

20/2014

OCTUBRE 2014

Editora
Mariana B. Aguirre Renda

DIRECTOR

Julio Armando Grisolia

Secretario de Redacción

Mariano H. Mark

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 - Estela M. Ferreirós - Carlos A. Livellara - Pedro F. Núñez - Fernando H. Payá - Rodolfo A. Peón - Héctor P. Recalde - Santiago Rubinstein - Miguel A. Sardegna (†)

DERECHO LABORAL

COLABORADORES

Graciela O. Bozzo - Alberto Chartzman Birenbaum - Liliana Garmendia - Ricardo Hierrezuelo - María Elena López - José D. Mendelewicz - Eleonora Peliza - Alejandro Perugini - Claudia Priore - Paula Sardegna - Cecilia Suárez Gallo - Wojciech Swida

SECCIONES ESPECIALES

Investigaciones

Julio A. Grisolia

Riesgos del Trabajo

Ernesto Ahuad

Procedimiento Laboral

Liliana N. Picón

Convenciones Colectivas de Trabajo

Guido Arocco - Magalí Troya

Empleo Público

Miriam Ivanega

Trabajo Agrario y Rural

Jorge D. Díaz - Alejandro Senyk

Práctica Laboral

Emilio E. Romualdi

Derecho Internacional del Trabajo

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Medicina del Trabajo

Guillermo Maciá

Reseña Temática de Jurisprudencia

Lucrecia Pedrini

Actualidades

Empleo Público: Gisela Zingaretti

Corte Sup.: David Duarte

Pcia. de Buenos Aires: Emilio Romualdi

Pcia. de Córdoba: Pablo Martí

Pcias. de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones: Juan Chauvet

Pcia. de Mendoza: Carlos M. Livellara

Pcia. de Santa Fe: Sebastián Franco

Pcia. de Tucumán: Ricardo Robinson (h)

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471
(C1050AAC) Buenos Aires
Argentina

Impreso en la
1era. quincena de octubre
de 2014 en los
talleres gráficos de
La Ley S.A.E. e I.
Bernardino Rivadavia 130
Avellaneda
Provincia de Buenos Aires
República Argentina

ISBN 978-950-20-2590-2
RNPI 5074819

SEGURIDAD SOCIAL

DIRECTORA

María Teresa Martín Yáñez

COLABORADOR

Francisco J. Vardé

SECCIONES ESPECIALES

Práctica Previsional

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

Asignaciones Familiares

Gerardo Martín Corti

Sistemas Previsionales Comparados

Patricia Binasco

Reseña Temática de Jurisprudencia

Javier B. Picone

Actualidades

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

Primera Instancia: Javier B. Picone

Internacional: Estela Martí de Minutella

Bibliografías y Comentarios

Estela Martí de Minutella

Sumario

DERECHO LABORAL

Doctrina

Las remuneraciones del personal fuera de convenio y su necesaria regulación legislativa

Por Fernando R. Pérez, pág. 2053

El uso desviado de las cooperativas de trabajo

Por Clara Elebi, pág. 2058

Investigación

Recuperación e incorporación de nuevos derechos laborales: una dinámica necesaria para la consolidación de la progresividad constitucional

Por Mario L. Gambacorta, pág. 2067

Jurisprudencia Anotada

- **Contrato de trabajo.** Contrato y relación de trabajo – Inaplicabilidad de la presunción del art. 23 de la LCT – La relación concubinaría entre las partes es ajena al concepto de contrato de trabajo (C. Nac. Trab., sala 2ª, 31/3/2014), **pág. 2074**

Presunción del artículo 23 LCT: relación de concubinato

Por Mariela L. Fernández y Julieta S. Zagari, pág. 2078

Jurisprudencia Destacada

- **Contrato de trabajo.** Extinción – Despido sin causa – Indemnización por antigüedad o despido – Inclusión de las sumas no remunerativas en la base de cálculo de la indemnización por despido – Inconstitucionalidad del art. 3 del decreto 146/2001 – Tasa de interés (C. Nac. Trab., sala 7ª, 30/5/2014), **pág. 2085**
- **Contrato de trabajo.** Contrato y relación de trabajo – Presunción de existencia – Despido indirecto – Desconocimiento del título de abogado obtenido durante el transcurso de la relación laboral (C. Nac. Trab., sala 9ª, 30/5/2014), **pág. 2091**
- **Procedimiento laboral.** Nacional – Generalidades – Rechazo del pedido de embargo preventivo – Inexistencia de peligro en la demora – Condena del empleador en el extranjero (C. Nac. Trab., sala 7ª, 30/5/2014), **pág. 2093**
- **Contrato de trabajo.** Extinción – Generalidades – Comunicación del despido con anterioridad al mutuo acuerdo – Fuerza mayor (C. Nac. Trab., sala 9ª, 30/5/2014), **pág. 2095**
- **Accidentes de trabajo.** Daño resarcible – Incapacidad permanente parcial – Tope indemnizatorio – Inconstitucionalidad del decreto 1278/2000 – Cálculo de la indemnización con prescindencia del tope legal – Aplicación del régimen tarifario del decreto 1694/2009 – Accidente anterior a su entrada en vigencia – Actualización de prestaciones dinerarias (C. Nac. Trab., sala 2ª, 30/5/2014), **pág. 2098**

- **Contrato de trabajo.** Conjunto económico y responsabilidad solidaria – Recaudos de procedencia – Teoría del corrimiento del velo societario – Procedencia parcial de la acción – Despido (C. Nac Trab., sala 2ª, 29/5/2014), **pág. 2105**
- **Contrato de trabajo.** Despido del trabajador que se reintegró de licencia por enfermedad – Discriminación laboral – Violación de la Declaración Universal de Derechos Humanos – Enfermedad inculpable – Tutela antidiscriminatoria – Causal de despido – Despido sin causa (C. Nac. Trab., sala 5ª, 23/5/2014), **pág. 2109**
- **Actos procesales.** Notificaciones – Nulidad de la notificación – Traslado de la demanda – Domicilio para notificar a las sociedades comerciales (C. Nac. Trab., sala 9ª, 23/5/2014), **pág. 2125**

SEGURIDAD SOCIAL

Doctrina

El derecho de pensión. Cuando una lectura literal de la norma produce una concepción regresiva de la Seguridad Social

Por Karina Alonso Candis, pág. 2127

Jurisprudencia Anotada

- **Seguridad Social.** Previsión social – Regímenes especiales – Trabajadores en relación de dependencia – Haber de las prestaciones – Movilidad del haber – Agente del Poder Legislativo (C. Fed. Seguridad Social, sala 3ª, 7/7/2014), **pág. 2135**

La derogación del régimen previsional para los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y la “movilidad” de sus haberes jubilatorios

Por Rodolfo A. Peón, pág. 2137

Práctica Previsional

Los reajustes por movilidad en los beneficios de la ley 24.241. Su resolución judicial por la Cámara Federal de la Seguridad Social y la nueva intervención de las Cámaras Federales del interior del país

Por Rosanna E. Bermúdez, pág. 2139

Actualidades

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2014

Por María Teresa Martín Yáñez, pág. 2144

Actualidad en Jurisprudencia de Primera Instancia 10/2014

Por Javier B. Picone, pág. 2148

Bibliografía y Comentarios

Bibliografías y Comentarios 10/2014

Por Estela R. Martí de Minutella, pág. 2152

Jurisprudencia Destacada

- **Competencia (En general).** Cuestiones de competencia – Generalidades – Acción de amparo – Medida cautelar – Cese de retenciones sobre los haberes previsionales – Incompetencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social (C. Fed. Seguridad Social, sala 3ª, 11/8/2014), **pág. 2156**
- **Seguridad Social.** Previsión social (Régimen leyes 18.037 y 18.038) – Regímenes particulares – Empleados de comercio – Régimen de retiro complementario – Pago de aportes por el empleador – Empresa que presta servicios de marketing y merchandising en comercios (C. Nac. Trab., sala 7ª, 30/5/2014), **pág. 2158**

Doctrina

Las remuneraciones del personal fuera de convenio y su necesaria regulación legislativa

Por Fernando R. Pérez

SUMARIO: I. Introducción.– II. Falta de protección del trabajador jerárquico.– III. ¿Las normas de convenio pueden ser aplicadas a personal fuera de convenio?– IV. No aplicación de aumentos obtenidos por el sindicato. Necesidad de una ley. Jurisprudencia y doctrina.– V. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo analizamos si la legislación laboral existente resulta suficiente para establecer una justa política remuneratoria entre los trabajadores fuera de convenio y los trabajadores cuyos aumentos surgen de un acuerdo entre las partes involucradas en una negociación colectiva, recopilando para ello antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales, así como proyectos de ley presentados.

II. FALTA DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR JERÁRQUICO

Los trabajadores fuera de convenio son aquellos a los cuales por cumplir funciones jerárquicas, estar expresamente exceptuados o no existir convenio colectivo aplicable a la actividad no se les aplica norma convencional alguna. Si bien tienen los derechos que les otorga la Constitución Nacional, tratados internacionales, Ley de Contrato de Trabajo y normativa en general, así como los usos y costumbres, es necesaria una regulación legislativa sobre algunos aspectos del contrato de trabajo sobre los cuales la jurisprudencia laboral ha comenzado a expedirse, ya que por la falta de aplicación del convenio colectivo de trabajo o la inexistencia de éste que se da en algunas actividades –por ejemplo: informática–, se da la situación de que un trabajador jerárquico tiene menos derechos (p. ej. licencias) que un trabajador que está a su cargo y en muchos casos percibe una remuneración inferior que la que su empleador les abona a sus subordinados, lo que se denomina solapamiento de remuneraciones y contradice el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea.

El art. 81, Ley de Contrato de Trabajo, establece que “El empleador debe dispensar a todos los trabajado-

res igual trato en identidad de situaciones. Se considerará que existe trato desigual cuando se produzcan discriminaciones arbitrarias fundadas en razones de sexo, religión o raza, pero no cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador”.

Si bien el empleador tiene facultades de dirección y organización que le concede la Ley de Contrato de Trabajo, y esto incluye la posibilidad de establecer estructuras salariales que respetando los mínimos legales reflejen la responsabilidad de cada empleado, así como también la opción de establecer premios por rendimiento, o por ganancias de la empresa, la jurisprudencia laboral ha requerido en casos en que se establecen adicionales por rendimiento que existan condiciones objetivas para su determinación

La jurisprudencia ha expresado que “El art. 81, Ley de Contrato de Trabajo, que consagra el derecho a la igualdad de trato a favor del trabajador encuentra fundamento en el art. 14 bis, CN, halla correlato en el deber genérico impuesto al empleador en el art. 17, LCT, y resulta asimismo reforzado en materia salarial por el principio constitucional de igual remuneración por igual tarea, que le impone al empleador el deber de retribuir de igual modo a su personal en igualdad de circunstancias; y si bien dichas disposiciones no vedan al principal la posibilidad de dar un trato salarial preferente a algunos de sus trabajadores, en tal caso, le impone la carga de acreditar que sus motivaciones son sinceras y objetivamente comprobables, pues lo contrario implica atribuirles un carácter arbitrario, como fundado en su sola voluntad, y el actor ha logrado acreditar la existencia de un trato salarial peyorativo, que no ha sido objetivamente justificado

en la causa”, “Marín, Maximiliano v. Arcor S.A”, sala 10ª, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Y en autos “Pérez, Pablo A. v. Jumbo Retail Argentina S.A s/despido” –C. Nac. Trab.– 23/4/2010, se determinó que “En definitiva, y dado que ha quedado demostrado el trato remuneratorio peyorativo infligido al actor y que la circunstancia de que, con anterioridad, hubiera exteriorizado su voluntad de desvincularse de la empresa (como adujo la empleadora...) tampoco justifica el trato desigual, concluyo que resulta justificada la decisión de considerarse despedido que el actor adoptó, pues mediaba una injuria que hacía insostenible el mantenimiento del vínculo (conf. art. 242, LCT). En consecuencia, estimo que corresponde confirmar el decisorio de grado en cuanto hizo lugar a las indemnizaciones derivadas del distracto”. “En autos ha quedado demostrada la dispensa de un trato desigual de la empresa demandada en perjuicio del demandante durante el desarrollo de la relación pues éste, no sólo se vio damnificado económicamente por la merma salarial, sino que, también, fue moralmente agredido, porque pese a que tenía asignadas funciones similares al resto de los jefes de sección, la demandada bajo la invocación –no acreditada– de que el actor tenía la decisión tomada de poner fin a la relación, lo excluyó del incremento salarial que otorgó a los empleados de igual categoría y función que el actor. Es decir, el actor debió continuar con las tareas de jefe de la sección ferretería, mas su situación salarial permaneció inmutable. Es obvio, que la referida conducta empresarial ha de haber provocado un daño moral en la persona del trabajador; y que la arbitraria discriminación salarial que se concretó durante el desarrollo de la relación constituye un ilícito extracontractual, cuyas consecuencias en la esfera moral no quedan cubiertas por el reconocimiento del derecho del actor a percibir tal incremento, que sólo representa el daño material que deriva de la discriminación”. “Entiendo que en el caso de autos, se configura un supuesto excepcional que justifica la reparación del daño moral y, desde esta perspectiva y de acuerdo con lo normado por el art. 522, Cód. Civil, corresponde confirmar lo decidido en cuanto se declaró la viabilidad del resarcimiento reclamado con fundamento en dicho daño, y condenó a la demandada al pago de una reparación extratarifaria adicional; con fundamento en el daño moral que provocó al trabajador el trato remuneratorio desigual y el consecuente desconocimiento de su jerarquía funcional”.

También hay casos en los cuales a un trabajador le corresponde estar comprendido dentro del convenio colectivo de trabajo pero fue excluido de él por el empleador para que no continuara percibiendo los aumentos

acordados en la negociación colectiva. En estos casos existe una conducta fraudulenta por parte del empleador que habilita al empleado a denunciar y reclamar que se lo encuadre en el convenio colectivo aplicable y se le abonen las diferencias salariales por adicionales y aumentos de convenio que no percibió.

III. ¿LAS NORMAS DE CONVENIO PUÉDEN SER APLICADAS A PERSONAL FUERA DE CONVENIO?

La protección normativa del trabajador debe abarcar a todos los niveles, pero ello no impide que se establezcan diversas regulaciones para los trabajadores jerarquizados. La ley 11.544, que reguló la jornada legal de trabajo, había exceptuado de las limitaciones impuestas a la jornada, entre otros supuestos, el de los empleados de dirección y vigilancia (art. 3º, inc. a) pero una reforma posterior restringió la excepción a los directores y gerentes (ley 11.544, art. 3º, inc. a, texto sustituido por el art. 1º, ley 26.597). Esta modificación incluyó al personal de dirección que no desempeñe funciones de director o gerente de la sociedad para la que presta servicios, en la limitación de la jornada dispuesta por la ley 11.544.

Los convenios colectivos de trabajo definen su ámbito de aplicación personal, y generalmente excluyen a algunas categorías de trabajadores, que vienen a quedar comprendidos en la expresión de trabajadores excluidos de convenio o no amparados por un convenio colectivo. Se debe considerar que los no amparados son aquellos trabajadores que no entran dentro del ámbito personal de aplicación del convenio pero que no están expresamente excluidos de él.

El art. 16, Ley de Contrato de Trabajo, establece que “Las convenciones colectivas de trabajo no son susceptibles de aplicación extensiva o analógica, pero podrán ser tenidas en consideración para la resolución de casos concretos, según la profesionalidad del trabajador”.

Por lo tanto, a los trabajadores excluidos de convenio no les son aplicables las normas del convenio que rige la actividad de la empresa. Su regulación normativa está dispuesta por la ley y el contrato, que viene a ser norma aplicable en tanto establezca condiciones más favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales (art. 7º, LCT) Sin embargo, es posible que a trabajadores que realicen tareas comprendidas en el convenio colectivo de trabajo pero con trabajos diferentes de la actividad del empleador puedan serle aplicables las condiciones generales del convenio pero no las escalas salariales.

IV. NO APLICACIÓN DE AUMENTOS OBTENIDOS POR EL SINDICATO. NECESIDAD DE UNA LEY. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En la mayoría de los casos, salvo que se trate de un trabajador cuya experiencia pueda ser requerida por varias empresas, el trabajador fuera de convenio no tiene fuerza para imponerse en una negociación salarial. En la mayoría de los casos las empresas le presentan cuál será su política remuneratoria casi como un contrato de adhesión. En casos de empresas con gran cantidad de personal es muy difícil que el trabajador pueda conseguir alguna ventaja adicional, pese a que existen numerosos beneficios que pueden ser negociados por el personal jerárquico fuera de convenio.

El 18/5/2012 se presentó el proyecto de ley nro. de expediente 3185-D-2012 que perdió estado parlamentario, cuyo texto dice: "Art. 1º. La remuneración mensual y habitual de los trabajadores no encuadrados en convenio colectivo de trabajo, deberá ser superior en al menos un 20% a la remuneración mensual y habitual que por todo concepto perciba el trabajador mejor remunerado encuadrado en convenio colectivo de trabajo. Art. 2º. Comuníquese al Poder Ejecutivo".

Las leyes laborales no establecen expresamente que un trabajador jerárquico fuera de convenio debe percibir el mismo porcentaje de aumentos o los mismos aumentos que los que obtuvieron los trabajadores convencionales.

Es muy posible que se presente un nuevo proyecto de ley con texto idéntico al anterior o que contenga algunas modificaciones. Este proyecto apunta a reglamentar un aspecto del principio de igual remuneración por igual tarea, tal como lo ha entendido nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes", pues a mayor responsabilidad debe corresponder necesariamente una mayor remuneración.

Considero que sería más justo y generaría menos controversias un proyecto de ley que establezca que debe aplicarse al personal fuera de convenio al menos el porcentaje de aumento obtenido por el sindicato. Para ello deberían contemplarse la totalidad de las remuneraciones percibidas por el personal fuera de convenio (bonus, parte proporcional de beneficios otorgados). Así se había dispuesto en el Convenio Colectivo de Trabajo 251/1995 (bronceos, orfebres y afines), cuyo texto dice: "La remuneración real total del personal de supervisión, cualquiera fuera su categoría, deberá ser superior en un 23% a la del obrero o empleado de las distintas categorías pertenecientes a otras

convenciones colectivas de trabajo mejor remunerado habitualmente bajo sus órdenes. Para el cómputo de la remuneración del obrero o empleado, se tendrá en cuenta la remuneración básica convencional, los aumentos voluntarios otorgados por la empresa y los premios a la producción establecidos sobre bases no mensurables".

En el caso de actividades donde no existe un convenio colectivo de trabajo se podría considerar una actualización mínima de las remuneraciones basadas en un promedio de los aumentos obtenidos en las negociaciones colectivas.

La doctrina se ha referido a estos temas: "Justo López pone como ejemplo el caso de que en circunstancias de considerable inflación a un empleado superior que no puede obtener aumentos nominales de su remuneración se lo mantiene largo tiempo sin aumentos. Eso puede equivaler a echarlo. Obtener la resolución del contrato, como lo prevé, agrega, el mismo art. 1198, Cód. Civil, no sería una solución admisible para el derecho del trabajo. Y piensa que la solución correcta sería admitir la posibilidad de que el trabajador demandara el reajuste de la remuneración ('Hacia una teoría general de las obligaciones laborales', LT XXXII, p. 683). Por mi parte en la causa 'Norese, Fernando y otro v. Siam S.A', en sentencia del 30/11/1988, en que se daba una situación similar a la que planteaba el autor antes citado, y como miembro de la sala 6ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, consideré que los trabajadores jerarquizados sin convenio debían mantener una cierta relación en materia salarial con los trabajadores de menor jerarquía comprendidos en el convenio colectivo", Fernández Madrid, "Tratado práctico de derecho del trabajo", t. II, p. 1366.

"Es la autonomía de la voluntad de las partes la que incorpora este tipo de beneficios al contrato de trabajo, ya que son escasas las previsiones legales respecto de estos complementos. Es entonces, y en virtud el principio de irrenunciabilidad del art. 12, LCT, que las partes incorporan estas cláusulas al contrato, a partir de lo cual adquieren estatus de irrenunciables, y pasan a integrar los derechos y deberes que corresponden a empleado y empleador respectivamente. Obviamente que, por haber sido otorgados sujetos a condiciones tales como el cumplimiento de ciertos y determinados objetivos o resultados, deberá el trabajador demostrar que la condición ha sido cumplida para reclamar su otorgamiento. Igualmente le corresponderá recibirlas al trabajador que no ha cumplido la condición por causas que le son imputables al empresario. Lo que se pacta, en general son sumas de dine-

ro, para personal que es escaso, aun dentro de la empresa, con lo cual a los efectos protectorios es difícil de establecer marcos de comparación. Queda claro que no se podría discriminar al personal jerárquico de alta dirección por cuestión de sexo, y, a los efectos de establecer un comparativo que permita establecer si el otorgamiento del beneficio es igual, deberá estarse a la comparación con la retribución de los anteriores y posteriores cargos. Ello en función de la dificultad para encontrar parámetros de referencia. De todas maneras, la comparación siempre es difícil pues juegan de manera fundamental las particulares condiciones que detenta ese trabajador, por lo cual el factor discrecional tiene mucho asidero en el otorgamiento de estos beneficios y el control judicial sobre los mismos no es una cosa sencilla”, Grisolia, Julio A., López, María Elena, “Retribuciones especiales para el personal de dirección”, Thompson Reuters.

También la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha referido en diversas sentencias al deber del empleador de tratar en forma justa a sus empleados en el aspecto remuneratorio. Así, con fecha 20/3/1986, en autos “Del Papa, Liliana B. v. Sur Cía. Arg. de Seguros” determinó que era arbitrario que una trabajadora con licencia por maternidad fuera excluida de aumentos periódicos otorgados por la empresa, destinados a recomponer el monto nominal.

En agosto de 1988, en autos “Fernández, Estrella v. Sanatorio Güemes”, una enfermera de terapia intensiva y unidad coronaria reclamaba diferencia de salarios porque había percibido salarios inferiores al personal a su cargo. La Corte Suprema hizo lugar al recurso de queja, ordenando se dicte una nueva sentencia, afirmando: “1) Que contra el pronunciamiento de la sala 7ª de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que, al confirmar el fallo de la instancia anterior, desestimó la pretensión de la actora tendiente a obtener la condena de su empleadora por el pago de las diferencias reclamadas en concepto de salarios e indemnización sustitutiva de preaviso devengados hasta su despido incausado, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva esta presentación directa. 2) Que de los dos fundamentos del recurso de hecho –violación de la correcta inteligencia del art. 14 bis, CN, que consagra el principio de ‘igual remuneración por igual tarea’ y ser la sentencia arbitraria– corresponde considerar en primer término este último, pues de existir arbitrariedad no habría sentencia propiamente dicha (Fallos 228: 473). 3) Que la alzada concluyó que no se habría demostrado que, en su condición de jefa de enfermería del departamento de terapia intensiva y unidad coronaria del Sanatorio Güemes

por el período reclamado, la remuneración percibida por la actora fuera torpemente injusta en función del reconocimiento al empleador de un ‘uso fluido’ de la facultad del art. 81, Ley de Contrato de Trabajo y puesto que la recurrente vestía la condición de ‘personal fuera de convenio’, no resultaba el nivel base a tomar en cuenta para efectuar la comparación de remuneración con sus pares, ni la ‘mayor eficiencia, laboriosidad, etc.’ que hubiera hecho viable la percepción de una mayor remuneración por la reclamante. 4) Que para adoptar tal conclusión la Cámara ha omitido –sin razón plausible para ello y con el solo fundamento de una afirmación dogmática como lo es la ausencia de prueba sobre el punto– que en el *sub lite* habría quedado demostrado que el área donde se desempeñó la actora era el ámbito más crítico y complejo de todo el sanatorio que la hacía merecedora de una mayor remuneración, calificación efectuada –entre otros testigos (fs. 188 Dr. Borruel médico de terapia intensiva)– por quien revistió la condición de gerente de personal y relaciones laborales en el sanatorio demandado y tuvo a su cargo la organización de la estructura salarial de todo el personal no comprendido en el convenio (fs. 164 vta./165); que la nombrada había sido objeto de una persecución exteriorizada por medio de las remuneraciones percibidas (fs. 188, fs. 189 y fs. 206/207), hecho objetivado en los datos del peritaje contable que exterioriza el desarrollo de un nivel de remuneraciones –en todos los casos– inferior al correspondiente a personal a su cargo y de inferior jerarquía de otras áreas (fs. 176 vta./178) así como que todos los testigos coincidían acerca de la eficiencia y laboriosidad de la actora en la dependencia a su cargo y su aptitud profesional. 5) Que, frente a los aspectos reseñados y emergentes de la exclusiva actividad probatoria de la actora, la afirmación de un ‘uso fluido’ de la facultad conferida al empleador por el art. 81, Ley de Contrato de Trabajo, no aparece provista de fundamento fáctico suficiente que la sustente, conclusión que no resulta desvirtuada al señalar la inexistencia de un ‘nivel base’ para efectuar la equiparación, si no sólo la norma citada no circunscribe sus alcances a los trabajadores comprendidos en una convención colectiva sino que además existía en el sanatorio una estructura salarial para el personal no comprendido en el convenio –con distintos niveles de remuneración– y la actora había sido ubicada en el nivel máximo como jefa de departamento (fs. 164 vta.). 6) Que, en las condiciones expuestas, la sentencia impugnada omite una apreciación crítica de los elementos relevantes de la litis (Fallos 303:1258; B.622.XX. ‘Banco Regional del Norte Argentino v. Banco Central de la República Argentina’ del 4/2/1988; entre otros) con

grave lesión del derecho de defensa en juicio de la impugnante, por lo que debe descalificarse su carácter de acto judicial”.

