme al art. 1 de la ley 9688, los denominados ‘in itinere’, o sea, los que puede sufrir el obrero en el trayecto del lugar de prestación de sus tareas hasta su domicilio o viceversa” (LL 72-507 — DT 1953-677 — JA 1973-IV-414).”

Por todo lo expuesto, considero que el mismo debería ser procedente aun cuando me veo impedida de modificarlo por el principio de reformatio in peius.

En consecuencia, con los datos que llegan firmes de la instancia anterior, corresponde elevar el mon-

to de condena a la suma de \$74.763,20 (53 x \$ 9.266 x 8,90% x 65/38).

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 y de la demandada, como del perito médico legista en 17% (diecisiete por ciento), 13% (trece por ciento), y 8% (ocho por ciento) respectivamente, del monto total de condena, con más sus intereses.

En cuanto a esta alzada, propongo regular los honorarios de los letrados de la parte actora y demandada en 30% (treinta por ciento), y en 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 (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).

En relación con la adición del IVA a los honorarios regulados, esta Sala ha decidido en la Sentencia Nro. 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”. Atento lo expuesto, en caso de tratarse de responsables inscriptos, deberá adicionarse a las sumas fijadas en concepto de hono-

rarios de los profesionales actuantes en autos el impuesto al valor agregado que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional.

De prosperar mi voto, propiciaré: I.— Elevar el monto de condena a la suma de pesos SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES CON 20/100 (\$74.763,20) con más intereses determinados la instancia anterior; II.— Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida; III.— Regular los honorarios de los letrados de la parte actora y de la demandada, como del perito médico legista en 17% (diecisiete por ciento), 13% (trece por ciento), y 8% (ocho por ciento); IV.— Regular los honorarios de los letrados de la parte actora y demandada, en 30% (treinta por ciento) y 25% (veinticinco por ciento) respectivamente de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado; V.— Remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo, para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo, y al Ministerio de Trabajo, para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de Primera Instancia; VI. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

El doctor *Perugini* dijo:

Por compartir sus argumentos, adhiero al voto de la Dra. Diana R. Cañal.

Por ello, el Tribunal *Resuelve*: I.— Elevar el monto de condena a la suma de pesos SETENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES CON 20/100 (\$74.763,20) con más intereses determinados la instancia anterior; II.— Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida; III.— Regular los honorarios de los letrados de la parte actora y de la demandada, como del perito médico legista en 17% (diecisiete por ciento), 13% (trece por ciento), y 8% (ocho por ciento); IV.— Regular los honorarios de los letrados de la parte actora y demandada, en 30% (treinta por ciento) y 25% (veinticinco por ciento) respectivamente de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado; V.— Remitir copia de la sentencia a la Organización Internacional del Trabajo, para que la tenga en cuenta respecto de los Derechos Fundamentales del Trabajo, y al Ministerio de Trabajo, para que la considere al momento de elaborar la Memoria Anual del cumplimiento de la Declaración Sociolaboral del Mercosur, lo que oportunamente se pondrá en conocimiento por intermedio de la Secretaría de

Primera Instancia; VI. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26.856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — *Alejandro H. Perugini.* — *Diana R. Cañal.*

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Reticencia de la empleadora. Agravamiento indemnizatorio por obligación a litigar.

Si bien la empleadora abonó las indemnizaciones que estimó corresponder, lo cierto es que lo hizo de modo insuficiente, ya que en la prevista por el art. 245 de la LCT omitió incluir un período y, además, tampoco le abonó la integración del mes de despido con su respectivo SAC. En tal contexto, resulta relevante que la accionante cursó sin éxito la intimación fehaciente prevista por la norma, mediante la cual procuró se le abonen las diferencias indemnizatorias invocadas, en tanto con tal proceder reticente la empleadora la obligó a litigar, por lo que resulta procedente el reagravamiento establecido por el art. 2° de la ley 25.323.

CNTrab., sala V, 07/02/2022. — Avalos, Mariana Inés c. Hoteles Sheraton de Argentina SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/2159/2022]

Expte. n° CNT 076768/2016/CA001

Buenos Aires, 7 de febrero de 2022.

Considerando:

La doctora *Ferdman* dijo:

I.— Contra la sentencia definitiva dictada telemáticamente el día 31 de marzo de 2021, en donde se receptó solo en parte el reclamo incoado, se alza la parte actora a tenor del memorial que incorporó al sistema informático Lex 100 el día 06 de abril de 2021, mereciendo la réplica de su contraria al día siguiente.

Asimismo, la recurrente —en su último agravio— cuestiona los honorarios regulados en autos, peticionando su modificación (ver pto. II.g).

Por otro lado, la perito contadora también apeló los honorarios regulados a su favor por entenderlos reducidos (ver presentación digitalizada el día 07/04/2021).

II.— Liminarmente, en el caso de marras estimo conveniente destacar que, el vínculo existente entre las partes se extinguió ante el despido sin causa decidido por la patronal con fecha 23 de mayo de 2016 y, en virtud del cual, le abonó la liquidación final a la ex-trabajadora. Ahora bien, la parte actora encontró magro dicho importe, por lo que procedió a reclamarle las diferencias indemnizatorias y salariales que se consideró con derecho a pedirle, las que sustentó en una diferencia en la categoría —ya que figuraba registrada como mucama y dijo haber desempeñado labores de gobernanta a partir de diciembre de 2015—, en horas extras laboradas y no pagadas y, finalmente, en la fecha de ingreso post datada en la que se encontraba registrada. Así las cosas, sobre el último aspecto debo decir que la ex-empleadora decidió reconocérselo, indicándole que rectificaría la fecha de ingreso (aquí rememoro que la tenía registrada desde octubre de 2008) reconociéndole el período anterior en el que trabajó para ella, aunque a través de una empresa de servicios eventuales (desde febrero de ese año).

En tal contexto, el magistrado que me precedió en conocimiento, únicamente encontró procedente el tramo de la acción relativo a las diferencias indemnizatorias teniendo en cuenta la fecha de ingreso que le fue reconocida luego de haber sido despedida, toda vez que advirtió que no se le abonó la indemnización del art. 245 de la L.C.T. por los 9 períodos correspondientes sino que lo hizo por tan solo por 8. A su vez, decidió el progreso de la integración del mes de despido con su respectivo sac, ya que este rubro no fue pagado. Cuestiones estas que, por cierto, no han merecido discusión alguna por parte de la accionada, por lo que arribaron incólumes a esta instancia. En otro orden de ideas, el sentenciante de origen no encontró acreditada la categoría de “governanta” alegada por la pretensora, pues entendió que la prueba testifical producida resultó ineficaz a esos fines, por lo que —en definitiva— concluyó que se encontraba correctamente registrada bajo la categoría de “mucama”. Asimismo, en cuanto a las horas extras, advirtió que no fueron debidamente reclamadas en autos, ya que en la demanda no se las individualizó debidamente, en tanto tampoco fueron cuantificadas en la liquidación inicial practicada, dejando de este modo en estado de indefensión a la accionada y es por dicha razón es que no encontró procedente darle tratamiento a esta moción en virtud de lo reglado por el principio de congruencia, incluso aclaró que estas deficiencias en la forma de demandar, de ninguna manera pueden ser suplidas por los dichos de los testigos que declararon en autos. En último lugar, tampoco consideró procedente el reagravamiento dispuesto por el art. 2 de la ley 25.323 ya que la ex-empleadora abonó la liquidación final, como así también desechó la acreencia del art. 1 de la ley 25.323 por no haber —a su entender— deficiencias registrales que la sustenten. En

tanto, también desestimó la indemnización prevista por el art. 80 de la L.C.T., con el entendimiento de que la demandante no invocó haber intentado concurrir a retirar los certificados de trabajo que le fueron puestos a disposición y dispuso las costas en un 50 % a cada una de las partes.

Que, en el estado de cosas anteriormente delineado, es que la parte actora diseña su tesis recursiva y mediante la cual pretende que; 1) se revoque el rechazo de la indemnización agravada del art. 1 de la ley 25.323 con el argumento de que, al momento del despido, sí se encontraba incorrectamente registrada respecto de la fecha de ingreso que le reconoció a posteriori del despido; 2) se determine condena por las diferencias salariales en virtud de la categoría de “Gobernanta” que dice haber desempeñado, aduciendo que fueron incorrectamente analizados los dichos de los testigos que declararon a instancias suyas, entendiendo —en definitiva— que con lo declarado por la testigo Arellanos basta para reconocer este segmento del reclamo; 3) se haga lugar a las horas extras que dice haber reclamado, alegando que le solicitó al perito contador que las determine en su informe; 4) se revoque el rechazo de la indemnización del art. 80 de la L.C.T. ya que en la demanda se indicó concretamente, que su representada se comunicó telefónicamente con la que fuera su empleadora y que [está] le informó que no estaban disponibles los certificados de trabajo correspondientes, a lo que añade que la accionada tampoco intentó efectuar su entrega en las audiencias celebradas ante el Seclo; 5) se incluya en la condena el incremento establecido por el art. 2 de la ley 25.323 ya que intimó por el pago en debida forma por las indemnizaciones de ley y lo cierto es que las mismas no fueron pagadas en su totalidad, requiriendo que —en todo caso— se establezca su cuantía por las diferencias indemnizatorias diferidas a condena en el marco de las presentes actuaciones; 6) se le impongan la totalidad de las costas a la accionada.

III.— Delineada sucintamente las cuestiones traídas a debate y por las que analizaré las probanzas arriadas en autos a la luz de las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C.C.N.), es que le daré tratamiento en el orden que seguidamente dejaré expuesto, atendiendo para ello a cuestiones de estricta índole metodológicas.

Así pues, en cuanto a la categoría de gobernanta debo precisar que, si bien es cierto lo alegado por la recurrente respecto de que los testigos Toloza y Herrera dejaron de trabajar en el 2015, por ende no corresponde su ponderación respecto de esta categoría ya que en la demanda puntualmente se indicó que las labores atinentes a la misma las comenzó a desempeñar la Sra. Avalos a partir diciembre de 2015. Sin embargo, no es menos cierto que tampoco resultan

contundentes, suficientes y eficaces los dichos de la testigo Arellano para tener por cierto que efectivamente se desempeñó como gobernanta (ver declaración a fs. 310/311), a poco que se observe que esta deponente puntualmente indicó que la actora a su egreso “...estaba con tareas livianas, que la ponían a chequear habitaciones (...) comenzó con estas tareas a fines de diciembre de 2015...” (sic) y finalmente añadió que las tareas livianas las tenía asignadas por un problema en el hombro que le dificultaba sus tareas, en tanto también expresó que [la actora] era mucama igual que ella (cfr. art. 90 de la L.O. y arts. 386 y 456 del C.P.C.C.N.).

En efecto, lo develado precedentemente —a mi modo de ver— no solo es concordante con lo denunciado por la actora en el libelo de inicio, en donde puntualmente refirió que luego de haber sufrido un tirón fuerte en el hombro mientras se encontraba trabajando —en septiembre de 2015— y que recién reingresó a prestar servicios el 10 de diciembre de ese mismo año, aunque con “tareas livianas” (ver fs. 8), mas de ninguna manera ello implica, ni justifica —a mi juicio— que se la deba recategorizar como se lo pretende, sino más bien lo que deja en evidencia es que la patronal habría dado el debido cumplimiento con el requerimiento de labores que no le impliquen esfuerzos, por lo menos hasta que se encontrará en condiciones de continuar prestando las labores que venía haciendo con antelación a este último acontecimiento (cfr. arg. arts 78 y 212, 1er. párrafo de la L.C.T.).

Desde dicha inteligencia, en la especie, no encuentro motivos que me permitan colegir que el cambio de tareas asignado a la ex-trabajadora haya obedecido a una recategorización, pues lo único que se demostró en autos es que la patronal debió cambiarle las tareas para cumplir estrictamente con las tareas livianas que le fueron prescriptas. Sumado a que, rememoro que la actora fue despedida sin causa con fecha 23/05/2016, por lo que la rescisión del vínculo ocurrió al poco tiempo de que se reintegró a trabajar a la prerrogativa de tareas livianas, siendo que en autos tampoco se acreditó que este tipo de tareas —durante ese lapso de 6 meses— se hubieran dejado sin efecto o que la condición física de la trabajadora hubiera sufrido algún cambio.

En consecuencia, tampoco en esta instancia encuentro acreditado que las labores desempeñadas por la actora en ese corto período de tiempo invocado hayan sido en virtud de una categoría superior a la que tenía antes del siniestro, sino más bien considero —como ya lo puntalicé en reiteradas oportunidades— que se encontraba salvaguardada por la patronal ante la petición de que debía realizar tareas livianas (conforme prescripción médica), lo que a su

vez fue debidamente respaldado por la propia testigo Arellano. En base a ello, no es posible receptor favorablemente las diferencias salariales e indemnizatorias sustentadas en la recategorización de la trabajadora, por tanto con mi voto propondré desestimar este segmento de la presentación recursiva en estudio.

IV.— En cuanto a las horas extras, debo decir que concuerdo con lo advertido por el judicante de grado, pues lo cierto y concreto es que en el marco de las presentes actuaciones las horas extras de ninguna manera fueron debidamente detalladas al momento de iniciarse la presente acción.

En efecto, nótese que a fs. 7 solo se infirió de modo genérico la realización de “numerosas” horas extras que no se le abonaban, más no indicó cuantas serían las mismas, ni los días y la franja horaria de las mismas, a poco que se observe además allí se hizo una mención elíptica de que tampoco se le pagaron horas nocturnas. Pues, sabido es que, respecto del trabajo suplementario, es menester poder evaluarse el o los días que se efectuaron las mismas, a fin de poder establecerse su cuantía, pues recuerdo que en virtud de lo normado por el art. 201 de la L.C.T. estas pueden determinarse con un incremento de un 50% o un 100%. Sumado a ello, encuentro que también luce genérico decir que por un lado laboraba de 8 a 17.45 hs y que en momentos de alta ocupación pasaba a hacerlo de 6 a 15.45 hs, sin dar mayores explicaciones de cuándo y durante que lapso es que ello ocurría. Luego de lo cual, adviértase que recién al momento de efectuarse la liquidación inicial la pretensora vuelve a mencionar las mismas, incurriendo nuevamente en referirlas como “numerosas” (ver fs. 12 “in fine”) y pretendiendo —en definitiva— que las fije el experto contable desinsaculado en autos (ver fs. 12vta.), lo que claramente no resulta atendible a poco que —reiteraré— no se dieron siquiera las pautas mínimas de esta pretensión, pues sabido es que la pruebas deben recaer sobre segmentos que fueron debidamente introducidos por las partes en los escritos constitutivos de la litis (cfr. art. 364 del C.P.C.C.N.).

Dicho ello, aquí no es ocioso recordarse que, la sola enunciación de un rubro carece de sentido si no tiene sustento en un relato circunstanciado que sirva como antecedente fáctico de su reclamo. Es por eso que dije y sostengo que con este modo de articularse este tramo de la acción la demandante lo que hizo es incumplir con lo prescripto por los inc. 3 y 4 del art. 65 de la L.O., preceptos legales que exigen que la demanda contenga la cosa demandada designada con precisión y que los hechos en que se funda que sean explicados claramente, pues no puede pretenderse —como ya lo dije— que sea el perito contador quien haga un estudio de las circunstancias fácticas que omitió brindar

la pretensora y menos aún que sean los testigos que declararon en autos los que suplan esta negligencia.

Con lo hasta aquí aludido, solo se refleja lo que viene sosteniendo pacíficamente la jurisprudencia, referido a que las sentencias solo pueden considerar los hechos oportunamente alegados por las partes (art. 163 inc. 3, 5 y 6 del CPCCN), ya que solo de esta manera se ve satisfecho el principio de congruencia.

Pues sabido es que, la demanda con su réplica, conforman el tema de debate sobre el cual se debe sustanciar las pruebas y dictar la respectiva sentencia. Por tanto, la demanda determina la apertura de la instancia y deja fijado los límites de la acción y su naturaleza y, a sus términos, se debe supeditar la contestación de demanda y la sentencia, de modo que el juez o tribunal pertinente no puede apartarse de los términos en los quedó trabada la litis porque allí quedan fijados en forma definitiva los temas de controversia que no pueden ser alterados (cfr. art. 34 inc. 4 y 163 inc. 6 CPCCN).

Por tanto, en resumidas cuentas, quien reclama judicialmente debe identificar con claridad la cosa demandada, la descripción de los hechos y brindar una exposición sucinta del derecho invocado (cfr. art. 65 de la ley 18345).

En consonancia con todo lo aquí aludido, es que la prueba solo puede versar sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en los respectivos escritos y es por ello que, no corresponde que sea el perito contador el que establezca cuántas horas extras le correspondían, la franja horaria de las mismas y su cuantía, cuando ha sido la propia demandante la que ha omitido toda esta información (art. 364 CPCCN).

Por tanto, solo cabe desestimarse el planteo recursivo diseñado a este punto y, en su mérito, queda confirmado lo resuelto en el decisorio de grado a su respecto.

V.— Ahora bien, en cuanto al agravio relativo al incremento dispuesto por el art. 1 de la ley 25.323 que fuera desestimado en origen bajo la premisa de que si bien la parte demandada le reconoció la antigüedad solicitada en el intercambio telegráfico lo cierto es que no se acreditó en autos la existencia de una deficiencia en el registro de la relación laboral. Al respecto debo decir que no comparto tal argumento por lo que será favorablemente receptado lo aquí peticionado.

En efecto, en el sub examine, no se puede soslayar que la parte actora comenzó la prestación laboral para la demandada a través de una empresa de servicios eventuales, tal como lo indicaron las partes en febrero de 2008, en tanto a partir de octubre de ese mismo

año la aquí demandada procedió a registrarla como su empleadora, empero no le reconoció la antigüedad anterior. Así las cosas, lo cierto es que luego del despido sin causa acaecido en el caso el 23/05/2016 (ver misiva de fs. 137), la parte actora intimó con fecha 22/08/2016 para que le sea reconocida su verdadera antigüedad —entre otras cosas— (ver telegrama de fs. 137), lo que se avino a efectuar tal como se lo hizo saber mediante las epistolares de fs. 138/139.

En tal sentido, la empleadora allí explicó que “...Le será reconocida la antigüedad por el período prestado a través de COTECOSUD SASE según su requerimiento (...) Usted jamás estuvo sin registración. Cuando fue convocada a través de COTECOSUD SASE lo fue en virtud de necesidades puntuales y transitorias habiendo concurrido a prestar servicios de modo esporádico y puntual. A todo evento y para evitar cuestionamientos de su parte y sin reconocer hechos ni derechos, se le reconocerá en el recibo de sueldos, certificaciones e indemnización por antigüedad esos ocho meses que prestó servicios a través de COTECOSUD SASE...” (sic).

De ello se desprende a todas luces que no es la actora la que debe probar la intermediación en la contratación, sino que, en virtud de las normas legales aplicables a la primera parte de la relación, era la demandada quien debió probar la eventualidad de las tareas invocadas en el responde y epistolar precedentemente referenciada (cfr. arts. 99 de la LCT y 72 de la ley 24.013), ante lo puntualmente dispuesto en el último párrafo del art. 29 de la L.C.T., respecto de que los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad de aplicación serán considerados en relación de dependencia de dichas empresas, con carácter permanente continuo o discontinuo cuando lo sean “(...) en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo (...)”. Por su parte el art. 6 del decreto 1694/06 establece que, las empresas de servicios eventuales solo pueden asignar a trabajadores a la empresas usuarias “(...) inc. f) “en general cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria”, mientras que el inc. c dispone: “Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores”.

Sin embargo, en el caso, lo cierto y concreto es que la accionada si bien dijo reconocerle la antigüedad anterior, aportando a la causa la documentación que —a su entender— así lo acreditaría (ver la documental de fs. 140/190), en tanto lo relevante es que la misma ha sido desconocida por la contraria (ver fs. 248/vta.) y la oferente no produjo prueba alguna tendiente a demostrar su certeza, por tanto los presupuestos

que pretende hacer valer en su defensa con dichos documentos no alteran la irregularidad registral en la que se encontraba la trabajadora al momento del despido. Siendo concluyente, además, que en el subexamine tampoco existe ningún elemento que constata la eventualidad de las tareas que según versión de la accionada prestó la actora durante los primeros ocho meses.

No obstante ello, en el caso particular de autos lo que resulta por demás trascendente, es el reconocimiento de la antigüedad ya referenciado, ya que en virtud de la teoría de los actos propios, lo que termina reconociéndole son los derechos invocados en torno a ello, como así también la incorrecta registración en la que se encontraba en los libros de ley al momento del despido. Todo lo cual, debe necesariamente interpretarse a la luz de lo dispuesto por el art. 29 primera parte de la LCT, que contempla la hipótesis de provisión de mano de obra por un tercero a favor de una empresa principal, para que esta se sirva de los servicios del trabajador.