Los votos de los Dres. Petracchi y Bacqué expresaron “Que tampoco encuentra justificación el criterio de que, por ser la situación de la actora la ‘de personal fuera de convenio’, esa mera circunstancia, en principio, daría sustento al trato desigual. Ello es así, habida cuenta de que el cumplimiento de las condiciones mínimas impuestas al principal no constituye un obstáculo para que la empresa pueda estructurar una organización salarial totalizadora que las supere (doctrina de los arts. 72, 82 y concs., Ley de Contrato de Trabajo) y para que, dentro de esa estructura, deba respetar las pautas de equidad fijadas por el art. 81 del mismo cuerpo legal. Máxime, cuando mediante las declaraciones de fs. 164 se acreditó que el sanatorio demandado pidió a su gerente de personal y relaciones laborales, que proyectara ‘una organización empresarial con una organización de personal fuera de convenio, donde existió una administración de salarios, que arranca desde empleado (...) seguía con encargados, jefes de secciones y de departamentos, todas esas escalas salariales tenían un mínimo, un medio y un máximo, estando la actora ubicada en el máximo de la categoría de jefe del departamento’. En relación al punto, cabe destacar que por la forma de celebración de las convenciones colectivas de trabajo, en razón de la actividad o de la profesión, y habida cuenta de la uniformidad que supone su aplicación obligatoria, la comparación de baremos es fundamental a los fines –entre otros– de la determinación de la equidad externa del aspecto salarial, pero, en cambio, el mandato legal de equidad que surge de las pautas del mentado art. 81, está dirigido al ámbito interno de la empresa. Asimismo, no debe dejar de señalarse que el empleador está facultado para fijar sus propias estructuras salariales, cuando mejoran las de las convenciones colectivas, las que cabe inferir que en el caso, se establecieron sobre bases de análisis de puestos y del desempeño de sus dependientes, en condiciones de rentabilidad ya que ello responde a una razonable organización empresarial. Que tampoco se ajusta a una interpretación razonable de la norma reglamentaria ni a los hechos alegados en la causa, la conclusión de que la desigualdad salarial, para considerarse ‘arbitraria’ (art. 81 cit.) debe ser ‘torpemente injusta’ o que las distinciones deban ser ‘inicias’ u ‘hostiles’, puesto que la torpeza y el ánimo persecutorio o agresivo no son requeridos por la ley, sobre todo tratándose de cuestiones vinculadas a la contraprestación debida por los servicios y no a problemas disciplinarios,

o de suspensiones o despidos. Al respecto, tampoco fue considerado por el *a quo* que mediante la prueba pericial contable se ha acreditado que aun comparados con los ingresos de sus subordinados Rosello, Moya y Rabello, las diferencias salariales, aunque fluctuantes, fueron significativas, y que fueron dos de ellos los que pasaron a desempeñar el puesto de la actora con posterioridad a su despido (constancias de fs. 176 vta./177 y fs. 89, y manifestación de fs. 2 reconocida expresamente en el responde de fs. 26)”.

También la jurisprudencia ha establecido que el principio del salario justo y equitativo debe ser interpretado como establecido para los trabajadores sin convenio y por encima de las escalas de convenio, como un derecho a percibir incrementos similares a los que se les reconoció a las categorías “convencionadas” bajo su mando (C. Nac. Trab., sala 4ª, “Norese, Fernando y otro v. Siam S.A”, 20/11/1988). También señaló que “parece inequitativo y contrario al salario justo, reconocer aumentos derivados de la ley o del convenio colectivo a personal de categorías inferiores y negarlos en proporción análoga a quienes, por su condición jerárquica, se hallan fuera del ámbito de las normas legales o convencionales” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala 4ª, “Cainzoz, Jorge v. Banco Coop. Ltda.”, 12/12/1995). “Parece inequitativo y contrario al salario justo reconocer aumentos derivados de la ley o de convenio colectivo a personal de categorías inferiores y negarlos en proporción análoga a quienes, por su condición jerárquica, se hallan fuera del ámbito de las normas legales o convencionales”. “Dentro del contexto de autos, luce razonable otorgar al personal fuera de convenio, como la actora, al menos similares aumentos salariales que los dispensados a los trabajadores bajo tutela convencional. Lo contrario implicaría que la exclusión del convenio colectivo, por asignación de un cargo fuera del mismo, supondría no una mejora de la escala salarial sino un mecanismo para eludir disposiciones legales. Los trabajadores jerarquizados sin convenio deben mantener una cierta relación en materia salarial con los trabajadores de menor jerarquía comprendidos en el convenio colectivo porque la retribución justa de que habla el art. 14 bis, CN, no permite (que) se congele el salario de los trabajadores sin convenio, pues la relación con este principio y el reconocimiento de condiciones dignas y equitativas de labor, vincula a las normas constitucionales con el art. 114, LCT y permite determinar el monto justo de la remuneración en aquellos supuestos de salario inequitativo” (C. Nac. Trab., sala 8ª, 24/8/2012, “Pietsch, Graciela v. Wal-Mart Argentina S.R.L s/despido”, voto del Dr. Catardo, al que adhirió el Dr. Pesino).

En el fallo precedentemente mencionado, que lleva las firmas de los jueces Luis Catardo y Víctor Pesino, se alude a la existencia de una “diferencia mínima” de ingresos entre la demandante –que tenía cargo de supervisora– y otros empleados. Según los magistrados, resulta “contrario a todo principio de racionalidad” que alguien con cargo y una antigüedad de 8 años perciba remuneraciones “levemente superiores” a las de un empleado no jerarquizado “de la primera categoría del convenio aplicable y con pocos meses de antigüedad”.

V. CONCLUSIÓN

El art. 114, Ley de Contrato de Trabajo, posibilita a los jueces establecer la remuneración correspondiente al trabajador. Pero consideramos que es necesaria una ley que regule la aplicación de aumentos para el personal fuera de convenio, tanto en su actualización como en su relación con el resto del personal comprendido en convenio colectivo de trabajo para lograr así una adecuada estructura remuneratoria en la empresa que establezca reglas claras y condiciones justas de remuneración para los trabajadores de diversas jerarquías.

El uso desviado de las cooperativas de trabajo

Por Clara Elebi

SUMARIO: I. Introducción.– II. La genuina cooperativa conforme a la ley 20.337.– III. La máscara que encubre el fraude del trabajador dependiente como “socio cooperativista”.– IV. El principio de primacía de la realidad como herramienta antifraude.– V. Imputación de responsabilidad personal a los directivos de las cooperativas y de las empresas usuarias por abuso de la personalidad jurídica

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se efectúa en base a un caso real donde tomé contacto con la envergadura de la defraudación cometida por una “cooperativa de trabajo”, que no es otra cosa más que una agencia de seguridad que intermedia su personal en fragante fraude a la ley laboral.

La trabajadora fue contratada por una cooperativa de trabajo para prestar servicios como agente de seguridad en uno de los hipermercados más importantes del país; ella desconocía por completo cómo funcionaba una cooperativa, sin embargo sin saberlo era socia cooperativista. Hasta que un día, sin causa alguna, le dijeron que no concurriera más.

El objetivo de quien escribe es desenmascarar el fraude cometido a la luz del principio de primacía de la realidad, las normas aplicables y la jurisprudencia dictada.

II. LA GENUINA COOPERATIVA CONFORME A LA LEY 20.337

La ley 20.337/1973 es la que regula a las cooperativas; en su art. 2° establece cuáles son los caracteres de éstas. A continuación cito las partes que considero relevantes: “Las cooperativas son entidades *fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua* para organizar y prestar servicios, que reúnen los siguientes caracte-

res: 1. tienen capital variable y duración ilimitada; (...) 3. conceden un solo voto a cada asociado; (...) 6. distribuyen *los excedentes* en proporción al uso de los servicios sociales, de conformidad con las disposiciones de esta ley; (...) 8. *fomentan la educación cooperativa*; (...) 9. *prevén la integración cooperativa*”.

Los aspectos más importantes como rasgos característicos conforme la ley son:

a) Libre acceso y adhesión voluntaria de los socios: tanto el ingreso, con vocación de servicio y permanencia, cuanto la salida de una cooperativa deben ser voluntarios y abiertos.

b) Gobierno democrático: en las cooperativas todos los asociados tienen voto y participan de las decisiones que afectan su funcionamiento. Son organizaciones “democráticas”.

c) Interés limitado al capital: el interés debe estar limitado a las cuotas sociales.

d) Devolución de los excedentes: los excedentes deben ser devueltos a los asociados pues ellos han contribuido a formarlos. Ningún asociado puede obtener ganancias a expensas de otros. Éste es el llamado principio del “retorno”.

e) Educación cooperativa: las cooperativas tienen la obligación de formar a los socios en los principios del

cooperativismo, organizando cursos, conferencias, publicaciones y realizando estudios e investigaciones de contenido jurídico, económico, social, organizativo, etc.

f) Integración cooperativa: las cooperativas deben colaborar entre sí, no sólo en el plano nacional, también en el internacional, para servir mejor a sus intereses. Ello se logra a través de la constitución de entidades de grado superior.

La ley describe los caracteres y requisitos que debe cumplir una cooperativa pero no da una definición de ella.

La Alianza Cooperativa Internacional, en su Declaración sobre Identidad y Principios Cooperativos, adoptados en Manchester en 1995, define: “Una cooperativa es una asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta y democráticamente controladas”.

Es decir, la cooperativa “es una *empresa que se posee en conjunto y se controla democráticamente*”.

Estas dos características de propiedad y control democrático son las que las diferencian de otros tipos de organizaciones, como las empresas controladas por el capital o por el gobierno. Cada cooperativa es una empresa, en el sentido de que es una entidad organizada que funciona en el mercado, por lo tanto debe esforzarse para servir a sus miembros eficiente y eficazmente (1).

En la res. 784/1992 de la ANSeS, se dispuso que los asociados a las cooperativas de trabajo no revisten la calidad de dependientes de ella, debiéndose considerarlos como trabajadores autónomos (art. 1º), con la aclaración, del mismo dispositivo, de que tal afirmación no obstaba a la apreciación particular de los casos que ofrecieren una razonable duda, sobre la existencia de una relación de trabajo (art. 2º).

También por decreto del Poder Ejecutivo nacional 2015/1994 (BO del 16/11/1994), se dispuso que el Instituto Nacional de Acción Cooperativa no autorizaría “a partir de la publicación del presente decreto, el funcionamiento de cooperativas de trabajo que, para el cumplimiento de su objeto social, prevean la contratación de los servicios cooperativos por terceras personas utilizando la fuerza de trabajo de sus asociados”.

En sus considerandos se lee: “En los últimos años han proliferado cooperativas de trabajo que, en viola-

ción del fin de ayuda mutua y esfuerzo propio, principios rectores de su naturaleza, actúan en la práctica como agencias de colocaciones, limpieza, seguridad, distribución de correspondencia o empresa de servicios eventuales (...) Que por lo tanto, un tipo asociativo basado en valores trascendentes de solidaridad, es así desvirtuado para aprovechar su estructura formal. Situación ésta que permite obtener ventajas impositivas, eludiendo además las obligaciones para con la Seguridad Social generándose una evidente competencia desleal respecto de las empresas comerciales que brindan servicios similares”.

Por su parte la ley de Ordenamiento Laboral 25.877 de 2004, en su art. 40, establece: “Los servicios de inspección del trabajo están habilitados para ejercer el contralor de las cooperativas de trabajo a los efectos de verificar el cumplimiento de las normas laborales y de la Seguridad Social en relación con los trabajadores dependientes a su servicio así como a los socios de ella que se desempeñaren en fraude a la ley laboral. Si durante esas inspecciones se comprobare que se ha incurrido en una desnaturalización de la figura cooperativa con el propósito de sustraerse, total o parcialmente, a la aplicación de la legislación del trabajo denunciarán, sin perjuicio del ejercicio de su facultad de constatar las infracciones a las normas laborales y proceder a su juzgamiento y sanción, esa circunstancia a la autoridad específica de fiscalización pública a los efectos del art. 101 y concs., ley 20.337”.

Ahora bien, ¿cuáles son los requisitos que debería cumplir una genuina cooperativa de trabajo?:

- Debe encontrarse habilitada e inscripta ante el INAES (Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social) y ante los distintos organismos de recaudación.
- No se debe haber constituido con el *objetivo* único de prestar servicios a la empresa que la contrata.
- Debe confeccionar los registros contables adecuados.
- Debe celebrar regularmente asambleas societarias, notificando a sus socios de ellas.
- Debe renovar periódicamente autoridades.
- El socio debe cumplir con las formalidades necesarias para asociarse a la cooperativa, esto es: presentación de solicitud, suscribir e integrar la cuota social, ser aceptado y que la aceptación conste en el acta del Consejo de Administración y la incorporación en el Libro de Asociados.

(1) www.inaes.gob.ar/es/articulo.asp?id=39 (última consulta 3/9/2014).

– Los materiales, herramientas, elementos y ropa de trabajo, elementos de seguridad y equipamiento, etc., deben ser provistos al asociado por la cooperativa en los casos de prestación de servicios a otras empresas.

– Las órdenes y los regímenes disciplinarios cumplidos por los asociados deben ser impartidos por la cooperativa, y no por los responsables de la firma o empresa contratante.

– Los asociados deben participar en las asambleas ordinarias como extraordinarias.

– Los asociados tienen la facultad de postularse para ocupar cargos electivos tanto del órgano de administración como de fiscalización.

– Los socios percibirán anticipos de retorno cuyo saldo es cancelado al finalizar el ejercicio, luego de aprobado el balance respectivo.

– El asociado de una cooperativa de trabajo puede ser sancionado y expulsado, previa realización de un sumario, asistiéndole el derecho de apelar la medida ante la asamblea de asociados e inclusive recurrir a la justicia.

– Al momento de producirse el retiro el asociado se verá beneficiado con el reintegro del capital que le corresponde en virtud de haber contribuido a formarlo durante el tiempo que desarrolló tareas en la entidad.

Así contamos con una legislación que tiene como objetivo permitir y promover la actuación de las cooperativas de trabajo pero erradicar el fraude que se intenta cometer a través de ellas.

Entonces nos encontramos con cooperativas fraudulentas que nos intentan “enseñar en qué consiste el cooperativismo”; en sus contestaciones de demanda generalmente consignan que “Las cooperativas de trabajo son constituidas con la finalidad de proporcionar trabajo a sus asociados. Un grupo de personas que no poseen trabajo se nuclean bajo esta forma, con el objeto de realizar una actividad entregando a la cooperativa su capacidad laboral. Sus asociados están obligados a prestar su trabajo personal, ellos mismos se fijan a través de la asamblea sus deberes y atribuciones. Eligen, por el sistema de ‘un hombre, un voto’, a los consocios que tendrán la responsabilidad de conducir y fiscalizar el trabajo efectivamente realizado por cada uno y participan en común de las pérdidas que pudieran afrontar”.

En este orden, afirman que son sociedades legalmente constituidas e inscriptas en el INAES, y que la relación con sus asociados es lícita, ya que la transforma-

ción en cooperario surge del marco legal trazado por el estatuto aprobado conforme las leyes vigentes.

En este sentido los actos cooperativos cumplidos por el asociado son bilaterales y recíprocos, siendo jurígenos porque generan para el cooperario el derecho a percibir íntegramente el producido neto de su trabajo personal sin forma alguna de alienación económica (II Congreso Continental de Derecho Cooperativo San José de Puerto Rico).

Siguiendo este orden, afirman que al asociado no se le imponen lugares, horarios y días de trabajo, sino que se trata de distribuir y ordenar la tarea que se lleva a cabo en la cooperativa, a efectos de poder cumplir con los objetivos de los contratos habidos con terceros.

La autoridad de fiscalización y control de las cooperativas es el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (el INAES, sucesor del INAC).

Ante la posibilidad de que se planteen conflictos de competencia, el art. 4º de la derogada ley 25.250 y el actual art. 40, ley 25.877, han tratado de establecer las fronteras entre las facultades de los servicios de inspección del trabajo y las del organismo de aplicación de la ley 20.337.

En aquellos lugares en los cuales la autoridad laboral local se muestre ineficaz o impotente para combatir el flagelo del fraude laboral, es posible recurrir al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS). El art. 29, inc. d, ley 25.877, lo faculta para realizar “acciones de inspección complementarias, en aquellas jurisdicciones donde se registre un elevado índice de incumplimiento a la normativa laboral y de la Seguridad Social, informando y notificando previamente al servicio local”.

III. LA MÁSCARA QUE ENCUBRE EL FRAUDE DEL TRABAJADOR DEPENDIENTE COMO “SOCIO COOPERATIVISTA”

He aquí el fino maquillaje utilizado para ocultar el fraude. La máscara con la que se encubre la relación de dependencia entre el trabajador y la empresa usuaria es perfecta.

En el caso que se encuentra en juicio, la trabajadora se presentó en la cooperativa porque un amigo le dijo que necesitaban personas. Le hicieron firmar papeles, obviamente sin que pueda leer nada.

Luego le dieron una autorización para portar armas, y le dijeron dónde debía presentarse para prestar tareas de vigilador. Incluso le proporcionaron una credencial

del hipermercado donde debía prestar servicios, obviamente sin inscripción alguna. Y lo más gráfico de la relación de dependencia con la empresa usuaria resulta el hecho de que le dieran órdenes, y le impusieran el horario de trabajo.

La jurisprudencia, al rechazar las demandas que interponen los trabajadores afirma, que "...la demanda no sólo acreditó con la pericia contable, la prueba informativa (...) que la actividad desarrollada por el actor estaba encuadrada en el objeto de la sociedad, sino también que efectuaban asambleas sociales en las que participaban los asociados, no surgiendo de autos algún tipo de desigualdad de los asociados" (C. Nac. Trab., sala 1ª, 12/8/2005, "Villagra v. Cooperativa de Trabajo Cazadores Ltda.").

"A mayor abundamiento, cobra importancia el informe pericial en el cual el experto da cuenta de pagos realizados al actor en concepto de 'anticipos de retorno', corroborando lo aportado por aquellos que fueran adjuntados a la causa, cuya naturaleza jurídica no es una remuneración, ajustándose así al sistema cooperativo" (C. Nac. Trab., sala 8ª, sentencia 33367, 5/7/2006).

Y así en varios fallos que he llegado a leer. Y por qué ocurre tal cosa si el *fraude* es manifiesto. Pues claro, es el *maquillaje* que se utiliza para ocultarlo.

En efecto, la empresa usuaria –en mi caso un hipermercado– factura \$ 500.000 mensuales a la cooperativa por sus servicios de vigilancia prestados, el "socio cooperativista" cobra "por anticipo de retorno" \$ 2000 mensuales. No cuenta con obra social, ni ART, y a la postre le retienen un importe de dinero mensual para pagar el impuesto de autónomo ante la AFIP, que luego no ingresan.

De este modo, cumplen –en apariencia– con la mayoría de las formalidades exigidas por la ley.

Al ingreso el trabajador firma papeles que desconoce, en donde se incluye solicitud de asociación, y "cursillo" –así lo llaman– sobre cooperativismo. Les hacen un examen psicofísico para ingresar y les entregan la autorización para portar armas, en el caso en el cual participo como letrada.

Luego aducen que se trata la solicitud por el Consejo de Administración, y es aprobada, integrando cuotas suscritas.

El trabajador *desconoce* por completo todo el manejo interno.

Posteriormente afirman que todos los socios participan en las asambleas, lo cual es falso, llegando a falsificar firmas para demostrar tal extremo.

Por otro lado, les entregan constancias de anticipo de retorno, siendo que el supuesto "socio cooperativista", desconoce por completo los ingresos y egresos de la cooperativa por cuanto jamás participa de las asambleas.

En la práctica nada de las apariencias ocurre, y es aquí en donde los jueces y la autoridad de contralor *deben* y tienen la *obligación* de desenmascarar el fraude oculto, que tiene como rehenes a miles de trabajadores que nada saben de cooperativismo.

IV. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD COMO HERRAMIENTA ANTIFRAUDE

Por el principio de la primacía de la realidad, cuyo fin primordial es evitar que el empleador utilice figuras no laborales para abstraerse de la aplicación del derecho del trabajo, el contrato de trabajo es un "contrato-realidad", que prescinde de las formas y hace prevalecer lo que efectivamente acontece, y en caso de discordancia entre lo que ocurra en la práctica y lo que surja de los documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellas, se debe dar preferencia a los hechos por sobre la apariencia, la forma o denominación que asignaron éstas al contrato.

Es en esta instancia en donde resulta sustancial tener presente el principio de primacía de la realidad, por cuanto tanto la empresa usuaria como la cooperativa encubren con fraude manifiesto la relación laboral habida.

El contrato de trabajo es un contrato afirmado más en la realidad de las prestaciones cumplidas, que en la formulación escrita de las manifestaciones de la voluntad de las partes. Se sostiene que el contrato de trabajo es un contrato realidad y se afirma la existencia de este principio general. Es un contrato en el cual los hechos propios de sus prestaciones, deben ser observados tal como son y pese a los velos con que se los suele cubrir.

Así, entonces, cuando las conductas prestacionales indican algo distinto a lo que las partes exteriorizaron instrumentalmente como manifestación de voluntad, debe primar la realidad, desactivando las pruebas preconstituidas.

Ningún otro principio del derecho del trabajo tiene en la función cumplida, una relación tan directa y manifiesta con la lucha contra el fraude. Una simulación muy usada en la actualidad, como la que utilizaron los demandados, se da con la adopción de formas a los que se trata de amenizar del orden público acor-

de, procurando el reemplazo del contrato de trabajo. Se usa de este modo a la cooperativa de trabajo para desconocer los contratos de trabajo. Con la intermediación abusiva, se simulan relaciones laborales directas entre un principal que impone intermediarios en su relación con sus dependientes.

En estos casos, el principio de primacía de la realidad tiene un rol preponderante, desactivador de los ardis y corruptelas.

Sirve para resaltar la esencia misma del tráfico apropiativo del trabajo. Revelar quiénes son sus auténticos protagonistas. Destacar y hacer responsable al apropiador del trabajo ajeno de sus obligaciones.

En estos casos las cooperativas no son cooperativas de trabajo tal las prescripciones de la ley 20.337, sino que son intermediarias proveedoras de personal de vigilancia-limpieza, etc., que intermedian con grandes empresas actuando con malicia manifiesta en fraude a la ley.

Ésta es la realidad pese a las formas y apariencias que intentan darle las partes.

Tal como lo mencionara precedentemente, existen ciertos principios que caracterizan a las genuinas entidades cooperativas, tales como la libertad de adhesión y la participación en el gobierno de la sociedad por parte de los socios. Son entidades fundadas por el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios.

Pero en el caso de las cooperativas fraudulentas, los trabajadores sólo saben que ponen su fuerza de trabajo a las órdenes de la usuaria, prestando servicios en sus instalaciones y arriesgando su vida en aras de proteger tanto a los clientes de la empresa como a su mercadería, en el caso de agentes de vigilancia. Y a cambio de ello le abonan una remuneración, un salario, que es la contraprestación por su trabajo.

Numerosos fallos dan cuenta del ilegítimo accionar de este tipo de cooperativas, tal lo expuso con claridad meridiana el Dr. Scotti, en autos "Torrez, Carlos D. v. Cazadores Cooperativa de Trabajo Ltda. y otro" (C. Nac. Trab., sala 10ª, 25/3/2004):

"Ello así, porque en mi opinión el objeto social de Cazadores Cooperativa de Trabajo Ltda. que se desprende de fs. 24 VIII (asumir por su propia cuenta, valiéndose del trabajo personal de sus asociados, las actividades inherentes a custodia y vigilancia de personas, instituciones, dependencias estatales y privadas, custodia y vigilancia de valores, de mercaderías en tránsito, de pagadores, custodia y vigilancia en reu-

niones, fiestas, seguimientos, etc.) impide considerar legítima la pretensión de encuadrar al actor de esta litis como un mero socio de la cooperativa de trabajo instrumentada para llevar adelante ese objeto societario, por cuanto del mismo se extrae que *era una mera intermediaria, proveedora de personal a terceros, por lo que cabe encuadrarla dentro del art. 29, LCT*. En efecto, respecto del tema de las cooperativas de trabajo y provisión de personal a terceros por las mismas esta sala ha dicho, siguiendo a Vázquez Vialard ('Tratado de derecho del trabajo', t. 2, p. 346 y ss.), que es el caso más común de fraude que se puede enmascarar bajo la forma de 'cooperativas de trabajo'. Cuando, como en el caso de autos, la única finalidad de la cooperativa consiste en proveer servicios a terceros. Los interesados recurren a la misma (una suerte de agencia) a fin de obtener empleo, deben hacerse socios de ella, y ésta, en tal carácter, los envía a terceros (clientes) que les asignan trabajo efectivo.

"En estos supuestos, la organización que medió en la relación no puede pretextar (pese a su estructura jurídica) que no existe relación laboral con su supuesto socio, ya que el aporte de éste no lo fue en una tarea propia de la cooperativa –que no recibió la labor del trabajador– sino que fue en otra distinta y en favor de un tercero que contrató con ella. En tal situación, sólo podría considerarse integrante de la cooperativa al personal de la planta central que actúa como proveedora de trabajadores para terceros (objetivo de la cooperativa de trabajo) cumpliendo, en definitiva, funciones como agencia de colocaciones o empresa de servicios.

"En cambio, las personas enviadas por la cooperativa a prestar servicios para terceros se encuentran ligadas a estos por una relación de tipo laboral (art. 27, LCT) y no pueden ser consideradas simples socias de aquélla, pues se trataría de una formalidad sin contenido real. Es que a su respecto no realizan aporte alguno de trabajo, porque el que realizan lo hacen para otra persona física o jurídica y como contraprestación reciben un pago de carácter salarial (más allá del nombre que se le asigne), ya que éste responde a la efectiva prestación de tareas por parte del trabajador y no a su condición de socio (esta sala 10ª *in re* 'Alegre, Marcelino v. Comar Cooperativa de Trabajo Ltda. s/despido', SD 2153 del 29/8/1997, y SD 5327 del 30/11/1998, *in re* 'Colque, Santos v. Tab Transportadora de Caudales S.A y otro s/despido', entre muchas otras).

"En casos como el presente encontramos una compleja red de negocios ilícitos desde el punto de vista laboral. Entre la sociedad cooperativa y el supuesto socio

se configura un negocio jurídico por el que aquélla pretende incluir como socio al trabajador con la finalidad de disimular el que a la postre será un verdadero contrato de trabajo, con forma de aporte de trabajo pero para un tercero. A diferencia de lo que acontece en el derecho civil (en que no hay acción entre los copartícipes de la simulación ilícita, art. 959, Cód. Civil), en este caso, sometidas las normas de derecho común a un examen de compatibilidad con los principios especiales de derecho de trabajo, tendremos que en virtud del principio protectorio se impone que se considere irrelevante jurídicamente la voluntad del trabajador dirigida a la evasión de las normas de derecho laboral, de modo que siempre tendrá acción para poner en claro la simulación ilícita y beneficiarse con la aplicación de dichas normas.

“El negocio fraudulento se configurará por la interposición de personas. La receptora de trabajo del actor interpondrá entre ella y el trabajador a la sociedad cooperativa, que, estando o no autorizada para proveer personal (Vázquez Vialard, ‘Tratado de derecho del trabajo’, cit., ps. 346/7), como el desempeño no constituye un acto cooperativo (aporte de trabajo del socio cooperativo), no puede negar la relación laboral con su supuesto socio (que trabaja para un tercero). La beneficiaria persigue un interés ilícito interponiendo a la cooperativa entre ella y los trabajadores subordinados que le sirven para cumplir su actividad empresaria, todo para no cumplir ninguna de las normas del derecho laboral coactivo.

“En tal contexto, la relación del trabajador con la empresa que recibió su prestación personal tiene carácter laboral y es directa, por haber obtenido la mano de obra de una mera intermediaria. Ni siquiera puede entrar a considerarse aquella alegada existencia de ‘necesidad estacional, extraordinaria y transitoria de servicios’.

“Como dice Justo López, el fraude es una posición negocial a primera vista lícita, en el sentido impropio y restringido, que no aparece expresamente prohibida por la ley económica y socialmente determinada por una causa ilícita (la evasión de normas imperativas). En nuestro caso la constitución de la sociedad cooperativa para proveer trabajo a terceros (es decir, sin fines cooperativos, ya que el aporte del trabajo no será para la cooperativa sino para terceros) pretende soslayar la solidaridad que prevé la ley (art. 29, LCT). La obtención de personal por dicha vía resulta a todas luces más ‘económica’ que la contratación de trabajadores respecto de los cuales haya que computar todas las cargas sociales”.

Así también lo decidió la sala 8ª en autos “Maza, Sergio R. v. Cazadores Cooperativa de Trabajo Limitada s/Despido”, 12/8/2009: “En suma y a mi modo de ver existen suficientes elementos de juicio indicativos de que hubo simulación absoluta e ilícita; que fue encubierta una relación laboral bajo la apariencia de una relación asociativa, con el fin de sustraerse a las leyes laborales. Pienso que la demandada funciona como una mera intermediaria proveedora de personal de vigilancia a terceros (...) En consecuencia, y por todo lo antes dicho, considero que no hubo acto cooperativo sino prestación de servicios dependientes que debieron conducirse con ajuste a la legislación laboral y como la demandada negó la existencia del vínculo, la denuncia formulada por el trabajador fue ajustada a derecho.

“Cuando la única finalidad de la cooperativa consiste en proveer servicios a terceros, los interesados que recurren a la misma a fin de obtener empleo, deber hacerse socios de ella, y ésta, en tal carácter los envía a terceros que les asignan trabajo efectivo. La organización que medió en la relación no puede pretextar que no existe relación laboral con su supuesto socio ya que el aporte de éste no lo fue en una tarea propia de la cooperativa, sino que fue en otra distinta y a favor de un tercero que contrató con ella. Las personas enviadas por la cooperativa a prestar servicios para terceros se encuentran ligadas a ésta por una relación de tipo laboral, y no pueden ser considerados simples socios de aquélla, pues se trataría de una formalidad sin contenido real” (C. Nac. Trab., sala 10ª, 29/8/1997, “Alegre, Marcelino, v. Comar Coop. de Trabajo Ltda.”; 26/11/97, “Adrián Raúl E. v. TAB Transportadora de Caudales S.A”).

Es realmente asombroso que pese a haber numerosos fallos que condenan el obrar fraudulento de ciertas cooperativas de trabajo, no exista por parte de la autoridad de control y fiscalización (INAES) una resolución firme que impida este tipo de maniobras que sólo perjudican a los trabajadores, quienes son los rehenes de esta “red de negocios ilícitos”. Máxime teniendo presente la recomendación de la OIT 193, “Recomendación sobre la promoción de las cooperativas, 2002”, la cual prevé que “8. 1) Las políticas nacionales deberían, especialmente: (...) b) velar porque no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las pseudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando porque la legislación del trabajo se aplique en todas las empresas”.

V. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PERSONAL A LOS DIRECTIVOS DE LAS COOPERATIVAS Y DE LAS EMPRESAS USUARIAS POR ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Como se expusiera precedentemente, las cooperativas de trabajo que actúan en fraude a la ley no son genuinas tal las prescripciones de la ley 20.337, sino que son intermediarias proveedoras de personal, que intermedian con grandes empresas actuando con malicia manifiesta, lo que constituye un claro objetivo de sustraerse a las obligaciones emergentes de la LCT, por lo es dable la imputación de responsabilidad personal a sus directivos, en virtud de la responsabilidad que les cabe, emergente de los arts. 14, LCT, 1109, 1074, 1081, 1720, 1071, 961 y 972, Cód. Civil, arts. 19 y 75 inc. 22, CN y por analogía los arts 54, 59, 274, ley de Sociedades 19.550.

Habiéndose establecido la clandestinización de la relación habida con el trabajador y habiéndose cometido un ilícito, no cabe duda acerca de que los directivos de ambas empresas –usuaría y cooperativa– deben responder solidariamente con ellas, aplicando las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad de los socios por los actos de la sociedad. En este sentido, el art. 1720 considera aplicables en el caso de daños causados por los administradores las disposiciones del título de las personas jurídicas. Además, los acreedores de la sociedad, en el caso el trabajador, son acreedores al mismo tiempo de los socios –art. 1713, Cód. Civil–.

Debe admitirse como principio general en materia de responsabilidad que al haber existido un fraude a la ley y la comisión de un ilícito a través de la sociedad el directivo de ésta no puede excluir su responsabilidad pues, en estos casos, es posible prescindir de la forma adoptada por la asociación/sociedad para responsabilizar también a la persona de su representante legal, que tiene autoría en los hechos dolosos.

Es dable entender que las normas generales sobre responsabilidad nacida de los hechos ilícitos que no son delitos también podrían ser aplicables en este caso, porque lo fundamental es que el autor o el partícipe necesario no puede excluir la responsabilidad del acto propio, invocando la personalidad jurídica de aquella asociación que administraba o dirigía.

Al respecto es importante mencionar lo señalado por Miguel Á. Pirolo (ver su tratado “Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria”, en Revista de Derecho Laboral, t. 2001-1, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.

408: “...la directiva del art. 274, LS, referida a los directores de una SA también puede operativizar la responsabilidad personal de los gerentes de una SRL o la de un administrador de una sociedad en comandita por acciones –por vía de lo establecido en el art. 157, párr. 3 y del art. 316, LS–; e incluso aplicando en forma analógica la solución que deriva de la norma, la del administrador de cualquier otro tipo societario comercial o del director de asociaciones civiles (...) *La imputabilidad a los directores, gerentes o administradores no parece discutible pues ellos son quienes orientaron la actividad societaria hacia la realización de actos destinados a defraudar, dañar o perjudicar a terceros*”.

Así también ha sido decidido en autos “Valdez, Fátima I. v. Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español y otro s/despido”, SD 36934 del 27/8/2003; ver además Karpiuk, Héctor H., “Responsabilidad de los directores de distintas asociaciones civiles por las deudas salariales de las personas que presiden”, comentario al mismo fallo, publicado en Revista de Doctrina Laboral, t. XVII, nro. 220 –Errepar–, diciembre 2003, p. 1190).

Destaco que el armónico juego de los arts. 59 y 274, LS, es muy claro en cuanto contempla la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de los administradores, representantes y directores que, a través de sus conductas u omisiones, al margen de su comportamiento en relación a la normativa interna del ente societario, violen la legislación vigente.

La forma societaria es una suerte de cobertura otorgada como técnica jurídica a la empresa y que torna a esta última en sujeto de derechos condicionado al cumplimiento de sus fines y respeto de su objetivo social.

En los últimos tiempos se ha podido observar un alto índice de incumplimientos y, en algunos casos, se puede advertir claramente el uso de las sociedades, no orientadas a la realización de su objeto sino como medio de incumplimiento de obligaciones laborales derivadas de leyes imperativas, con un cierto desdén por el orden público, tal es el caso de la intermediación de personal por parte de las cooperativas de trabajo.

a) *La administración de las sociedades*

La administración, como actividad endereza a dirigir, ordenar o disponer de la hacienda o bienes de la sociedad –en los límites del objeto social– es responsabilidad propia de los directivos de ésta.

La actividad que es indicada como específica de este órgano de dirección tiene como meta y límite el de-

sarrollo del objeto social para alcanzar la finalidad perseguida por los socios, que son los extremos que, juntamente con el interés social, deben guiar prioritariamente la conducta de los integrantes de ese cuerpo colegiado.

Las obligaciones naturales de los directivos son las de acatar todas las disposiciones legales que tengan carácter de orden público o bien con fuerza imperativa, sin perjuicio de las decisiones asamblearias adoptadas con arreglo a aquella normativa.

b) La personalidad jurídica

La personalidad jurídica consiste en la aptitud legal que posee una persona de existencia ideal para ser considerada un sujeto de derecho distinto a las individualidades de sus integrantes, con la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Ergo, la personalidad jurídica de las sociedades configura un recurso técnico instrumental para que todo grupo de personas pueda actuar como unidad en el mundo jurídico y realizar el fin lícito que se propone, el cual ha sido y es el motivo de la mancomunidad de voluntades.

c) El abuso de la personalidad

Vista la importancia de la personalidad jurídica como recurso técnico, si este medio técnico es utilizado para fines ilícitos o de dudosa licitud, o para finalidades distintas de las que justificaron el beneficio de la personalidad jurídica, se está abusando de él.

Entonces hay que descorder el velo de la personalidad y penetrar en su realidad, desenmascarando a los sujetos que la sustentan y que son los verdaderos responsables y neutralizar la concesión otorgada a la par de impedir el uso inapropiado del ente creado.

Este proceso de indagación acerca de lo que está verdaderamente atrás de la sociedad formalmente constituida, se denomina como la “teoría de la penetración” o del “abuso de la personalidad”.

Y puesto que la personería jurídica se reconoce para facilitar el cumplimiento de ciertos fines prácticos es lógico que cuando su utilización se desvía de esos fines, cuando en otras palabras, se abusa de la personería para fines no queridos al otorgarla, sea lícito atravesar o levantar el velo para llegar a la esencia de la institución, es decir a aprender la realidad que se oculta tras ella.

Se tiene dicho que existe abuso cuando se ha utilizado a la persona jurídica para: a) burlar la ley, b) que-

brantar las obligaciones contractuales, c) perjudicar fraudulentamente a terceros, como es el caso de las cooperativas de trabajo y las usuarias que obran en fraude manifiesto a la ley laboral.

La teoría del abuso de la personalidad ha sido suficientemente receptada por la doctrina y la jurisprudencia.

“No puede sostenerse que el tercer párrafo del art. 54, LSC, sólo resulta aplicable cuando la persona jurídica ha sido creada con la única finalidad de violar la ley y frustrar derechos de terceros, pues la sociedad formada con esa única finalidad es la que tiene objeto ilícito, que merece una regulación propia en la citada ley de sociedades (arts. 18 y 19, LSC). El Legislador, mediante la reforma de la ley 22.903 dispuso que dichos actos se imputen en forma directa a los socios o a los controlantes que los hicieron posibles y esta responsabilidad, solidaria e ilimitada, debe extenderse al presidente del directorio (art. 274, ley 19.550). Más allá de lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en ‘Palomeque’, corresponde determinar en el caso, de acuerdo a la interpretación de las normas que rigen la materia y la valoración de los elementos de hecho con sujeción a las pruebas aportadas, si se configura un supuesto que justifique extender la condena en forma solidaria” (C. Nac. Trab., sala 3ª, in re ‘Romero, Susana v. Automotores D’Amato S.A y otro s/despido’, SD 13356/02, del 10/11/2003)”.

“Aún con prescindencia de aplicar la normativa prevista en la ley de sociedades, es justo que la condena se haga extensiva sobre quien se desempeñó en el máximo cargo de la sociedad, pues aun cuando la deficiencia en el registro de un trabajador no signifique, lisa y llanamente, la consecución de fines extrasocietarios, de todas formas constituye un medio o recurso para violar la ley (arts. 8º y 10, ley 24.013), el orden público laboral (arts. 7º, 12, 13 y 14, LCT), la buena fe (art. 63, LCT) y para frustrar derechos de terceros (sistema previsional). Esto es así, más allá de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso ‘Palomeque v. Benemeth’, porque allí la condena se sustentó en el art. 54 de la ley de sociedades comerciales, teniendo en cuenta el contexto probatorio del caso concreto –juicio este último que no compartimos, por las razones apuntadas precedentemente– (SD 12401/01 del 12/6/2003, in re ‘Cabral Ruiz, Elizabeth v. Edusoft S.A y otro s/despido’).”

“No puede perderse de vista que la finalidad protectoria que caracteriza al derecho del trabajo (conf. art. 14 bis, CN) resulta claramente compatible con esta interpretación, pues la solidaridad así entendida proporciona al acreedor laboral, al trabajador, una intensa

garantía que hace posible la percepción de sus créditos en atención a la naturaleza alimentaria de estos. En el caso, la acción contra el presidente del directorio resulta procedente, dado que éste no invocó ninguna circunstancia que lo eximiera de la responsabilidad que le cabe por el incumplimiento de la ley (conf. art. 274, ley 19.550) y el daño sufrido por el reclamante es bien concreto pues está representado por sus créditos laborales insatisfechos, toda vez que aún no obtuvo una decisión favorable en sede comercial (del voto de la Dra. Porta, en mayoría). C. Nac. Trab., sala 3ª, expte. nro. 6880/01, sent. 87007, 18/8/2005, 'Precioso, Jorge v. Jasnys y Basano S.A y otro s/despido' (E.- P.- G.-)''.

"Sin soslayar que el Máximo Tribunal ha emitido pronunciamiento en relación a los arts. 59 y 54, Ley de Sociedades y su aplicación respecto de los supuestos de violación de normas de orden público laboral, como las que se refieren a la ausencia total o parcial de registración (Corte Sup., 31/10/2002, 'Carballo, Atilano v. Kanmar S.A en liquidación y otros', y 'Palomeque, Aldo v. Benemeth S.A y otro' del 3/4/2003), lo cierto es que, en relación directa con esta cuestión, tales precedentes están referidos a aspectos fácticos propios de esas causas y no constituyen, como es obvio, un criterio interpretativo acerca de los preceptos en cuestión, que pudiera ser vinculante para los tribunales inferiores. Con relación a esto último cabe recordar que tratándose de una norma de derecho común, tanto la Constitución (arts. 75 inc. 12, 116 y 177) como la ley (art. 15, ley 48) impiden el acceso del Alto Tribunal cuando se trate de interpretación o aplicación de este tipo de disposiciones. C. Nac. Trab., sala 10ª, expte. nro. 29278/02, sent. 13936, 6/10/2005, 'Siegfried, Emmert v. Ciccone Calcográfica S.A y otros s/despido' (Sc.- C.-)''.

"Se condena en forma solidaria al director de la cooperativa demandada pues hizo posible la violación de la ley y resulta responsable por los actos u omisiones cometidos por la sociedad en perjuicio de

los trabajadores, contrariando el orden público laboral. "Barreto, Andrés v. Cooperativa de Trabajo de Seguridad y Vigilancia Dogo Argentino Ltda. y otros", C. Nac. Trab., sala 10ª, 29/12/2009. "Moreno, Oscar E. v. Cooperativa de Trabajo Fast Limitadanal", C. Nac. Trab., sala 10ª, 11/9/2008, "Marczewski, Hernán J. v. Cooperativa de Trabajo El Gran Epicureo Ltda. y otros", C. Nac. Trab., sala 10ª, 29/6/2007, "Herrlein, José R. v. Cooperativa de Trabajo Lince Seguridad Ltda.".

El art. 30 del actual Cód. Civil dice que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones y el art. 31 expresa que las personas son de existencia ideal o de existencia visible y que pueden adquirir los derechos o contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo, y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.

El codificador usa la expresión persona jurídica como opuesta a persona natural, es decir, el individuo; lo que pretende dejar en claro, es que las personas jurídicas no existen, sino como un fin jurídico.

Lo cierto es que las sociedades civiles y comerciales son, en nuestro derecho, una persona ideal, jurídica, privada, dotada por la ley de capacidad.

De tal forma, analizando la responsabilidad por abuso de personalidad jurídica, Gulminelli entiende que, en nuestros días, el hombre representa un conjunto importante de valores que trasciende su mera existencia física.

En este sentido, dice Villegas que los administradores y representantes están obligados a ajustar su actuación a las normas particulares del contrato social, a las generales de la ley de sociedades comerciales y a la legislación nacional. Las violaciones de algunas de estas reglas los hace responsables por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad, a los socios y a terceros.

Investigación

Recuperación e incorporación de nuevos derechos laborales: una dinámica necesaria para la consolidación de la progresividad constitucional

Por Mario L. Gambacorta

SUMARIO: I. Introducción: de ajustes, falacias y crecimientos.– II. La progresividad como un proceso virtuoso que requiere más y mejores derechos para los menos beneficiados.– III. Algunas propuestas de progresividad ante asignaturas pendientes.– IV. Libertad sindical: declamaciones y realidades en torno a la instancia administrativa.– V. Homologar los convenios de empresa: formalizar el control de legalidad.– VI. ¿Hora extra es todo lo que excede la jornada?– VII. Una breve reflexión a modo de conclusión: sigamos instrumentalizando el principio de progresividad

I. INTRODUCCIÓN: DE AJUSTES, FALACIAS Y CRECIMIENTOS

Argentina viene atravesando un período que podríamos catalogar como de recuperación e impulso ampliatorio de derechos laborales y de la Seguridad Social.

En efecto, apreciamos que mediante la normativización de derechos sociales se han expandido los horizontes tutelares; y simultáneamente, se demostró que la normativa protectoria no afecta ineludiblemente los niveles de crecimiento y desarrollo económico, tal como se estructuró y se rediseña permanentemente desde vertientes del pensamiento neoliberal de matriz flexibilizadora desprotectoria.

Esto último, a la vez, permite colegir, por *contrario sensu*, que la desregulación instrumentada en la década del noventa del siglo pasado no sirvió para crear más puestos de trabajo, conforme se invocó entonces para justificar modificaciones normativas desregulatorias.

Se pudo verificar empíricamente en tal escenario que no sólo fue Argentina sino también Latinoamérica, que los problemas para el crecimiento se hallaban en las políticas económicas que se implementaron y no en la falacia sostenida en cuanto a la necesidad de un permanente recorte ante el mal conceptualizado, y peor denominado, “costo laboral”.

Sostenemos que la inviabilidad de los modelos que conllevan políticas de ajustes recesivos no han podi-

do ni pueden –en línea con lo antes indicado– ser solucionados por paradigmas laborales precarizadores.

Por el contrario, es menester la articulación de respuestas estructurales; entendidas como paradigmas contra-hegemónicos en un marco de nuevas matrices de producción, desarrollo e inclusión, para la concreción de un modelo de Nación que podemos caracterizar como un Estado social de derecho.

Lo expuesto precedentemente no reviste una importancia menor en el contexto internacional de retroceso de derechos sociales que se constata, particularmente, en la condicionada realidad de la perspectiva socioeconómica europea.

II. LA PROGRESIVIDAD COMO UN PROCESO VIRTUOSO QUE REQUIERE MÁS Y MEJORES DERECHOS PARA LOS MENOS BENEFICIADOS

Sin menoscabo de los importantes avances producidos mediante varias modificaciones normativas en los últimos años, queremos señalar que, prioritariamente, se han recuperado derechos, muchos de los cuales habían sido recortados o excluidos por la última dictadura, así como durante la flexibilización de la década del ‘90.