Desde dicha óptica, era la demandada, al ser desde el inicio la real empleadora, quien debió cumplir con la obligación de registrar la relación de trabajo en el libro especial que con carácter obligatorio manda a llevar el art. 52 de la LCT desde que comenzó a prestar servicios la trabajadora, obligación que, asimismo, se complementa con la impuesta por el art. 7 de la ley 24.013. En tanto, reiteraré, estaba a cargo de la demandada probar la eventualidad de los servicios contratados, objetivo no cumplimentado en autos. Recuérdese que tal como surge de los recibos acompañados por las partes y de lo informado por la perito contadora en el dictamen incorporado al sistema informático a fs. 362/378 de la foliatura digital, la demandada inscribió la relación laboral a partir de octubre de 2008 y que, con anterioridad a ello, figuraba como registrada mediante la empresa de servicios eventuales ya nombrada, lo que deja en evidencia la incorrecta registración en la que se encontraba al momento del despido de marras, máxime el reconocimiento que como ya vimos termino haciendo de ello la propia empleadora. Circunstancias estas que, claramente tornan procedente el incremento indemnizatorio que dimana del art. 1 de la ley 25.323, ya que la verdadera empleadora —es decir, la demandada en autos— no inscribió la relación laboral desde el momento en que realmente se inició.

Al respecto, cabe estarse a la doctrina sentada en el Fallo Plenario 323 del 30/6/2010 “Vazquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ despido” en cuanto estableció 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 los servicios procede la indemniza-

ción prevista por el artículo 8 de la ley 24.013 aunque el contrato de trabajo haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria”, de aplicación obligatoria en virtud de lo normado por el art. 303 del CPCCN cuya operatividad deviene insoslayable en virtud de la sanción de la ley 27.500 (B.O. 10/1/2019) la que derogó la ley 26.853 (a excepción de su art. 13). En tanto, no soslayo que esta doctrina plenaria mencionó solo el art. 8 de la LNE, sin embargo, la situación a contemplar es la misma que la del art. 1 de la ley 25.323, puesto que se encuentran íntimamente ligadas, por lo cual lo allí decidido se proyecta sobre el agravamiento que aquí se trata, debido a que resultan ser normativas que se refieren a situaciones y presupuestos fácticos similares.

En consecuencia con todo lo expuesto y, tal como ya lo adelante, propiciaré modificar este aspecto de la sentencia de grado y, en su mérito, diferiré a condena el incremento indemnizatorio establecido por el art. 1 de la ley 25.323, el que en la especie ascenderá a la suma de \$149.319,09.— (\$16.591,01, por 9 períodos), ello así teniendo en cuenta los parámetros establecidos en el fallo de grado (ver considerando III), puesto que no fueron controvertidos ante esta alzada.

VI.— En otro orden de ideas, se encuentra cuestionado el rechazo de la indemnización del art. 80 de la LCT. Sobre ello liminarmente observo que, si bien en las misivas de fs. 138/139 la demandada indicó que estos documentos iban a estar a disposición el día 28 de septiembre de 2016, lo cierto es que ello se debió a que la ex trabajadora tuvo que reclamar su entrega con fecha 22 de agosto de 2016 (ver epistolar de fs. 137) siendo que había sido despedida en mayo de ese año, resultando de este modo acreditado el cumplimiento de los requerimientos previstos por el art. 3° del decreto 146/01.

Despejado aquello, si bien resulta correcto lo referido por la apelante respecto de que en el libelo de inicio sí se indicó que la actora había solicitado telefónicamente los certificados de trabajo (ver fs. 9vta.), contrariamente con lo sostenido por el Sr. Juez a quo, quien refirió que la demandante no adoptó ninguna medida para hacerse de estos documentos. Sin embargo, lo que resulta trascendente al caso es que al momento del despido la empleadora refirió poner a disposición los certificados correspondientes a partir del 09 de junio de 2016 (ver misiva de fs. 136) y lo cierto es que en ningún momento acreditó dicha confección en ese momento concreto, en tanto la actora —como ya se dijo— sí cumplió en intimarlo para que así lo hiciera.

Aquí, viene al caso mencionarse que, los trabajadores se encuentran habilitados para formular la intimación a que se refiere el decreto 146/01, una vez

que hayan transcurrido los 30 días corridos desde la extinción, pues estamos en presencia de un plazo que la ley otorga al empleador para regularizar cualquier anomalía respecto de los certificados contemplados por el art. 80 LCT, por lo que no es válido la pretensión de la accionada de valerse de un nuevo término para su entrega como pretendió hacerlo a través de la carular que le cursó el 29 de agosto de 2016 (ver fs. 139).

En efecto, nótese que la documentación de fs. 140/141, tiene fecha de certificación del 06/09/2016, es decir con más de dos meses de retardo en relación a la fecha primigenia que le indicó estarían a disposición, ello así más allá de la rectificación que dijo reconocerle respecto de la fecha de ingreso, habida cuenta que de ninguna manera la deficiencia registral en la que se encontraba incurriendo la empleadora al momento del despido le puede ser oponible a la ex trabajadora (cfr. arg. arts. 79 y 80 de la L.C.T.).

Desde dicha perspectiva, en el sub lite corresponde receptor favorablemente este rubro en cuestión, del que fijaré su cuantía en la suma de \$49.773,03.— teniendo en cuenta la remuneración que en el considerando anterior referencié (\$16.591,01.— x 3).

VII.— En cuanto al reagravamiento establecido por el art. 2 de la ley 25.323, que fuera desestimado en la sentencia de grado debo decir que no comparto tal postulado, habida cuenta que si bien la ex-empleadora abonó las indemnizaciones que estimó corresponder, lo cierto es que lo hizo de modo insuficiente ya que en la prevista por el art. 245 de la L.C.T. omitió incluir un período y, además, tampoco le abonó la integración del mes de despido con su respectivo sac. En tal contexto, resulta relevante que la accionante cursó sin éxito la intimación fehaciente prevista por la norma, mediante la cual procuró se le abonaran las diferencias indemnizatorias invocadas (ver comunicación de fs. 137 del 22 de agosto de 2016), en tanto con tal proceder reticente [la ex-empleadora] la obligó a litigar, siendo que en el sub iudice, como ya se dijo, se le reconocieron el pago de rubros omitidos o abonados de modo deficiente.

Dicho ello, advierto que en la especie una porción de los rubros que manda incrementar la norma han sido oportunamente abonados, aunque en menor cuantía a la debida y, es por ello que, en mi opinión, no luce razonable pretender se sancione sobre lo que si fue pagado, sin embargo sí encuentro adecuado que lo sea por la diferencia que se ha determinado en estos autos.

Ello así por aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del precepto legal en estudio, por lo cual — en definitiva— propiciaré fijar la cuantía de este rubro

en el 50% a calcularse sobre las diferencias indemnizatorias que no fueron oportunamente abonadas.

Consecuentemente con lo antedicho, propondré diferir a condena, con apoyo en este articulado, la suma de \$10.614,67.— (es decir, el 50% del monto de condena establecido en origen, ver considerando IV).

VIII.— En caso de ser compartida mi moción el nuevo monto de condena será fijado en la suma total de \$230.936,15.—, importe que acrecerá con los accesorios determinados en el fallo de grado, puesto que arribaron incólumes a esta alzada.

IX.— 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, lo que torna abstracto el tratamiento de los recursos planteados en tal sentido.

En atención al resultado del litigio, en donde existieron vencimientos parciales y mutuos, considero que corresponde distribuir las costas en ambas instancias en un 20% a cargo de la parte actora y el 80% restante a cargo de la demandada (cfr. artículo 71 del CPCCN)

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, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido por mayoría —con arreglo a lo decidido por ese Tribunal ante situaciones sustancialmente análogos— 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).

Por tanto, resulta necesario —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, los trabajos profesionales por la labor cumplida en primera instancia se realizaron en su mayoría sin que estuviera en vigencia la nueva ley de honorarios, a excepción de los de la perito contadora. Por tanto sobre la última nombrada corresponde estarse a la nueva ley de honorarios para establecer su cuantía, en tanto los de las representaciones letradas actuantes habré de valerme de la ley de honorarios anterior.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora y de la demandada (que incluye lo actuado ante el SECCLO), por sus actuaciones en la primera instancia en el 17% y 12%, respectivamente, a calcularse sobre el nuevo monto de condena con sus respectivos intereses. En tanto, los de la perito contadora los fijaré en la suma de \$58.212.— (es decir, el equivalente a 9 UMA) conforme norma arancelaria de aplicación.

Finalmente, sugiero regular los honorarios de las representaciones letradas de las partes intervinientes en esta alzada en el 30%, de lo que, en definitiva, les corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (ley 27.423).

El doctor *De Vedia* manifestó que:

Por análogos fundamentos adhiere al voto de la Sra. Jueza de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL *Resuelve*: 1. Modificar el fallo de grado y elevar el monto de condena a la suma de de \$230.936,15.— (pesos doscientos treinta mil novecientos treinta y seis con quince centavos), importe que acrecerá con los accesorios determinados en el fallo de grado. 2. Imponer las costas y regular los honorarios de ambas instancias en la forma dispuesta el considerando VII del presente pronunciamiento. 3. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la Dra. Graciela Liliana Carambia no vota en virtud de lo dispuesto por el art 125 I.O. — *Beatriz E. Ferdman*. — *Gabriel de Vedia*.

DESPIDO DISCRMINATORIO

Participación gremial. Responsabilidad solidaria. Verificación de una unidad técnica de ejecución. Alcances.

1. — De la misiva rescisoria no se desprende concretamente cual o cuales serían los incumplimientos en los que habrían incurrido las trabajadoras y que habrían aparejado la diferencia de producción aludida, más aun, tampoco resulta hábil la tesis sostenida por la empleadora en cuanto a que las supuestas inconductas de las accionantes invocadas con posterioridad al distracto, en tanto resulta evidente que con todo ello no se observaron los principios de causalidad y contemporaneidad, contenidos en el art. 242 LCT.
2. — Carece de relevancia el argumento vertido por la empleadora en cuanto a que su parte habría logrado acreditar los supuestos resultados de la evaluación de los niveles de producción antes y después de las suspensiones de las trabajadoras, ya que resultan ser un acto unilateral emanado del empleador y, de esta manera, el medio probatorio en cuestión resulta inhábil per se a los fines pretendidos.
3. — Corresponde la condena solidaria a la code mandada, ya que las tareas que realizaban las demandantes para la accionada estaba destinada a satisfacer la actividad normal y específica propia de la primera, posibilitando la obtención de uno de los elementos necesarios para completar la fabricación de los productos que comercializaba esta última, y entonces lograr su objetivo empresarial.
4. — El servicio de la contratista, aunque pueda ser calificada de actividad accesoria, se encuentra integrada y es coadyuvante para el logro de sus fines, desde que no parece inverosímil ni dudoso sostener que la producción de mazos de cableado electrónico hace a su fin empresario consistente en la fabricación de automóviles.
5. — Si bien la facultad sancionatoria recayó sobre la ex empleadora de las pretensoras, resultaría por lo menos sospechoso que la contratante desconociera el seguimiento en cuanto a los datos de rendimiento de fabricación de su producto, en los cuales la contratista, no solo plasmó las suspensiones de las actoras, sino que, además, en el marco de los controles impuestos para el tipo de relación comercial que vinculó a los entes demandados, no pudo desconocer las medidas de fuerza llevadas a cabo por la Comisión Interna, en la que participaron las trabajadoras y su consecuente afectación a la producción de las distintas unidades.
6. — Se acreditó la suma de indicios y los elementos de hecho que demostraron prima facie que el

despido dispuesto por la empleadora posea las características contenidas en la ley 23.592; y posteriormente la demandada no acreditó que el distracto tuviera por causa aquella motivación alegada en las misivas remitidas a las trabajadoras, lo que conduce a admitir la condena por daño moral.

CNTrab., sala VI, 22/12/2021. — Galarza, Teresa Ester y otros c. Industrias Lear de Argentina S.R.L. y otro s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/215217/2021]

COSTAS

Se imponen a la recurrente vencida.

Expte. n° CNT 020609/2015/CA001

Buenos Aires, 22 de diciembre de 2021.

Considerando:

El doctor *Raffaghelli* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia (fs. 510/522vta.) que hizo lugar al reclamo por despido, se alzan las codemandadas Industrias Lear de Argentina SRL y Ford argentina S.C.A., a mérito de los memoriales que lucen agregados digitalmente en fechas 02/09/2020 y 03/09/2020 —respectivamente—, replicados por las actoras el 07/09/2020 y 08/09/2020.

Al fundar el recurso, Industrias Lear de Argentina S.R.L apela el decisorio dictado por la sede de origen que consideró injustificado el despido dispuesto por ese ente societario codemandado respecto de las actoras y por la condena al pago de los rubros salariales, indemnizatorios y sancionatorios (art. 2 de la ley 25.323). Debate la procedencia de la sanción prevista en el art. 1 de la ley 25.323 respecto de Norma Teresa Kuhn. Discute la calificación del acto rescisorio como discriminatorio en los términos del art. 1 de la ley 23.592, como así también de la viabilidad de la condena en concepto de daño moral. Subsidiariamente apela el monto de condena de dicho por concepto por considerarlo excesivo. Se agravia por la condena al pago de los rubros salariales la condena al pago de los rubros salariales “Días Trabajados Junio”, “Vacaciones Proporcionales”, “SAC s/ Vacaciones Proporcionales”, “SAC Proporcional”. Por último, recurre los honorarios regulados a favor de la representación letrada de la parte actora y del perito contador, por estimarlos elevados.

Por su parte, Ford Argentina S.C.A. se agravia por cuanto se la condenó solidariamente, bajo la apli-

cación del supuesto de responsabilidad contenido en el art. 30 de la LCT. Asimismo, discute la viabilidad decretada en grado de la indemnización art. 1 Ley 23.592 y de la multa art. 1 ley 25.323. Apela la condena a la entrega del certificado de trabajo previsto en el art. 80 de la LCT. Finalmente, critica los honorarios regulados a favor de los profesionales intervinientes en el proceso, por estimarlos elevados.

El perito contador cuestiona los estipendios regulados a su favor, por estimarlos reducidos (escrito agregado digitalmente el 02/09/2020).

II. El modo en que son planteados los agravios me conducen a tratar en primer término la queja vertida por Industrias Lear de Argentina S.R.L que gira en torno a cuestionar decisorio de grado que consideró que el despido dispuesto por la recurrente respecto de las actoras careció de causa que lo justifique. Finca su disenso —básicamente— en que la causal invocada para disponer el despido de las trabajadoras habría quedado acreditada a partir del acta notarial acompañada en el responde y de la declaración del testigo Gutiérrez. Sin embargo, estimo que el segmento recursivo intentado no atraviesa la vaya procesal dispuesta por el art. 116 de la LO.

Digo ello pues, sobre el punto, la Sra. Jueza “a quo” consideró que “...de la interpretación textual de tales expresiones por demás dogmáticas, no puede sino concluirse que ninguna irregularidad le atribuyen a las actoras, evidenciándose tan solo una decisión originada en tal caso, en las facultades de dirección y organización de la empresa en base a las que decidió que prescindir de los servicios de las accionantes era la que necesitaba la firma, extremo este que surge de las mismas expresiones de dicha sociedad en la carta documento por la que dispuso la suspensión de fecha 17/06/14 y en su memorial de contestación de demanda...” por lo que concluyó que “...los distractos fueron por motivos ajenos e imputables a las accionadas...” —véase que la empleadora manifestó expresamente en el colacionado rescisorio que “... encontrándose la empresa obligada a tomar medidas tendientes a lograr un nivel de productividad que torne económicamente viable la planta Pacheco y habiendo corroborado que Ud. tuvo en los últimos tiempos un bajo rendimiento productivo el que se evidenció en que durante el tiempo que estuvo suspendido se certificó que la empresa podía alcanzar sin su presencia los estándares de productividad necesaria y suficiente para realizar la producción solicitada por el cliente se ha decidido que a partir del 27-06-2014 se prescinda de sus servicios...” (ver documental agregada en sobre de prueba reservado, reconocido por la accionada en el responde).

En dicho contexto, se observa que la recurrente se limita a manifestar que de la prueba documental (acta notarial acompañada en el responde) y del testimonio prestado por Gutiérrez habría quedado acreditado la causal invocada por la empleadora para disponer el despido de las trabajadoras pero lo cierto es que no se hace eco del argumento respecto del cual —aun considerando los términos del distracto— resulta claro que la decisión adoptada por la empresa obedeció a motivos ajenos a las accionantes, esto es, que el tiempo en que habían estado suspendidas las trabajadoras se había certificado que la empresa podía alcanzar sin su presencia los estándares de producción que le solicitaba su cliente.

A ello, corresponde añadir que, tal como lo sostuvo la magistrada de grado, de la misiva rescisorio no se desprende concretamente cual o cuales serían los incumplimientos en los que habrían incurrido las trabajadoras y que habrían aparejado la diferencia de producción aludida, más aun, tampoco resulta hábil la tesis sostenida por la recurrente en cuanto a que las supuestas inconductas de las accionantes invocadas con posterioridad al distracto —al contestar demanda— en tanto resulta evidente que con todo ello no se observaron los principios de causalidad y contemporaneidad, contenidos en el art. 242 LCT y este aspecto no fue susceptible de cuestionamiento alguno por la apelante (art. 116 LO).

Así las cosas, carece de relevancia el argumento vertido por la apelante en cuanto a que su parte habría logrado acreditar los supuestos resultados de la evaluación de los niveles de producción antes y después de las suspensiones de las trabajadoras —además de apuntar que los registros que habrían sido compulsados por la escribana en el Acta Notarial acompañada a fs. 64/71 resultan ser un acto unilateral emanado del empleador y, de esta manera, el medio probatorio en cuestión resulta inhábil “per se” a los fines pretendidos—.

Desde la perspectiva descripta, resulta evidente que el planteo recursivo en examen no cumple el recaudo de admisibilidad formal previsto en el art. 116 de la L.O. en tanto se erige sobre consideraciones de carácter genérico que no llegan a constituir una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que se estiman equivocadas pues la accionada se limitan a reiterar argumentos que fueron analizados por la magistrada de grado en oportunidad de dictar la sentencia discutida.

En consecuencia, y en virtud de que el escrito de expresión de agravios trasunta exclusivamente una mera disidencia de lo resuelto por la magistrada de grado porque ha omitido realizar una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia discutida, estimo que no existe espa-

cio adjetivo para modificar lo resuelto por la anterior sede, lo que me inclina a propiciar su confirmatoria, en el aspecto analizado, lo que torna inoficioso el tratamiento del agravio relativo a cuestionar la condena al pago de los rubros salariales e indemnizatorios, derivados del despido y de la procedencia de la sanción contenida en el art. 2 de la ley 25.323, toda vez que ha sido planteado de modo asociado a la suerte del segmento recursivo anteriormente examinado.

III. Ford de Argentina S.C.A se agravia por la sentencia de grado por cuanto estableció la condena solidaria en los términos del art. 30 LCT. La codemandada manifiesta que "...es una empresa automotriz que no se dedica al montaje de tableros eléctricos y subproductos metalúrgicos, actividad de la coaccionada como surge de la prueba pericial contable y de la prueba informativa, que resulta ajena a la (recurrente)...", esto es, que la actividad desplegada por Industrias Lear de Argentina SRL no tendría relación con la actividad normal y específica propia de la apelante y que, asimismo, tampoco sería inescindible de ella.

Anticipo que el segmento recursivo no contará con favorable recepción en el voto que mociono pues considero que las alegaciones allí expuestas rozan la deserción del recurso, conforme el art. 116 de la LO.

En efecto, la magistrada de grado, luego de evaluar la postura asumida por las partes en los escritos constitutivos de la litis y la prueba producida en autos, concluyó — básicamente— que quedó acreditado "...las tareas que realizaban las demandantes para la accionada Industrias Lear Argentina SRL estaba destinada a satisfacer la actividad normal y específica propia de la codemandada Ford Argentina SCA posibilitando la obtención de uno de los elementos necesarios para completar la fabricación de los productos que comercializaba esta última, y entonces lograr su objetivo empresarial..."

Así las cosas, de la lectura del memorial se evidencia que la recurrente se limita a reiterar argumentos que fueron expuestos al contestar la acción y analizados y tratados por la sede de origen, sin hacerse cargo del argumento central sobre el cual la magistrada de grado fundó su decisión, esto es, que de la prueba testimonial y pericial contable se acreditó que la producción de mazos de cableado electrónico que era la actividad de la coaccionada Industrias Lear de Argentina SRL— Planta Pacheco— donde prestaron tareas las trabajadoras estaba destinada en su totalidad a la firma Ford Argentina SCA quien se dedica a la fabricación de automóviles que incluían tales elementos, que los trabajadores de la primera eran destinados en oportunidades a trabajar en dependencias de Ford bajo las órdenes de personal de esta firma.