Tales avances no devienen por ello un hecho menor ni le restan relevancia a las reformas efectivizadas. Por el contrario, evidencian un camino que debe continuar

transitándose en una sustentada expansión en vista a consolidar la progresividad.

En síntesis, reconocemos una *instancia de progresividad* que caracterizaremos como *de recuperación* y a la que interpretamos debería seguir otra *de expansión*.

Recordemos para valorar la recuperación de derechos producida, que una de las primeras acciones de los responsables civiles y militares del último gobierno de facto fue la “mutilación sistemática” de la Ley de Contrato de Trabajo. A esto se agregó como evidencia de la saña predatoria, la desaparición forzada de su principal autor, el Dr. Norberto Centeno, y otros abogados laboralistas.

Es entonces menester continuar avanzando en la recuperación e incorporación de más y mejores derechos sociales para una efectiva vigencia de la progresividad que prevé nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 19.

Consideramos que esta dinámica facilita la consolidación y operatividad fuerte (tal como nos ha enseñado Juan Carlos Fernández Madrid) de la progresividad constitucional.

Vale agregar que a la progresividad la interpretamos en términos instrumentales como una dinámica social, política y de valores que requiere continuidad, persistencia y ampliación permanente en vista a la consecución de un Estado social de derecho.

A su vez, se sustenta en gran parte en el desarrollo y ampliación de la Seguridad Social y sus subsistemas (1).

En vista a arbitrar la consolidación de los derechos sociales, nos orientamos a la instrumentalización de una dinámica teórico-práctica que mantenga su foco en la centralidad del trabajo, proyectándose en la normativa laboral y de la Seguridad Social.

Todo ello, en una concepción de las relaciones laborales como herramientas de protección, distribución y crecimiento.

Consideramos que sólo de este modo se podrá contener primero, para superar luego las barreras ideológicas que configuran las matrices flexibilizadoras-desprotectorias.

III. ALGUNAS PROPUESTAS DE PROGRESIVIDAD ANTE ASIGNATURAS PENDIENTES

a) La necesidad de instancias administrativas previas a la judicialización

En línea con lo expresado en el punto precedente y a partir de la experiencia teórico-práctica, entendemos que es pertinente pasar ahora a analizar la dinámica, las posibilidades de encausamiento y solución, de diversos conflictos laborales y sociales que brindan las instancias administrativas. Las cuales, vale destacar, no se hallan siempre reguladas o previstas más allá de las creencias generalizadas, incluso entre los propios actores de las relaciones laborales.

Trataremos de superar una visión que tiende a impulsar la judicialización de la mayoría de las cuestiones vinculadas con las relaciones laborales, como un modo de contener y limitar las posibilidades de acciones y reclamaciones administrativas por parte de las organizaciones sindicales.

Propugnamos que los estrados judiciales no deben tornarse en una instancia que impida, lisa y llanamente, la acción de la Administración en el encausamiento de los conflictos en torno a problemáticas laborales; sobre todo, si se proyectan sobre un colectivo.

Esto, entre otras cosas, por circunscribirse y atenderse con estas argumentaciones un enfoque excluyente desde lo judicial, que puede llegar a no alcanzar todos los aspectos y sujetos de las relaciones laborales.

Por otra parte, recordamos que lo colectivo en materia laboral no es una simple suma de individualidades y, a la vez, las relaciones laborales son más amplias y complejas que el derecho colectivo del trabajo que las integra.

Así, apreciamos que los tiempos de las instancias judiciales, ante ciertas temáticas específicas de las relaciones laborales, muchas veces restringen o impiden:

- una resolución más inmediata en términos de proximidad a los actores y hechos involucrados;
- una dimensión adecuada y sistémica de los temas resueltos, puesto que muchas veces se proyectan generalizaciones que sobrevalúan precedentes y analogías;

(1) Ver en tal sentido la evolución de la estructura de ingresos de la Administración nacional gracias al incremento de los recursos de la Seguridad Social en “Las relaciones laborales y el desafío de la extensión de la Seguridad Social”, Centro internacional de formación de la OIT, junio de 2012.

– la solución de cuestiones de carácter o proyección colectiva, por limitarlas a reclamaciones individuales, con lo cual ciertas inequidades se mantienen o consolidan por dificultades (también individuales) para acceder a la justicia; entre otras causas, por el temor a la pérdida del puesto de trabajo.

Así las cosas, postulamos que sin limitar, negar o restringir el posterior control judicial, se dinamicen y doten de sustancia diversas instancias administrativas en vista a potenciar la tutela de derechos para trabajadores y trabajadoras.

A continuación puntualizaremos algunos de los casos más emblemáticos en que la definición de instancias administrativas permitiría a nuestro juicio dinamizar y facilitar el ejercicio de derechos y sustentar su progresividad.

b) El encuadramiento convencional: lo judicial que alcanza a pocos individualmente y no resuelve colectivamente

Si bien es conocido que el encuadramiento convencional merituaría una última resolución judicial en cuanto se proyecta sobre el contrato individual de trabajo, las dificultades se presentan por su directa relación con el derecho colectivo del trabajo, en especial los convenios colectivos de trabajo –recordemos: ley para las partes–; nos llevan a buscar caminos no sólo más ágiles sino también más abarcativos, desde ya, sin menoscabo de garantías y tutelas.

Las acciones de reclamación ante el incumplimiento de lo dispuesto en artículos de convenios colectivos de trabajo se limitan, cuando así ocurre, a demandas judiciales individuales y en el mejor de los casos pluriindividuales.

Sin embargo, éstas no logran proyectarse sobre situaciones sistemáticas de no respeto a la vigencia de aquéllos en diversas actividades.

En efecto, a menudo la responsabilidad de la empresa ante estos escenarios irregulares pareciera acotarse a reclamos individuales por diferencias salariales. Los cuales no representan tampoco la profundidad de la situación y su proyección colectiva.

La judicialización resulta en muchos casos una barrera simbólica o formal para el establecimiento de otras instancias que logren abarcar a los colectivos laborales afectados y encuadrarlos adecuadamente a su fuente de derecho.

Paradójicamente, cabe destacar que muchos de estos conflictos son también consecuencia del importante desarrollo alcanzado por la negociación colectiva, así como por el fortalecimiento de las organizaciones de trabajadores.

Así, los conflictos de encuadramiento convencional no se presentaban en la década de los '90 como ocurre en la actualidad.

Fundamentalmente, no ocurría en virtud de la vigencia de la flexibilización desprotectoria que se reflejaba en situaciones como: mayor tasa de desocupación, trabajadores fuera de convenio, debilidad de las organizaciones gremiales y una consecuente menor tasa de sindicalización.

La principal limitación que verificamos en la práctica para la resolución de estos conflictos, cuando se proyectan no sobre un trabajador sino sobre un colectivo de trabajadores, es la restricción que denota la reclamación individual judicial o a lo sumo pluriindividual.

Todo esto amerita que se trate de estructurar como herramienta superadora alguna instancia previa administrativa que alcance la complejidad y los colectivos involucrados; y que a la vez, contribuya, si ello fuere necesario, con una eventual posterior decisión judicial no fragmentada.

Lo anterior, en vista a evitar aplicaciones de convenios colectivos de trabajo que, sin atender debidamente las situaciones colectivas sobre las que se proyectan, puedan facilitar la persistencia o convalidación de situaciones de fraude laboral. En particular, en muchos casos, vinculadas y articuladas con la problemática de la tercerización.

Asimismo, se trata de no obstaculizar, so pretexto de una instancia judicial excluyente, la dinámica propia de las relaciones laborales.

Entendemos que en ciertos casos se configuran situaciones asimilables a lo que conocemos como abuso del derecho.

Por lo expuesto, un *procedimiento preventivo en instancia administrativa de los conflictos de encuadramiento convencional*, con la posibilidad de revisión, ya ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, es una hipótesis a explorar en vista a la agilización y resolución de estos conflictos.

Reiteramos, un procedimiento que ofrezca la consecuente garantía de control judicial de lo actuado, pero sobre la base de un relevamiento y constatación mayor de la situación en términos de relaciones laborales.

c) Las prácticas desleales: ¿quién acciona y quién es compensado?

Las previsiones normativas previstas ante la existencia de prácticas desleales y conductas antisindicales no parecerían prever las soluciones más acordes con las tipificaciones que abordan o con los mecanismos sancionatorios que se establecen como consecuencia de ellas.

Es sabido que la autoridad administrativa del trabajo no posee competencia en tal sentido, y la vía judicial única prevista ante las conductas enunciadas por el art. 53, ley 23.551, en muchos casos no facilita una respuesta inmediata ante algunos maliciosos procedimientos que se presentan contra el ejercicio de la libertad sindical.

La querrela judicial prevista, de la cual no negamos su potencial escenario tutelar, sin embargo, paradójicamente, puede imposibilitar la realización de actividades mediadoras o conciliatorias con una dinámica acorde a las características de estos conflictos, y con carácter previo a una más extensa instancia judicial.

Por otra parte, el beneficiario de la eventual multa es la autoridad administrativa del trabajo cuando parecería ser más razonable que lo fuera la persona física y/o jurídica damnificada.

En el caso de tramitación judicial, la referencia central a las multas posibles parecería oscurecer las posibilidades de cautelares –situación no prevista expresamente por el art. 54, ley 23.551– y su necesaria inmediatez; lo cual entendemos que debería dinamizarse. Particularmente, si lo peticionara la autoridad administrativa en el marco de fortalecimiento de las competencias que postulamos ampliar.

La habilitación de una intervención previa directa no obstaría un control posterior inmediato por parte de la instancia judicial en cuanto al actuar de la Administración; por el contrario, proponemos un actuar tutelar articulado entre los distintos poderes del Estado.

En cuanto a su instrumentación, lo referido en este punto ameritaría una reformulación por vía legislativa.

d) El fraude laboral: es hora de una mayor dinámica en las instancias administrativas previas a su judicialización

Entendemos necesario el establecimiento de mecanismos ágiles y de resolución rápida que, con un proceso abreviado y derecho de defensa, permitan evitar

dilaciones en instancias judiciales y la limitación de la acción a casos individuales que no concluyen en certezas generales.

La determinación del fraude laboral en las actividades inspectivas

Las competencias inspectivas que llevan a cabo las administraciones del trabajo podrían verse dinamizadas con la instrumentalización de una instancia administrativa previa para la constatación de la existencia de fraude laboral.

De este modo, se podrían recoger elementos tipificantes en un escenario general de debido proceso que no menoscabaría ni anularía su posterior revisión judicial. Aunque consideramos que lo propuesto debería reflejarse en una reducción de los términos procesales.

En la misma inteligencia, se facilitaría la verificación, y se superaría, en una lógica tutelar, la falta de acciones gremiales por parte de algunos sindicatos.

En relación con lo expuesto, proponemos procedimientos como los previstos en el art. 40, ley 25.877 (el cual entendemos como un interesante punto de partida), donde se contempla la posibilidad de acciones específicas de determinación del fraude laboral en cooperativas en sede administrativa.

Por su parte, como elemento complementario y en articulación de lo expuesto con la temática de la trata con fines de explotación laboral, cabe explorar también la redacción de una norma que prevea el decomiso de los bienes en vista a facilitar, luego de las inspecciones y constataciones, la continuidad laboral de quienes han padecido tal flagelo.

IV. LIBERTAD SINDICAL: DECLAMACIONES Y REALIDADES EN TORNO A LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA

La necesidad de estructurar instancias administrativas en cuestiones vinculadas con la vigencia de la libertad sindical es un emergente que podemos constatar a través de la experiencia práctica.

A menudo, se reclama a la autoridad administrativa nacional su intervención en cuestiones que potencialmente afectan la libertad sindical y para sorpresa de muchas de las partes que requieren la intervención, se constata que no hay facultades expresas para actuar o exigir el cese de conductas violatorias.

Con ello se facilitan declinaciones de instancias y judicializaciones que demorarán mucho más tiempo del

que se requeriría para intentar, y tal vez lograr, un avenimiento en sede administrativa, el cual ostenta una dinámica más ágil y abarcativa para la resolución y el acuerdo.

Cabe señalar que todo lo expresado implicaría un actuar proactivo por parte de la autoridad administrativa del trabajo, el que consideramos necesario y sustentado en el mandato constitucional de protección del trabajo en sus diversas formas. Mandato y tutela no limitados a lo individual sino también abarcativos de los derechos colectivos del trabajo.

Lo expuesto no pretende vedar el inicio de acciones judiciales pero sí facilitar una intervención previa como una posibilidad, entre otras, de superar la extensión de sus plazos.

a) Un exceso reglamentario que amplía facultades discrecionales de los empleadores y acota la libertad sindical

El art. 30, dec. 467/1988, reglamentario de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales incurre, a nuestro juicio, en un exceso reglamentario y amplía los márgenes no sólo de discrecionalidad sino de arbitrariedad de los empleadores.

Este exceso, cuestionable en términos constitucionales, amerita a nuestro juicio que se revea la continuidad de su vigencia.

Es así que apoyándose en esta norma se abre la posibilidad para los empleadores de suspender casi indefinidamente a un representante sindical involucrado en la instancia judicial en trámite en relación con la temática, a saber: acciones de exclusión de tutela y medidas cautelares relacionadas. Y esto con la sola obligación de abonarle el salario.

En la práctica permite, sobre todo a aquellos empleadores que pueden costear el pago del salario sin prestación, una suspensión indefinida, y más aún, la suspensión de hecho de la representación sindical; lo que va de suyo, vulneraría la libertad sindical en el plano individual y colectivo.

Consideramos que este artículo debería ser modificado en relación con lo antes expuesto, o lisa y llanamente, ser derogado.

b) La facilitación de la participación en las organizaciones gremiales: un código electoral sindical

La sanción de un código electoral sindical se presenta como una forma de fomentar y facilitar la participación de trabajadores y trabajadoras en la vida interna de sus organizaciones sindicales.

En tal sentido, y en el marco de un proyecto de investigación con reconocimiento institucional de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (2) se ha publicado el resultado de tales investigaciones como proyecto de Código Electoral Sindical y para el fortalecimiento del modelo sindical argentino (3).

Todo ello ha permitido plantear nuevos desafíos en relación a la instrumentación de los procesos electorales sindicales en vista a fortalecer el modelo sindical argentino, el cual en el plano de la acción externa se presenta como uno de los más eficaces, y así es reconocido internacionalmente.

La elaboración de un código electoral sindical pretende establecer un criterio de redacción jurídica clara y uniforme, en sintonía con los paradigmas del derecho colectivo del trabajo y la normativa internacional.

Allí se vertieron los principales aspectos a atender en vista a superar los potenciales obstáculos en la participación en la vida interna sindical y las principales dificultades que se reiteran en los procesos electorales sindicales, aunque sin pretender con ello incurrir en ligeras generalizaciones.

Asimismo, demuestra que la regulación estatal no siempre es una restricción a la autonomía colectiva, sino también se proyecta como una forma de promover la libertad sindical.

c) Creación de cooperativas de trabajo, continuidad de la afiliación sindical y una vuelta de tuerca en torno a las sociedades laborales

Otra cuestión que cabría analizar en vista a evitar el debilitamiento de las organizaciones sindicales es la posibilidad de la continuidad de la afiliación a los gre-

(2) Proyecto desarrollado por integrantes de la Cátedra de Derecho Sindical y de las Relaciones Colectivas del Trabajo de la Carrera de Relaciones del Trabajo y el Equipo de Investigación que dirige el Dr. Álvaro D. Ruiz y que tengo el honor de coordinar.

(3) Ruiz, Álvaro D., Gamabacorta, Mario L., coords., "Código electoral sindical. Consideraciones y valoraciones para su redacción", Infojus, 2013.

mios de aquellos trabajadores que pasaren a integrar una cooperativa.

Especialmente, cuando han sido acompañados por su organización en la transición a la conformación de una cooperativa y continúan vinculados directamente con ésta.

En línea con lo anterior en cuanto a la continuidad como trabajador afiliado, las sociedades laborales, previstas originariamente en el dec. 1406/2001, vienen constituyéndose en una opción.

Apreciamos en tal sentido que, en el marco de investigaciones académicas, Álvaro D. Ruiz luego de realizar una relectura y adaptación de la norma originaria sobre las sociedades laborales a los paradigmas tutelares del derecho del trabajo, señala que ellas se presentan como una alternativa en cuanto a la no pérdida del carácter de trabajador dependiente y, consecuentemente, la posibilidad de afiliación sindical y demás derechos sociales.

Esta suerte de “vuelta de tuerca” sobre las sociedades laborales, superando su concepción inicial en un marco de desregulación flexibilizadora, hace que las sociedades laborales no necesiten el dictado de una norma especial para ser redimensionadas como sí se requeriría para permitir la afiliación de quienes son socios cooperativos y a la vez afiliados sindicales.

En tal línea de análisis, se propone la redefinición de los alcances de las sociedades laborales con un marco regulatorio fundamentalmente en cabeza del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

d) Privilegios laborales sin subordinaciones ni condicionamientos

Ante situaciones de fraude o potencial vaciamiento empresarial, que inexorablemente generan una repercusión y afectación social del conflicto, cabe avanzar en el reconocimiento de mejores privilegios para los créditos laborales.

Esto, para que efectivamente sean tales y no meramente lo representen en términos que luego ceden ante privilegios que potencian más una tutela pura de la propiedad, la cual desconoce la relevancia y proyección social de ésta. En síntesis, subordinando el trabajo al capital.

Podemos citar, como ejemplo de la superación de los límites que la normativa comercial aplica a los créditos laborales, el art. 328 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que reza: “Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cual-

quier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios”.

De esta forma, se cerraría la posibilidad de subordinación de los créditos laborales a otros –fundamentalmente relacionados con lo financiero– y se protegería mejor a la parte más débil de la relación sin la subsistencia de barreras articuladas desde instancias ajenas al contrato de trabajo.

En síntesis, se daría especial y preferente tutela a los derechos de los trabajadores, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional y su ratificación mediante las interpretaciones que la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene formulando en este sentido.

e) Participación en las ganancias

La posibilidad de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas está en Argentina tutelada constitucionalmente, y no debería, como suele reiterarse, dar lugar a las tergiversaciones o construcciones fantasmagóricas de soviétización como refieren de ella ciertos actores políticos, en particular algunos ámbitos empresariales.

Más allá de los proyectos de ley que se han presentado para su regulación normativa, y respecto de los cuales no dejamos de atender su relevancia, por nuestra parte, consideramos que es a través de la negociación colectiva para cada actividad, rama o empresa la forma en que mejor se facilitaría una distribución con mayor equilibrio.

Ésta debería reflejar los resultados de la producción, productividad y competitividad. Conceptos estos dos últimos que no por su reiteración puede concluirse se hallen claros en su contenido, proyecciones y consecuencias.

Lo antedicho, en la inteligencia de que esta fórmula para instrumentar la participación en las ganancias a través de la negociación colectiva lo es en función de las diversas actividades y sus características, y no de generalidades o generalizaciones.

Más allá de lo expuesto, aunque también en la misma inteligencia, sostenemos y proponemos que las entidades sindicales deberían marchar hacia formas de mayor concentración del poder sindical en su forma de organización (federaciones y confederaciones); en vista de establecer negociaciones colectivas mediante acuerdos marco, que a la vez busquen mejores equilibrios distributivos para los trabajadores que participan

en la cadena de valor y que no siempre logran acceder a las ganancias que contribuyen a generar (4).

V. HOMOLOGAR LOS CONVENIOS DE EMPRESA: FORMALIZAR EL CONTROL DE LEGALIDAD

En concordancia con la intención de dificultar accionares precarizadores, cabe también prever la modificación del art. 4º, ley 14.250 (t.o. 2004) que, al igual que lo contemplado en la ley 25.250, dejó de lado la obligatoriedad de la homologación de los convenios colectivos de empresa.

Más allá de que en los convenios de empresa la autoridad administrativa del trabajo puede efectuar de todos modos el control de legalidad, este último no debería, por su vinculación como requisito de la homologación, quedar sujeto a la discrecionalidad de una gestión de turno.

Los derechos a tutelar, ante la necesidad de garantizar y hacer efectiva la vigencia del orden público laboral, están por encima de criterios que pueden llegar a ser ocasionales.

Esto también lo proponemos a los fines de evitar la tan frecuente y generalizadora confusión entre acuerdos y convenios; la cual muchas veces ha sido utilizada, en la práctica de las relaciones laborales, en un sentido de flexibilización desprotectoria, valiéndose de la inexistencia formal de barreras tutelares.

Es precisamente en el ámbito de la empresa donde entendemos que se requiere mayor control en relación con la exteriorización y el carácter *erga omnes* que implica la homologación.

La certeza que otorga también hace a la seguridad jurídica que requieren y necesitan los actores del mundo del trabajo, especialmente los trabajadores y trabajadoras.

VI. ¿HORA EXTRA ES TODO LO QUE EXCEDE LA JORNADA?

El título de este punto intenta referir la subsistencia de incertidumbres, o mejor dicho, la vigencia de criterios restrictivos en torno a cuáles son las horas que exceden la jornada normal y por ello devienen extras.

Esta temática tiene relación directa con la organización de los tiempos de trabajo en cuanto uno de los

aspectos relevantes a atender para considerar si efectivamente estamos ante un criterio tutelar o desregulador.

En un tema tan sensible como deviene la jornada de trabajo en relación con las condiciones y el medio ambiente de trabajo, cabría normativizar la garantía del pago de horas extras en cuanto exceda la jornada normal.

Ello, a los fines de superar las previsiones del plenario "D'Aloi"; el cual sólo ha sido permeado por alguna jurisprudencia que reconoce lo establecido en convenios colectivos que expresamente superan y tutelan la ausencia de horas extras que éste estableció.

Se ratifica de esta forma la relevancia de la negociación colectiva para que las partes puedan regular las características específicas de su actividad en un escenario tutelado por el orden público laboral y la progresividad de derechos.

VII. UNA BREVE REFLEXIÓN A MODO DE CONCLUSIÓN: SIGAMOS INSTRUMENTALIZANDO EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Si bien las garantías constitucionales son operativas por sí mismas, y a lo sumo podríamos diferenciar una operatividad fuerte o débil –como nos enseña el maestro Fernández Madrid–, para tornar fuerte dicha operatividad, cabría regular y sostener también normativamente la progresividad de los derechos sociales.

Esto, especialmente en relación con las instituciones del derecho del trabajo y la Seguridad Social, en cuanto facilitan la distribución de la riqueza que han contribuido a generar.

La maximización y la exacerbación de la ganancia que pretende el sistema capitalista de acumulación, así como la globalización económico-financiera, sólo pueden ser equilibradas desde una visión anclada en valores como la centralidad del trabajo y la justicia social.

Centralidad del trabajo que podemos ver reafirmada tanto en la Doctrina Social de la Iglesia, como en la justicia social preconizada ya en la Constitución de la OIT; al igual que en otros también relevantes posicionamientos filosóficos e ideológicos, que bregaron y bregan por más igualdad en sociedades democráticas.

El desafío está lanzado y el debate abierto: restaría contribuir y construir solidariamente, convergieren

(4) Ruiz, Álvaro D., Gambacorta, Mario L., "El salario de equilibrio productivo: un concepto para el debate y el consenso", publicación del Equipo de investigación en derecho sindical y de las relaciones colectivas del trabajo, septiembre, 2011.

do desde la diversidad de los actores sociales, para que tanto el trabajo como el capital convivan armónicamente y administren el conflicto siempre subyacente a las relaciones laborales.

Sintetizando, proponemos continuar avanzando en línea con el marco que establece el principio de progresividad, dirigiéndonos hacia la consolidación de un Estado social de derecho.

Jurisprudencia Anotada

CONTRATO DE TRABAJO

Contrato y relación de trabajo – Inaplicabilidad de la presunción del art. 23 de la LCT – La relación concubinaria entre las partes es ajena al concepto de contrato de trabajo

El vínculo afectivo que mantenía el actor con la demandada probado por la totalidad de los testimonios rendidos en la causa, y silenciado llamativamente en la demanda, desvirtúa la aplicación de la presunción del art. 23 de la LCT y en función del principio de primacía de la realidad debe entenderse

que el trabajo aportado por uno de los integrantes de la relación concubinaria sólo puede asimilarse al trabajo familiar y es ajeno al concepto de contrato de trabajo.

C. NAC. TRAB., sala 2ª, 31/3/2014 – S., S. A. v. Federico Lacroze 2438 S.A. y otro

Con nota de Mariela L. Fernández y Julieta S. Zagari

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 31 de 2014.

El doctor *Maza* dijo:

I. Contra la sentencia de primera instancia (fs. 303/04 vta) que rechazó el reclamo incoado, se alzan las partes actora y codemandadas Lavandeira y Federico Lacroze 2438 S.A., a mérito de los memoriales obrantes a fs. 306/10, 312 y 313, respectivamente, replicados a fs. 318 y fs. 319/25.

El actor finca su disenso en la desestimación de la demanda señalando, centralmente, que ello es producto de una errónea y parcializada valoración de las circunstancias y de las pruebas obrantes en la lid.

La codemandada Lavandeira cuestiona los estipendios fijados a la totalidad de los profesionales intervinientes en autos por considerarlos elevados.

La coaccionada Federico Lacroze 2438 S.A. también se alza contra los estipendios fijados a la todos los profesionales que actuaron en la causa por estimarlos altos y, asimismo apela la imposición de las costas procesales.

A su turno, la representación de las codemandadas Lavandeira y Federico Lacroze 2438 (fs. 312 y 313, respectivamente), recurren los estipendios fijados a cada una de ellas por cuanto los consideran bajos.

II. Razones de orden metodológico me llevan a tratar en primer término la crítica actoral en cuanto al fondo de la cuestión que, anticipo, no tendrá favorable acogida en mi propuesta.

a) El sentenciante de grado, luego de analizar las posturas asumidas por las partes en los escritos constitutivos del proceso, la prueba testimonial rendida a fs. 171, 192, 180 y la instrumental de fs. 50, 54, 61 y 62, concluyó que ha quedado probado en la causa el argumento de la defensa de Silvia Lavandeira en el sentido de la existencia de una relación sentimental con el actor, aproximadamente desde el segundo semestre del 2005 hasta su egreso (julio 2010).

A juicio del Sr. Juez *a quo* dicha situación sentimental lleva a considerar que no existió un contrato de trabajo entre el actor y la demandada, puesto que estimó que en este tipo de relaciones prima la *affectio socie-*

tatis, propia de las situaciones *cuasi* conyugales, por la comunidad de intereses económicos por sobre la ajeneidad en los riesgos que tipifica el contrato de trabajo (cfr. art. 21 de la LCT). Asimismo consideró que el actor estuvo presente en el local de la demandada en función de un vínculo no laboral, destacando que era tan natural que hasta el testigo C. F. declaró que el actor era el encargado y la pareja de la demandada.

El Dr. Ojeda entendió que termina de corroborar la tesis de dicha codemandada el informe emitido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que da cuenta, a fs. 221/22, que el actor se incorporó como Oficial Mayor de la Policía Metropolitana el 01/05/2009 (recordando que el conflicto es de julio/agosto del 2010) y que, según el art. 41 de la Ley 2894, se exige a dichos agentes dedicación exclusiva.

Tras dejar expuesta su opinión amplia con relación a la presunción que establece el art. 23 de la LCT, el sentenciante de grado remarcó que no obra en autos prueba alguna que demuestre que el actor recibiera órdenes, que respetara un horario, ni que cobrara un sueldo por sus tareas. Por el contrario, destacó que sus propios testigos lo dan con voz de mando “como una suerte de encargado”.

Asimismo y luego de evaluar las declaraciones de M. y R. de fs. 166 y fs. 169 concluyó que el actor tampoco trabajó para la codemandada Federico Lacroze 2438 S.A., en tanto dichos testigos han sido contestes al declarar que dicha empresa no tiene adicional de policía.

El actor se queja de la desestimación de la demanda. Sin embargo, a mi modo de ver y tal como lo anticipé no le asiste razón. Corolario de ello será la confirmación de la sentencia de grado en cuanto a este punto. Paso a explicar por qué.

Liminarmente por cuanto advierto que la crítica en cuanto a lo principal no cumple con el recaudo de admisibilidad formal que impone el art. 116 de la L.O. en la medida que el apelante efectúa una serie de consideraciones dogmáticas que se asemejan más a un alegato que a la crítica concreta y razonada que impone la señalada norma adjetiva.

Repárese en que, luego de efectuar un racconto de circunstancias ya denunciadas en la demanda, sostiene la apelante que el magistrado *a quo* ha efectuado una interpretación dogmática del derecho aplicable al caso ya que partió de la premisa de que no puede haber contrato de trabajo entre los integrantes de una relación *cuasi*-conyugal.

Sin embargo, a poco que se releen los fundamentos expuestos por el Sr. Juez de grado, surge claro que el

apelante no se hace cargo de la totalidad de las conclusiones a las que aquél arribó en su decisión y que lo llevaron a fallar como lo hizo.

Nótese que luego de analizar las acreditaciones rendidas en la causa y de remarcar que de ninguna prueba surge que el actor recibiera órdenes, que cumpliera un horario, que cobrara un sueldo por sus tareas y de considerar incluso que sus propios testigos lo ubicaron en un puesto de mando, el magistrado *a quo* dejó aclarado que no cree que cualquier relación afectiva descarte la existencia de un contrato de trabajo pero que esto ocurre cuando, por las circunstancias habidas, se comprueba la existencia de subordinación, supuesto que en el caso no aconteció.

A influjo de lo expuesto surge claro que el apelante articula un argumento recursivo que no condice con las conclusiones a las que arribó el Dr. Ojeda en su decisión y ello transforma a este tramo de la crítica, en una mera discrepancia dogmática que, como tal, no cabe más que desestimar por infundada (cfr. art. 116 de la L.O.).

Cabe memorar a esta altura que la expresión de agravios, para ser tal, debe contener el análisis serio, razonado y crítico de la decisión cuestionada, con expresión de los argumentos tendientes a descalificar los fundamentos en los que se sustenta la solución que se intenta discutir, invocando aquella prueba cuya valoración se considera desacertada u omitida, o poniendo de manifiesto la incorrecta interpretación del derecho imputada al fallo criticado, así como exige demostrar, punto por punto, la existencia de errores de hecho o de derecho en que habría incurrido el juzgado, con indicación de las normas jurídicas que el recurrente estime le asisten (conf. *in re* “Tapia, Román S. C/ Pedelaborde, Roberto”, S. D. N° 73.117 del 30/03/1994, del Protocolo de esta Sala, entre muchas otras).

Lejos de ello, el recurrente transcribe la defensa de la coaccionada Lavandeira y cuestiona la valoración de las declaraciones testimoniales de M., B., M. y B., omitiendo también en este tramo del recurso la totalidad de las conclusiones a las que arribó el sentenciante de grado en su decisión.

En efecto, el recurrente infiere en su crítica que desde el año 2006 hasta el 2010 existió entre su parte y la codemandada Lavandeira un contrato de trabajo y, para justificar su postura recursiva, se apoya en los señalados declarantes que, a su ver, corroborarían que su parte era encargado del local propiedad de la demandada puesto que tenía un guardapolvo blanco, aten-

día, más de una vez estaba en la caja (M.), estaba a cargo de toda la gente y en la caja (B. y B.).

Empero, de una mera lectura del relato efectuado al inicio del acápite surge evidente que ésta también constituye una mera discrepancia dogmática del recurrente por cuanto el Sr. Juez de grado ha evaluado dichas circunstancias pero remarcó, con acertado criterio, a mi ver, que las pruebas obrantes en la lid corroboran que estaba presente en dicho local de la coaccionada en función de un vínculo no laboral.

Pese a esgrimir su contrario punto de vista, propio de la parte vencida, el apelante no señala qué elementos de pruebas, supuestamente omitidos en la anterior sede, desvirtúan la conclusión del sentenciante de grado cuando señaló que no se probó en autos de quién recibía órdenes el actor, quién le pagaba su salario o si se encontraba sujeto a un horario de labor.

Al punto remarco que deviene estéril en cuanto a este punto la mención que efectúa el apelante de la declaración de B. quien, si bien señaló que al actor le pagaba la codemandada Lavandeira, dijo que sabía esto porque a todos les pagaba ella.

Dicha expresión constituye una apreciación de la testigo que, como tal y habida cuenta su poca claridad y precisión, conduce a descartarla por carecer de la suficiente eficacia convictiva a los fines pretendidos (cfr. arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la L.O.), ya que no dijo que esa circunstancia le constase personalmente.

Como se advierte hasta aquí, la insuficiencia recursiva señalada (cfr. art. 116 de la L.O.) no me conduce más que a desestimar la queja actoral en cuanto al fondo de la cuestión con relación a la coaccionada en cuestión.

Sin perjuicio de ello y al sólo efecto de salvaguardar el derecho defensa de la parte actora, diré que, aun dejando de lado el señalado escollo formal, tampoco la crítica habría de tener favorable andamiaje en mi propuesta.

Más allá de lo que sostiene el recurrente en su crítica ya a esta altura no existe controversia en el caso en cuanto a que el actor y la codemandada Lavandeira mantuvieron una relación sentimental que devino en convivencia a partir del año 2006.

Y bien, situados frente a este marco fáctico y ya adentrado en la cuestión atinente al problema del aporte laborativo de uno de los concubinos a una organización empresarial de titularidad del otro, resulta claro hoy en día, y esto no lo pone en discusión el recurrente,

que el trabajo aportado por uno de los integrantes de una unión concubinaria sólo puede asimilarse al trabajo familiar y, por ende, ajeno al concepto de contrato de trabajo, cuando se trata de una colaboración directa a favor del otro concubino, auxiliándolo y supliéndolo en los roles que éste -o ésta, en el caso- pueda poseer en la organización.

Como señala Esteban Carcavallo, en principio este tipo de uniones no permite tener por conformada -por sí sola, añadido por mi parte- una comunidad de bienes e intereses entre sus integrantes de modo que se excluya la posible existencia de un contrato de trabajo, debiéndose en su caso acreditar que medió una sociedad irregular o de hecho, acreditándose la *affectio societatis*, los aportes de dinero, de bienes o de trabajo que se hayan efectuado para conformarla (Esteban Carcavallo, "El especial grado de subordinación que se presenta en el trabajo prestado entre familiares", en Colección Temas de Derecho Laboral, Editorial Errepar, N° 2, Buenos Aires, 2009, págs. 273/74).

En el *sub lite*, la prueba testimonial producida, correctamente evaluada por el judicante de grado, a la luz de la sana crítica que prevén los arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la L.O., permite corroborar que el actor ha colaborado en forma personal con la codemandada Lavandeira en la explotación y que ha ejercido funciones de control a la par o en reemplazo de dicha coaccionada por cuanto todos los testigos han indicado que aquél ejercía un puesto de mando.

Por otra parte, el sentenciante de grado también ha ponderado el informe de fs. 221/2 en el que el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires informó que el actor se incorporó como Oficial Mayor de la Policía Metropolitana el 01/05/2009 y que, según el art. 41 de la ley 2894 se exige a estos agentes dedicación exclusiva.

Ahora bien, el apelante más allá de señalar el art. 40 de la LCT y sus consecuencias, no rebate con argumentos fácticos o jurídicos atendibles dicha conclusión (cfr. art. 116 de la L.O.) toda vez que no se hace cargo, ni explica debidamente la razón por la cual, desempeñándose como Oficial Mayor de la Policía Metropolitana, con la carga horaria y la dedicación exclusiva que ello implica, materialmente habría tenido tiempo para cumplir supuestamente la jornada laboral que denunció en la demanda a fs. 7.

Allende las cuestiones que el apelante esboza en cuanto a la interpretación del art. 23 de la LCT, lo cierto es que el vínculo afectivo que mantenía con la co-

demandada, invocado en la defensa por Lavandeira, probado por la casi totalidad de testimonios rendidos en la causa, cuestionable y llamativamente silenciado por el reclamante en la demanda, desvirtúa la aplicación lisa y llana de la presunción contenida en la norma, evaluando la situación a la luz de un criterio de razonabilidad y en función del principio de primacía de la realidad. Vale recordar que este último no sólo tiene por objeto desnudar fraudes laborales o simulaciones ilícitas, sino también poner en su justo lugar cada situación de hecho, aún contra las aspiraciones del trabajador que litiga sin razón en razón de su faz circular y por no ser específico del derecho del trabajo sino común del derecho en general.

La insuficiencia recursiva ya señalada y las razones expuestas, bastan a mi juicio para desestimar la queja actoral y confirmar la sentencia apelada en la medida que rechazó la demanda contra la coaccionada Lavandeira.

b) Idéntica suerte adversa tendrá la crítica que esgrime el reclamante con relación a la desestimación de su reclamo contra Federico Lacroze 2438 S.A. Paso a explicar por qué.

Respecto de dicha codemandada el actor señaló en la demanda que el 01/10/1995 ingresó a prestar servicios en Federico Lacroze 2438 S.A. en labores de seguridad que cumplió, en ausencia de todo registro, de lunes a domingos de 16 a 21 hs. bajo la supervisión de su socio principal, el Sr. J. L. Contó que la vinculación se desarrolló en tales condiciones hasta que, a comienzos de 2005, aceptó una propuesta de trabajo del mencionado L. para trabajar en la fábrica de su hija, S. L.

En su defensa, Federico Lacroze 2438 S.A., negó todo vínculo laboral con el reclamante alegando que éste era uno de los efectivos que solía estar asignado por la Comisaría 31 de la Policía Federal para estar de consigna en las inmediaciones del local de fábrica de pastas que posee y que gira en plaza bajo la marca "La Juvenil". Sostuvo que en esa oportunidad el actor se mostraba servicial, situándose cerca de la puerta del local o de los negocios linderos, para hacerse visible y luego ser gratificado por alguno de los comercios del centro comercial con mercaderías. Aclaró que nunca contrató integrantes de la Policía Federal u otros servicios de seguridad adicionales en tanto el servicio que presta la comisaría en la zona resulta eficiente.

El Dr. Ojeda juzgó que el actor tampoco trabajó para dicha codemandada en tanto los testigos M. y R. fue-

ron contestes al declarar que la empresa no tiene adicional de policía.

Luego de esta prieta síntesis del caso respecto de las circunstancias de la controversia que involucran a dicha coaccionada diré que coincido con la conclusión del sentenciante de grado, pero por otras razones ya que, a mi ver, las restantes pruebas obrantes en la lid han corroborado la defensa de la coaccionada no sólo en el aspecto que se ha destacado en la anterior sede.

En efecto de los inimpugnados testimonios de M., R., R. y D. (fs. 166, 169, 199 y 197) surge que dichos declarantes coincidieron en afirmar que el actor, uniformado, hacía las guardias en la zona que corresponde a la Comisaría 31 de la Policía Federal Argentina.

A su vez, dicho organismo, a fs. 188 informó no sólo que el actor no registró servicios ni contratación alguna con Federico Lacroze 2438 S.A. sino que, en concordancia con las señaladas declaraciones, a fs. 243 manifestó que aquél perteneció a dicha institución desde el 02/05/1986 hasta su retiro en el año 2004 y que estuvo destinado a la Comisaría 31.

Si bien es cierto lo que sostiene el actor en la crítica en tanto sostiene que jamás denunció que su parte fuera policía adicional prestado por la Policía Federal, no lo es menos que, rayano en la mala fe procesal, silenció en la demanda haber sido personal policial destinado a la guardia de la zona del local de la codemandada.

Tampoco señala el recurrente en su crítica ningún extremo probatorio que avale su postura recursiva, en la medida que sostuvo que fue contratado como seguridad privada de la coaccionada Federico Lacroze a partir del año 1995, todo lo cual transforma a la queja en una mera discrepancia dogmática con lo expuesto que, como tal, no cabe más que desestimar (cfr. art. 116 de la L.O.).

Por otra parte, más allá de dicho escollo formal, advierto que no obra en autos ni una sola prueba que acredite que la codemandada le diera órdenes de trabajo al actor, que le abonara un salario o que se encontrara sujeto al horario de labores que denunció en la demanda.

Dicha circunstancia, sumada a los señalados extremos probatorios que, analizados a influjo de los arts. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y 90 de la L.O., corroboran la defensa de la coaccionada Federico Lacroze, desvirtúan a mi ver la presunción contenida en el art. 23 de la LCT, en tanto ha quedado demostrado que el actor cumplió tareas de guardia en la zona del local explotado por la codemandada en su carác-

ter de agente de policía y no como trabajador dependiente de aquélla.

Por todo ello, en definitiva, voto por desestimar la crítica actoral y confirmar el decisorio apelado en cuanto a lo principal que decide, lo que así dejo propuesto.

III. Federico Lacroze 2438 S.A. cuestiona la forma en la que se han impuesto las costas procesales y, a mi modo de ver, le asiste razón por cuanto no advierto que las circunstancias ventiladas en el presente conlleven a apartarse del criterio rector que impone que la parte vencida, en este caso el actor, asuma las costas del pleito (cfr. art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por ende, voto por modificar el decisorio apelado en cuanto a este aspecto.

IV. Respecto de los estipendios regulados en la anterior instancia que a favor de la representación letrada del actor (\$..., a valores actuales) teniendo en cuenta la extensión y la calidad de las labores desplegadas en dicha instancia, estimo que lucen equitativos y ajustados a derecho, por lo que sugiero confirmarlos, mientras que los fijados a favor de las representaciones letradas de las codemandadas Silvia Lavandeira y Federico Lacroze 2438 S.A. (\$... para cada uno de ellos), en mérito a dichos parámetros, son bajos, por lo que sugiero elevarlos en las sumas de \$... para cada uno de ellos, a valores actuales al presente pronunciamiento, (arts. 6, 7, 8, 9, 19, 39 y conctes. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 21.839, art. 38 de la L.O.).

V. De conformidad con el resultado obtenido por los recursos interpuestos, voto por imponer las cosas de

Alzada a cargo de la parte actora (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) a cuyo fin, teniendo en cuenta las mismas pautas expuestas en el considerando anterior, sugiero fijar los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y codeemandadas Lavandeira y Federico Lacroze 2438 S.A., por su actuación en esta sede, en el ...% a cada uno de ellos de la suma que, en definitiva, deban percibir por sus trabajos de primera instancia (cfr. arts. 14 de la ley 21.839).

La doctora *González* dijo: Por compartir los fundamentos, adhiero al voto del doctor *Maza*.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal resuelve: 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada imponiendo las costas de primera instancia a cargo del actor; 2) Elevar los honorarios fijados en la sede de grado a favor de la representación y patrocinio letrado de las codemandadas Lavandeira y Federico Lacroze 2438 S.A. en las sumas de pesos ... (\$...) y pesos ... (\$...), respectivamente, a valores actuales al presente pronunciamiento; 3) Confirmarla en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravios; 4) Imponer las costas de Alzada a cargo del actor; 5) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes actora y codeemandadas Lavandeira y Federico Lacroze 2438 S.A., por sus trabajos en esta instancia en el ... por ciento (...%) para cada una de ellas de lo que, en definitiva deban percibir por sus labores en primera instancia; 6) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por la ley 26.856 y la Acordada de la CSJN N° 15/2013. – *Graciela A. González. – Miguel Á. Maza.*

Presunción del artículo 23 LCT: relación de concubinato

Por Mariela L. Fernández y Julieta S. Zagari

SUMARIO: I. Introducción.– II. Primacía de la realidad.– III. Presunción del art. 23 LCT.– IV. Trabajo familiar.– V. A modo de conclusión

I. INTRODUCCIÓN

En el marco del presente artículo proponemos analizar los alcances de la presunción receptada por el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, haciendo principal hincapié en los casos desarrollados en el marco de las relaciones familiares.

El actor inicia demanda contra la firma Federico Lacroze 2438 S.A. y la Sra. Silva Lavandeira, solicitando el reconocimiento de la relación laboral.

El Juez de primera instancia rechaza la acción, toda vez que a raíz de la prueba aportada por la codemandada Lavandeira, entiende que existía relación senti-

mental entre el actor y la nombrada, desde aproximadamente el segundo semestre de 2005 hasta julio de 2010.

Ante los agravios de las partes, llega el caso ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo.

El sentenciante entiende que la presencia del actor en el local de la demanda no se corresponde con un vínculo laboral, motivo por el cual, para analizar los presentes debemos enfatizar en la sujeción a una empresa ajena, como supuesto tipificador de la protección.

El artículo 21 del mentado cuerpo normativo, establece que existirá contrato de trabajo siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios *en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta (1)*, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración, sin enunciarse forma o denominación específica para su tipificación. Este precepto es reforzado por el artículo siguiente, que conceptualiza la relación de trabajo.

Todo ello, resulta operativo, gracias a la presunción incorporada por el artículo 23 que busca evitar el fraude en las relaciones laborales, efectuado a través de la utilización de figuras no laborales.

Sin embargo, prevé que las circunstancias, las relaciones o causas que motiven la prestación de servicio, puedan demostrar que no se originó en el marco de la relación tutelada por la normativa.

Se desprende de la sentencia bajo análisis, que *“de ninguna prueba surge que el actor recibiera órdenes, que cumpliera un horario, que cobrara un sueldo por sus tareas”*. Todo ello, en base a la relación sentimental que unía al actor con la demandada.

No obstante, debemos tener presente que no toda relación sentimental suprime la existencia de una relación de trabajo entre las partes, cada caso deberá ser analizado de forma particular y atendiendo los elementos de la subordinación. Es justamente la dependencia, la llave de acceso a la protección brindada por el plexo normativo laboral.

Para los casos de la prestación proporcionada por un miembro de la familia de quien la recibe, deberá dilucidarse si constituye la ejecución de una tarea en el

marco de un contrato de trabajo, o colaboración destinada a conseguir el sustento familiar.

Se desprende del artículo 1218 del Código Civil, que toda convención entre esposos sobre cualquier objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor. Este precepto encuentra su fundamento en que lo adquirido por cada uno de los cónyuges pasa a formar parte de la sociedad conyugal, razón por la cual, no veríamos el elemento de la ajenidad económica presente. A partir de la celebración del matrimonio *“no puede hablarse de relación de dependencia en tanto no existió ajenidad en los riesgos, ni incorporación de la reclamante a una organización de trabajo ajena, y sí en cambio, resulta presumible que las tareas que prestó en el local del demandado, eran en provecho de la sociedad conyugal y por la parte que le correspondía, en el suyo propio” (2)*.

Con lo expuesto precedentemente debemos preguntarnos qué sucederá en los casos que el vínculo no se encuentra consolidado a través del acto jurídico del matrimonio.

Como bien expresan los Doctores Milton Rainolter y Andrea García Vior, en el marco de la obra dirigida por el profesor Adrián Goldín, no existe normativa de aplicación particular que determine la existencia, o no, de contrato de trabajo entre las partes. Dependiendo ello, de la situación fáctica acreditada en cada caso particular (3), tal como analizaremos en el transcurso de los presentes.

II. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Previo a comenzar con el análisis de las cuestiones fácticas del caso en cuestión, es preciso referirnos brevemente a la conceptualización y razón de ser de este principio fundamental para el Derecho del Trabajo.

Como se dijera inicialmente, el concepto en análisis es uno de los principios esenciales de nuestra disciplina., por lo que resulta necesario adentrarnos en su naturaleza para luego si, ver su incidencia real en casos concretos. Por ello, primeramente debemos referirnos a la naturaleza de principio, que la llamada “primacía de la realidad” adopta. Una de las tantas definiciones que este concepto ostenta es la de “directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo con criterios distintos de los que se dan en otras ramas jurídicas. Aquéllos operan a modo de líneas fundamentales

(1) El resaltado nos pertenece.

(2) Cámara de Apelaciones del Trabajo de Salta, sala I, 11/08/2011, “Cancinos, Patricia c/ Montañó, Carlos R. s/ ordinario”.