La recurrente manifiesta que de la prueba pericial contable surgiría que dicho ente societario posee sen-

dos clientes pero lo cierto es que nada dice sobre el extremo que señala la sentenciante de grado respecto al punto i) del informe presentado por el experto contable (fs. 469) respecto de la facturación mensual de producción de la planta de Pacheco —donde prestaban tareas las actoras— desde el año 2008 al año 2014, del cual se desprende que la demandada puso a disposición del perito planillas de las ventas a Ford Argentina S.C.A por el periodo de enero, febrero y diciembre 2013, sin que haya exhibido alguna otra constancia respecto de otro cliente, a fin de sustentar su tesis.

También señalo que, las demandadas no acreditaron en autos contrato alguno celebrado entre estas que permita, a partir de allí, sostener la vinculación comercial invocada por ellas al contestar la acción.

En definitiva, la tesis que sostiene la apelante se erige sobre una lógica desertada en cuanto al razonamiento del supuesto de solidaridad que establece el art. 30 de la LCT, y ello así pues, no corresponde examinar si la actividad llevada a cabo por el cesionario o contratista se identifica con el objeto genérico —o estatutario— de la cedente o contratante principal sino que debe analizarse si se verificó una unidad técnica de ejecución; es decir, en el caso, si los servicios de producción de mazos de cableado electrónico que prestó Industrias Lear de Argentina SRL, completó o complementa de modo coadyuvante la actividad de la contratante principal (Ford Argentina S.C.A.).

De este modo, el mencionado servicio de la contratista, aunque pueda ser calificada de actividad accesoria, se encuentra integrada y es coadyuvante para el logro de sus fines, desde que no parece inverosímil ni dudoso sostener que la producción de mazos de cableado electrónico hace a su fin empresario —la fabricación de automóviles—.

Finalmente, y en cuanto a la mención que formula la apelante respecto a la aplicación que pretende de la doctrina sentada por la CSJN en los autos "Rodríguez, Juan R. c/ Cía. Embotelladora Argentina SA y otro" del 15/04/1993 (Fallos 316:713), destaco que ella ha sido abandonada el Alto Tribunal en precedentes dictados con posterioridad (ver especialmente "Preiti, Pantaleón Luján c/ Elemac SA y otra" del 20/08/08 en donde la CSJ dejó sin efecto una sentencia dictada por la Sala VIII de esta Cámara Nacional del Trabajo que había aplicado la doctrina de "Rodríguez").

En tales condiciones, propicio confirmar el decisorio de grado en cuanto condenó en forma solidaria a la recurrente al pago de los créditos dinerarios admitidos, en la hipótesis del artículo 30 de la L.C.T.

IV. Las codemandadas se agravian por la decisión dictada por la magistrada de grado que consideró que

el despido se encuadró dentro de la hipótesis prevista en el art. 1 de la ley 23.592 y viabilizó la pretensión indemnizatoria por daño moral. Industrias Lear de Argentina SRL finca su disenso —centralmente— en que “...ninguna constancia de la causa acreditó que las co-actoras tuvieran una “activa participación” en cuestiones de índole gremial. El ejercicio de medidas de fuerza ilegítimas en el interior del establecimiento de ningún modo permite calificar a quien las lleva a cabo como un “activista gremial”. Dicho calificativo queda exclusivamente reservado para quienes ejercen una representación, aunque sea promiscua, del colectivo de los trabajadores, extremo que no se verificó en el caso del actor...”. Sin embargo, estimo que la crítica formulada no reúne el recaudo de admisibilidad formal que establece el art. 116 de la L.O.

En efecto, repárese que, sobre el punto, y luego de evaluar la prueba producida en autos, la sentenciante de grado sostuvo que las expresiones volcadas en las misivas de fechas 26/05/14 y 17/06/14 mediante las cuales la empleadora dispuso, en la primera la suspensión —sin plazo y con percepción del 75% de los haberes— de las trabajadoras por reducción a un solo turno de la producción “en atención a la grave situación que sufre el mercado automotriz...” y, en la segunda, la suspensión por el plazo de 30 días sin goce de haberes, conforme art. 219 LCT por “...la situación de crisis en la que se encuentra la Planta de Pacheco, al no poder dar ocupación a la totalidad del plantel...por razones que afectan al sector automotriz y por encontrarse sobredimensionado el plantel...”; aparecen contradictorias con los motivos invocados al disponer el distracto de las actoras en las misivas de fecha 26/06/14, esto es, “tomar medidas tendiente a lograr un nivel de productividad que torne económicamente viable la plata de Pacheco y habiendo corroborado que ud. tuvo en los últimos tiempo un bajo rendimiento productivo el que evidenció que durante el tiempo que estuvo suspendido se certificó que la empresa podía alcanzar sin su presencia los estándares de productividad necesaria y suficientes...”. En función de ello, concluyó que dichos despidos fueron por causas ajenas e inimputables a las accionantes.

En tal contexto, las recurrentes omiten cuestionar la valoración efectuada por la magistrada “a quo” de las posturas asumidas por las partes en los escritos constitutivos de la litis, las contradicciones anteriormente apuntadas en cuanto los motivos expuestos en las misivas, la inexistencia de llamados de atención o sanción alguna aplicada a las accionantes y la prueba testimonial, sobre la cual, luego de transcribir los respectivos pasajes de las declaraciones prestadas por Vega (fs.297), Carabajal (fs.310) y Gutiérrez (fs.448); la magistrada “a quo” indicó que “...los testigos referidos...declararon que las actoras formaban parte de un grupo de empleados que apoyaban los reclamos

de la comisión interna; y reparando esencialmente en los propios dichos de la demandada vertidos en su contestación de demanda cuando manifestó que consideraba que las accionantes se habían excedido en el marco de lucha, ya que durante el periodo diciembre de 2013 y la fecha del despido —periodo en el que dispuso las suspensiones...— las accionantes y otros empleados habían demostrado una actitud que excedía el marco de una lucha colectiva adhiriendo a las medidas de fuerza convocadas por el sindicato y la comisión interna, ya que su producción disminuía... legando a niveles tan bajos que resultaban en incumplimiento de sus débitos laborales —extremo este último que... no fue probado—.”(fs.518/518vta)

De este modo, resulta inadmisibles la tesis que sostiene la recurrente en relación a la supuesta falta de prueba en cuanto a que los despidos no tuvieran carácter discriminatorio, conforme lo determinado por la sede de origen pues, en el marco de las circunstancias que rodean el “sub examine” y tal como ha quedado trabada la litis, el “onus probandi” se estructura sobre la base de que, por un lado, el trabajador tiene la carga de aportar un “indicio razonable” de que la decisión adoptada por el empleador lesiona su derecho fundamental —conforme el supuesto del art. 1 de la ley 23.592-, y que acerque la idea de que dicho acto contó con un motivo oculto. Luego, determinada la base indiciaria, sobre la demandada recae la carga de acreditar que el despido obedeció a las causas que invocó en su misiva rescisoria —ello no implica, claro está, desconocer el principio contenido en el artículo 377 del CPCCN—.

Sobre dicha base, resulta evidente que la apelante omite hacerse cargo en su recurso de que, como lo señaló la magistrada de grado, en autos se acreditó la suma de indicios y los elementos de hecho que demostraron “prima facie” que el despido dispuesto por la empleadora poseía las características contenidas en la ley 23.592; y posteriormente la demandada no acreditó que el distracto tuviera por causa aquella motivación alegada en las misivas remitidas a las trabajadoras, lo que me conduce a propiciar la confirmatoria de la condena por daño moral en los términos y por las razones expuestas en la sentencia de grado.

Respecto a la queja vertida en cuanto al monto diferido a condena por tal concepto, observo que la recurrente no expone la suma que, a su entender, sería la que se ajustaría a derecho y a partir de qué fórmula aritmética se arribaría a ella, lo que sella sin más, la suerte adversa del segmento recursivo en cuestión.

En este punto, la codemandada Ford Argentina SCA manifiesta que no le cabría responsabilidad solidaria el acto discriminatorio cometido por la empleadora —materializado en el despido— y, en dicha inte-

ligencia, discute la condena al pago del daño moral, dispuesta por la magistrada de grado. Sin embargo, la alegación vertida por la recurrente resulta inhábil a los fines pretendidos.

En primer término, señalo que, en ejercicio de la potestad “iura curia novit”, entiendo que estamos en presencia de un hecho dañoso, constitutivo de un acto ilícito, que genera responsabilidad extracontractual y, en este sentido, el reclamo del daño moral por los hechos de autos, excede las obligaciones que tutela el art. 30 de la LCT, referidas a las de carácter laboral y previsional.

Me apartare por tanto del encuadre legal de origen considerando de los hechos de los cuales se desprenden el pedido de una responsabilidad extraforfataria deben subsumirse en el derecho civil, para fundar la responsabilidad de la codemandada Ford Argentina SCA. Tal es el criterio que he dejado expuesto al resolver una causa de aristas similares al presente (ver “A.A.Y c/ Shell Compañía Argentina de Petróleo SA otros s/ despido”, SD N°66777 del 24/09/2014, del registro de esta Sala VI)

En efecto, en casos como el presente, señalo que la motivación real del despido se fundó en un hecho que no podía ser desconocido por la contratante —la participación gremial en los reclamos efectuados por la Comisión Interna— y así da cuenta el Acta Notarial acompañada por Industrias Lear de Argentina SRL en el responde (fs.45/47) de la que surge que “...en la planilla denominada Ford T6/C346-Dotadon manifiesta que antes de las suspensiones la planta se encontraba ...a un 64% de eficiencia...y...que después de las suspensiones la planta demuestra que puede correr a un promedio de 71% de eficiencia...” —documental que no fue desconocida por Ford Argentina SCA y, en dicha inteligencia, cabe tener por reconocida dicha instrumental (cfr. art. 356 del CPCCN)—. Cabe añadir que, si bien la facultad sancionatoria recayó sobre la exempleadora de las pretensoras, resultaría por lo menos sospechoso que la contratante desconociera el seguimiento en cuanto a los datos de rendimiento de fabricación de su producto, en los cuales la contratista, no solo plasmó las suspensiones de las actoras, sino que, además, en el marco de los controles impuestos para el tipo de relación comercial que vinculó a los entes demandados, no pudo desconocer las medidas de fuerza llevadas a cabo por la Comisión Interna, en la que participaron las trabajadoras y su consecuente afectación a la producción de las distintas unidades.

Y en tal contexto, la situación de Ford Argentina SCA en autos, constituye un supuesto de responsabilidad objetiva prevista en el art. 1753 del CCyCN (anteriormente art. 1113 del Código de Vélez Sarsfield)

que extiende la obligación del que ha causado un daño “...por las cosas de que se sirve...” y que permite subsumir los hechos en tal dispositivo, teniendo en cuenta que desde el ángulo constitucional el sujeto de preferente tutela es el trabajador (CSJN in re V.967. XXXVIII. 14.9.2004 “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa SA s/ despido”, Considerando 9)

Agrego que el fundamento de ese párrafo del art. 1753 de nuestro Código Civil se sustenta en el provecho que se obtiene de una actividad, en la denominada teoría del riesgo referida en el caso de autos a la existencia de una dependencia económica, que permite extender la responsabilidad, ya que en efecto la empleadora Industrias Lear de Argentina SRL no podría funcionar sin Ford Argentina SCA y ésta sin aquella, dado que la distribución de sus productos es esencia del negocio (Belluscio-Zanoni “Código Civil Comentado”, Vol. 5, pág. 429 y ss. aporte de Aida Kemelmajer de Carlucci).

Por tanto la codemandada ante el provecho de tal negocio no puede resultar ajena a sus riesgos, lo que genera su responsabilidad objetiva ante el daño efectivo —probado en autos— generado a las trabajadoras.

En síntesis, de acuerdo al modo en que fuera dispuesto el distracto —bajo el ocultamiento de la verdadera motivación, esto es, la actividad gremial llevada a cabo por las actoras-, y tal como lo sostuve en un caso de aristas similares al presente, “...el sistema legal debe brindar una protección efectiva que asegure la representación sindical en la empresa libre y democrática, sobre la base de los principios de autonomía, democracia y libertad sindical, y es por ello que ante un incumplimiento de la normativa laboral de la magnitud de la observada en el caso...” (ver “Casagerone Gabriel Oscar c/ Atento Argentina SA y Otro s/ Juicio sumarísimo”, SD N°63880 del 24/04/2012 del registro de esta Sala VI), y, desde esta visión, como he reseñado, carece de relevancia los límites a la responsabilidad en la hipótesis del art. 30 LCT.

Por las consideraciones expuestas, sugiero confirmar la decisión adoptada por la sede de origen que entendió que la codemandada Ford Argentina SCA debe responder por el daño originado en la conducta discriminatoria llevada a cabo por la exempleadora, en los términos y con los alcances supra apuntados.

V. Se agravan las demandadas por la viabilidad decretada en grado de la sanción prevista en el art. 1 de la ley 25.323. Cuestionan la valoración cualitativa de la prueba efectuada por la sentenciante “a quo” respecto de las declaraciones testimoniales prestadas en autos. Sin embargo, estimo que no asiste razón en los planteos que formulan las apelantes y ello por cuan-

to, la codemandada Ford Argentina S.C.A. se limita a manifestar que "...la deficiente e injustificada declaración testimonial de algunos testigos de la parte actora, quienes no dan razón de sus dichos y se contraponen con los registros contables de la codemandada..."; y dichas manifestaciones —genéricas— no constituyen una crítica concreta y razonada en los términos del art. 116 de la LO.

A su turno, Industrias Lear de Argentina SRL afirma que no habría sido acreditado en autos la fecha de ingreso denunciada en el escrito de inicio respecto de Kuhn pero lo cierto es que, a fs.12, la actora denunció que ingresó a prestar tareas para la recurrente —donde detalló el paso de las distintas empresas hasta la fusión por absorción de Industrias Lear de Argentina SA que data del año 2002— y, frente a ello, las accionadas negaron tal extremo pero omitieron informar la fecha que, a su entender, sería la "real" de ingreso de dicha trabajadora (ver fs.31vta y 73vta/74) —nótese que Industrias Lear de Argentina SA se limitó a manifestar que se encontraba correctamente registrada de acuerdo a los datos de los recibos de haberes pero no indicó la fecha ni acompañó la instrumental a la que hizo referencia— (ver fs. 78vta y 84).

En tal escenario, conforme lo prevé las normas adjetivas, la parte demandada tiene la carga no solo de reconocer o negar los hechos expuestos en el escrito de inicio sino que, además, debe también exponer su versión sobre los hechos relevantes —siempre que no comprometa su responsabilidad penal— y ello es así por cuanto —en virtud del principio de bilateralidad procesal— la demanda y la contestación se presentan como los actos constitutivos de la etapa informativa del proceso, donde ambas partes plantean su versión de los hechos, que determinará el camino procesal para la producción de la prueba y el marco sobre el juzgador deberá decidir (arts. 356, 163, 364 y concs. CPCCN). A la luz de los imperativos legales apuntados, y como se ha dicho, al no exponer en el momento procesal oportuno —responde— la fecha que sería la que estima habría sido la correcta, priva de toda consideración la valoración de la prueba a su respecto y estimo que tal circunstancia sella de modo adverso la suerte del remedio procesal intentado, en el sentido examinado.

VI. Industrias Lear de Argentina S.R.L se agravia por la condena al pago de los rubros salariales "Días Trabajados Junio", "Vacaciones Proporcionales", "SAC s/ Vacaciones Proporcionales", "SAC Proporcional", toda vez que, según manifiesta que, "...tal como surge de la contestación de oficio del Citibank y la respuesta del perito contador al punto pericial c (cuestionario demandada, Anexo I) dichos conceptos habrían sido abonados en oportunidad de producirse la finalización del vínculo laboral, mediante deposito en la

cuenta sueldo, quedando acreditado de tal modo su efectivo pago en la forma prevista por el art. 125 de la LCT". Asimismo, argumenta que "...el pago de salarios correspondientes al periodo 17/06/2014 al 26/06/2014 toda vez que los mismos "salarios de suspensión" no fueron reclamados en autos, incurriéndose de tal modo en una condena "extra petita"..."

Anticipo, que el remedio procesal intentado tampoco contará con favorable andamiaje en el voto que auspicio y, digo ello, toda vez que los registros compulsados por el experto contable resultan ser un acto unilateral emanado del empleador y, de esta manera, el medio probatorio en cuestión resulta inhábil "per se" para acreditar el pago de la deuda salarial reclamada.

En otro orden de ideas, y en relación a la prueba informativa al Citibank SA (fs.369/370), tal como lo apuntó la magistrada de grado, si bien se observan depósitos de sumas dinerarias, lo cierto es que dichos montos no contienen imputación alguna a qué rubros y fechas corresponden ni surgen datos que acrediten la tesis sostenida por la apelante.

En definitiva, la demandada no acreditó haber abonado a las actoras los rubros salariales reclamados, mediante la exhibición del correspondiente recibo (cfr. arts. 138, 140 y 142 LCT), o de otros elementos eficaces a sus efectos (cfr. art. 125 LCT), lo que me conduce a propiciar el rechazo de la queja en análisis, con la correspondiente confirmatoria de la decisión adoptada por la anterior instancia, en el aspecto hasta aquí examinado.

En cuanto a la alegación vertida respecto a que las actoras nunca habrían introducido reclamo alguno en relación a los "salarios de suspensión", resulta inviable toda vez que la sentenciante de grado, en lo que aquí interesa, resolvió que "...la remuneración correspondiente al periodo 17/06/14 al 26/06/14 es debida a las accionantes en atención a las suspensión sin goce de haberes que dispuesto la demandada en fecha 17/06/14 fue notificada el 19/06/2014 a las entonces dependientes y el despido se produjo el 26/06/14 es decir en el plazo vigente para la impugnación de la medida..." (ver especialmente liquidación practicada a fs. 520/520vta) y del escrito de inicio se observa que dicho rubro fue reclamado bajo el concepto de "días trabajados Junio 2014" (ver fs. 13/13vta)

En definitiva, propicio desestimar la queja hasta aquí examinada y, por ende, confirmar la decisión adoptada por la anterior instancia, en el referido aspecto.

VII. Ford Argentina SCA debate la condena a la entrega del certificado de trabajo (cfr. art. 80 LCT).

Finca su disenso en que no podría exigírsele el cumplimiento de dicha obligación en atención a que ese ente societario codemandado no revistió la calidad de empleadora de las actoras. Sin embargo, creo oportuno señalar que, aun considerando que no ha contratado en forma directa los servicios de las accionantes, al igual que las restantes obligaciones, la confección y entrega del certificado de trabajo es una obligación tiene por causa fuente el contrato de trabajo respecto del cual se ha establecido la responsabilidad vicaria de la recurrente.

En el marco de lo descripto, coincido con el criterio sostenido por la sentenciante de grado por cuanto condenó a las accionadas al cumplimiento de la mencionada obligación y ello así pues no correspondería excluir a la apelante ya que la solidaridad que deriva de la hipótesis prevista en el art. 30 de la L.C.T. respecto a la totalidad de las obligaciones derivadas de la relación laboral habida entre, en el caso, las trabajadoras e Industrias Lear de Argentina SRL.

En consecuencia, propongo desestimar el segmento recursivo en análisis y confirmar la sentencia dictada por la anterior instancia, sobre el punto.

VIII. En cuanto a las quejas relativas a cuestionar los emolumentos regulados a favor de la representación letrada de las actoras, de las codemandadas y del perito contador, tomándose en cuenta el resultado del litigio, su valor económico, el mérito y extensión de la labor desarrollada por dichos profesionales y lo normado en el art. 38 de la LO, y arts. 6, 7, 8, 9, 19, 39 y cctes. de la ley 21.839, art. 16 ley 27.423 y del dec. 16.638/57, estimo que los mismos lucen equitativos y ajustados a derecho, por lo que sugiero sean confirmados.

IX. Finalmente, en función del resultado que propicio, y de acuerdo con el principio general que emana del art.68 del CPCCN, estimo que las costas de alzada deben quedar a cargo de las recurrentes vencidas (art. 68 CPCCN).

A su vez y con arreglo a lo establecido en el art. 30 de la ley 27.423, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de las actoras, de Industrias Lear de Argentina SRL y de Ford Argentina SCA, propongo que se regulen los honorarios por esas actuaciones en el 30%, 30% y 30%, respectivamente, de lo que corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

La doctora *Craig* dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la L.O.) el Tribunal *Resuelve*: I) Confirmar la sentencia dictada por la sede de origen en todo lo que fuera materia de apelación y agravios; II) Confirmar los honorarios regulados por la anterior instancia; III) Imponer las costas de Alzada a cargo de las recurrentes vencidas; IV) Regular los honorarios de la representación letrada de las actoras, de Industrias Lear de Argentina SRL y de Ford Argentina SCA en el 30%, 30% y 30%, respectivamente, de lo que corresponde, a cada una de ellas, por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013.