(3) Goldín, Adrián. Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 1ª ed. Buenos Aires; La Ley, 2009.

e informadoras que inspiran directamente soluciones que sirven, no ya sólo para la sanción, sino también para la interpretación de la norma y para la resolución de casos concretos” (4). Otra conceptualización posible parte de considerar a los principios como aquel ineludible punto de partida del cual derivan los postulados fundamentales y en el que encuentra cohesión la estructura normativa. Siguiendo este postulado, dicho punto de partida debe ser irreductible, en tanto debe operar como sustento lógico y uniformador de todo el ordenamiento que con él se inicia.

Respecto de las funciones atribuidas a los principios, basta en este caso con mencionar que las mismas son: la función informadora –en tanto infunde a las normas un sentido u orientación específica–, la función integradora-normativa –en tanto su condición de norma supletoria en supuestos de vacío normativo– y la función interpretativa –en cuanto es agente facilitador de una operación lógica valorativa del alcance de las normas aplicables– (5).

Habiendo realizado esta breve referencia, y previamente a adentrarnos en la específica conceptualización de la “primacía de la realidad”, resta destacar que en tanto principio esencial, no es exclusivo del Derecho del Trabajo, sino por el contrario, es común a la Teoría General del Derecho. De acuerdo con esta premisa, Vásquez Vialard se refiere a la primacía de la realidad como “un principio general del derecho que en el del trabajo presenta rasgos muy particulares” (6).

Dicho esto, es momento de adentrarnos en cuáles son esas condiciones particulares que este principio adopta en nuestra disciplina.

Para ello, es pertinente referir a “la primacía de la realidad” como aquel principio que tiende a garantizar que la verdad material se refleje tanto en los instrumentos que se otorgan durante la vigencia del contrato, como así también, que las calificaciones que efectúan los sujetos del mismo respondan objetivamente al tipo contractual y demás circunstancias del vínculo que les une. Es en definitiva, aquel mecanismo de custodia de la vigencia de las instituciones laborales y la aplicabilidad de sus dispositivos, contra todo intento de fraude, simulación, o distorsión de los hechos por parte de los sujetos involucrados.

De lo expuesto surge que dicho mecanismo se acciona ante situaciones en las cuales, lo real o la verdad material, no coincide con aquello que por diversas fi-

nalidades –generalmente de evasión de la normativa laboral por parte de los empleadores– se encuentra contenido en los instrumentos que dieron origen o que se celebraron durante la vigencia de una relación laboral. Y es necesario destacar que esta inexactitud entre lo “formal” y lo “real”, puede presentarse en cualquier momento de la relación, no siendo preciso ni excluyente que se plantee dicho desajuste solo en el contrato de trabajo o en el instrumento que de origen al vínculo. Por el contrario, ya que dicho desfasaje puede presentarse a lo largo de toda la relación, es que se promueve la relevancia de los diversos elementos probatorios que puedan constar, por fuera de los solamente instrumentos formales, a fin de descubrir y acreditar la realidad respecto de esa relación laboral.

En virtud de ello, es la esencialidad que tanto la etapa probatoria como el derecho procesal laboral ostentan en estos casos, en los que por los diversos elementos que el juez tenga a su alcance, deberá lograr alcanzar la verdad material y de esta manera, salvaguardar la vigencia de las normas imperativas del derecho de fondo.

Ya refiriéndonos al caso bajo análisis, debe destacarse lo mencionado por el Dr. Maza en su voto, al considerar al principio de primacía de la realidad, no sólo como aquel cuyo objetivo es desnudar fraudes laborales o situaciones ilícitas, sino también como el que pone “en su justo lugar cada situación de hecho, aun contra las aspiraciones del trabajador que litiga sin razón”. A partir de dicha premisa, es que los sentenciantes de grado se valieron de los diversos elementos probatorios en su haber, para finalmente hacer resurgir la verdad material del vínculo laboral o no laboral del actor con ambas codemandadas. Debe recordarse previamente, que el actor S. Sabella, reclama la existencia de un vínculo laboral con la codemandada Lavandeira (desde el año 2005) como así también reclama el reconocimiento de igual vínculo para con la otra codeemandada Federico Lacroze 2438 S.A. (según el actor desde 1/10/1995 hasta el año 2005, se desempeñó realizando labores de seguridad de lunes a domingos de 16 a 21 hs).

Respecto de la supuesta relación laboral entre el actor y la codemandada Lavandeira, es esencial a fin de dilucidar cuál es el vínculo real que los une, los testimonios brindados por diversos testigos –se menciona especialmente a Campos Farfán–, que permiten dejar acreditado la relación afectiva entre ambos como tam-

(4) Vásquez Vialard, Antonio, Derecho del trabajo y la seguridad social, t. I, 8ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 118.

(5) Goldín, Adrián, Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2009.

(6) Vásquez, Derecho del trabajo y la seguridad social, 8ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 138.

bién, y más relevantemente su convivencia desde el año 2006 hasta el egreso de Sabella en el año 2010. Sin embargo, a esto se debe adicionar, los testimonios de Bucolo, Bugatti y Mazzardi, según los cuales el actor se desempeñaba como encargado del local propiedad de Lavandeira, ya que “tenía un guardapolvo blanco, atendía, más de una vez estaba en la caja... estaba a cargo de toda la gente y en la caja”.

Sumado a estos testimonios se encuentra el informe de la Policía Metropolitana, que acredita la incorporación del actor como Oficial Mayor de la misma en el año 2009, siendo una exigencia ineludible para los agentes de la misma que tengan dedicación exclusiva a la fuerza (establecido por Ley 2894).

Frente a este aparente choque de realidades es que el sentenciante, valiéndose de la guía del principio de primacía de la realidad, debió analizar y así determinar cuál era la verdad material respecto del vínculo entre las partes, para así hacerla prevalecer. Por ello, es que resuelve según la prueba en su haber, que el actor nunca podría haber cumplido con las exigencias propias de un dependiente –dado las exigencias de dedicación exclusiva requerida por la Policía Metropolitana–, que a su vez no se desprende de ningún testimonio, ni el horario, ni las funciones ni la remuneración que este debería percibir como contraprestación a sus servicios, como así tampoco surge de las declaraciones de quien recibía órdenes. Los jueces de Cámara, al igual que los de grado, reconocen en los testimonios la posibilidad de que efectivamente el actor realizara algún tipo de labores, pero no fundadas en un vínculo laboral, sino en un vínculo afectivo, que lo llevaba a prestar servicios como encargado a fin de auxiliar a su concubina, quien era la que regularmente cumplía dichas funciones. En conclusión, el hecho de que se lo viera al actor como encargado, era por su afán de contribuir con su pareja Lavandeira y con ella, a la sociedad de hecho conformada por ambos.

En relación con la segunda codemandada, Federico Lacroze 2438 S.A., los sentenciantes tampoco consideraron como verdad la existencia de un vínculo laboral. Para ello, nuevamente, se nutrieron de los testimonios brindados, en este caso por Martín y Rosas quienes declararon que la empresa no contaba con personal policial adicional y que el actor, uniformado, hacía las guardias en la zona que correspondía a la Comisaría 31 de la Policía Federal Argentina. A su vez, dicha fuerza de seguridad informó que Sabella perteneció a la misma desde el 2/05/1986 hasta su retiro en el año 2004, que estuvo destinado a la Comisaría

31, y que nunca registró contrataciones ni servicios con F. Lacroze 2438 S.A.

Por su parte, la codemandada declaró nunca haber requerido personal policial adicional, dado que se encontraron siempre conformes con los servicios prestados por la comisaría de la zona. También se refirió a que Sabella era uno de los efectivos que solía estar asignado por dicha comisaría para estar de consigna en las inmediaciones del local de la fábrica de pastas que posee, que el actor siempre se mostró sercial y visible, tanto cerca de su local como de negocios linderos.

A partir de todos los testimonios e informes aportados, y nuevamente valiéndose del principio rector de la primacía de la realidad, es que los sentenciantes, tampoco consideraron real la existencia del vínculo laboral reclamado por la actora.

III. PRESUNCIÓN DEL ART. 23 LCT

Al hacer referencia a la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, hacemos referencia a una de las herramientas esenciales de las que cuenta nuestra disciplina a fin de tornar efectivo el principio protectorio sobre el cual se sustenta.

Y es que según la interpretación que se realice tanto de la presunción como del vínculo con la relación de trabajo, se abrirá un amplio panorama con diversos niveles y alcances de protección al trabajador.

Por ello inicialmente debemos referirnos brevemente a la diferenciación entre relación de trabajo y contrato de trabajo– y decimos brevemente, ya que estos conceptos y el vínculo entre ambos, han sido objeto de extensas discusiones doctrinarias–.

De acuerdo a los postulados de De la Cueva, “la relación de trabajo reposa esencialmente en la realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el empleador y el trabajador, por ende, al desarrollarse una relación laboral contractual, donde se topa a una persona natural que presta servicios personales a otra, ya sea natural o jurídica, bajo continua dependencia y subordinación, se estará en presencia de un contrato realidad. Éste no nace del acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y que es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia” (7). A continuación, también afirmo el jurista mexicano que, “La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia no de lo que las partes hubiesen pactado, sino de la situación

(7) De la Cueva, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 2ª Ed. Porrúa. México, 1943., p. 381.

real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Secelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva; cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieren pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor”.

Dentro de la doctrina nacional, y siguiendo con el mismo lineamiento expuesto *ut supra*, Justo López conceptualizara a la relación de trabajo como aquella relación jurídica que surge entre el trabajador y el empleador por el hecho de la prestación de los servicios, con independencia del acto jurídico que ha originado dicha prestación (8).

Expuesta esta distinción, se debe resaltar, que la misma también fue recepcionada en la Ley de Contrato de Trabajo, ya que en su artículo 22 refiere expresamente a la existencia de una relación laboral –independientemente de si se haya celebrado o no un contrato al inicio de la misma– desde el momento en que una persona “realice actos, ejecute obras o preste servicios a favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración”.

Dicho esto, debemos recaer en el análisis de la presunción contenida en el artículo siguiente –art. 23– de nuestra ley de fondo; es decir, la presunción de existencia de contrato de trabajo. En realidad dicho instrumento originariamente procesal como cualquier tipo de presunción, se ve totalmente excedido dado no sólo la gran utilidad que la misma ha tenido para con la efectiva aplicación del derecho laboral, sino por sobre todo, debido a que la misma se ha constituido en uno de los elementos distintivos del principio protectorio rector de nuestra disciplina.

A su vez, debe destacarse que si bien hace referencia a la “existencia de contrato de trabajo”, siguiendo con las conceptualizaciones previamente mencionadas sobre relación de trabajo y viendo el real funcionamiento de la presunción, sería más preciso referirnos a la presunción de “existencia de relación laboral”. Sin embargo, esto no se presenta de esta manera dado a que el legislador ha tendido a promover la canalización de los vínculos laborales por medio de un instrumento específico como el contrato.

La presunción en análisis consiste en dar por existente un contrato de trabajo por el hecho de la prestación de

servicios “salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motivan, se demostrase lo contrario”. En virtud de ello es que basta la simple prestación de servicios profesionales para otro, bajo la organización y en beneficio y cuenta de este último, para afirmar la existencia del vínculo, sin resultar relevante la forma no laboral que las partes hubiesen adoptado para caracterizar la relación entre ambos.

Esta presunción, sin embargo, ha sido también sujeta a una fuerte discusión doctrinaria respecto de su alcance y contenido. Se encuentra por un lado, la teoría llamada restringida que interpreta que el contrato de trabajo se presume por el hecho de la prestación de servicios dependientes. Es decir, que para operar la presunción el trabajador debería acreditar no sólo la prestación de servicio, sino también el carácter dependiente del mismo.

Por el contrario, para la conocida como tesis amplia, el sentido de esta presunción es el de determinar que una prestación de servicios, es en realidad, sea la denominación que se le haya otorgado, el indicio de un claro vínculo laboral. Siguiendo con este postulado, y dado a que todo contrato laboral, según lo estipulado desde nuestra misma Ley de contrato de trabajo, sólo puede darse respecto de un trabajo dependiente; no sería lógico ni mucho menos, hacer al trabajador acreditar dicha dependencia. En dicho caso, la presunción no tendría ningún valor, ya que bastaría con esa prueba para ingresar al régimen de protecciones y beneficios provistos por la ley.

Por ende, y en miras a la postura doctrinaria mayoritaria, que se reconoce en la tesis amplia mencionada en segundo lugar, es que al trabajador le bastaría acreditar la simple prestación de servicios en una empresa ajena, para que se infiera *iuris tantum* que dichos servicios fueron prestados en ejecución de una relación de trabajo.

En este caso, y dado el carácter de *iuris tantum* de la misma, es que admite prueba en contrario, y en consecuencia, podría ser dejada sin efecto. Para ello y en virtud de la inversión de la carga de la prueba que opera en este caso en función del trabajador, es que será el empleador el que debería aportar los elementos probatorios pertinentes a fin de demostrar el carácter no dependiente del vínculo.

Como admite prueba en contrario, esta presunción también puede ser dejada sin efecto en ciertos casos, en los que por ejemplo se trate de trabajo familiar, trabajo religioso, trabajo benévolo, contratos comercia-

(8) López, Justo, Ley de Contrato de Trabajo comentada, 2ª ed., Cont. Moderna, 1987.

les, relaciones de carácter administrativo, etc. Dicho esto, es que llegamos al punto a analizar para este caso en concreto.

Puntualmente, tenemos la verdad material determinada por el sentenciante a partir de los diversos testimonios aportados, consistente en la existencia de una relación sentimental luego devenida en convivencia entre el actor y la codemandada Lavandeira.

Esta situación plantea un caso particular a tener en cuenta en el marco de la operatividad de la presunción de existencia de contrato de trabajo, ya que al encontrarnos con concubinos y no con un matrimonio legítimo, no se puede excluir *in limine* la aplicación de la presunción, pero tampoco puede permitirse su simple aplicación. Por ende, es que para estos casos, y en función de las variaciones infinitas que cada vínculo entre convivientes puede traer aparejado, es que debe determinarse en cada caso en concreto las situaciones de hecho para así determinar la suerte del vínculo.

En virtud de lo expuesto, y dado a que el vínculo entre convivientes no impide la celebración de contratos de trabajo, es que podría operar la presunción mencionada, y luego recaería en la supuesta empleadora el deber de acreditar la inexistencia de dependencia y la preeminencia del *affectio societatis*. Aunque también, debe destacarse que en ningún momento emana de la sentencia en análisis, que el actor haya logrado acreditar el presupuesto inicial que da acceso a la presunción, es decir, el hecho de que presto servicios en beneficio de un tercero ajeno. Incluso el actor –expandiendo su capacidad probatoria– podría haber aportado los elementos necesarios a fin de acreditar el carácter dependiente de su vínculo; ya que si bien se presume su dependencia, ante el “ataque” de la codemandada, Sabella bien podría haber realizado esfuerzos probatorios adicionales para acreditar su subordinación, y así salvaguardar la operatividad de la presunción y con ella la afirmación del carácter laboral del vínculo con la codemandada.

Sin embargo en este caso una vez acreditado por los diversos testimonios obrantes, el aparente matrimonio –dado por la convivencia entre el actor y la codemandada–, y ante la no negativa del mismo por parte del actor, es que quedaría acreditado la preeminencia de un vínculo afectivo por sobre el laboral. A esto, a su vez se debe adicionar que de la prueba ofrecida no se puede determinar que el actor cumpliera un horario, que tuviese una remuneración por la tarea realizada y que recibiera órdenes de un tercero. Por otro lado, de-

be resaltarse que si bien de algunos testimonios se le reconocía la realización de algunas tareas al actor, las mismas siempre eran realizadas en tanto su condición de “encargado” y con la finalidad de auxiliar a su mujer que era quien normalmente cumplía esa función. Ya lo dicho en la sentencia, “que el trabajo aportado por uno de los integrantes de una unión concubinaria solo puede asimilarse al trabajo familiar, y, por ende, ajeno al concepto de contrato de trabajo, cuando se trata de una colaboración directa a favor del otro concubino, auxiliándolo y supliéndolo en los roles que este –o esta, en el caso– pueda poseer en la organización”.

Habiéndose acreditado el vínculo afectivo y la inexistencia de los elementos indiciarios de la dependencia, es que el sentenciante determina que dichas tareas, si bien realizadas por Sabella, fueron en pos de auxiliar a su concubina y así contribuir, realizar un aporte laborativo a la sociedad de hecho por ellos constituida. En virtud de esto, es que se asimila dicha relación a aquella propia de un matrimonio legítimo, y se “desvirtúa la aplicación lisa y llana de la presunción contenida en la norma”.

Nuevamente y para finalizar, debemos destacar que –al igual que el sentenciante– no cualquier relación afectiva descarta la existencia de un contrato de trabajo, pero esto si ocurre cuando por las circunstancias habidas, se comprueba la existencia de subordinación.

IV. TRABAJO FAMILIAR

En base a lo precedentemente enunciado, entendemos que “el trabajo humano dependiente implica una incorporación del trabajo a la estructura empresarial organizada por el sujeto empleador; asumiendo este último los riesgos y beneficios del trabajo incorporado. Siempre que objetivamente se dé esa incorporación, el trabajo será considerado dependiente y será regulada la relación entre las partes por el Derecho del Trabajo, independientemente del carácter subjetivo de las partes. Ello sin perjuicio que una vez determinada la relación de trabajo dependiente y sometida la regulación de la relación jurídica al Derecho del Trabajo, el carácter subjetivo de las partes sea relevante en ciertos institutos del Derecho Laboral” (9).

La existencia de concubinato no descarta en principio la configuración de una relación laboral, la resolución de cada caso dependerá de la situación fáctica probada en los autos. “El contrato de trabajo debe ser acreditado por parte de quien lo invoque y con ello, la pres-

(9) Cf. Coppoletta, Sebastián C., “La relación de dependencia laboral: ¿criterio subjetivo u objetivo?”.

tación personal de tareas a favor del otro, para que luego entre a jugar la presunción derivada del art. 23 LCT” (10).

Es posible la configuración de un contrato de trabajo entre concubinos, siempre y cuando no resulte posible asimilar la situación existente entre ellos, a una sociedad de hecho constituida en base a un modelo conyugal. No podrá tacharse la relación como de carácter laboral cuando la prestación brindada por uno de ellos en el establecimiento productivo del otro, es realizada en beneficio de la comunidad constituida por ambos.

De los elementos probatorios de la causa bajo análisis, se desprende que el Sr. Sabella, no recibía órdenes, cumplía horario ni cobraba un salario por la función desempeñada. Los testimonios lo ubican en un lugar de mando dentro de la organización, el cual relacionan directamente con el vínculo sentimental que lo unía con la codemandada, que derivó en una convivencia a partir del año 2006.

Uno de los factores de mayor influencia para secundar la hipótesis basada en la asimilación del presente caso al derecho familiar, radica que el hecho que desde el año 2009, el actor se incorpora como miembro de la Policía Metropolitana, exigiendo esa función dedicación exclusiva, según el artículo 41 de la Ley 2894.

Durante el transcurso del proceso, el accionante no logra explicar cómo cumplía con la jornada laboral denunciada en el establecimiento propiedad de la demandada, mientras cumplía sus funciones en las fuerzas de seguridad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Como enunciamos precedentemente, para determinar la existencia de la relación laboral, será preponderante demostrar la inexistencia de una comunidad de intereses desde el punto de vista económico y patrimonial entre los litigantes.

Como bien entendió la Sala II, en un caso de su competencia desarrollado en marzo de 2009, “El trabajo aportado por uno de los integrantes de una unión concubinaria sólo puede asimilarse al trabajo familiar y, por ende, ajeno al concepto del contrato de trabajo, cuando se trata de una colaboración directa a favor del otro concubino, auxiliando y supliéndolo en los roles que éste o ésta pueda poseer en la organización.

Pero esta excepcionalidad no se verifica cuando el aporte se efectúa integrándose como un medio personal más, en los términos del art. 5 de la L.C.T, de manera que ese integrante del concubinato incorpora su trabajo en el lugar de cualquier otro que sería considerado dependiente, insertándose en la estructura organizativa y sus jerarquías, bajo la concreta o potencial pero posible dirección del titular o de los poderes de organización y dirección” (11).

Dentro de la misma línea, se expidió la Sala VII de la misma Cámara, que presenta la relación entre concubinos como una excepción a la presunción receptada en el artículo 23 de la LCT, toda vez que no se presenta la situación de ajenidad entre las partes, sino una vinculación de índole personal, más allá de la participación en el establecimiento productivo de una de las partes (12).

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Analizados los puntos precedentemente expuestos y a modo de conclusión, podemos inferir que en el marco de las relaciones entre concubinos la operatividad de la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo, dependerá de los elementos probatorios que las partes puedan adoptar. Dado que la existencia de un vínculo efectivo entre los interesados no es suficiente para descartar, se deberá demostrar la configuración una posible relación de trabajo.

Para excluir la constitución de la misma, además del vínculo afectivo, se deberá demostrar la configuración de una comunidad de intereses, tanto económicos como patrimoniales, entre los litigantes.

Al acreditarse dicho extremo, podremos referirnos al vínculo como el propio de una sociedad de hecho, en el cual prima el *affectio societatis*.

Para el caso contrario, en el que se pudiera probar el vínculo entre concubinos, bastaría con que los medios probatorios acrediten la subordinación de una parte respecto de la otra.

De conformidad con lo expuesto y reflexionando sobre los principios observados por el sentenciante al dictaminar y especialmente respecto del principio de primacía de la realidad, es que podemos afirmar, a pesar de que fue el actor quien, basado en falsas acepcio-

(10) Cf. Carcavallo Esteban, Informe Especial - Trabajo familiar; La Ley Online; AR/DOC/2699/2008.

(11) Cf. CNAT Sala II, Expte. N° 21.950/06 Sent. 96.517 23/03/2009 “Alba, Alicia Susana c/Bugallo, José Osvaldo s/despido” (Maza - Pirolo).

(12) CNAT Sala VII, Expte. N° 32.030/06 Sent. 42.673 17/5/2010 “Abdala, Nélide Haydée c/Ale, Enrique Rodolfo y otros s/despido” (Ferreirós - Rodríguez Brunengo).

nes, esgrimía en su beneficio las presunciones y con ellas la protección otorgada por la normativa laboral; haciendo uso del principio de realidad y de las infinitas herramientas brindadas por el derecho procesal laboral, se supo llegar a la realidad, a la verdad material

tras el vínculo, para así lograr una correcta aplicación del derecho fondo, evitando abusos de quien haciéndose pasar por la parte desprotegida reclamaba para sí beneficios que no le correspondían, perjudicando a terceros que actuaron en completa buena fe.

Jurisprudencia Destacada

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción – Despido sin causa – Indemnización por antigüedad o despido – Inclusión de las sumas no remunerativas en la base de cálculo de la indemnización por despido – Inconstitucionalidad del art. 3 del decreto 146/2001 – Tasa de interés

1 – Las sumas no remunerativas derivadas de acuerdos salariales pactados por las partes deben incluirse en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, ya que en virtud de lo establecido en el Convenio N° 95 de la OIT el término “salario” significa remuneración o ganancia sea cual fuere su denominación o método de cálculo.

2 – El art. 3 del decreto 146/2001 resulta inconstitucional en tanto la requisitoria que impone al trabajador constituye un exceso reglamentario en relación con la norma superior que reglamenta.

3 – La tasa de interés en las sentencias laborales pone a prueba no sólo los conoci-

mientos jurídicos de los magistrados sino la convicción absoluta de que el derecho del trabajo debe acudir, cuando las circunstancias lo requieren, al derecho común para abreviar en sus fuentes de orden general y combinar todo eso, con la virtud más excelsa de la magistratura que es la prudencia, ello en el marco de la plena vigencia del principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, del principio de razonabilidad, de justicia social para todos, tal como lo dispone la Carta Magna y con la convicción de la conformación necesaria del Estado de Derecho.

C. NAC. TRAB., sala 7ª, 30/5/2014 – Castro Lozano, Jampierro Jhossep v. Coto C.I.C.S.A.

2ª Instancia.– Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

La doctora *Ferreirós* dijo:

I.- A fs. 10/12 se presenta el actor e inicia demanda contra COTO CICSA en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedor, con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.

Aduce que se desempeñó en relación de dependencia con la demandada cumpliendo tareas administrativas desde el 21/09/2010, en las condiciones y con las características que detalla. Todo ello hasta que le fue negada la entrada a su trabajo por lo que intimó a aquélla para que se aclare su situación laboral, colocándose luego en situación de despido indirecto.

Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido incausado, multas e incrementos previstos en el ordenamiento laboral.

A fs. 130/144vta. responde la demandada y desconoce todos los extremos invocados.

La sentencia de primera instancia obra a fs. 291/299, en la que la *a quo*, luego de analizar los elementos de juicio obrantes en la causa, decide en sentido favorable a las pretensiones del actor.

El recurso que analizaré llega interpuesto por la demandada (fs. 303/307).

II.- En primer término la demandada cuestiona el fallo en cuanto allí se decidió incluir en la base de cálculo

lo de la indemnización del art. 245 de la LCT sumas no remunerativas derivadas de distintos acuerdos salariales pactados por las partes.

A mi juicio la sentenciante ha evaluado adecuadamente los elementos fácticos y jurídicos de la causa, y no veo en el escrito de recurso datos o argumentos que resulten eficaces para revertir el fallo.

En relación con este tema, he de señalar que comparo la doctrina que emerge del fallo de la CSJN en autos “González, Martín c. Polimat” en cuanto a considerar inconstitucionales aquéllas cláusulas convencionales que otorgan a un rubro salarial una naturaleza nominativa distinta a la que corresponde su esencia, reitere, expresamente prevista en la ley de fondo (ver también de la CSJN, “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” del 04/06/2013).

Tengo presente asimismo que el Convenio 95 de la O.I.T. (“Convenio sobre la Protección del Salario”) define que a los efectos del convenio, el término “salario” significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Ahora bien, existiendo una “pugna” entre las resoluciones homologadas y lo dispuesto en dicho convenio, debe prevalecer este último. Ello por cuanto se trata de una norma de jerarquía supralegal, habiendo sido ratificado por nuestro país (cfr. art. 75, inc. 22, párr. 1º de la Constitución Nacional).

He tenido oportunidad de señalar, al comentar un fallo de la Dra. López Vergara (“Comisión Gremial Interna del Banco Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional y otros s/amparo”, del 17/07/2006, de la CCADM. Y TRIB. [CBA.]) que el mismo encierra algunas consideraciones de vital importancia con respecto al carácter no remunerativo del aumento salarial y a la conceptualización que la remuneración ha recibido. Allí, haciendo referencia a Marienhoff y también al Convenio (OIT) 95 –antes nombrado–; a la Ley de Contrato de Trabajo; al salario previsional y a otras normas, finalmente se arriba a las manifestaciones de cierta doctrina que señala que existen ingresos rotulados como “no salariales” (ej. art. 103, LCT) expresando que se ha introducido una distorsión del concepto de remuneración, dando lugar a un festivo innumerable de normas que parten de ese eufemismo.

Arriba, la sentenciante, a la conclusión (que destaco) de que tales afirmaciones expuestas vulneran el “principio de identidad”.

También señalé que todos sabemos que antes que los principios generales del derecho y que los particulares de cada disciplina (en nuestro caso, los principios del derecho del trabajo) se encuentran los principios de la lógica formal que deben tener prioridad absoluta en cualquier tema jurídico. Así, no es posible tolerar institutos o conceptos que violen el principio de identidad o de no contradicción, o de tercero excluido, etc.

Entonces –dije– que es de vital importancia concluir que la ausencia del principio de identidad que establece que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, empuja a la presencia del principio de legalidad (ver nota al fallo, Estela M. FERREIRÓS, “El concepto de contribución solidaria. Distorsión del concepto de remuneración”, publicado en DLE ERREPAR – 253 – septiembre de 2006 – TXX – 847).

En suma, lo que se remunera, no puede ser no remuneratorio”.

En consecuencia, estimo que los rubros pactados como no remunerativos en el convenio colectivo también deben considerarse parte de la remuneración base debiendo entonces confirmarse el fallo en este punto (ver “Sena, Gabriel Oscar y Otro c. Securitas Argentina S.A. s/ despido”, sent. 46.487 del 31/03/2014, entre otros).

En tales condiciones propongo sin más la confirmación del fallo en este substancial punto.

Agrego, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que –tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentido criterio– el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que –a su juicio– no sean decisivos (conf. CSJN, 29/04/1970, La ley 139-617; 27/08/1971, La Ley 144-611 y citas jurisprudenciales en “Código Procesal...” MORELLO, Tº II-C, Pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo-Perrot; art. 386, última parte del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: “Bazaras, Noemí c. Kolynos”; S.D. 32.313 del 29/06/1999).

III.- También objeta el fallo en cuanto al incremento previsto por el art. 2º de la Ley 25.323, afirmando que ha pagado todas las indemnizaciones debidas al momento de despedir al actor.

No le veo razón.

En efecto, es cierto que la demandada depositó una suma en concepto de liquidación final (lo que es reconocido por el actor a fs. 150) del actor. Pero este pago resultó parcial, en tanto computó una remuneración inferior a la correcta (al no incluir los rubros a los que aludí párrafos atrás), generándose entonces diferencias en favor de aquél.

Recuerdo que para que haya pago, en un marco técnico-jurídico, debe producirse el cumplimiento de la obligación, estando la prestación sometida a dos requisitos fundamentales, que son: la identidad y la integridad. Este último no fue cumplido en el caso de autos. El art. 742 del Cód. Civil impera en la materia y en nuestra disciplina debe complementarse con el art. 260 de la Ley de Contrato Trabajo aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las.

La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquél que se toma los tiempos judiciales, aún sabiendo que debe pagar (ver trabajo publicado en ERREPAR, N° 185, enero/2001, T. XV, "Nuevo Régimen de Indemnizaciones Laborales Establecido por la Ley 25.323", Dra. Estela M. FERREIRÓS). El actor intimó fehacientemente y debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro de su crédito por lo que sin más propongo se confirme la sentencia en cuanto ordena el pago de este incremento.

IV.- Similar suerte merece el agravio relativo a la multa por la falta de entrega en tiempo y forma de los certificados del art. 80 LCT.

El art. 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo al 80 de la LCT el siguiente texto: "...si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos [2] días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último...". A su vez el dec. regl. 146/2001 en su art. 3° dispuso que "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos... dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".

Ya en numerosas oportunidades me he expedido declarando la inconstitucionalidad del dec. 146/2010 en su art. 3° –incluso de oficio– con fundamento en que la requisitoria que este decreto le impone al trabajador constituye un claro exceso reglamentario, en relación a la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado), ver sent. 58.335 del 06/06/2005, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "Bretaña, Juan Antonio c. Escuela Superior de Hotelería"; "Ríos, Anibal J. c. Cuerex S.A. S/despido", sent. 44.898 del 30/11/2012, entre muchos otros).

Así entonces sostengo la inconstitucionalidad del art. 3° del dec. 146/2001.

En el caso el actor intimó a la entrega de los certificados (antes del plazo de 30 días), por lo que cabe se confirme el fallo también en este ítem.

No modifica esta conclusión la circunstancia de que la demandada haya puesto a disposición del actor las certificaciones.

He señalado reiteradamente que, en rigor de verdad, el cumplimiento de esta imposición legal, encierra, nada menos que un pago y que el instituto del pago, debe cumplir con los requisitos del mismo, expuestos en el Código Civil (arts. 724 y sgtes.).

En el caso, el pago se produce con la entrega de la cosa, ya que de lo contrario, la deuda de un salario quedaría saldada "poniendo a disposición", mientras se encuentra en la cuenta bancaria del deudor.

La cancelación, requiere, en autos, la entrega de los certificados, ya que lo que la ley quiere es que el trabajador tenga el objeto debido.

La "puesta a disposición", es sólo, a mi modo de ver, una expresión y no un instituto jurídico. Valga recordar a Borda cuando enseñaba: "lo que está en el cajón de mi escritorio, no pudo haber cancelado la obligación de pago".

El art. 80 de la LCT no sólo protege al trabajador, sino que sanciona al empleador incumpliente de un deber tan delicado como el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social, y en el cuarto apartado, recalca, "*si el empleador no hiciera entrega*" (el destacado es mío).

V.- En relación con los intereses a aplicarse sobre el monto de condena caben las siguientes consideraciones:

He señalado que Corren tiempos en los cuales, a la par de los cambios económicos, aparecen cuestionamientos a la tasa de intereses que utilizamos los jueces en el dictado de nuestras sentencias.

Tengo dicho antes de ahora y con respecto al tema en análisis, que hay que partir de una consideración general del instituto.

El art. 509 del Cód. Civil, establece que en las obligaciones a plazo la mora se produce por su solo vencimiento. Y es del caso recordar que en el derecho del trabajo, prácticamente todas las obligaciones son a plazo, de manera tal que siendo, justamente la mora, lo que le da relevancia jurídica al incumplimiento, ese es el momento en que el segundo requisito de la responsabilidad se torna visible y empiezan a correr los intereses.

Allí, debemos recurrir al art. 622 del mismo cuerpo legal, que rige *in totum*, el régimen obligacional de nuestra disciplina, donde con sumo cuidado, el legislador aborda el tema específico de los intereses.

Estos pueden ser pactados por las partes; impuestos por la ley o fijados por los jueces.

En todos los casos, comienzan a correr desde que “cada suma es debida”.

Como la falta de pago de la obligación en tiempo y forma, produce un daño en el patrimonio del acreedor, los intereses integran la fijación del cuántum de la reparación de daños y perjuicios y es por eso, que Vélez utiliza como sinónimos la expresión “daños e intereses” y “daños y perjuicios”.

A los efectos de comprender más acabadamente lo expuesto, debe recordarse que el daño es un elemento indispensable para el nacimiento de la responsabilidad.

En ese andarivel es del caso recordar que en un sentido amplio, el daño es toda lesión a un derecho subjetivo, como facultad o prerrogativa de exigencia, y en un sentido restringido es un menoscabo o desmedro patrimonial, siendo este último el que se toma en cuenta, siguiendo los términos del art. 1068, Cód. Civil.

Esta norma estatuye: “Habrán daños siempre que se causare a otro un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”.

A su vez, el art. 1069, da cuentas de que el daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito y que en este código se designa por las palabras pérdidas e intereses.

En este marco, se ubica la necesidad de acoplar a ese daño habido, e impago, los intereses por la mora registrada.

Empero, no puede obviarse el hecho de lo que significa la tasa de intereses, ya que cuantitativamente es la que brinda justeza a la reparación debida. Es decir, que el reparación que los intereses contemplan.

Así, tal como señalé, la ley comienza haciendo referencia a lo que fue convenido, sigue con lo establecido en la ley y luego faculta a los magistrados para, en ausencia de los supuestos anteriores, fijen la tasa, que, a la postre, establece el cuántum.

Lo que debe destacarse, es que, para los tres supuestos, es regla de oro, lo señalado en la misma norma, en el sentido de que dicha obligación accesoria comienza a correr desde que lo hace, la obligación principal.

Vive aquí el viejo adagio que enseña que: “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

No puede ignorarse, que, tal como lo ha señalado, destacada doctrina, cuando nos referimos a los intereses, no existe un manantial de donde brote la deuda constantemente y en forma total, sino, por el contrario, se trata de una acumulación *pro temporis*.

De lo dicho, se desprende, una de las primeras clasificaciones a tener en cuenta. Tal como la distinción entre intereses convencionales y legales, cuya fuente, es en el primer supuesto, el convenio de partes y en el segundo emergen de la propia ley. Esto ha sido tenido en cuenta, como ya señalé, por Vélez en el Código Civil.

Otra clasificación, proviene de la función económica que desempeñan los mentados intereses, pudiendo hablarse de intereses moratorios y compensatorios o retributivos.

Los primeros, se adeudan en razón de la privación al dueño de un capital, que el deudor, carece de derecho a retención y significan, nada más y nada menos, que una sanción resarcitoria que reviste forma de indemnización.

Por otra parte, los intereses compensatorios o retributivos son la contraprestación del uso del capital ajeno; de tal manera, que no ha faltado quien los viera como un verdadero precio de uso.

Del juego armónico de los arts. 621 y 2248 del Cód. Civil, surge la no necesaria anexión de intereses compensatorios en las obligaciones de dar sumas de dinero.

Sin embargo, la ausencia de tales intereses no configura un principio absoluto; hay que dejar a salvo el convenio de partes y las situaciones legales especiales.

El tema candente, por razones obvias en el mundo de las obligaciones del trabajo, son los intereses moratorios, ya que en nuestra disciplina, es casi imposible el pacto previo. A ello se suma el hecho de que, siguiendo las ya reseñadas pautas del derecho común, la ley no fija cuántum alguno y que el propio codificador ha dejado sentada, la variabilidad del tema.

De tal forma, se torna insoslayable la participación judicial en la fijación de la tasa correspondiente.

Desde ya que hablar del tema que nos convoca, conlleva necesariamente la existencia del incumplimiento material de la obligación como requisitos primero e insoslayable de reclamo alguno.

No olvidemos el orden y la necesaria acreditación de los elementos de la responsabilidad que no pueden dejarse de lado.

Así, el segundo requisito del incumplimiento de la obligación, es la mora, porque ella es la que da relevancia jurídica al incumplimiento material.

Por otra parte, en ella se encuentra el momento iniciario del curso de los intereses moratorios. Rige entonces, en el tema, el art. 509 del Cód. Civil, donde se señala que en las obligaciones a plazo, la mora se produce por su solo vencimiento.

De cualquier manera, puede el legislador haber impuesto un requerimiento especial, pero se tratará, si se verifica el caso, de una excepción particularísima.

Surge de lo dicho, que los intereses moratorios, como obligación accesoria, hacen, en general, con el incumplimiento mismo, el cual, según lo dicho, coincide con la mora.

De tal manera, la suma de intereses que resulte, significa la reparación por la mora del deudor, que completa el capital debido.

En el tema, no puede obviarse, la destacadísima nota de Vélez al art. 622 del Cód. Civil. Allí, el eximio jurista, da cuentas de la importancia de abordar la naturaleza jurídica de los institutos, a los efectos de comprenderlos.

Dice esa nota: "Me he abstenido de proyectar el interés legal porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".

Dicha nota, destaca que el instituto del interés en las obligaciones de dar sumas de dinero, corresponde a

los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso.

Hay allí una función resarcitoria equivalente a la de daños y perjuicios, excelentemente detallada por el legislador. Sin que, por otra parte, se pueda olvidar, que este Código Civil, fue aprobado, a libro cerrado, por una ley, con sus notas.

Para tener una clara visión de los distintos institutos que deben considerarse en el tema, no debe desdénarse la nota al art. 619 del mismo Código, por más que el artículo en sí haya sido dejado de lado y lo digo, considerándolo no ya texto legal, sino una descripción doctrinaria y útil, a los efectos de comprender mejor la distinción entre la función de los intereses y otra muy distinta que es la repotenciación del capital, vinculada, en ocasiones, al principio nominalista por todos conocido.

Vale la pena, en ocasiones, leerlo a Vélez, no ya como legislador, sino como autor conocedor profundo del derecho.

En cierto modo, todo esto explica que en cuanto a la tasa a utilizar, no exista, entre nosotros, tasa legal alguna, sino que, la misma ha quedado siempre librada al criterio de los magistrados intervinientes, que deben tener en cuenta las circunstancias habidas en distintas épocas.

Uno de los elementos ha tener en cuenta es el índice de inflación, sin perjuicio de lo cual, no debe confundirse la función reparatoria del instituto en análisis, con la repotenciación del capital o la recomposición de un capital deteriorado.

Un sobrevuelo histórico, podría mostrarnos diversas tasas en diversos tiempos, sin perder de vista, en el caso particular de nuestra disciplina, que cuando hablamos de intereses moratorios, hablamos de trabajadores, que debieron subsistir ante el incumplimiento de créditos alimentarios, acudiendo a otras fuentes de provisión de fondos.

De tal manera, en ocasiones, los jueces, que son llamados a fijar estas tasas, suelen tener en cuenta la naturaleza jurídica alimentaria de la deuda laboral, con la prudencia que requiere el entorno económico social.

También he tenido ocasión de referirme a los daños punitivos, con motivo del incumplimiento de las sentencias judiciales. Dicho incumplimiento, no debe ser confundido con el incumplimiento material de la deuda, como obligación principal ni con el incumplimiento del pago de la obligación accesoria de intereses; es que se trata del incumplimiento de la sentencia como

tal. Y en tal sentido cuando encontramos, no ya un estado de mora, sino una conducta grave que puede llegar a consistir en abuso de una posición dominante o de poder o privilegio; la existencia de daño; aparece la necesidad de una finalidad disuasiva individual y social, se hace necesario, contemplar uno nuevo tipo de reparación. Se trata de los intereses punitivos o punitivos, que adviertan, además la vulneración del *imperium* judicial, jaqueado de manera tal, que puede llegar a afectar el estado de derecho.

Es que, no es un detalle, tener en cuenta que el estado derecho, detenta como ingrediente la propia justicia social; principio que sólo está vigente cuando una sociedad, mantiene un adecuado nivel de protección jurídica para todos sus integrantes, nivel que, obviamente tampoco mantiene la misma intensidad para todos.

Mas, el incumplimiento de las sentencias judiciales, con la violación que significa el *imperium* judicial, requiere un tipo de sanción especial, no sólo como protección del acreedor de ese crédito, sino de la vigencia del principio de justicia social, para todos los habitantes (art. 11 de la LCT y preámbulo de la Constitución Nacional).

Se mezcla en el caso, una función de punir conductas graves, con la de prevenir inconductas futuras de agresión al ordenamiento jurídico *in totum*.

Subyace en este tipo de reparación una mezcla de sanción a un ilícito más profundo y social. Indudablemente más abarcativo.

Si bien no existe en el derecho del trabajo, al respecto, una norma expresa, lo cierto es, que ha comenzado a aplicarse, debido al aumento de incumplimiento de sentencias.

Una vez más, ocurre a nuestras mentes, el viejo principio de Orgaz de terminar con el daño injusto. Tal vez por eso, ya muchos jueces de primera instancia y algunas salas de la CNAT, han comenzado a aplicar este tipo severo de intereses, a los incumplidores recalcitrantes.

En ese andarivel y preocupada por el mismo tema, que, obviamente, no es nuevo, tuve ocasión de escribir un pequeño libro, cuyo título es, justamente "Incumplimiento Obligacional" (año 1988, en cuyo prólogo, expongo ya los motivos de mi preocupación por este flagelo, visto desde la magistratura).

En este mismo momento los jueces y tribunales del país, se están planteando la justicia, el equilibrio y la prudencia, que deben estar presentes, por su intermedio, en la fijación de la tasa correspondiente a las sentencias de créditos laborales.

No es vano recordar que dichos créditos no son comparables con los de naturaleza, civil, en general, o comercial, habida cuenta su condición de alimentarios.

Sin embargo, si bien, justamente dicha condición es relevante, no puede dejarse de lado, la consideración del marco general de la economía del país, que no debe ser negativamente afectada, dado que ello no sólo redundaría en un perjuicio para los propios trabajadores, sino para el escenario general que enmarca sus vidas y las de todos los demás.

En suma, una vez más un debate jurídico, en este caso la tasa de interés en la sentencias laborales, pone a prueba no ya sólo los conocimientos jurídicos de los magistrados, con la colaboración que deben guardar los abogados en sus peticiones, sino, además, la convicción absoluta de que el derecho del trabajo, cuya autonomía como disciplina ya no se discute, debe acudir, cuando las circunstancias lo requieren, como en este caso, al derecho común, para abreviar en sus fuentes de orden general y combinar todo eso, con la virtud más excelsa de la magistratura, que es la prudencia.

Todo, en el marco de la plena vigencia del principio protectorio del art. 14 bis de la Constitución Nacional, del principio de razonabilidad, de justicia social para todos, tal como lo dispone la Carta Magna y con la convicción de la conformación necesaria del Estado de Derecho (ver, Estela Milagros Ferreirós en "Los intereses en las sentencias laborales", en prensa).

Ahora bien, en el presente caso se ha dispuesto la aplicación de los intereses previstos en el acta 2357, que es aplicada aun por la mayoría de los integrantes de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, por lo que cabe confirmar el fallo en este punto también, sin perjuicio de lo que en un futuro pueda determinar la Cámara en relación al tema en cuestión.

VI.- No encuentro razones para apartarme de lo resuelto en materia de costas, las que han sido impuestas de conformidad con los vencimientos parciales y recíprocos de las partes, en proporciones que estimo justificadas (art. 71 del Código Procesal).

VII.- Los honorarios regulados en primera instancia me parecen equitativos, sobre la base del mérito de los trabajos cumplidos por los profesionales, por lo que propongo sean confirmados (arts. 38 de la ley 18.345 y demás normas arancelarias).

VIII.- De tener adhesión mi voto, propicio que las costas de alzada se declaren en el orden causado, dada la ausencia de réplica al escrito de recurso (art. 68, 2°

pte. del Código Procesal) y se regulen honorarios a la representación letrada de la demandada en el ...% de los determinados para la primera instancia (art. 14 del Arancel de Abogados y Procuradores).

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

La doctora Fontana No vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el tribunal resuelve: 1) Confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, inclusive en costas y honorarios. 2) Costas dealzada en el orden causado. 3) Regular honorarios a la representación letrada de la demandada en el ...% (... por ciento) de los determinados para la primera instancia. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1° de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- *Estela M. Ferreirós.- Néstor M. Rodríguez Brunengo.*

CONTRATO DE TRABAJO

Contrato y relación de trabajo – Presunción de existencia – Despido indirecto – Desconocimiento del título de abogado obtenido durante el transcurso de la relación laboral

1 – De acuerdo a lo establecido en el art. 23 de la LCT y en virtud de la prueba testimonial se encuentra acreditada la prestación de servicios del actor como abogado para la demandada, sin perjuicio de que su padre se desempeñara en el máximo cargo en el departamento legal a la época de su ingreso, máxime si la demandada no aportó elementos fehacientes que permitan verificar que su contratación obedeció a razones ajenas al régimen laboral.

2 – Es ajustada a derecho la situación de despido en que se colocó un trabajador ante la negativa pertinaz de la empleadora de registrar correctamente el vínculo, en tanto denunció circunstancias verídicas que pretendió fueran registradas tales como la remuneración y el título de abogado obtenido durante el transcurso de la relación.

C. NAC. TRAB., sala 9ª, 30/5/2014 – E, E. F. v. Empresa Distribuidora Sur S.A. Edesur S.A.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

El doctor *Pompa* dijo:

I - La sentencia de grado anterior, mediante la cual se admitió el reclamo, es apelada por ambas partes según los términos de fs. 806/808 y 812/818, que fueron replicados a fs. 821/829 y 840/842.

A fs. 804 el perito contador apela sus honorarios por estimarlos reducidos y plantea inconstitucionalidad de los arts. 8; 9 y 10 de la ley 24.432, que no mereció réplica alguna.

II - Respecto de la queja deducida por la demandada adelanto mi opinión adversa al disenso.

En tal sentido, considero que los argumentos que expone carecen de trascendencia, pues sin perjuicio de

constituir discrepancias subjetivas no rebaten fundamentalmente las razones expuestas en el fallo recurrido que aparecen respaldadas por una evaluación en sana crítica de las constancias de la causa, según el contexto en que se planteó y desarrolló la controversia (cf. arts. 377 y 386 del CPCCN y art. 16 del C. Civil).

En el sentido expuesto, observo que de la transcripción de las declaraciones testificales en lo pertinente, aparece fácticamente demostrada la prestación del actor –en la órbita propia del contrato de trabajo– tanto en el domicilio de la recurrente como aquel al cual con posterioridad fue trasladado bajo la dirección de la Dra. C., época en la que ya el actor se encontraba matriculado como letrado. Al respecto, los testigos han efectuado un relato detallado de tal vínculo, destacando sobre el particular que –en lo sustancial– el ingre-

so del actor obedeció a la necesidad de los abogados de la demandada de contar con personal que realizara la procuración y que por encontrarse el actor cursando la carrera de abogacía fue que por ello que se lo contrató. También detallaron esos declarantes las labores que éste desplegó, reconociendo incluso las fotos agregadas a la demanda que dan cuenta del vínculo denunciado, como así también y las circunstancias que rodearon a la relación, incluso luego del traslado del departamento legal de la demandada desde la calle San José 140 –donde comenzó a trabajar el actor– a la calle Paraná 257, donde finalmente se produjo el distracto.