Regístrese, notifíquese y vuelvan. — *Graciela L. Craig*. — *Luis A. Raffaghelli*.

DESPIDO POR JUSTA CAUSA

Trabajador que sustrajo un cargador de celular y una botella de agua. Pérdida de la confianza. Buena fe. Legitimidad.

1. — El despido dispuesto se ajustó a derecho, ya que el actuar de buena fe no es optativo. Por el contrario, es una obligación sin medias tintas. No existen posibilidades de zonas grises en lo que llamamos buena fe objetiva, dado que ella significa concretamente actuar con honestidad y exactitud en las relaciones y obligaciones que nacen del vínculo laboral.
2. — La pérdida de confianza como valor subjetivo justifica la ruptura del vínculo cuando importa conducta injuriantes, esto es, si las expectativas acerca de una conducta legal razonablemente imponible en pos del respeto hacia el deber de fidelidad, se vieron frustradas a través de un suceso que conlleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable.

CNTrab., sala VIII, 03/12/2021. — Aquila, Diego Gabriel c. Aluar Aluminio Argentino S.A. s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/204725/2021]

COSTAS

Se imponen en un 90% al actor y en un 10% al demandado.

Expte. n° CNT 081037/2017/CA001

Buenos Aires, 3 de diciembre de 2021.

Considerando:

El doctor *Catardo* dijo:

I.— La sentencia de la anterior instancia hizo lugar, parcialmente, a la demanda que procuraba el cobro de indemnizaciones y otros rubros de naturaleza salarial. Viene apelada por la parte demandada a tenor de la memoria que tengo a la vista, cuestionando también por altos los honorarios regulados a la actora y a los peritos. El perito informático también apela por bajos sus honorarios.

II.— Adelanto que, por mi intermedio, el recurso articulado tendrá favorable acogida.

En efecto, llega firme a esta instancia de acuerdo a la secuela procesal que el día 4 de agosto de 2017 alrededor de las 7:30 horas el actor tomó del área de la Secretaría de la Gerencia de Administración y Finanzas un cargador de celular que se encontraba allí enchufado y que de la heladera de dicha gerencia extrajo una botella de agua, elementos de los cuales se apropió, ya que no eran suyos. No interesa si ello ocurrió dentro o no del horario del personal, ni que no esté probado que con anterioridad existiesen faltantes de la heladera, extremos que no se han podido acreditar fehacientemente como imputables al accionante.

Por supuesto el accionante negó estos hechos que fueron filmados y autenticados por Escribano y reconocidos por testigos, y aunque existen dudas de quienes eran los elementos “sustraídos”, obviamente no eran del accionante.

No desconozco la antigüedad del accionante, sus ausencias de sanciones y que la conducta que tengo por suficientemente acreditada hubiese sido sancionada no con el despido sino con alguna medida disciplinaria. Ello es facultad del empleador. Los jueces juzgamos si tal medida fue ajustada a derecho y si los hechos imputados y probados ameritaban la sanción mayor.

Sin embargo, a la luz de lo actuado en autos y el tal vez excesivo dispendio de poner cámaras de seguridad frente a la falta de aguas y yogures, las filmaciones, la presencia de un Escribano, etc., me persuade de que el despido dispuesto se ajustó a derecho. En efecto, siempre he sostenido que el actuar de buena fe no es optativo. Por el contrario, es una obligación sin medias tintas. No existen posibilidades de zonas grises en lo que llamamos buena fe objetiva, dado que ella significa concretamente actuar con honestidad y exactitud en las relaciones y obligaciones que nacen del vínculo laboral (ver al respecto “Pérdida de con-

fianza y despido con causa ante la inexistencia de antecedentes negativos” Alejandro Gabet DT Nro.11 de noviembre de 2004, nota al fallo).

Y más allá de alguna imprecisión de los testigos sobre los “elementos” tomados por el accionante y a quienes en realidad le pertenecían, lo cierto es que los paradigmas de interpretación y aplicación de la ciencia jurídica en su totalidad se ven atravesados con especificidad a partir de aquellas normas conductuales que marcan el prólogo del capítulo VII de la L.C.T. en cuanto en él se abordan los recorridos relativos a los derechos y deberes de las partes y el modo de brindar cabal sustentabilidad a la denominada “obligación genérica de los sujetos contratantes” a que hace referencia el art. 62 de la L.C.T. Y a este extremo normativo se le agrega otro principio general de nuestro derecho social cual es la buena fe (art.63 de la L.C.T.). Luego, el valor confianza, dice Claudio Aquino (Ver “Despido por pérdida de confianza. El derecho y la moral” nota a fallo en DT Nro., 4 de abril de 2015) en su verdadera proyección, queda anudado en compatibilidad con los deberes de fidelidad recíprocos y que juegan a modo de inexorables patrones o matices de honestidad, aglutinando tanto al sujeto empleador como a la parte trabajadora. Y vale la pena señalar que la pérdida de confianza como valor subjetivo justifica la ruptura del vínculo cuando importa conducta injurianta, esto es, si las expectativas acerca de una conducta legal razonablemente imponible en pos del respeto hacia el deber de fidelidad, se vieron frustradas a través de un suceso que conlleva a la convicción de que el trabajador ya no es confiable (ver esta Sala en autos “Raspide Pablo c/ Banco del Buen Ayre; AA del 27/2/97) Por ello, debe concluir que el despido dispuesto se encontró al abrigo de todo reproche. Expte. N° 81037/2017

III.— No surge de autos que el accionante haya dado cumplimiento a lo dispuesto por el Dec. 146/01 y visto los certificados acompañados por la demandada que el actor no retirara de autos la multa dispuesta en grado debe revocarse, al igual que lo dispuesto en los términos del art. 2do. de la Ley 25.323 atento la forma de resolverse la cuestión.

IV.— El agravio que cuestiona la aplicación de la tasa de interés aplicadas en grado (conf. Actas 2601, 2630 y 2658), debe ser desestimado, por cuanto esta Sala comparte los argumentos volcados en las referidas actas, para justificar su aplicación.

Las mencionadas son las que mejor compensan la demora en el pago y compensan adecuadamente el monto del crédito adeudado, pues se ajustan a las variables económicas existentes en el interín.

V.— En el marco de lo dispuesto por el artículo 279 del C.P.C.C.N., corresponde emitir nuevo pronunciamiento sobre costas y honorarios, lo cual torna inoficioso examinar los agravios vertidos sobre tales aspectos.

Respecto a la imposición de las costas, el artículo 71 del C.P.C.C.N. no exige un apego a una rigidez meramente aritmética, sino conceptual, en la evaluación de la proporcionalidad entre los respectivos vencimientos, por lo que sugiero imponer el 90 % de las costas del proceso al actor y el 10 % restante a la demandada.

Se regulen los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, por sus trabajos en primera instancia y de los peritos contadora e informático en las sumas de \$ 55.000, \$65.000, \$ 30.000 y \$ 25.000, respectivamente a valores vigentes a la fecha del presente pronunciamiento (artículos 6º, 7º, 8º, 14, y concordantes de la Ley 21.839, 38 Ley 18.345, 13 Ley 24.432, 3º del Decreto — Ley 16.638/57 y 38 de la Ley 18.345).

VI.— Por las razones expuestas, propongo se revoque la sentencia apelada en lo principal que decide y se reduzca el monto de condena a la suma de \$ 23.787,33.— a la que accederán los intereses dispuestos en grado; se deje sin efecto el pronunciamiento sobre costas y honorarios; se impongan el 90 % de las costas del proceso al actor y el 10 % restante a la demandada; se regulen los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, por sus trabajos en primera instancia y de los peritos contadora e informático en las sumas de \$ 55.000, \$65.000, \$ 30.000 y \$ 25.000, respectivamente a valores vigentes a la fecha del presente pronunciamiento; se regulen los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30 % de los fijados en el presente pronunciamiento por su actuación en primera instancia (art. 30 Ley 27.423).

El doctor *Pesino* dijo:

Que, por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el tribunal *Resuelve*:

1) Revocar la sentencia apelada en lo principal que decide y reducir el monto de condena a la suma de \$ 23.787,33.— a la que accederán los intereses dispuestos en grado;

2) Dejar sin efecto el pronunciamiento sobre costas y honorarios;

3) Imponer el 90 % de las costas del proceso al actor y el 10 % restante a la demandada;

4) Regular los honorarios de las representaciones letradas del actor y de la demandada, por sus trabajos en primera instancia y de los peritos contadora e informático en las sumas de \$ 55.000, \$65.000, \$ 30.000 y \$ 25.000, respectivamente a valores vigentes a la fecha del presente pronunciamiento;

5) Regular los honorarios de los letrados firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30 % de los fijados en el presente pronunciamiento por su actuación en primera instancia. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/13 del 21/05/13 y, oportunamente, devuélvase. — *Luis A. Catardo*. — *Víctor A. Pesino*.

INTERMEDIACIÓN FRAUDULENTA

Empresa de telefonía. Aplicación del artículo 29 LCT . Procedencia de la indemnización prevista en el artículo 8º de la ley 24.013 y por el art. 15 de la ley 24.013

El trabajador ha logrado demostrar, con las declaraciones testimoniales producidas que su verdadera empleadora fue la empresa de telefonía y que la codemandada lo contrató para proveerlo a aquella quien en definitiva fue la destinataria de los servicios personales presentados por aquél (arg. art. 377 CPCCN), por ello 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 8º de la ley 24.013 y por el art. 15 de la ley 24.013

CNTrab., sala X, 09/02/2022. — González, Herman Adhemar c. Telecom Personal S.A. y otro s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/3356/2022]

Expte. n° CNT 026772/2015/CA001

Buenos Aires, 9 de febrero de 2022.

Considerando:

El doctor *Ambesi* dijo:

I.— Vienen las actuaciones a conocimiento de esta instancia, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada Telecom Personal S.A. contra la sentencia definitiva de grado, a tenor del memorium que ha merecido su respectiva réplica contraria.

II.— La Sra. Jueza “a-quo”, en lo que interesa, consideró que la real destinataria de los servicios del accionante fue la demandada Telecom Personal S.A. y, por ende, empleadora directa de éste en los términos del art. 29, 1er. párrafo, LCT, más allá que Atos Origin Argentina S.A., haya asumido el rol formal de empleador. Así, reputó procedentes —entre otros conceptos— los rubros relacionados con la extinción del vínculo, las indemnizaciones previstas por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, art. 2 ley 25.323, art. 80 LCT, así como la condena a la ahora recurrente a hacer entrega de los certificados de trabajo.

III.— En sus agravios, Telecom Personal S.A. critica la aplicación a su respecto del art. 29 LCT. Cuestiona además la fecha de ingreso determinada por la Sra. Jueza de la anterior instancia, a su vez, reprocha que la aplicación de la cita norma implique la obligación de entregar el certificado de trabajo previsto en el art. 80 LCT, deber que sólo puede alcanzar a la restante accionada.

IV.— En lo que respecta a la ubicación del caso bajo la normativa prevista en el art. 29 LCT, cabe coincidir con la magistrada de grado en cuanto a que el trabajador ha logrado demostrar, con las declaraciones testimoniales producidas en autos, que su verdadera empleadora fue Telecom Personal S.A. y que Atos Origin Argentina S.A. lo contrató para proveerlo a dicha codemandada, quien en definitiva fue la destinataria de los servicios personales presentados por aquél (arg. art. 377 CPCCN).

En efecto, los testimonios brindados por Bustamante (fs. 150/152), Catania (fs. 199/201) y García (fs. 202/203), fueron correctamente analizados por la “a quo” y lucen precisos, contestes entre sí y con indicación circunstanciada de tiempo y lugar, al tratarse de compañeros de trabajo en el establecimiento de Telecom Personal S.A. denunciado en el proceso. Lo deponentes mencionados —a su turno— reconocieron haber sido contratados al igual que el actor, a través de consultoras, indicando que éste realizó tareas de operador de centro de cómputos y data center para la quejosa.

Tales manifestaciones revisten plena fuerza probatoria y valor de convicción, al ser concordantes y revelar sucesos de los cuales han tenido conocimiento directo los declarantes (arts. 386 y 456 del CPCCN y art. 90 de la L.O.), sin que su análisis haya merecido un cuestionamiento concreto por parte de la contraria.

Por último, en cuanto a la alegada registración del trabajador por parte de la codemandada Atos Origin Argentina S.A., no puede dejar de señalarse que, en supuestos como el presente, atraídos por la regla del art. 29 LCT, su valor de convicción decrece, ya que,

acreditada la prestación a la empresa usuaria por parte del trabajador suministrado por la empresa que actuó como intermediaria, y no habiéndose comprobado la existencia de un supuesto válido que permita desvirtuar la regla normativa en examen, no le queda otra alternativa al juzgador que superar la situación aparente y adentrarse en la verificación de la realidad del vínculo para desplazar su titularidad hacia Telecom Personal S.A. y situar la responsabilidad solidaria de lo acontecido, de acuerdo al imperativo legal.

En este sendero, ha quedado demostrado, con la pieza postal obrante en el sobre de fs.4, que vigente la relación de trabajo (el 10/04/2013), González intimó, en cumplimiento del art. 11, ap. a) de la ley 24.013, a su empleadora directa (Telecom Personal S.A.) para obtener la correcta registración de su contrato de trabajo, y que cursó, dentro del plazo legal (ese mismo día), la comunicación a la que alude el ap. b) de la disposición citada (ver sobre de fs. 4 e informe de fs. 92/110, no observado, cfr. art. 403 CPCCN).

En función de ello, resulta vinculante al caso la doctrina emergente del Plenario N° 323, dictado por esta Cámara en autos “Vázquez, María Laura c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/diferencias de salarios” de fecha 30/06/2010 (Acta N° 2552), en orden a 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”. Al ser tal el criterio de aplicación por el Tribunal (cfr. esta Sala, 28/11/2019, “Spinelli, Juan Matías c/ Expreso Oro Negro S.A. y otro”, entre otros), resulta pertinente ratificar lo resuelto en grado, respecto a la procedencia de la indemnización contemplada por el art. 8 de la ley 24.013. Lo mismo ocurre con la reparación dispuesta por el art. 15 de la ley 24.013

Desde esta perspectiva, corresponde la confirmación del decisorio en tales aspectos.

V.— Idéntica suerte correrá el agravio vertido por la demandada en relación a la fecha de ingreso determinada en grado. Ello por cuanto la testimonial ha resultado idónea para acreditar que el Sr. González ingreso con anterioridad a la fecha denunciada por la demandada ATOS ORIGIN ARGENTINA S.A. (2009).

Así, Bustamante (fs. 150/52) afirmó que “...conoce al actor de TELECOM porque eran compañeros de trabajo; que el testigo ingresó en el 99 hasta julio de 2007; que el actor lo hizo en el año 2003 y que lo sabe porque en ese momento se mudaron de piso dentro del edificio y se contrató personal para cubrir el turno noche del sector operaciones donde trabajaba el

testigo.” En idéntico sentido, Catania y García denunciaron que cuando ellos ingresaron a prestar tareas para la demandada Telecom Personal S.A. (año 2009 y 2006, respectivamente) el actor ya se encontraba trabajando allí.

Nuevamente, tales manifestaciones revisten plena fuerza probatoria y valor de convicción (arts. 386 y 456 del CPCCN y art. 90 de la L.O.), por lo que corresponde la confirmación del decisorio en este aspecto.

VI.— Los agravios vertidos por la recurrente en torno a la condena a entregar los certificados previstos en el art. 80 LCT, tampoco tendrán recepción favorable.

Ello por cuanto Telecom Personal S.A. actuó como empresa usuaria y al utilizar los servicios del trabajador contratado por Atos Origen Argentina S.A., se constituyó en su empleadora directa, por lo cual, debe responder en plenitud por tales deberes legales (cfr. en igual sentido, esta Sala, 24/09/2007, “Torres, Silvia c/ Falabella S.A. y otro s/ despido”, entre muchos otros).

Por todo lo dicho, se rechaza la queja efectuada al respecto y se ratifica lo resuelto sobre el tópico.

VII.— Las costas de alzada se impondrán a la demandada recurrente vencida en lo principal (art. 68, 1er. párrafo, CPCCN), regulándose los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art. 38 LO y ccds. ley arancelaria).

Por todo lo expuesto, de prosperar el presente voto, correspondería: 1) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a la demandada vencida (art. 68, 1er. párr., CPCCN); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art.38 LO y ccds. ley arancelaria).

El doctor *Corach* dijo:

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

El doctor *Stortini* no vota (art. 125 LO).

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal *Resuelve*: 1) Confirmar la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a la demandada ven-

cida (art. 68, 1er. párr., CPCCN); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada, por su intervención en esta instancia, en el 30% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa anterior (art.38 LO y ccds. ley arancelaria).

Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN N° 15/2013 y devuélvase. — *Gregorio Corach.* — *Leonardo J. Ambesi.*

IUS VARIANDI

Trabajador que demandó por despido indirecto. Empleadora que alteró en forma abusiva y perjudicial las condiciones esenciales del contrato de trabajo. Cámara que se extralimitó en su función revisora. Introducción de oficio de una defensa no opuesta por la demandada. Incongruencia.

1. — Luce demostrado el achaque de incongruencia en que habría incurrido la Cámara al extralimitar su función revisora e introducir de oficio una defensa no opuesta en concreto por la demandada —esto es, la supuesta variación de la causa de despido indirecto-, lo que llevó al Tribunal a desestimar que la distancia del nuevo trabajo hubiera sido el real motivo del distracto. Es que de la lectura del escrito de expresión de agravios interpuesto por la demandada no se desprenden cuestionamientos concretos respecto de la comunicación rescisoria en sí ni tampoco sobre una supuesta modificación en el motivo del auto despido. Cuestión que delimitaba la función revisora de la Sala.
2. — La Cámara juzgó que el thema decidendum giraba en torno a examinar si el trabajador había tenido derecho a darse por despedido, en razón de que la patronal modificara el lugar de trabajo desde la ciudad de Venado Tuerto a la localidad de Alvear, pero entendió que “el punto en crisis”, propuesto por el actor en la litis, había consistido en que la modificación en cuestión habría resultado sorpresiva e imprevista, sin que, en cambio, se hubiera cuestionado el ejercicio del ius variandi en sí.
3. — Lucen demostradas las invocaciones de dogmatismo planteadas respecto del injustificado recorte efectuado por la Cámara al marginar de la litis el examen de una cuestión decisiva planteada en autos, esto es, el ejercicio abusivo que se imputaba a la patronal y de la cual ésta se defendió expresamente. En tanto el Senten-

ciente se habría apartado de las respectivas constancias de la causa y de los reconocimientos habidos.

4. — Los motivos invocados por el actor para darse por despedido no podían ser interpretados en el sentido restrictivo que le asignó la Alzada — esto es, reduciéndolos a lo súbito del cambio del lugar— para dejar de lado otras circunstancias de mayor peso también invocadas por el dependiente como lesivas de sus derechos, es decir, el ius variandi abusivo y el daño consiguiente ocasionado, agravados —eso sí— por lo sorpresivo de la situación que se le imponía. En sintonía con lo cual la propia demandada se había manifestado en sentido coincidente con aquella amplitud de imputaciones, refiriendo a la existencia de una pluralidad de circunstancias motivantes del distracto, aunque negando haber incurrido en ninguna de tales injurias.
5. — La base del despido, tal como habría quedado trabada la litis, giró en torno a aquellas acusaciones de abuso en el ejercicio de las facultades de organización patronal y de las consecuencias lesivas que se ocasionaban, en cuyo marco se reclamó tanto por el ejercicio en sí de aquella potestad y los perjuicios provocados como también por la falta de comunicación debida de la nueva situación. Por lo cual queda sin sustento la alegación efectuada por el Sentenciante para revocar la sentencia alzada, al recortar la litis y marginar cuestiones decisivas que habían sido planteadas oportunamente. Lo dicho en precedencia conduce a colegir que la respuesta jurisdiccional, en razón de la deficiencia de motivación apuntada, no puede ser aceptada como la necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias del caso y, por lo tanto, no reúne las condiciones exigidas por el ordenamiento fundamental para la satisfacción del derecho a la jurisdicción de la impugnante.

CS Santa Fe, 07/12/2021. — Vivas, Walter Roque c. Iscot Services S.A. —demanda laboral— s/recurso de inconstitucionalidad.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/211779/2021]

COSTAS

Se imponen al vencido.

Expte. CSJ CUIJ N° 21-24820755-5

Expte. N° 71/2018

Santa Fe, diciembre 7 de 2021.

1ª ¿Es admisible el recurso interpuesto? 2ª En su caso, ¿Es procedente? 3ª En consecuencia, ¿Qué resolución corresponde dictar?

1ª cuestión. — La doctora *Gastaldi* dijo:

Esta Corte declaró admisible la queja interpuesta por el actor contra la resolución 123 del 07/06/2019 dictada por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto (CSJSFe., A. y S. T. 300, p. 491). Ello en el entendimiento de que la postulación del recurrente contaba “*prima facie*” con asidero en las constancias de la causa, habilitando el franqueamiento del remedio extraordinario.

El nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a ratificar dicha conclusión, de conformidad con lo dictaminado por el Señor Procurador General (fs. 45/50).

Voto, pues, por la afirmativa.

Los doctores *Erbetta*, *Netri* y *Gutiérrez* expresaron idéntico fundamento al vertido por la doctora *Gastaldi* y votaron en igual sentido.

2ª cuestión. — La doctora *Gastaldi* dijo:

1. En lo que resulta de interés, la causa puede reseñarse de la siguiente manera:

1.1. En autos el actor demandó con sustento en un despido indirecto en que se colocó con motivo de que la empleadora alterara en forma abusiva y perjudicial las condiciones esenciales del contrato de trabajo.

En tal sentido, relató que la patronal le había impuesto cambiar su lugar de trabajo, ubicado en la ciudad de Venado Tuerto en donde reside, a otro que se encontraba en la localidad de Alvear, esto es, a 170 kilómetros del destino original.

Refirió que, en realidad, el mentado cambio había implicado una “maniobra fraudulenta” y “maliciosa” de la patronal para desprenderse de sus empleados indicándoles un nuevo lugar de trabajo “totalmente irrisorio” ubicado a aquella distancia, aseverando que había existido un aprovechamiento del “absoluto estado de necesidad” y que ello había sido así también con otros 7 compañeros que “quedaron a la deriva”. Transcribió jurisprudencia relativa al cambio de lugar del trabajo como un supuesto motivante de despido indirecto a consecuencia del “ejercicio abusivo del ius variandi”.

Y en cuanto a los perjuicios sufridos, sostuvo que los mismos venían dados por tener que trasladarse tan larga distancia y deber emplear para ello “8 horas diarias”; que el cambio “disminuye notoriamente” las condiciones laborales “y provoca un total desmedro en su persona (...) disminuye su calidad de vida, su ámbito de desarrollo”; y que modificaba “notoriamente (...) su condición laboral, social, familiar, tendría que haber modificado su vida completamente”.

1.2. La accionada contestó la demanda.

En especial, negó que su parte haya incurrido en un supuesto de “ius variandi abusivo” y que ello hubiera ocasionado perjuicio a su empleado.

Afirmó que su empresa brindaba servicios de limpieza, por lo que dentro de sus facultades de organización se encontraba la posibilidad del cambio de lugar de trabajo. Por lo que, conforme relató, había intimado a su dependiente para que se presentara a laborar en la localidad de Alvear en el horario de 08:00 a 17:00, ello bajo apercibimiento de que, en caso de no hacerlo, sería interpretado como “abandono de trabajo”.

Refirió que el trabajador era sabedor de la nueva situación y que tal conocimiento venía dado en tanto “desde el inicio de la relación laboral se les informa” a los dependientes que la empresa “presta servicios de limpieza para distintas empresas”. A consecuencia de lo cual, conforme concluyó, se había informado sobre la posibilidad del cambio del lugar de tareas. Por lo expuesto peticionó el rechazo de la acción.

1.3. El Juez de primera instancia admitió la demanda.

Para así decidir, señaló que las causas del despido indirecto habían girado en torno al cambio de destino laboral y a las faltas achacadas al trabajador por no presentarse en el nuevo lugar. En este marco advirtió que, hasta ese momento, el dependiente había laborado en la ciudad de Venado Tuerto, pero que la patronal directamente y en forma unilateral había intimado que desde el día siguiente el operario concurre a prestar tareas en la localidad de Alvear y en el horario de 08:00 a 17:00, apercibiéndolo para el supuesto de no hacerlo.

El Magistrado remarcó que el cambio en cuestión implicaba una enorme distancia de traslado desde el domicilio particular del trabajador y su lugar previo de trabajo (Venado Tuerto) hasta su nuevo domicilio laboral (Alvear); y que había sido impuesto de forma no consensuada, ni siquiera consultada previamente.

Seguidamente, refirió demostrado el perjuicio ocasionado a consecuencia del cambio habido, pues ello había ocasionado una “alteración significativa en la vida del trabajador”, afectando “la intimidad e independencia” del mismo, lo que “repercutió en su vida social, familiar, alterando su sistema de vida”. Y esto más allá de la eventual compensación económica o desembolso de gastos de transporte.

Consideró que, dados los hechos del caso, había existido un abuso “palmario” en el ejercicio del poder de organización por parte de la patronal, con los consiguientes daños al dependiente.

Por lo que juzgó que el despido indirecto había resultado suficientemente justificado.

1.4. Apelada la sentencia por la demandada, la Cámara revocó lo decidido y, en lo que interesa, desestimó la demanda.

2. Contra aquel pronunciamiento el demandante interpone recurso de inconstitucionalidad, pretendiendo la descalificación de lo decidido e invocando lesión de sus derechos y garantías. En ese orden, relata que demandó por un supuesto de despido indirecto, en que se colocó a consecuencia del ejercicio abusivo del “ius variandi” por parte de la empleadora, consistente en la imposición de concurrencia a un nuevo trabajo a 200 kilómetros del lugar en donde prestaba tareas previamente (ubicados en General Alvear y Venado Tuerto, respectivamente). Al respecto, asevera que la Alzada, para admitir la apelación de la accionada y rechazar la demanda, introdujo un hecho nunca invocado por la demandada durante el juicio, esto es, que la comunicación rupturista enviada por el actor no contendría la cuestión relativa al abuso del “ius variandi”. En esta línea, asevera que la defensa de la accionada, que desarrollara tanto en su contestación inicial como en su expresión de agravios, se circunscribió a analizar la cuestión de la distancia entre los lugares de trabajo, mas nunca efectuó referencias a la comunicación rescisoria en sí. Sostiene que lo decidido por la Cámara, entonces, importó un supuesto de incongruencia al apartarse de los planteos de las partes.

A mayor abundamiento afirma que la causal de distracto había sido especificada mediante telegrama y como respuesta al cambio que pretendía efectuar la empleadora. Y sostiene que, en todo caso, surgía como evidente de la realidad misma de los hechos, dada la enorme distancia habida (200 km), por lo que el conocimiento de la cuestión implicada en el auto-despido no podía ser ignorada por quien, como la patronal, impusiera el cambio de localidad en cuestión, lo que surge también de los actos de la propia demandada ocurridos en el contexto del despido e incluso

durante el juicio al aceptar, como causal rescisoria, la de marras.

Asimismo, se explaya en torno a la modificación mencionada en las condiciones de trabajo y a la intimidación que se le cursara a presentarse a laborar en un lugar tan alejado del ordinario, sosteniendo que importó un supuesto de mala fe que le ocasionó un grave perjuicio. Refiere que el mentado cambio de lugar fue sorpresivo y que importó un supuesto de injuria grave, al importarle, entre otras cosas, un elevado tiempo de traslado dado por el hecho de deber viajar diariamente un trayecto de 5 horas, con las consecuencias que de ello se derivan (menor tiempo para el descanso y para dedicarlo a su vida social y familiar).

Para apoyar su postulación, cita jurisprudencia que entiende similar y en donde —refiere— la Cámara Nacional del Trabajo admitió una demanda en un caso en donde la modificación del lugar de tareas había implicado en los hechos una distancia de 60 kilómetros, cuando —reitera— en la presente causa el trayecto es de 200 kilómetros.

Conforme lo expuesto, critica que la Alzada dejara sin efecto el decisorio de grado que había condenado a la patronal. Para lo cual, conforme alega, incurrió en un supuesto de incongruencia y de apartamiento de las constancias de la causa.

3. Se adelanta que corresponde declarar procedente el remedio interpuesto.

En efecto, de la reseña expuesta se desprende que la Cámara juzgó que el *thema decidendum* giraba en torno a examinar si el trabajador había tenido derecho a darse por despedido, en razón de que la patronal modificara el lugar de trabajo desde la ciudad de Venado Tuerto a la localidad de Alvear. Pero, esto es esencial, entendió que “el punto en crisis”, propuesto por el actor en la litis, había consistido en que la modificación en cuestión habría resultado sorpresiva e imprevista, sin que, en cambio, se hubiera cuestionado el ejercicio del *ius variandi* en sí.

En concreto, la Sala consideró que el trabajador no se había dado por despedido por “la distancia” del nuevo lugar de labores y que esta cuestión tampoco había formado parte de la traba de la litis, sino que ello habría sido introducido tardíamente, por lo que la demandada no habría tenido oportunidad de defenderse a ese respecto. A partir de tal premisa juzgó que sólo debía examinarse la cuestión de la supuesta sorpresividad del cambio de lugar. Marco en el cual descartó que pudiera haber existido aquella sorpresa, en tanto —dijo— el dependiente había conocido “perfectamente lo que estaba sucediendo”.

Tal es el núcleo del argumento sentencial expuesto por la Sala para revocar la sentencia condenatoria de baja instancia y, en su lugar, desestimar la demanda.

Sin embargo, de la contrastación de la sentencia venida en revisión con los agravios antes expuestos y las respectivas constancias y documental que la Alzada juzgó como reconocida en su totalidad (fs. 153 v.; cfr. fs. 45 v.), se advierten configurados los cuestionamientos que la impugnante invoca con sustento en un supuesto de falta de fundamentación suficiente.

En efecto, luce demostrado el achaque de incongruencia en que habría incurrido la Cámara al extra-limitar su función revisora e introducir de oficio una defensa no opuesta en concreto por la demandada —esto es, la supuesta variación de la causa de despido indirecto—, lo que llevó al Tribunal a desestimar que la distancia del nuevo trabajo hubiera sido el real motivo del distracto.

Es que de la lectura del escrito de expresión de agravios interpuesto por la demandada (escrito de fs. 139/141) no se desprenden cuestionamientos concretos respecto de la comunicación rescisoria en sí ni tampoco sobre una supuesta modificación en el motivo del auto despido. Cuestión que delimitaba la función revisora de la Sala.

Tampoco se evidencia la circunstancia, también introducida por la Cámara, sobre una supuesta afectación del derecho de defensa de la accionada, quien ejerció efectivamente el mentado derecho. Tanto es así que en la oportunidad respectiva la parte refirió en forma expresa al abuso del “*ius variandi*”, aunque para negarlo; afirmó la facultad patronal de cambiar el lugar de trabajo; y desestimó que la modificación ocasionara un “estado de necesidad” en su dependiente (fs. 23/29, contestación de demanda). Se evidencia que incluso dedicó al tema un capítulo especial y separado (titulado “*ius variandi*”), desarrollando consideraciones teóricas sobre el mismo (fs. 26/27).

En consonancia con lo expuesto, lucen igualmente demostradas las invocaciones de dogmatismo planteadas respecto del injustificado recorte efectuado por la Cámara al marginar de la litis el examen de una cuestión decisiva planteada en autos, esto es, el ejercicio abusivo que se imputaba a la patronal y de la cual ésta se defendió expresamente. En tanto el Sentenciante se habría apartado de las respectivas constancias de la causa y de los reconocimientos habidos.

En efecto, los motivos invocados por el actor para darse por despedido no podían ser interpretados en el sentido restrictivo que le asignó la Alzada —esto es, reduciéndolos a lo súbito del cambio del lugar— para dejar de lado otras circunstancias de mayor peso

también invocadas por el dependiente como lesivas de sus derechos, es decir, el *ius variandi* abusivo y el daño consiguiente ocasionado, agravados —eso sí— por lo sorpresivo de la situación que se le imponía. En sintonía con lo cual la propia demandada se había manifestado en sentido coincidente con aquella amplitud de imputaciones, refiriendo a la existencia de una pluralidad de circunstancias motivantes del distracto, aunque negando haber incurrido en ninguna de tales injurias (refirió que el actor había invocado “varias causales para darse por despedido”, sic, fs. 139 de la expresión de agravios).

Sobre este tema repárese en las afirmaciones efectuadas por el actor en su demanda (fs. 3/11), a las que la propia accionada remite (fs. 91). Así aquél sostuvo que ya en la comunicación epistolar había cuestionado las modificaciones que se le imponían en el contrato de trabajo. Es más, refirió haber motivado explícitamente su despido tanto en la sorpresividad de la medida como, principalmente, en “su negativa a proporcionarme tareas conforme se venían desarrollando”. Para resultar más explícito todavía, reseña haber acusado al empleador el infringir “su obligación (de) darme trabajo en las condiciones en que se venían desarrollando”. Y adujo que ello se encontraba acreditado con las respectivas constancias, entre ellas, el intercambio telegráfico (cfr. sobre con documental N° 3133).

En el mismo escrito de inicio, y a fin de dar sustento a su pretensión, el actor insistió en sus imputaciones y negó categóricamente que se pudiera “alterar la esencia del contrato laboral” bajo el pretexto de aquel ejercicio (fs. 6/9). Más todavía, tildó la modificación como una “maniobra fraudulenta” y “maliciosa” de la patronal para desprenderse de sus empleados indicándoles un nuevo lugar de trabajo “totalmente irrisorio” a 170 kilómetros de distancia, aseverando que había existido un aprovechamiento del “absoluto estado de necesidad” y que ello había sido así también con otros 7 compañeros, todo los cuales “quedaron a la deriva” (fs. 6/7). Incluso transcribió jurisprudencia relativa al cambio de lugar del trabajo como un supuesto suficiente para justificar el despido indirecto a consecuencia —se reitera— del “ejercicio abusivo del *ius variandi*” (fs. 7/9).

Y en cuanto a los perjuicios sufridos, el accionante sostuvo que los mismos venían dados por tener que trasladarse desde Venado Tuerto hasta Alvear y deber emplear para ello “8 horas diarias”; que el cambio “disminuye notoriamente” las condiciones laborales “y provoca un total desmedro en su persona (...) disminuye su calidad de vida, su ámbito de desarrollo”; y que alteraba “notoriamente (...) su condición laboral, social, familiar, tendría que haber modificado su vida completamente” (fs. 6/7).

De esta reseña se advierte, en síntesis, que la base del despido, tal como habría quedado trabada la litis, giró en torno a aquellas acusaciones de abuso en el ejercicio de las facultades de organización patronal y de las consecuencias lesivas que se ocasionaban. En cuyo marco se reclamó tanto por el ejercicio en sí de aquella potestad y los perjuicios provocados como también por la falta de comunicación debida de la nueva situación. Circunstancias que, como se dijo, fueron resistidas por la accionada.

Por lo cual queda sin sustento la alegación efectuada por el Sentenciante para revocar la sentencia alzada, al recortar la litis y marginar cuestiones decisivas que habían sido planteadas oportunamente, discutidas por ambas partes y resueltas por el Juez de grado en sentido favorable al actor.

Lo dicho en precedencia conduce a colegir que la respuesta jurisdiccional, en razón de la deficiencia de motivación apuntada, no puede ser aceptada como la necesaria derivación razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias del caso y, por lo tanto, no reúne las condiciones exigidas por el ordenamiento fundamental para la satisfacción del derecho a la jurisdicción de la impugnante. Las razones expuestas determinan la procedencia del recurso, por cuanto se advierte la concurrencia en la sentencia impugnada de falta de fundamentación, correspondiendo la anulación del pronunciamiento como acto jurisdiccional válido.

Voto, pues, por la afirmativa.

Los doctores *Erbetta*, *Netri* y *Gutiérrez* expresaron idénticos fundamentos a los expuestos por la doctora *Gastaldi* y votaron en igual sentido.

3ª cuestión. — La doctora *Gastaldi* dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar la cuestión anterior corresponde declarar procedente el recurso interpuesto, conforme surge de los considerandos precedentes. En consecuencia, anular la sentencia impugnada y remitir los autos al Tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente las cuestiones referidas conforme las pautas antes establecidas. Con costas al vencido.

Así voto.

Los doctores *Erbetta*, *Netri* y *Gutiérrez* dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por la doctora *Gastaldi* y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede la Corte Suprema de Justicia de la Provincia resolvió: Declarar procedente el recurso interpuesto, conforme surge de los considerandos precedentes.

En consecuencia, anular la sentencia impugnada y remitir los autos al Tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente las cuestiones referidas conforme las pautas antes establecidas. Con

costas al vencido. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando los señores Ministros, de lo que doy fe. — *Gutiérrez*. — *Erbetta*. — *Gastaldi*. — *Netri*.

SEGURIDAD SOCIAL

JURISPRUDENCIA ANOTADA

PRÁCTICA PREVISIONAL

ACTUALIDADES

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

RÉGIMEN PREVISIONAL PARA MAGISTRADOS

Impugnación. Competencia.

Con nota de Carolina E. Ibarra

Teniendo en consideración el contenido total de la acción impetrada y su sustento normativo, se advierte que en las presentes actuaciones se cuestiona la constitucionalidad de las normas que regulan el régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos. Esta circunstancia implica que la acción entablada involucra directamente una cuestión regida por normas de la seguridad social, que determina la competencia del fuero especializado en el derecho de la seguridad social.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 10/03/2022. — ASOCIACION DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACION ((MC))AL Y OTRO c. EN-ANSES s/PROCESO DE CONOCIMIENTO.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/19724/2022]

Expte. n° CAF 017815/2020

Buenos Aires, 10 de marzo de 2022.

Considerando:

I.— Que a fojas 141 de las actuaciones digitales (a las que se aludirá en lo sucesivo) el Dr. Jorge F. Alemany, integrante de la Sala V, se excusó de intervenir en las presentes actuaciones (art. 30 del CPCCN) en virtud de ser titular del beneficio jubilatorio concedido en los términos de la Ley N° 24.018, sin las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.546. Asimismo, a fojas 142, el Dr. Pablo Gallegos Fedriani, también integrante del mencionado Tribunal, se excusó de intervenir en la causa por razones de decoro y decencia, en los términos del artículo 30 del CPCCN.

II.— Que como consecuencia de ello, a fin de integrar el Tribunal, se desinsaculó a los Dres. Marcelo Daniel Duffy y Sergio Gustavo Fernández, quienes aceptaron intervenir en las presentes actuaciones a fojas 144 y 145, respectivamente.

III.— Que en virtud de ello, a fojas 146, se puso en conocimiento de las partes que la Sala V quedaba integrada con los Dres. Guillermo F. Treacy, Marcelo Daniel Duffy y Sergio G. Fernández.

IV.— Que atento a lo expuesto, corresponde decidir —en primer lugar— acerca de las excusaciones de los Dres. Jorge F. Alemany y Pablo Gallegos Fedriani.

En tales condiciones, teniendo en cuenta los motivos expuestos por los citados magistrados, corresponde aceptar las excusaciones formuladas (art. 30 del CPCCN).

V.— Que resuelto ello, corresponde señalar que mediante la resolución de fojas 127, el juez de la instancia anterior declaró la incompetencia del juzgado a su cargo para entender en las presentes actuaciones y ordenó la remisión de la causa a la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Para así decidir, compartió los fundamentos del Sr. Fiscal Federal vertidos a fojas 121/126, quien indicó que los accionantes —el Dr. Marcelo Luis Gallo Tagle por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN) y el Dr. Carlos Alberto Rívolo de la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación (AFFUN), promovieron acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 del CPCCN, contra el Estado Nacional, y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), a los fines de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2°, 3°, 5, 15 y 18 de la Ley 27.546, por introducir modificaciones al régimen previsional especial para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público, por considerar que resultan lesivos de derechos y garantías convencionales y constitucionales.

En su dictamen, el Fiscal Federal opinó que “... considerando el contenido total de la acción impetrada y su sustento normativo, estimo que a los fines de resolver resultará de prioritaria relevancia determinar la constitucionalidad de las normas reguladoras por las cuales se establecen los haberes jubilatorios de los aquí actores, razón por la cual entiendo que se ha de evaluar el arreglo constitucional del sistema jubilatorio instituido para los magistrados y que se proyecta en el ámbito del derecho de la seguridad social”.

En consecuencia, consideró que la competencia para entender en el caso correspondía a la Justicia Federal de la Seguridad Social.

VI.— Que disconforme con dicha decisión, a fojas 128/130, las actoras interpusieron recurso de apelación.

En su escrito, luego de recordar los antecedentes de las actuaciones, señalaron que en este caso “no se debatía sobre las consecuencias previsionales de la normas cuestionadas en la vida personal de magistrados y funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, sino en su utilización como instrumento para la afectación de la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público y, consecuentemente, el principio republicano de independencia de este poder estatal”. Asimismo, destacaron que en el caso de autos “no se impugna un acto administrativo previsional, sino que la impugnación se ha articulado en relación a normas previsionales de alcance general que son utilizadas como herramientas para la afectación de la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público”.

En consecuencia, solicitaron que se resolviera en favor de la competencia del fuero en lo contencioso administrativo de la Capital Federal.

VII.— Que en este estado de las actuaciones, y habiendo intervenido el Sr. Fiscal General (fs. 149/154), corresponde examinar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

VII.1.— En el caso de autos, conforme surge de la demanda interpuesta a fojas 78/110, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN) y la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación (AFFUN), promovieron acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 CPCCN, contra el Estado Nacional y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 2, 3, 5, 15 y 18 de la Ley N° 27.546.

Allí, las actoras solicitaron el dictado de una medida cautelar de no innovar respecto del agregado del cese definitivo como requisito para el beneficio de jubilación (art. 1), la modificación de la forma de cálculo del haber de las jubilaciones ordinarias y por invalidez (arts. 3 y 5), la fijación de una escala de edad sin gradualismo (art. 15) y la derogación de los incisos a) b) c) y e) del artículo 16 de la Ley N° 24.018 (art. 18) previstos en las disposiciones de la Ley N° 27.546 antes indicada.

Entre otros aspectos, y en lo que aquí interesa, señalaron que la acción declarativa de certeza intentada tiene por objeto establecer que las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.546 al régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos afectan la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones y, en consecuencia, el principio republicano de independencia del Poder Judicial y los Ministerios Públicos.

Explicaron que la reforma que la Ley N° 27.546 introdujo al régimen previsional para magistrados y funcionarios judiciales de la Ley N° 24.018 deja librado al arbitrio del PEN la determinación del nivel inicial de las prestaciones previsionales mediante el sencillo trámite de fijar por vía reglamentaria el mecanismo para actualizar las remuneraciones que servirán de base para el cálculo del haber inicial, pudiendo modificar el índice a su voluntad, toda vez que la ley no fijó pautas ni cortapisas.

Agregaron que la norma ordena un control anual de sustentabilidad del régimen a cargo de la Secretaría de Seguridad Social, lo que no sucede con otros regímenes especiales ni con el régimen previsional nacional. Afirmaron que se confirió al PEN herramientas para dominar la voluntad de los jueces con la amenaza de que vean reducidos sus futuros haberes —en la determinación inicial o en la movilidad— o incrementadas las cotizaciones.

Expusieron que el cese definitivo en la función como imperativo legal para la solicitud del beneficio jubilatorio podría violentar la libertad de ejercicio de la magistratura, al punto de condicionar la permanencia en el cargo. Así, sostuvieron que el nuevo esquema previsional especial deja de cumplir con la garantía de apariencia de independencia judicial (Fallos: 338:284; 338:1216), configurando una amenaza para la administración de justicia presente.

En ese marco, indicaron que la competencia federal se justifica en razón de que se demanda al Estado Nacional. Y agregaron que, si bien en principio la cuestión concierne el régimen previsional de magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público, lo cierto es que la centralidad del reclamo gira en torno a la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y funcionarios y consecuentemente refiere al principio republicano de independencia de estos poderes estatales.

De este modo, expusieron que, sin perjuicio de las acciones que los afectados pudieran iniciar en forma individual en caso de considerar vulnerados sus derechos previsionales, resulta un imperativo jurídico y republicano hacer cesar el estado de incertidumbre

respecto de la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por estar en juego el referido pilar republicano. Concluyeron, entonces, que el fuero contencioso administrativo es el competente para resolver sobre reformas introducidas en las condiciones para el acceso a las prestaciones previsionales de magistrados y funcionarios judiciales, en la medida que ellas violentan la garantía de independencia del Poder Judicial y los Ministerios Públicos que es el bien jurídico cuya indemnidad debe ser restablecida.

VII.2.— Sentado ello, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que para la determinación de la competencia corresponde atender, de modo principal, al relato de los hechos que la parte actora hace en su demanda y después, solo en la medida que se adecua a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión (Fallos: 329:2796; 330:147; entre otros).

También se ha dicho que, a tal fin, se debe indagar la naturaleza de la pretensión, examinar su origen, así como la relación de derecho existente entre las partes (Fallos: 322:617; 329: 224 y 833; 340:628; entre otros).

Así las cosas, teniendo en consideración el contenido total de la acción impetrada y su sustento normativo, se advierte que en las presentes actuaciones se cuestiona la constitucionalidad de las normas que regulan el régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos. Esta circunstancia implica que la acción entablada involucra directamente una cuestión regida por normas de la seguridad social, que determina la competencia del fuero especializado en el derecho de la seguridad social (arts. 1º y 2º de la Ley Nº 24.655).

En tal sentido, el fuero federal de la seguridad social posee una específica versación en la materia debatida que se refiere al derecho de la seguridad social (Fallos: 329:4981). Asimismo, cabe recordar que la Ley Nº 24.655 no tuvo como fin delimitar taxativamente la competencia del fuero federal de la seguridad social,

sino reconocer su autonomía jurisdiccional (conf. Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II in re “Obra Social de Técnicos de Fútbol c/ Poder Ejecutivo Nacional”, expediente nº 19.162/03, del 19/09/2003; Sala V in re: Ciapetta, Gustavo Alberto c/ EN— M Trabajo Empleo Seguridad Social de la Nación y otros s/ Empleo Publico”, Expte Nº 2132/2021, sentencia del 28/09/21).

En consecuencia, atento al principio de especialidad que rige en materia de competencia, corresponde declarar la competencia de la Justicia Federal de la Seguridad Social para intervenir en estas actuaciones (cfr. Sala III in re: “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y otro c/ EN— ANSES s/ proceso de conocimiento, Expte Nº 3173/21, del 19/5/2021; Sala IV, in re “Arias Liliana Ester y otros c/ EN— ANSES y otro s/ proceso de conocimiento”, expediente nº 2508/2021, del 24/8/2021; Sala V in re: “Porcile, María Teresa y otros C/ EN — Anses y otro s/ Proceso de Conocimiento”, Expte Nº 1016/21, sentencia del 06/07/21;).

VIII.— Que por los fundamentos vertidos corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar la decisión de grado que declaró la competencia de la Justicia Federal de la Seguridad Social para conocer en las presentes actuaciones.

En virtud de lo expuesto y oído el Sr. Fiscal General, el Tribunal *Resuelve*: 1) Aceptar las excusaciones formuladas por los Dres. Pablo Gallegos Fedriani y Jorge F. Alemany (art. 30 del CPCCN); 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la decisión de grado, que había declarado la competencia de la Justicia Federal de la Seguridad Social para conocer en las presentes actuaciones.

Regístrese, notifíquese a la parte actora y al Sr. Fiscal General y oportunamente, devuélvanse. — *Sergio G. Fernández*. — *Guillermo F. Treacy*. — *Marcelo D. Duffy*.

El régimen de la ley 27.546, desde el punto de vista de la intangibilidad de las remuneraciones, en conflicto judicial

Carolina E. Ibarra

Sumario: I. Introducción. — II. La sentencia del Tribunal. — III. Análisis. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

Desde el origen de la República, se ha provisto a los magistrados un régimen jubilatorio especial, en aras del resguardo de la independencia judicial que es preciso contemplar desde el ángulo constitucional. En efecto, el 21 de septiembre de 1877 se puso en vigencia la ley 870, por la cual estableció el otorgamiento de jubilaciones especiales para ministros de la Corte Suprema y jueces de sección, siendo sustituida tiempo después por ley 18.037.

El 01 de diciembre de 1969 se establece un “Régimen Jubilatorio especial para los jueces y funcionarios judiciales” mediante la ley 18.464, con el fin de contribuir a la independencia del poder judicial. Esta ley fue modificada por la ley 24.018 de 1991, que modificó las asignaciones mensuales vitalicias para el Presidente, Vicepresidente de la Nación y Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Regímenes para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas; Vocales del tribunal Fiscal y de Cuentas de la Nación, incluyendo a secretarios, prosecretarios y prosecretarios administrativos, conforme el Anexo I.

Más recientemente, el 12 de marzo de 2020, se dicta la ley 27.546 y se publica en el Boletín Oficial el 06 de abril del mismo año, por la que se incorporan diversas modificaciones a las leyes 24.018 y 22.731 (regímenes especiales de ma-

gistrados y funcionarios judiciales, por un lado y del Servicio Exterior de la Nación por el otro).

Esta columna estructural normativa junto a la última modificación provocó una serie de presentaciones judiciales, por parte de diversos funcionarios —judiciales y de los ministerios públicos— debido a que, consideran que los cambios incorporados por la ley 27.546, perjudican, de forma regresiva, y debería ser considerada inconstitucional; embate que no ha sido despejado en el ámbito judicial pues no ha sido posible avanzar sobre el fondo de la cuestión. En esta ocasión comentaré una sentencia que pone de relieve un tema de competencia por la materia, ya que en este estadio inicial de la conflictividad aún se encuentra en discusión cuáles, en definitiva, el fuero que resultará competente, más allá de que también estos pleitos nos permiten avizorar los distintos argumentos controvertidos y la tensión que ha generado el tema en el propio ámbito judicial.

II. La sentencia del Tribunal (1)

El Dr. Marcelo Luis Gallo Tagle, titular de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional (AMFJN) y el Dr. Carlos Alberto Rivolo, a cargo de la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación (AFFUN), promovieron acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del

(1) CCAF, Sala V, Expediente 17815/2020, 10/03/2022.

art. 322 del CPCCN, contra el Estado Nacional, y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), a los fines de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 3º, 5, 15 y 18 de la Ley 27.546, por introducir modificaciones al régimen previsional especial para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público, por considerar que resultan lesivos de derechos y garantías convencionales y constitucionales.

El juez federal en lo Contencioso administrativo que intervino compartió los fundamentos del dictamen fiscal, y por tanto se declaró incompetente para entender y ordenó la remisión de la causa a la Cámara Federal de la Seguridad Social. En su dictamen, el Fiscal Federal opinó que "...considerando el contenido total de la acción impetrada y su sustento normativo, estimo que a los fines de resolver resultará de prioritaria relevancia determinar la constitucionalidad de las normas reguladoras por la cuales se establecen los haberes jubilatorios de los aquí actores, razón por la cual entiendo que se ha de evaluar el arreglo constitucional del sistema jubilatorio instituido para los magistrados y que se proyecta en el ámbito del derecho de la seguridad social".

Frente a esta decisión, las asociaciones interesadas interpusieron recurso de apelación, con el fin de que se resolviera en favor de la competencia del fuero federal en lo contencioso administrativo. Como fundamentación, señalaron que en este caso "no se debatía sobre las consecuencias previsionales de la normas cuestionadas en la vida personal de magistrados y funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, sino en su utilización como instrumento para la afectación de la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público y, consecuentemente, el principio republicano de independencia de este poder estatal". Asimismo, destacaron que en el caso de autos "no se impugna un acto administrativo previsional, sino que la impugnación se ha articulado en relación con normas previsionales de alcance general que son utilizadas como herramientas para la afectación de la independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público".

Previo a analizar el recurso, el Dr. Jorge F. Alemany, integrante de la Sala V, se excusó de intervenir en las presentes actuaciones (art. 30 del CPCCN) en virtud de ser titular del beneficio jubilatorio concedido en los términos de la ley 24.018, sin las modificaciones introducidas por la ley 27.546. Lo propio hizo el Dr. Pablo Gallegos Fedriani, también integrante del mencionado Tribunal, pues se excusó de intervenir en la causa por razones de decoro y delicadeza, en los términos del art. 30 del CPCCN.

La nueva integración del tribunal se abocó al tema de competencia teniendo en consideración que, conforme surge de la demanda, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y la Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación, se promovió una acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 322 CPCCN, contra el Estado Nacional y la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), solicitando que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2º, 3º, 5º, 15 y 18 de la ley 27.546, junto con la solicitud del dictado de una medida cautelar de no innovar respecto del agregado del cese definitivo como requisito para el beneficio de jubilación (art. 1º, ley cit.), la modificación de la forma de cálculo del haber de las jubilaciones ordinarias y por invalidez (arts. 3º y 5º), la fijación de una escala de edad sin gradualismo (art. 15) y la derogación de los incisos a) b) c) y e) del art. 16 de la ley 24.018 (art. 18) previstos en las disposiciones de la mencionada ley.

Destacaron, que la acción declarativa de certeza intentada tiene por objeto establecer que las modificaciones introducidas por la ley 27.546 al régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos afectan la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones y, en consecuencia, el principio republicano de independencia del Poder Judicial y los Ministerios Públicos y que la reforma que la ley 27.546 introdujo al régimen previsional para magistrados y funcionarios judiciales de la ley 24.018 deja librado al arbitrio del Poder Ejecutivo Nacional la determinación del nivel inicial de las prestaciones previsionales mediante el sencillo trámite de fijar por vía reglamentaria el mecanismo para actualizar las remuneraciones que

servirán de base para el cálculo del haber inicial, pudiendo modificar el índice a su voluntad, toda vez que la ley no fijó pautas ni cortapisas.

La cámara señaló que las entidades demandantes precisaron que “... que la norma ordena un control anual de sustentabilidad del régimen a cargo de la Secretaría de Seguridad Social, lo que no sucede con otros regímenes especiales ni con el régimen previsional nacional. Afirmaron que se confirió al PEN herramientas para dominar la voluntad de los jueces con la amenaza de que vean reducidos sus futuros haberes —en la determinación inicial o en la movilidad— o incrementadas las cotizaciones. Expusieron que el cese definitivo en la función como imperativo legal para la solicitud del beneficio jubilatorio podría violentar la libertad de ejercicio de la magistratura, al punto de condicionar la permanencia en el cargo. Así, sostuvieron que el nuevo esquema previsional especial deja de cumplir con la garantía de apariencia de independencia judicial (Fallos: 338:284; 338:1216), configurando una amenaza para la administración de justicia presente... De este modo, expusieron que, sin perjuicio de las acciones que los afectados pudieran iniciar en forma individual en caso de considerar vulnerados sus derechos previsionales, resulta un imperativo jurídico y republicano hacer cesar el estado de incertidumbre respecto de la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas por estar en juego el referido pilar republicano. Concluyeron, entonces, que el fuero contencioso administrativo es el competente para resolver sobre reformas introducidas en las condiciones para el acceso a las prestaciones previsionales de magistrados y funcionarios judiciales, en la medida que ellas violentan la garantía de independencia del Poder Judicial y los Ministerios Públicos que es el bien jurídico cuya indemnidad debe ser restablecida”.

De conformidad con estos fundamentos la Sala entendió que “se advierte que en las presentes actuaciones se cuestiona la constitucionalidad de las normas que regulan el régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos. Esta circunstancia implica que la acción entablada involucra directamente una cuestión regida por normas de la seguridad social, que determina la competencia del fuero especializado en el derecho de la seguridad social

(arts. 1º y 2º de la ley 24.655). En tal sentido, el fuero federal de la seguridad social posee una específica versación en la materia debatida que se refiere al derecho de la seguridad social (Fallos: 329:4981). Asimismo, cabe recordar que la ley 24.655 no tuvo como fin delimitar taxativamente la competencia del fuero federal de la seguridad social, sino reconocer su autonomía jurisdiccional (conf. CFed. de la Seguridad Social, Sala II, 19/09/2003, *in re* “Obra Social de Técnicos de Fútbol c. Poder Ejecutivo Nacional”, expediente n° 19.162/03; Sala V, 28/09/2021, *in re*: “Ciapetta, Gustavo Alberto c. EN— M. Trabajo Empleo Seguridad Social de la Nación y otros s/ Empleo Público”, Expte N° 2132/2021”.

III. Análisis

En su escrito, las actoras manifestaron que las modificaciones introducidas por la ley 27.546 al régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y los Ministerios Públicos afectan la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones y, en consecuencia, el principio republicano de independencia del Poder Judicial y los Ministerios Públicos y que dejó librado al arbitrio del Poder Ejecutivo Nacional la determinación del nivel inicial de las prestaciones previsionales mediante el sencillo trámite de fijar por vía reglamentaria el mecanismo para actualizar las remuneraciones que servirán de base para el cálculo del haber inicial, “...pudiendo modificar el índice a su voluntad”.

A respecto, cabe señalar que la Secretaría de Seguridad Social, bajo la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, mediante la res. 10/2020, dictada el 13 de mayo de 2020, reglamentó las modificaciones operadas al régimen previsional especial para magistrados y funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público de la Nación, por las que se dispuso la limitación de su ámbito de aplicación personal, el aumento escalonado de la edad mínima jubilatoria para los hombres hasta alcanzar los 65 años (estableciendo una escala de edad a ese efecto), el incremento de los años de servicio con aportes requeridos en los cargos que dan derecho al beneficio jubilatorio, el incremento de los aportes personales adicionales y la adecuación de la base de cálculo de la jubilación ordinaria con la del régimen general, pues esta-

blece que el haber inicial será calculado a partir del 82% del promedio de las últimas 120 remuneraciones y la suba de aportes del 12% al 18% sobre la totalidad del sueldo; también modificó los requisitos y condiciones de acceso para las pensiones por fallecimiento.

Por su parte, la Administración Nacional de la Seguridad Social —ANSES—, emitió la resolución interna denominada “PREV-11-46”, con vigencia desde el 08 de febrero de 2021, cuyo objetivo es establecer un procedimiento de trabajo que regule la iniciación, resolución, liquidación, puesta al pago y reajustes de beneficios solicitados por Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación y el Ministerio Público de la Nación, al amparo de la Ley 24.018 modificada por la Ley 27.546. Conforme al “apartado IV” se indica que: “sobre los trámites jubilatorios iniciados por los magistrados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley 27.546, quienes no hubieran presentado el cese, y se hubiera supeditado el pago del beneficio al momento del cese, se emplazará al titular para que dentro del plazo de 30 días hábiles administrativos acompañe la presentación de la renuncia y de no acreditarse la presentación de la renuncia se procederá a la revisión integral de las actuaciones, en uso de las facultades conferidas a esta Administración por el art. 36 de la ley 24.241, pudiendo ocurrir que: no se encontraren observaciones, por lo cual se procederá al archivo de las mismas o se detectaren desvíos, debiendo adoptarse las acciones de rigor (...) De acreditarse la presentación de la renuncia, se reservaran las actuaciones hasta tanto el Poder Ejecutivo Nacional la acepte, ante lo cual se procederá a la continuación del trámite de otorgamiento de la prestación”.

Con el dictado de esta norma por parte de ANSES, se hicieron presentes varias acciones judiciales que tenían por objetivo solicitar la inconstitucionalidad, en virtud de que se daba el caso de que afectaba a varios funcionarios que estarían tramitando su jubilación sin haber presentado la renuncia. Tal es el caso del juez Orlando Arcángel Coscia, integrante del Tribunal Oral Federal de Neuquén, en cuyo caso, se resolvió ordenar a la ANSES que deberá prescindir de exigir al actor el cese efectivo en su cargo como Juez de Cámara del Tribunal Oral en lo Crimina

Federal, como recaudo para acceder al beneficio previsional solicitado (2).

En similar sentido, el Colegio de Magistrados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó una acción declarativa de inconstitucionalidad cuestionando la resolución de ANSES que los intimó a retirar sus jubilaciones o jubilarse (3).

La administración de justicia está a cargo de los jueces y juezas, es uno de los pilares de la república democrática, y así lo establece la Constitución Nacional en su art. 1° y en particular en el art. 110, que, conforme su redacción, respecto a la garantía constitucional de intangibilidad de las remuneraciones, tiene como objetivo “evitar las presiones directas sobre los magistrados, sometiéndolos a la voluntad de otros poderes o los intereses económicos (4)” siendo esta también una garantía de la independencia judicial.

La Corte ha referido “...que la regla fijada por el art. 110 de la federal respecto de los jueces nacionales, tienen por objeto garantizar la independencia e imparcialidad de la justicia en cuanto poder del Estado. En ausencia de ella, no hay Estado republicano. La cláusula constitucional examinada constituye un mandato dirigido a los otros dos poderes del Estado y les impone abstenerse de dictar o ejecutar acto alguno que implique reducir la remuneración de los jueces, pero no instituye un privilegio que los ponga a salvo de toda y cualquier circunstancia que redunde en una pérdida del poder adquisitivo de sus haberes. La finalidad de dicha cláusula constitucional es prevenir ataques financieros de los otros poderes sobre la independencia del judicial, pero no protege a la compensación de los jueces de las disminuciones que indirectamente pudieran proceder de circunstancias como la inflación u otras derivadas de la situación económica general, en tan-

(2) Juzgado Federal de Neuquén N° 1, Expte. N° FGR 358/2021, 01/02/2022, “Coscia, Orlando Arcángel c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) y otro s/amparo Ley 16.986”.

(3) <https://tiempojudicial.com/2021/04/12/amparo-judicial-de-jueces-portenos-por-sus-jubilaciones/>.

(4) GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada.” Buenos Aires, La Ley 2011, 4 edición, 3 reimpresión, Tomo II: 466-477.

to no signifiquen un asalto a la independencia de la justicia por ser generales e indiscriminadamente toleradas por el público (C. Clyde Atkins vs. The United States; 214 Ct. Cl. 186; cert. denied 434 U.S. 1009) **(5)**".

Esta doctrina se ratificó en la causa "Álvarez, Gladys Stella y otros c. EN CSJN — Consejo de la Magistratura — art. 110 s/ empleo público" **(6)**, y desestimó que la prohibición de indexación afecte la garantía de intangibilidad de la remuneración de los magistrados y agregó que una violación del art. 110 de la CN requiere "un detrimento especial de la situación económica de los magistrados en comparación con las condiciones económicas de los otros integrantes de los otros poderes del Estado".

En el mismo mes, volvió a expedirse y dejó sin efecto un fallo que fijó un mecanismo de equiparación entre los sueldos de los jueces de Chaco con los federales **(7)**. La Corte, con los votos de los jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosatti, revocó la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco que hizo lugar a un planteo de jueces de esa provincia, por afectación de la garantía de intangibilidad de sus remuneraciones.

En su voto, Lorenzetti señaló que "...la garantía de intangibilidad de los sueldos judiciales (arts. 110 de la CN y 154 de la Const. de la Provincia del Chaco), es un elemento sustancial para la independencia del Poder Judicial, y por lo tanto, del sistema republicano. Ella no está conferida para exclusivo beneficio personal de los jueces y juezas, ni de su derecho de propiedad, sino para resguardar su función y el equilibrio entre los poderes estatales (Fallos: 307:2174; 313:344; 315:2386; 316:2747; 322:752; 323:643). Tiene por objeto garantizar la independencia e imparcialidad de la justicia en cuanto poder del Estado. En ausencia de ella, no hay Estado republicano. Esa exigencia constitucional constituye un mandato

(5) CSJN, 7/03/2006, in re: "Chiara Díaz, Carlos Alberto".

(6) CSJN, in re CSJ 7/2007 (43-A)/CS1, "Álvarez, Gladys Stella y otros c/ EN — CSJN — Consejo de la Magistratura — art. 110 s/ empleo público", 05 de noviembre de 2019.

(7) CSJN, 12/11/2019, 3613/2014/CS1, "Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/ amparo".

dirigido a los otros dos poderes del Estado y les impone abstenerse de dictar o ejecutar acto alguno que implique reducir la remuneración de los jueces, pero no instituye un privilegio que los ponga a salvo de toda y cualquier circunstancia que redunde en una pérdida del poder adquisitivo de sus haberes (Fallos: 329:385, considerando 8° del voto de la mayoría)".

En su voto concurrente, Rosatti revocó parcialmente la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento. Con base en el Código Iberoamericano de Ética Judicial, destacó que la inamovilidad y la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados procuran garantizar la independencia judicial y *no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio*. Es decir, se trata de una herramienta que tiene como destinatarios finales a los ciudadanos, a quienes debe asegurárseles un servicio de justicia imparcial e independiente.

Enmarcada la intangibilidad dentro del estado federal, es una garantía que custodia la independencia del Poder Judicial y el buen funcionamiento del sistema republicano de gobierno, por lo cual se encuentra comprendida dentro de las condiciones que la Constitución Nacional exige a las provincias a los fines contemplados en el art. 5° de la Ley Fundamental.

Por su parte, Rosatti sostiene que el art. 110 de la CN, al referirse al inamovilidad en el cargo y la intangibilidad remuneratoria no constituyen privilegios personales, sino garantías judiciales de la llamada independencia judicial y que la llamada "independencia" "no significa que el Poder Judicial, en tanto "poder", no pueda acompañar —dentro de la Constitución y de la ley *lato sensu*— las políticas de otros poderes del Estado, significa que no puede quedar subordinado a ellos, sacrificando el orden jurídico vigente **(8)**".

IV. Conclusiones

El conflicto planteado en la causa, al que he intentado referir tangencialmente en el comen-

(8) ROSATTI, Horacio "Tratado de derecho Constitucional". Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, 1ª edición, Tomo II: 440-441.

tario a fallo presenta ribetes particulares, pues fácil es advertir que, sin perjuicio de que se trata de una controversia más que compete resolver al “Poder Judicial de la Nación”, involucra el interés de sus propios integrantes y, en particular, de quienes se hallan en las esferas jerárquicas más elevadas como son los magistrados y funcionarios que desarrollan sus funciones en ese ámbito, como también en los que lo hacen ante el Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa.

La particularidad, antes descripta, hace prever que habrá dificultades procesales para llevar a cabo la actividad judicial, motivadas no solo en temas de competencia como el que aquí se analizó, sino también en la gran cantidad de sujetos que podrán o deberán excusarse de intervenir, en aras de no resolver en el marco de contiendas en las que tengan algún interés propio, tal como lo establece el código de

rito (arts. 17 y 30). Esta situación no se altera por la circunstancia de que —como en el caso analizado— sean las entidades que agrupan a magistrados y funcionarios las que accionen ante la justicia, pues más allá de que lo hagan dentro del marco de la acción colectiva propiamente dicha, lo cierto es que la decisión que se pueda dictar habrá necesariamente de afectar los derechos de todos aquellos magistrados y/o funcionarios judiciales en condiciones de obtener una jubilación prevista en ese ámbito a través de un régimen previsional especial vigente.

Es de esperar, entonces, que estas previsibles demoras puedan ser subsanadas ágilmente por los carriles ordinarios, de modo de evitar una verdadera indefensión y privación de justicia que —paradójicamente— afectaría a los órganos que naturalmente tienen la delicada misión de administrar justicia.

Las últimas trincheras de ANSeS: Villanustre objetivo y Villanustre distorsivo

Camilo Álvarez Ruiz

Sumario: I. Introducción: el contexto jurídico del fallo Villanustre. — III. La primera mutación del tope: Villanustre Objetivo. — IV. La segunda mutación del tope: Villanustre Distorsivo. — V. Conclusiones.

En estas páginas intentaremos reseñar los dos nuevos ardides pergeñados por el organismo para erosionar las liquidaciones, cuando de dichos cálculos surge un haber reajustado superior el haber máximo.

Adelantamos que ambos planteos procuran llevar a cabo una mutación de la doctrina del célebre fallo “Villanustre” (1), por lo cual comenzaremos exponiendo una anatomía de dicho tope.

I. Introducción: el contexto jurídico del fallo Villanustre

A principios de la década del 90 nuestro Máximo Tribunal acometió la tarea de acotar la jurisprudencia sobre la cual se edificaba la actualización de las deudas mediante índices. Esto se llevó a cabo, como veremos, aún antes de que el Congreso de la Nación sancionara la ley 23.928, cuyo artículo 7 directamente prohibió la actualización mediante índices.

Concretamente, ya el 13/02/1990, el Tribunal Cimero, al fallar en los autos “Pronar SAMI c. Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y perjui-

cios” (2), colocó la piedra angular de los argumentos con los cuales llevar la limitación.

Sobre esos cimientos, luego volvió a expedirse sobre el tema en la sentencia de fecha 11/09/1990 en autos “Cukierman Moisés s/ Sucesión” (3).

El patrón detectado en estas sentencias es que la actualización mediante índices no puede dar como resultado una suma superior al valor que tiene el bien o la prestación al momento del pago. O, dicho de otro modo, el producto de la actualización mediante índices no puede constituir un enriquecimiento sin causa para el acreedor.

En consecuencia, según el criterio del Tribunal Cimero, el valor del bien o de la prestación al momento del pago actúa como tope sobre la actualización mediante índices de la deuda.

Pues bien, esta corriente jurisprudencial engendró el fallo “Villanustre”, el cual no constituyó ninguna novedad, puesto que solo adaptó el principio expuesto precedentemente al ámbito previsional.

(2) CSJN, 13/02/1990, Fallos: 313:95.

(3) CSJN, 11/09/1990, Fallos: 313:896.

(1) CSJN, 17/12/1991, 30/1988-V-22-RHE.

II. El tope original tal como fue creado por la Corte Suprema

En esa adaptación el Tribunal Cimero debió identificar cuál sería el bien o la prestación cuyo valor al momento del pago debía funcionar como tope a la actualización mediante índices de los haberes previsionales.

Naturalmente, siendo que la prestación previsional tiene por función reemplazar el salario, el Máximo Tribunal seleccionó como tope la tasa de sustitución del haber inicial aplicada sobre el sueldo correspondiente al momento del pago.

Recordemos que en ese entonces se encontraba vigente la ley 18.037, cuya tasa de sustitución oscilaba entre el 70% y el 82%, según fuese la edad del afiliado al cesar en la actividad.

La sentencia dice textualmente en su parte pertinente: "...a fin de evitar desfases que desvirtúen en la práctica los objetivos del sistema previsional, corresponde destacar que las diferencias a abonarse en favor del interesado no podrán exceder en ningún caso los porcentajes establecidos por las leyes de fondo".

Con este tope la Corte Suprema procuraba evitar que el jubilado, una vez actualizados sus haberes de acuerdo con el mecanismo dispuesto en la sentencia judicial, terminara percibiendo en concepto de haber previsional un importe superior al que hubiese cobrado en concepto de salario de haber continuado en actividad.

Va de suyo que se trata de una creación pretoriana y, como tal, la ANSeS no puede aplicarla salvo en aquellos casos en los cuales el judicante lo haya dispuesto de manera expresa.

Asimismo, su implementación requiere, en forma previa, acreditar en el expediente judicial cuál es el sueldo a la fecha de pago y dicha acreditación se debe llevar a cabo mediante alguno de los medios de prueba previstos en el código de rito. Por último, se debe destacar que la carga de la prueba de dicho sueldo recae sobre el organismo previsional, toda vez que no hay ningún motivo para apartarse del principio general en la materia según el cual cada litigante debe acreditar las condiciones fácticas previstas en la

norma o jurisprudencia invocada como sustento de su pretensión.

El mismo Tribunal Cimero tuvo ocasión de expedirse sobre este cuestión, al fallar en autos "Mantegazza, Ángel Alfredo c. ANSeS s/ Ejecución previsional" (4), cuando se pronunció en los siguientes términos: "...tampoco se encuentre probada la evolución que tuvieron los sueldos de los trabajadores de la empresa Ferrocarriles Argentinos con posterioridad a la desvinculación laboral del peticionario, por lo que carece de todo respaldo fáctico la aplicación mecánica de la doctrina de este Tribunal mencionada por el a quo (causa 'Villanustre, Raúl Félix', del 17 de diciembre de 1991), ya que si bien es un principio en esta materia que el haber de pasividad debe guardar una adecuada proporción con los salarios de los activos, no ha quedado acreditado en la causa que las mensualidades derivadas del fallo pasado en autoridad de cosa juzgada arrojen resultados que desvirtúen la prestación previsional haciéndola alcanzar niveles irrazonables".

Resumiendo lo expuesto hasta aquí, el tope del fallo Villanustre solo es aplicable cuando la sentencia lo dispone en forma expresa y cuando ha quedado acreditado en el expediente judicial cuál ha sido la evolución del sueldo correspondiente al puesto en que cesó el afiliado.

III. La primera mutación del tope: Villanustre objetivo

Conforme hemos visto precedentemente, la aplicación del fallo "Villanustre" requiere una importante actividad probatoria por parte de la ANSeS.

Tal como sucede en el resto de los fueros, su inactividad o morosidad probatoria debería ser castigada con la correspondiente declaración de negligencia y/o desistimiento de la prueba, conforme establecen las siguientes normas del código de rito:

— El art. 383, en cuanto establece que "Las partes, oportunamente, deberán gestionar el libramiento de oficios ... Regirán las normas sobre caducidad de pruebas por negligencia".

(4) CSJN, 14/11/2006, Fallos: 329:5195.

— El art. 384, en cuanto dispone que “Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo. A los interesados incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente...”

— El art. 385, en cuanto ordena que “Se desestimará el pedido de declaración de negligencia cuando la prueba se hubiera producido y agregado antes de vencido el plazo para contestarlo...”

— El art. 402, en cuanto consagra que “Si vencido el plazo para contestar el informe, la oficina pública o entidad privada no lo hubiere remitido, se tendrá por desistida de esa prueba a la parte que la pidió, sin sustanciación alguna, si dentro de quinto día no solicitare el juez la reiteración del oficio”.

Sin embargo, el organismo auspicia, y algunos juzgados tristemente convalidan, una mutación del fallo “Villanustre” que no requiere de actividad probatoria alguna, el cual podemos descomponer en los siguientes pasos.

A) Se consigna el sueldo percibido por el afiliado a la fecha de cese.

B) Se consigna el salario mínimo vital y móvil previsto para dicha mensualidad.

C) Se divide el importe obtenido en el paso A por el importe obtenido en el paso B, lo que arroja como resultado un coeficiente.

D) Luego, se identifican los periodos mensuales comprendidos en la liquidación del retroactivo.

E) Se consigna el salario mínimo vital y móvil correspondiente a cada uno de esos periodos mensuales.

F) Cada uno de los importes obtenidos en el paso E se multiplica por el coeficiente obtenido en el paso C, lo que arroja como resultado para cada uno de los periodos mensuales una “Pauta Salarial Objetiva”.

G) Sobre esa “Pauta Salarial Objetiva” se aplica la tasa de sustitución correspondiente a la prestación, lo que arroja como resultado el im-

porte que servirá de tope en cada uno de los periodos mensuales.

Va de suyo que este “Villanustre Objetivo” incorpora al expediente dos innegables factores de aleatoriedad que distorsionan lo resuelto en calidad de cosa juzgada y la doctrina del Tribunal Cimero.

En primer lugar, porque deshace el equilibrio que procuró el legislador al ordenar se calcule el primer haber jubilatorio como un porcentaje del promedio de las últimas remuneraciones del afiliado. Por el contrario, con “Villanustre Objetivo” no se utiliza un promedio de remuneraciones sino el sueldo al cese, el cual puede que no sea representativo de su historial laboral.

En segundo lugar, lo mismo puede suceder con el salario mínimo de la fecha de cese, el cual, por la razón que fuera, puede no ser representativo del promedio histórico.

Asimismo, este “Villanustre Objetivo” termina por consagrar una especie de movilidad paralela, puesto que, una vez alcanzado el tope, el haber reajustado deja de recibir la actualización prevista en la sentencia y comienza a ser actualizado con los aumentos que reciba el salario mínimo.

IV. La segunda mutación del tope: Villanustre distorsivo

Tal como hemos expuesto precedentemente, el planteo de “Villanustre Objetivo” parece estar diseñado para suplir la inactividad probatoria de la ANSeS.

Por el contrario, hemos bautizado como “Villanustre Distorsivo” a una maniobra llevada a cabo por el organismo mediante uno de los medios de prueba previstos por el código de rito.

Concretamente, una vez iniciada la ejecución y comprobado que el haber reajustado supera el haber máximo, algunos juzgados del fuero están optando por ordenar un oficio dirigido al último empleador del jubilado a fin de que informen cuál hubiese sido su remuneración de haber continuado en actividad.

En la mayoría de los casos los letrados de la ANSES no diligencian los oficios, lo cual nos habilita a plantear su negligencia y/o desistimiento en los términos previstos por los arts. 383, 384, 385 y 402 del código de rito.

Sin embargo, cuando si lo hacen, nos hemos encontrado que redactan los oficios con una sutil modificación: en lugar de solicitar a la empresa que informen cuál hubiese sido la remuneración de continuar en actividad, requieren que se informe cuál hubiesen sido sus sueldos "netos de aquellas sumas no sujetas a aportes".

La diferencia no es baladí, puesto que, cuando la remuneración supera la base imponible máxima consagrada por el art. 9° de la ley 24.241, los empleadores no descuentan aportes sobre el excedente.

En consecuencia, al encontrarse con un oficio redactado en esos términos, las empresas no pueden responder cuales hubiesen sido las remuneraciones del jubilado en caso de continuar en actividad, sino que, por el contrario, son inducidas a informar la base imponible máxima de cada periodo mensual.

De esta manera, la ANSeS pretende imponer, de facto, un tope sobre los haberes reajustados equivalente a la base imponible máxima de cada periodo mensual.

V. Conclusiones

En artículos pretéritos hemos abordado como los reglamentos, a menudo, son utilizados por

la Administración para alterar las normas cuya ejecución el legislador le ha encomendado. Luego, cuando el ciudadano impugna el reglamento que le han aplicado, el funcionario de turno mantiene su decisión, amparándose en el principio de inderogabilidad singular de los actos administrativos generales y en el principio de legitimidad de los actos administrativos, consagrados en el decreto-ley 19.549/1972. Finalmente, se sienta a esperar la pírrica victoria del ciudadano en la instancia judicial (5).

Sin embargo, ya ni siquiera alcanza con la victoria pírrica en la etapa de conocimiento, puesto que la ANSeS acecha en la etapa de ejecución con nuevos ardidés destinados a distorsionar lo resuelto en calidad de cosa juzgada.

Como la célebre y perpetua carrera entre Aquiles y la tortuga, por cada incumplimiento que neutralizamos en los estrados judiciales mediante nuestra actuación profesional, la Administración siembra una nueva trampa con la cual postergar la ejecución de sus obligaciones.

(5) La asiduidad con que la Administración emplea este modus operandi ha merecido el reproche de una pléyade de juristas. Entre otras citas posibles: "...la principal trampa de la administración al derecho es dictarse ella misma reglamentos ilegales, absurdos, irracionales y luego, pues, aplicarlos" (GORDILLO, A., "Tratado de derecho administrativo", Tomo 1, Cap. VII, 8ª edición, Buenos Aires, FDA, 2003).

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2022: acuerdos marzo 2022

María Teresa Martín Yáñez

Sumario: I. Relación de fallos de la CSJN utilizados en los acuerdos de marzo 2022. — II. Apéndice.

I. Relación de fallos de la CSJN utilizados en los acuerdos de marzo 2022

Durante el mes de marzo de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación remitió en sus decisiones a fallos dictados con anterioridad. Dichas remisiones importan el mantenimiento de esas doctrinas con los alcances que en dichos precedentes se les haya dado o el que en la decisión que lo cita se haya especificado.

Nómina y sinopsis de precedentes utilizados por orden alfabético:

1.— “*Camejo, Ricardo Esteban*”, Fallos 344:1388, 17/06/2021

Corresponde incorporar a los haberes mensuales los adicionales creados por el decreto 1307/2012 y 854/2013 y sus modificatorios, puesto que no remuneran situaciones especiales del cumplimiento de misiones específicas del personal con estado militar de gendarme en actividad de la Gendarmería Nacional y con estado policial en actividad de la Prefectura Naval Argentina, sino otorgan en forma general una asignación que mantenga o

en su caso aumente la retribución total mensual que venía percibiendo dicho personal en actividad.

2.— “*Gargiulo, Jorge Luis*”, Fallos: 329:3103, 8/08/2006

La incorporación de adicionales a la remuneración del personal civil de la Secretaría de Inteligencia importó, según expresa el decreto 502/2003, adoptar el criterio del decreto 1490/2002, norma que reconoció la naturaleza remunerativa y bonificable de los adicionales creados por los decretos 2000/1991 y 628/1992.

3.— “*Grandoli, Marcelo Fabián*” CAF 41658/2014/CS1, 17/06/2021

La prueba producida en autos (fs. 237/238), como la obrante en las distintas causas en trámite ante el Tribunal y en las que se debate la misma cuestión que en el *sub lite*, pone de manifiesto el carácter generalizado con el que se otorgan al personal con estado militar de gendarme en actividad de la Gendarmería Nacional los suplementos creados en el decreto 1307/2012 y sus modificatorios

4.— “Ilardi, Josefa”, CSS 20.756/2016, 4/06/2020

Remite a “Bosso, Fabián Gonzalo”, Fallos 342:151, 24/09/2019.

El carácter general de una asignación determina indudablemente su inclusión en el haber mensual, sin que sea óbice para ello su calificación normativa, en la medida en que se demuestre de un modo inequívoco que la totalidad del personal en actividad de un mismo grado o de todos los grados la percibe.

5.— “Sosa, Raúl”, S. 1003.XLIX, 26/12/2017

Retiro por invalidez. El requisito del 66% o más de incapacidad exigido por el art. 48 de la ley 24.241, no puede ser dejado de lado sin declarar su inconstitucionalidad. Debe adoptarse un criterio riguroso que se atenga a la literalidad de la ley.

II. Apéndice

a) Estadísticas marzo 2022

TEMA	MARZO
ART. 280	198
ART. 280. Caso García Impuesto a las Ganancias	327
ART. 280. Caso Blanco Índices de Actualización	102
AC. 4/07	1
COSA JUZGADA	1
DESISTIMIENTO	4
OTROS RECHAZOS	12
FALLOS	0
REMISIÓN CASO GRANDOLI	25
OTRAS REMISIONES	12
TOTALES	682

BIBLIOGRAFÍAS Y COMENTARIOS

Bibliografías y comentarios 5/2022

Estela R. Martí de Minutella

Sumario: I. Bibliografía. — II. Salud. — III. Discapacidad. — IV. Prevención Social. — V. Riesgos del Trabajo.

I. Bibliografía

I.1. Nociones básicas sobre responsabilidad médica, Andrea Fabiana Rueda, Andrea Fabiana, Edit. DyD, 2019, 3ra. edición actualizada y ampliada, 252 p.

La autora, quien iniciara el camino a su sólida experiencia en el tema de la referencia asumiendo la defensa de profesionales demandados de la CABA y de la Pcia. de Bs. As., envueltos en cuestiones de reclamos por “mala praxis médica”, conforma esta nueva presentación del libro que aborda con mayor fidelidad el alcance y extensión de la responsabilidad causada por el acto médico —y en su caso las exenciones— en las esferas civil y penal, sin perjuicio de analizar el resguardo que al efecto ofrece el seguro médico, su obligatoriedad y las ventajas.

Examina el Derecho a La Salud, como partida básica, para los demás temas relevantes relativos a la cirugía plástica, la psiquiatría y la odontología; el consentimiento informado y los documentos conexos a la actividad. Contiene un preciso desarrollo de la responsabilidad civil de las instituciones y de los médicos actuantes con relación a los cargos ocupados en la organización, y su eventual vinculación con los delitos penales. Y el proceso judicial, y la participación de los auxiliares de la Justicia. Fallos conducentes del orden nacional y de la CIDH.

I.2. ADAJUS, a 10 años de su creación, de Autores Varios, Edit. Ediciones SAIJ, INFOJUS, diciembre 2021, disponible On Line.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en orden al Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), reúne en la publicación de mención el desarrollo de la actividad paulatinamente perfeccionada en los últimos 10 años, emparejando sus aciertos junto con el señalamiento de las situaciones que, sin bien aún irresueltas, se listan como pendientes de examen y tratamiento.

Diseñado como auxiliar de la justicia, en vistas a promover la observancia del Protocolo de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en vigor por la ley 26.378, el libro apunta al conocimiento de las acciones que afirmen la igualdad de oportunidades del colectivo, la asistencia jurídica, los servicios de apoyo comunitario, la capacitación de equipos profesionales y operadores del Estado, las modalidades procesales en resguardo de la participación judicial sea como víctimas, imputados o testigos.

Dado su fácil acceso y claridad de lectura, el documento de compilación es un referente de consulta para todo interesado en la materia.

II. Salud

II.1. Buenas prácticas para la teleconsulta

De las recientes disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, destaca la res. 581 de fe-

cha 18 de marzo de 2022 (BO 21/03/2022), que aprueba el “Documento de Buenas Prácticas para la Teleconsulta — Teleconsulta con el/paciente (TCP)”, el cual lo incorpora al Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica. La medida, elaborada por los equipos técnicos ministeriales, conforma una de las derivaciones de los aportes y participaciones de 24 de jurisdicciones en el “2° Encuentro Federal de Telesalud del 5 de agosto de 2021”.

El Anexo instala las pautas de seguimiento operativo, abordando con nivel de detalle, cuestiones que aspiran a cubrir a todas “...las personas que requieran y provean atención sanitaria a través de tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito público, privado y de la seguridad social”.

La difusión, se encomienda a la Dirección Nacional de Calidad en Servicios de Salud y Regulación Sanitaria, en miras a asegurar su máximo conocimiento y observancia.

Empero, la lectura de “las buenas prácticas” insinúa que el seguimiento de las políticas de “Cibersalud”, ofrecerá notorias disparidades de posibilidad de alcance e implementación, pues no obstante sugerir una plataforma básica de tecnología en orden a la cual emplazar la teleconsulta médica, el fraccionamiento del sistema general obstará a un expeditivo logro con inmediatez.

En ese orden de ideas, corresponderá ir ajustando los conocidos reclamos de quienes convocan a la atención profesional, a fin de que superen la inoperatividad de asuntos que por triviales revisten una magnitud que entorpece la consumación perseguida: carencia de insumos básicos y de los otros; insuficiencia de recursos humanos; ineficiencia de apoyos logísticos; etc.

Sin perjuicio de ello, algunas parcialidades por caso el de las “definiciones”, el “proceso de atención”, el “desarrollo de la teleconsulta”, las acciones “después de la teleconsulta”, las “buenas prácticas en relación a la estructura —espacio físico— uso de la tecnología”, emergen como ineludibles puntos de observancia, que ensamblados a los demás desarrollos consignados específicamente puestos al servicio de la prestación asistencial a cargo del equipo de salud, conforman un proyecto de mérito.

Empero, desde la óptica ya no del prestador, sino del “afiliado/ paciente/ usuario”, la visión que pretende fijar alguna de las condiciones vinculadas a la situación previa a la consulta considerar, para el común de los afectados emergen como una dificultad extra, las más de las veces de dificultoso peso, por los mismos miramientos que refieren a una diversidad cultural del colectivo poblacional del país. Cabe al efecto citar, el “contacto previo con todos los canales de información disponibles... de ser posible realizar pruebas previas para conocer las condiciones vinculadas al uso de la telemedicina y la teleconsulta... prepararse con anticipación, asegurándose que su dispositivo esté en condiciones adecuadas de uso, cuente con suficiente batería y conexión adecuada a internet... una aplicación móvil, tenerla descargada en su teléfono o Tablet... lugar apto...preferentemente silencioso... buena iluminación, aislado de interrupciones y que resguarde la privacidad... escribir una lista de motivos de consulta, antecedentes, molestias principales y preguntas... lista de enfermedades, condiciones de salud, y medicamentos que toma actualmente prescritos o no...acceso a resultados de exámenes e informes de imágenes en formato digital (PDF, Foto, etc.)... a fin de enviarlos previamente o al momento de la teleconsulta o exhibirlos al equipo de salud consultado...medios necesarios para anotar indicaciones y recomendaciones... asegurarse que el profesional cuenta con sus datos de contacto (teléfono y correo electrónico) para poder recibir indicaciones escritas por mensaje de texto o email”.

Lo expuesto configura un idílico contexto, al que más de un sanitarista ha señalado como “una petición de principios”, en tanto se proyecte su diseño para entornos sumamente dispares. Ello, sin perjuicio de advertir que existen sectores de la prestación privada de los agentes de salud, en los cuales estos lineamientos se han ido paulatinamente logrando sostenidos por el aporte personal del financiamiento de sus afiliados.

III. Discapacidad

III.1. Normativa regulatoria en materia de beneficios relacionados con las cotizaciones a la Seguridad Social, RC AFIP, MTEySS 5167/2022

Existen inúmeros esfuerzos de familias y organizaciones no gubernamentales, que realizan

acciones tendientes a la inserción socio laboral de personas con discapacidad, muchas de ellas no conducentes a una prestación de servicios, sino a educar o entretener en una simplicidad ocupacional de tiempo.

En su momento la puesta en vigencia de la Ley 26.816, que vino a crear el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad, fue un hábito que persiguió en encuadramiento definitivo en el país de parámetros de cobertura formales, en vistas al acceso al empleo, su preservación y progreso.

La dicotomía presentada entre impulsos estimables, pero sin que el pasaje esperado hacia la formalidad sancionada, enancada en una reglamentación parcial —dec. 1771/2015— acarree una conflictividad no superada.

Finalmente, las ayudas regladas en materia impositiva han sido acotadas en función de los Talleres Protegidos de Producción (TPP) Y de los Talleres Protegidos Especiales para el Empleo (TPEE).

La Resolución Conjunta AFIP y Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social 5167/2022 de fecha 14 de marzo de 2020, recoge la problemática generada por ambas modalidades, a las que la ley les acuerda un tratamiento diferente, dejando en claro “por contrario imperio”, las situaciones que de no ajustarse estrictamente a la regulación, resultan fuera de la misma y por consiguiente improcedentes la serie de interposiciones de organizaciones en demanda de inclusiones de ordenaciones que si bien verifican vulnerabilidades no por ello, resultan de por sí insertas sin más en el Régimen Federal en comentario.

El texto de los considerandos de la resolución conjunta es por demás clarificador. Consecuentemente, solo los empleadores inscriptos en el Registro de Instituciones de Capacitación y Empleo (REGICE) — art. 4° del Anexo de la Res. S. de Empleo 1183/2021, podrán acceder a la dispensa prevista en los incs. c), d) y f) del art. 26 de la ley 26.816 respecto del pago 100% de los aportes personales, las contribuciones patronales y la cobertura de riesgos del trabajo de la Ley 24.557 y sus modificatorias, correspondientes a las personas con discapacidad integradas a los

Talleres Protegidos de Producción (TPP) que se encuentren a su cargo.

En tanto que los Talleres Protegidos Especiales para el Empleo (TPEE) que incorporen trabajadores con discapacidad gozarán del beneficio del inc. f) del art. 26 de la Ley 26.816, con relación cotización del Seguro de Riesgo de Trabajo.

Cabe al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social informar a la AFIP las altas, bajas o modificaciones de los empleadores inscriptos en el Registro de Instituciones de Capacitación y Empleo (REGICE).

Por su parte a la AFIP compete el caracterizar a los empleadores, según corresponda como Taller Protegido Especial para el Empleo (TPEE) o Taller Protegido de Producción (TPP). Y calcular de la cotización resultante por la contratación del Seguro de Riesgo de Trabajo, de cada trabajador con discapacidad de los empleadores del Registro de Instituciones de Capacitación y Empleo (REGICE), cápita que deberá poner a disposición del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, para que proceda a realizar el pago.

La resolución conjunta, contiene luego una serie de disposiciones relativas a la duración de los beneficios en principio de una duración 12 meses —prorrogables— a los procedimientos administrativos e informáticos de rigor.

IV. Previsión Social

IV.1. Actividad actoral. Aportes personales. Financiamiento parcial con recursos del Tesoro Nacional

La puesta en vigencia de la Ley 27.203, que dirimió la obligatoria inclusión en el inc. a) del art. 2° de la Ley 24.241, fijando un marco regulatorio específico para las relaciones laborales enmarcadas en el ámbito personal, previsto en los arts. 1° y 2°, lejos de traer una interpretación pacífica con la incorporación de un amplio colectivo que excede la fría concepción de la actividad actoral en concreto, aparejó conflictividad en particular con relación a la reglamentación parcial, ordenada por el dec. 616/2016, el cual resultó finalmente sustituido por el dec. 830/2021, de fecha 05/ 12/ 2021, en miras a acatar el pro-

nunciamento firme y consentido, dictado por la Sala II de la CNTrab., en los autos caratulados “Asociación Argentina de Actores c. Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de Amparo”, Expte. N° 97.894/2016, que declaró la inconstitucionalidad del 2do. párr. del art. 8° y del art. 11 de la reglamentación aprobada por el primer decreto de mención y del art. 4° y concordantes de la Resolución Conjunta General de la AFIP N° 3917, de la Superintendencia de Servicios de Salud 300, de la Secretaría de Seguridad Social 7, de la Superintendencia de Seguros de la Nación 39.953 y de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo 321 del 27 de julio de 2016.

De modo tal que actualmente, por el Dec. 830/2021, la base imponible máxima para la determinación e ingreso de las contribuciones patronales con destino a la Seguridad Social, por parte de las y los contratantes a que hace referencia el art. 3° de la ley 27.203, equivale a 1,25 veces el valor de la remuneración máxima imponible para el cálculo de los aportes personales comprometidos por el 1er. párr. del art. 9° de la ley 24.241 y sus modificatorias.

Tal regulación será de acatamiento por dos años contados a partir del mes de 1 de febrero del año en curso y durante los 24 meses siguientes, a fin de no afectar el financiamiento general de la Seguridad Social y, en su caso, la movilidad que corresponda a los haberes previsionales, toda vez que la diferencia resultante deberá ser compensada con recursos del Tesoro Nacional.

Las cotizaciones personales alcanzadas de Subsistemas de la Seguridad Social son las pertinentes a: a) SIPA — ley 24.241, sus modificatorias y complementarias; b) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados — ley 19.032 y sus modificatorias; c) Fondo Nacional de Empleo — Ley 24.013 y sus modificatorias; y d) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares — ley 24.714 y sus modificatorias.

En otro orden el art. 8° del dec. 830/ 2021, precisa que “Los derechos de Propiedad Intelectual de los actores-intérpretes se regirán por las disposiciones contenidas en la ley 11.723, los Decretos 746/1973 y 1914/2006, sus normas modificatorias y complementarias”.

Persisten, sin embargo, una serie de cuestiones que hacen a la prestación y acreditación de los servicios prestados, que seguramente serán materia de paulatina hermenéutica de ajuste, los que en estos años de pandemia han permanecido enmudecidos por la falta de ejercicio profesional de los involucrados en los arts. 1° y 2° de la ley de fondo especial.

V. Riesgos del Trabajo

V.1. COVID-19. Pensión graciable vitalicia a favor de causahabientes de personal esencial fallecido en el lapso marzo a setiembre de 2020. Primera línea de fuego

El Capítulo II de la Ley 27.549 instauró el beneficio no contributivo de mención, el cual sin perjuicio de otras coberturas eventualmente concurrentes con el SRT concede al grupo familiar causahabiente a cargo del fallecido, un monto mensual equivalente al “doble del haber mínimo jubilatorio”. La norma, sin perjuicio de su meridiano amparo de naturaleza alimentaria, de acuerdo con los claros términos del debate parlamentario, tiene por fin tuitivo brindar un reconocimiento a un colectivo de trabajadores cuya prestación al servicio comunitario se desarrolló “en la primera línea de fuego”.

No obstante, los claros propósitos normativos, el tema generó no pocos reclamos con proyección a judicializar los no satisfechos. De ello que la Secretaría de Seguridad Social, con la previa consulta haya dictado la Resolución SSS 05 de fecha 04/03/2022, que aclara los puntos que suscitaban cuestionamientos.

El detallado Anexo de la precitada resolución, precisa el ámbito personal en forma exclusiva con respecto al art. 5° de la ley, que alcanza a quienes hayan prestado efectivamente tareas presenciales en sus lugares habituales de trabajo, fuera de su domicilio particular, durante el período 1° de marzo al 30 de setiembre de 2020.

En tal inteligencia, la resolución de la Secretaría señala a los colectivos específicos de cobertura de personal de:

1. Los sistemas de salud pública y privada: profesionales, técnicos, auxiliares (gastronomía, mastranza y limpieza) y operativo, en tanto es-

tuvieren trabajando en relación de dependencia o por cuenta propia en establecimientos médicos asistenciales inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) — Res. MS 1070/ 2009.

2. Las Fuerzas Armadas: militar en actividad del Ministerio de Defensa de la Nación.

3. Personal de las Fuerzas de Seguridad: en actividad de la Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Servicio Penitenciario, Policía de Seguridad Aeroportuaria y Policía Federal, Provincial, Municipal y de la CABA, Personal de la Actividad Migratoria de la DNM del Ministerio del Interior.

4. La Actividad Aduanera, de la Dirección General de Aduanas de la AFIP.

5. Bomberos, integrantes de los cuerpos voluntarios de las Asociaciones Bomberiles con inscripción vigente ante la autoridad de aplicación y los del cuerpo de bomberos de las provincias o de la CABA y de la Policía Federal Argentina.

6. Recolectores de residuos domiciliarios, en tareas de recolección y/o compactación de residuos y/o barrido y limpieza de calles, vía pública y/o bocas de tormenta y tareas complementarias y/o afines, comprendidos en el CCT 40/1989 (inc. 5.3) o que las desarrollen en relación de dependencia la jurisdicción de un gobierno local.

7. Recolectores de residuos patogénicos, en tareas de transporte, logística, distribución, tratamiento, y disposición final de residuos patológicos.

Certificación del empleador o dador del trabajo: del carácter del trabajo desempeñado y la prestación presencial, con sujeción a la documentación y probatoria que determine ANSES.

Causa del fallecimiento por coronavirus COVID-19: consignado en el certificado de defunción, firmado por profesional habilitado.

Derechohabientes: a) Cónyuge supérstite, a excepción de los separados de hecho, salvo que el causante tuviere a su cargo un deber alimentario en favor del primero; b) Conviviente su-

pérstite con unión convivencial o en los términos del art. 53 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias; c) Hijos/as solteros/as hasta los veintiún [21] años de edad; d) Hijos/as solteros/as hasta los veinticinco [25] años si a la fecha del fallecimiento del causante percibían alimentos, según el art. 663 del CCyC; e) Hijos/as solteros/as sin límite de edad cuando sus capacidades se encontraren restringidas a la fecha del fallecimiento del causante de acuerdo con el CCyC, mientras dure dicha restricción; f) Hijos/as solteros/as, viudos/as y divorciados/as sin límite de edad a cargo del causante, cuando se encontraren con incapacidad para trabajar a la fecha de su fallecimiento o a la fecha en que cumplieran 18 años de edad y estuvieran en un estado comprobado de necesidad ocasionado por la escasez o carencia de recursos personales. Todo ello, según lo instruido al respecto por ANSES.

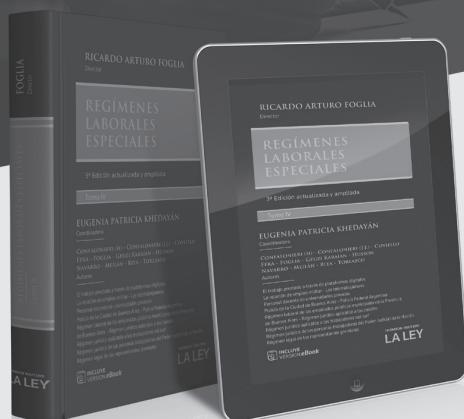
Haber de la pensión: a) 100% para la viuda, viudo o conviviente, no existiendo hijos/as con derecho a pensión; b) 50% para la viuda, viudo o conviviente, cuando existan hijos/as con derecho a pensión y el otro 50% entre los hijos/as por partes iguales; c) cuando no exista viuda, viudo o conviviente, el 100% de la pensión entre los hijos/as por partes iguales; d) cuando concurren la viuda o viudo, conjuntamente con un conviviente, el porcentaje establecido en los incisos a) o b) se distribuirá entre dichos derechohabientes por partes iguales. En todos los casos, existe el derecho de acrecer.

Compatibilidad: plena con cualquier otro beneficio del SIPA, y con contributivos que nacionales, provinciales y municipales de previsión o retiro.

Cobertura de salud: en el supuesto de concurrencia de una pensión contributiva derivadas del mismo causante, se puede optar entre las coberturas otorgan el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP) y la de otro beneficio al que se tuviere derecho.

Es de esperar que con la puesta las aclaraciones señaladas, hayan quedado despejados algunos controvertidos planteos articulados sin real sustento normativo, máxime cuando de la nómina vincular prevista por este régimen de la ley 27.549, abarca situaciones ajenas ámbito contributivo.

LANZAMIENTO
**REGÍMENES LABORALES
ESPECIALES**
3ª Edición actualizada y ampliada
TOMO IV



Director:
**Ricardo Arturo
Foglia**



1 Tomo + eBook

Se trata de una publicación compuesta por 33 regímenes laborales especiales, que ya contaba con los primeros 3 tomos que desarrollan la normativa, doctrina y jurisprudencia.

Esta tercera edición contempla las reformas legislativas (incluyendo la reforma al Código Civil y Comercial) y novedosa jurisprudencia.

En este **tomo IV**, además, el director incluyó los regímenes laborales que faltaban, siendo su objetivo destacar la importancia de cada uno de ellos, por su novedad, y actualidad. Entre los temas más relevantes que se contemplaron, se encuentran: el teletrabajo, el trabajo en plataformas digitales, personal docente de universidades privadas, Policía de CABA, Policía Federal Argentina, Régimen Militar, entre otros.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para abogados.

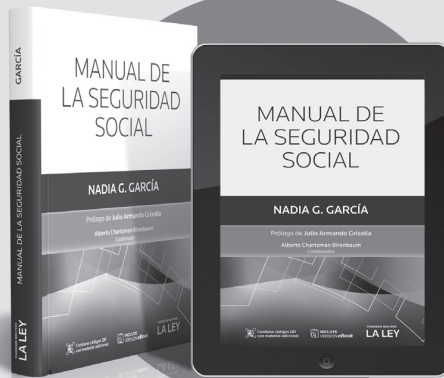
f ThomsonReutersLaLey
t @TRLaLey
in ThomsonReutersLatam

MANUAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Nadia G. García



2021



Esta obra
contiene
Códigos QR
con material
adicional.



1 Tomo
Disponible en
papel y eBook.

La obra **aborda en forma integral los temas de la seguridad social**, sus aspectos normativos y prácticos, desde una óptica simple, permitiendo al lector comprender la normativa involucrada y su problemática.

Se analiza la historia de la seguridad social, principalmente su protección en el mundo, dando cuenta de todos los convenios internacionales de suma importancia para la práctica profesional y el estudio doctrinal. Se estudia específicamente el Sistema Integrado Previsional Argentino, sus características y las distintas prestaciones, explicando por primera vez su cálculo en forma clara y accesible para quienes comienzan con el estudio de esta rama.

Incluye jurisprudencia que permite relacionar los temas y comprender los distintos cuestionamientos a la normativa. De esta forma, otorga herramientas al usuario para afrontar académica y profesionalmente el estudio de esta disciplina.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