Asimismo, advierto que no fue soslayado en el fallo anterior la circunstancia de que el padre del actor desempeñaba el máximo cargo en el departamento legal de la demandada a la época de su ingreso y la compulsión de los testimonios antes referidos, así como de la documental cuya autenticidad resultó acreditada en autos, según se desprende del fallo recurrido –que no resultó debidamente cuestionado en este punto–, permiten inferir que tal situación jerárquica no resulta obstáculo para admitir el vínculo laboral del demandante, pues según lo antes dicho éste aparece fácticamente acreditado, lo cual desplaza toda sospecha al respecto (cf. arts. 377; 386; 445 y 456 del CPCCN y art. 90 L.O.).

En cuanto a la invocada intervención que le habría cabido a la Dra. C. a partir del traslado del departamento legal a la calle Paraná 257, considero que el argumento carece de respaldo en la medida que no se acreditó la autenticidad del supuesto contrato de locación de servicios que habría suscripto la apelante con aquella, ni tampoco fue traída como testigo a fin de que expusiera respecto de tal vinculación. Por lo tanto, resulta correcta la inoponibilidad de tal contratación a las pretensiones del actor, máxime cuando de acuerdo a lo dicho anteriormente de las constancias de la causa surge acreditada una prestación sin solución de continuidad por parte del demandante en favor de la recurrente (cf. art. 386, CPCCN).

De allí, entonces, que acreditada la mencionada prestación resulta operativa también la presunción del art. 23 de la L.C.T., sin que al respecto la apelante haya aportado elementos fehacientes que permitan verificar que la contratación del actor obedeció a razones ajenas al régimen laboral, lo cual también debilita la crítica (cf. art. 116, L.O.).

En consecuencia, demostrada la existencia del vínculo laboral el demandante se encontró legitimado al procurar la registración del mismo y la negativa pertinaz

de la recurrente, justificó la decisión de aquél al colocarse en situación de despido indirecto mediante la misiva del 17/06/10.

Sentado ello, percibo que del intercambio cablegráfico surge que el demandante denunció las circunstancias verídicas que pretendió le fueran registradas, como ser la remuneración y su calidad de abogado, aspecto que resultaron acreditados en autos, por lo que la impugnación que efectúa la recurrente respecto de la admisión de las multas de los art. 8 y 15 L.N.E., bajo la excusa de que no habría cumplido con esos requisitos que contempla el art. 11 del citado cuerpo legal, carece de sustento (cf. art. 116, L.O.).

En cuanto a la pretendida morigeración de los montos correspondientes a esas sanciones, bajo lo prescripto por el art. 16 del plexo legal mencionado, así como del agravamiento indemnizatorio contemplado en el art. 2º de la ley 25.323, considero que no existen dudas, ni circunstancias atenuantes que permitan admitir tal petición.

Respecto del cuestionamiento por la admisión del bono anual, la apelante no efectúa una crítica concreta y razonada en torno a las razones que motivaron tal admisión, pues nada dice acerca de que mediante la pericial contable se acreditó que era modalidad de la empresa abonarlo y tampoco expone que el monto fijado resulta incorrecto respecto del mecanismo también informado en esa pericia (cfr. fs. 619), lo cual debilita la crítica (cf. art. 116, L.O.).

En relación con el disenso que expone ante la imposición de costas a su cargo, considero que más allá del monto por el cual progresó la demanda, el resultado final evidencia que fue vencida en lo principal del reclamo y ante la ausencia de norma alguna que imponga al juzgador atenerse a una pauta matemática exacta, encuentro adecuada aquella imposición, pues en definitiva lo que ordena el principio general es determinar la derrota objetiva en el pleito para cargar el accesorio a quien resultare vencido (cf. art. 68, 1º párr. CPCCN).

Por todo lo precedentemente expuesto, aconsejo confirmar lo resuelto.

III - La queja que expone el demandante también será desestimada.

Ello, por cuanto en lo que respecta al importe asignado al art. 8 de la L.N.E., en la sentencia no se hizo otra cosa que consignar la suma de \$36.000 que el propio recurrente asentara en el mencionado concepto de la liquidación que practicó a fs. 17 del escrito de demanda, con lo cual lo ahora pretendido excede la pe-

tición original (cfr. fs. 21 vta. *in fine* y por lo tanto este Tribunal se encuentra impedido de expedirse por así vedarlo el art. 277 del CPCCN).

Igual temperamento cabe adoptara en torno a la pretensión de admisión de los aguinaldos del año 2009 y del segundo semestre de 2008, pues no integraron aquella liquidación, ni fueron mencionados como adeudados en el relato del inicio.

Respecto de las vacaciones correspondientes a los años 2008 y 2009, sin perjuicio de que en la liquidación de fs. 17 aparece consignado un importe mayor al admitido, no se especificaron períodos reclamados al respecto ni se denunció que hubieran sido gozadas y no abonadas (doct. art. 162 L.C.T.), por lo que también este aspecto de la crítica contiene argumentos tardíos que empecen a su admisión. Sin perjuicio de ello, se aprecia que la inclusión efectuada en el fallo de las denominadas “no gozadas” –que cabe entender como correspondientes a las “proporcionales” que contempla el art. 156 L.C.T. ante la disolución del vínculo–, en la medida que ello se encuentra expresamente previsto en el art. 156 de la L.C.T.

En consecuencia, sugiero confirmar también este segmento del fallo apelado.

IV - Atinente a los honorarios asignados al perito contador, que merecieron crítica de éste e incluso planteo de inconstitucionalidad de los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.432, considero necesario destacar que sin perjuicio de que respecto de este último planteo se aprecian superadas las incumbencias propias del experto contable atento el grado exclusivamente jurídico de la materia, advierto que los fundamentos que expone resultan insuficientes para admitir tal pretensión.

En cuanto a lo específico y concerniente a las labores desarrolladas en la anterior instancia, estimo que apreciadas en su extensión, mérito y oficiosidad y evaluadas –además– en el marco del valor económico en juego, el emolumento asignado luce insuficiente, razón por la cual sugiero elevarlo al ...% de la base fijada en la condena (cf. art. 38, L.O. y demás normas arancelarias vigentes).

V - Por la forma en que se resuelven los recursos, sugiero imponer las costas dealzada a cargo de la demandada vencida en lo principal (art. 68, 1º párr. CPCCN) y regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de todo cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por su labores en la anterior instancia (art. 14, ley 21.8396).

El doctor *Balestrini* dijo:

Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede.

El Dr. Gregorio Corach no vota (art. 125, L.O.).

A mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia de grado anterior en lo que fue materia de apelación con la salvedad de los honorarios asignados al perito contador que se elevan al ...% de la base fijada en aquella; 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la demandada y 3) Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de todo cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por su labores en la anterior instancia. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. – *Roberto C. Pompa.* – *Alvaro E. Balestrini.*

PROCEDIMIENTO LABORAL

Nacional – Generalidades – Rechazo del pedido de embargo preventivo – Inexistencia de peligro en la demora – Condena del empleador en el extranjero

El pedido de traba de embargo preventivo debe rechazarse dado que no se encuentra acreditado el peligro en la demora, ya que el solo hecho de asegurar que el titular verdadero de la empresa sería alguien con-

denado en otro país que ni siquiera es demandado en estas actuaciones o invocar la supuesta existencia de un contradocumento suscripto entre quienes no son siquiera partes en estas actuaciones, como la

mera afirmación de que el único capital de la empresa serían dos contratos próximos a vencer sin invocar la existencia de prueba alguna que ello acredite, no amerita es-

timar cumplidos los requisitos previstos en el art. 62 de la L.O.

C. NAC. TRAB., sala 7ª, 30/5/2014 - F., P. E. v. Belconn Argentina S.A.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

Considerando:

I) Que el reclamante a fs. 60/64vta., reiteró su pedido de traba de un embargo preventivo por la suma de \$2.257.783,34, que ya había efectuado en su demanda (ver fs. 24vta./29, apartado XIV) y que fuera rechazado a fs. 39/41, por lo que la Sra. juez *a quo*, luego de evaluar su presentación volvió a denegarla (fs. 73/74) y esto es apelado por la actora.

II) Que el apelante insiste en afirmar que el verdadero titular de la accionada -Belconn Argentina S.A.- sería el Sr. C. B., de quien refiere que habría sido condenado en Italia a doce años de prisión por hacer quebrar a más de nueve sociedades, una de ellas por más de cuarenta y dos millones de euros.

Con el objeto de acreditar este último extremo fáctico acompaña traducciones al español, efectuadas por una traductora pública nacional, de publicaciones "online" de los diarios italianos "Quotidiano Piemontese" y "Rossosantena".

Indica que en el primero se informa que "...Fueron arrestados dos empresarios por quiebra fraudulenta en nueve sociedades. El comando provincial de la policía fiscal de Turín dio ejecución a la disposición de custodia cautelar para C. B. y G. C., dispuesta por el Tribunal por quiebra fraudulenta como directores de hecho de nueve sociedades, declaradas en quiebra en 2012.

Se realizaron 12 arrestos, secuestros de bienes por más de 10 millones de euros, individualizándose profundas responsabilidades penales por delitos tributarios y quiebras con respecto a 17 sujetos, todos remitidos a juicios, implicados en 54 sociedades, la mayoría llevadas a la quiebra...". Que el apelante sostiene que de igual manera habría operado dicha persona (Sr. B.) en la Argentina. Que primero habría concursado y quebrado la empresa B. Uruguay S.A., cuya quiebra denuncia que tramita ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 20, Secretaría Nº 40. Para demostrar esto último acompañó informe de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y copia del decreto de quiebra de fecha 13 de julio de 2011.

Que arguye que con dichas pruebas, más las que adjuntó al inicio, se encontrarían cumplidos los requisitos necesarios para la procedencia de la cautelar solicitada (embargo preventivo sobre distintas cuentas bancarias demandadas) pero a juicio de este Tribunal no le asiste razón.

Que indicó la juez que para que prospere su pretensión, el accionante debió demostrar sumariamente tanto la "verosimilitud de su derecho" como "el peligro en la demora" y no lo logró. Que el art. 62 de la L.O. dispone en su parte pertinente que sin perjuicio de los dispuesto en el CPCC se podrá decretar, a petición de parte, embargo preventivo sobre los bienes del deudor si se justificare sumariamente que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar bienes, o que por cualquier otra causa, se haya disminuido notablemente su responsabilidad en forma que perjudique los intereses del acreedor y siempre que el derecho del solicitante surja verosímilmente de los hechos probados y que en el caso no se encuentra acreditado sobre todo el peligro en la demora, dado que el solo hecho de asegurar que el titular verdadero de la empresa sería alguien que ni siquiera es demandado en estas actuaciones o invocar la supuesta existencia de un contradocumento suscripto entre quienes no son siquiera partes en estas actuaciones, como la mera afirmación de que el único capital de la empresa sería dos contratos próximos a vencer con las telefónicas, sin invocar la existencia de prueba alguna que ello acredite, agregado a que los testimonios de fs. 66/68 ningún elemento aportan que permita siquiera sospechar que se configurara en el caso alguno de los requisitos señalados, no amerita estimar cumplidos tales recaudos.

III) Que, en consecuencia, el Tribunal considera que corresponde rechazar la apelación por cuanto con las manifestaciones vertidas en el memorial en tratamiento el reclamante se limita a poner en evidencia su disconformidad con lo resuelto en grado de manera dogmática sin rebatir sus fundamentos, lo que no amerita considerar cumplido el recaudo exigido por la norma de rito.

Que tampoco surge de su memorial y elementos aportados que quede sumariamente demostrada ninguna situación configurativa de peligro en la demora o la posibilidad de que pudiera verse menoscabado o

frustrado el efectivo cumplimiento de una eventual sentencia a dictarse, pues a tal efecto resulta insuficiente las dogmáticas alegaciones que vierte respecto a socios europeos controlantes, otras empresas que se encontrarían en quiebra con distinta denominación o autoridades que la aquí demanda –de la que incluso el apelante admite haber sido alguna vez presidente y casi siempre autoridad de la misma, por lo menos en el aspecto formal– con argumentos que parecen orientarse más a pulsar los sentimientos del juzgador que a demostrar con razonamientos jurídicos respecto de la prueba que produjo el desacierto del pronunciamiento que intenta cuestionar, todo lo que se revela inconducente a los efectos de dilucidar el caso concreto sometido a conocimiento del juzgador, pues tal actitud no alcanza para producción convincente en la alzada respecto de la injusticia de la resolución que se recurre y se desvía del objetivo propio de la actividad recursiva (art. 116 de la ley 18.345), pues el recurrente pontifica dogmáticamente respecto de cuestiones que considera evidencias sin ponderar concretamente las razones que llevaron a la *a quo* a decidir como lo hizo.

Por ello es que a juicio del Tribunal resultó acertado lo decidido respecto a que no existen elementos de juicio suficientes a los efectos de avalar los requisitos del art. 62 L.O., por todo lo cual considera que corresponde confirmar la decisión de primera instancia de fs. 73/74, sin que ello implique adelanto de opinión sobre el fondo de la cuestión.

IV) Que corresponde también imponer las costas de alzada irrogadas por la presente incidencia en el orden causado atento la falta de sustanciación (art. 68, 2º párrafo, del CPCCN) y diferir la regulación de honorarios para la etapa de definitiva.

Por todo lo expuesto el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la decisión de fs. 73/74. 2) Imponer las costas de alzada irrogadas por la presente incidencia en el orden causado. 3) Diferir la regulación de honorarios para la etapa de definitiva. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la C.S.J.N. N° 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase.– *Estela Milagros Ferreirós* .– *Néstor Miguel Rodríguez Brunengo*.– *Beatriz Inés Fontana*.

CONTRATO DE TRABAJO

Extinción – Generalidades – Comunicación del despido con anterioridad al mutuo acuerdo – Fuerza mayor

1 – La empleadora no puede pretender otorgar operatividad a un acuerdo en los términos del art. 241 de la LCT, si con anterioridad a las actuaciones administrativas envió al trabajador una comunicación en la que le notificaba el despido, ya que es inadmisibles proteger un comportamiento incoherente.

2 – Para justificar el despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo la empleadora debe acreditar que su gravedad impidió la prosecución del vínculo, que la situación no le es imputable y que respetó el

orden de antigüedad del personal, por ello no constituyen tal causal las dificultades económicas aunque alcancen la generalidad de las actividades y asuman la forma de crisis.

3 – Resulta procedente la sanción del art. 1 de la ley 25.323 ante la reticencia de la empleadora a suministrar los libros laborales y la discordancia entre la fecha de ingreso que surge del legajo personal del trabajador y la asentada en los recibos de haberes.

C. NAC. TRAB., sala 9ª, 30/5/2014 – Lo Giudice, Miguel Santos v. Editorial Sarmiento S.A.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

El Dr. *Balestrini* dijo:

I.- La sentencia de primera instancia hizo lugar, en lo sustancial, a la demanda y viene apelada por la editorial accionada a tenor del escrito de fs. 436/440, que mereció la réplica de su contraria de fs. 448/455.

II.- El recurso, en cuanto insiste en sostener la operatividad del art. 241 de la LCT como modo de culminación de la contratación habida, luce insuficiente (art. 116 de la LO), en tanto pasa por alto el fundamento central de la sentencia, que descartó la configuración del mutuo acuerdo regulado en esa norma sustantiva, frente a la existencia de una comunicación previa a las actuaciones administrativas (del 28/12/2008), que cursó la propia apelante y que notificaba el despido del actor fundado en el art. 247 del mismo cuerpo legal. Esa circunstancia no menor, persuadió a la judicante –con criterio que comparto– para resolver la controversia, en el sentido que la relación de trabajo concluyó en aquella fecha, careciendo de relevancia las actuaciones posteriores seguidas en sede administrativa que derivaron en el alegado acuerdo.

Como indicara, el planteo no sólo no contiene la crítica concreta y razonada de esa conclusión medular, sino que intenta otorgar validez a un acto jurídico que procura privar de eficacia a uno anterior deliberado, que la compromete en el rumbo así emprendido. No se debe perder de vista que la regla *venire contra factum proprium nulla conceditur* veda a un sujeto adoptar conductas contradictorias con otras anteriores plenamente eficaces, con determinado significado jurídico, ya que es inadmisibles proteger un comportamiento incoherente. Es mi parecer que la recurrente no puede pretender seriamente desligarse de las consecuencias jurídicas derivadas de aquella comunicación preterita, en donde, insisto, notificó su decisión unilateral de resolver la contratación.

III.- En mi opinión, corresponde extender similares consideraciones al agravio emparentado con la improcedencia del art. 247 de la LCT.

En efecto, la judicante resolvió el tema con debido apego a las constancias de la causa (orfandad probatoria por parte de la recurrente) y con sustento en calificada doctrina y jurisprudencia que acceden al supuesto bajo estudio, mientras que el disenso de la parte se reduce a enunciar una serie de circunstancias vinculadas con el Procedimiento Preventivo de Crisis de Empresa, que lejos se encuentra de conmover el temperamento adoptado en la instancia de grado.

Es que las manifestaciones referidas al citado procedimiento preventivo resultan estériles a los efectos de resolver este puntual segmento de la litis, en tanto no es la falta de constatación de la crisis empresarial la que lleva a la desestimación de la defensa, sino la ausencia de elementos probatorios tendientes a acreditar la inimputabilidad de las causas que la originaron.

No debe soslayarse que tanto en los casos de fuerza mayor como en los de falta de trabajo, los requisitos legales de sus causas exculporias modulan sobre el concepto de inimputabilidad, estando la prueba de tal extremo a cargo del empresario, lo cual tiene su razón de ser en el riesgo propio de la empresa, que no juega como eximente de responsabilidad en los supuestos bajo examen. En tal sentido, se ha dicho que no constituye falta de trabajo la pérdida de un cliente potencial; la iliquidez; el pedido de convocatoria de acreedores; el alza de las materias primas; la existencia de una crisis general; la recesión del mercado; ni tampoco lo es la decisión judicial de decretar la quiebra de la entidad. Asimismo, no constituye fuerza mayor las dificultades económicas, aunque alcancen la generalidad de las actividades y asuman forma de crisis, debiendo considerarse que la actividad del empresario, es fuente de riesgos que debe soportar, siendo la norma una excepción al principio de ajeneidad del mencionado riesgo de la empresa.

En definitiva, tal como resolvió la magistrada, para justificar el despido por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo, la recurrente debió probar además que su gravedad haya impedido la prosecución del vínculo, que la situación no le es imputable y que respetó el orden de antigüedad del personal. Como fue indicado, el recurso no contiene ninguna referencia al respecto, lo cual conduce a su ineficacia, en los términos de la norma adjetiva antes anotada.

IV.- La sentencia cuantificó los créditos a partir de los datos suministrados por la prueba pericial contable (fs. 195/198), tomando como base de cálculo de la indemnización por despido, la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada durante el último año de prestación de servicios; y para el resto de los rubros, el promedio resultante de ese mismo lapso.

El planteo da cuenta de una impugnación realizada oportunamente sobre la experticia, cuando, sabido es que los recursos de apelación deben ser autosuficientes, es decir, que las meras remisiones a presentaciones anteriores no acceden a la calidad de agravios en sentido técnico-jurídico. Asimismo, observo que el cuestionamiento relativo a la incidencia de las “gratifi-

caciones” sobre dicha base, como el de la medida de los restantes rubros diferidos a condena, fueron introducidos con latitud equivalente a ausencia total de articulación (art. 116 de la LO).

Por lo demás, la sentencia admitió la reclamación de salarios devengados por no encontrarse agregados a la causa los respectivos recibos de haberes demostrativos de la oportuna cancelación de tales conceptos.

El disenso omite toda referencia respecto del cumplimiento de los recaudos legales previstos en el art. 138 y concordantes de la LCT, en los que se fundó la decisión condenatoria, y por consiguiente no existe posibilidad de acceder a la queja.

V.- El art. 2° de la ley 25.323 agrava en un cincuenta por ciento de sus respectivos montos las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT cuando el empleador fehacientemente intimado a su pago no lo cumpla y obligue al trabajador a iniciar acciones judiciales o conciliatorias previas tendientes a su cobro; supuesto éste, configurado en el *sub lite*.

La parte final de la norma autoriza a reducir parcialmente el importe de la agravación, hasta su exoneración, si hubiesen existido causas que justificaren la conducta reticente del empleador. Cuando, como en el caso, se han desestimado las causas de falta de trabajo y fuerza mayor y, además, la principal ni siquiera pagó la indemnización reducida del art. 247 de la LCT, ni la sustitutiva de preaviso (arts. 232 y 233 de la LCT), siendo que las debía de todos modos; es mi parecer que todo ello determina el pago íntegro de la multa, puesto que no fueron satisfechas las cargas indemnizatorias exigibles aun desde el punto de vista de la recurrente.

VI.- La sanción contenida en el art. 1° de la ley 25.323 fue decidida en el marco de la reticencia observada por parte de la demandada de suministrar al perito contador los libros laborales y demás desprolijidades que dio cuenta su informe (fs. 195/198), entre las cuales, cabe agregar, se encuentra la discordancia existente entre las fechas de ingreso que surgen del legajo personal del actor (11/10/1978) y la asentada en sus recibos de haberes (1/2/1979).

La objeción de la accionada, que descansa únicamente sobre la negación dogmática de tales extremos, pasa por alto aquella desavenencia, que, como fue dicho, también formó convicción en la judicante. En otras palabras, independientemente de la plausibilidad de las excusas ensayadas respecto de la reticencia que informó el perito, lo definitorio es que la recurrente no ofrece ninguna explicación sobre la contrariedad indicada en torno a la incorporación del trabajador, que, cabe

destacar, surge de su propia contabilidad y registros. En ese contexto, se impone confirmar el decisorio sobre el particular, puesto que tal como fue decidido, las irregularidades detectadas conducen a la operatividad del art. 55 de la LCT.

VII.- La forma que fue resuelto el capítulo anterior determina la improcedencia de la queja relacionada con la multa del art. 45 de la ley 25.345, en tanto se debe entender que la empleadora no cumplió debidamente con la obligación de hacer que impone el art. 80 de la LCT, pues los instrumentos supuestamente entregados al trabajador no se ajustan a lo que se ha tenido como verdad en el proceso –relativo al comienzo de la vinculación– que es lo que resulta vinculante para las partes. Desde tal óptica, se verifica en el caso el presupuesto de procedencia al que alude la norma legal.

VIII.- En lo atinente a las sanciones conminatorias del art. 132 bis de la LCT, cuyo acogimiento también motiva la queja de la demandada, he de señalar una vez más su insuficiencia recursiva (art. 116 de la LO).

En efecto, el memorial alude a que la *a quo* “ha desoído la adhesión que esta parte ha efectuado al decreto 1145/2009, el cual otorga la posibilidad a las empresas periodísticas de canjear su deuda dirigida a los organismos de Seguridad Social por pauta publicitaria...” (ver fs. 438 *in fine*), para luego citar las implicancias derivadas de tal circunstancia, como asimismo las del plan de facilidades al que se acogió y demás pormenores que rodearon a su situación fiscal.

Contrariamente a lo sostenido por la apelante, la magistrada trató ese particular resguardo, desestimándolo de todos modos porque las constancias con las que se intentaba hacer valer esa defensa comprendían a una época acotada del cumplimiento de la obligación, ya que en períodos posteriores la *a quo* detectó –a su decir, de la página web de la AFIP– nuevas retenciones indebidas; las cuales, sumadas a las informadas por parte de la obra social, la persuadieron para resolver la viabilidad del reclamo inicial. En ese marco, restó trascendencia al supuesto acogimiento y cumplimiento de pago del plan de facilidades alegado por la deudora, ya que esta situación fue introducida extemporáneamente.

Como anticipo, ninguna de esas conclusiones fue sometida a la crítica concreta y razonada a la que remite el art. 116 de la ley 18.345 para el examen de suficiencia de los recursos de apelación. La queja se limita a señalar el cumplimiento de distintos recaudos legales vinculados con la temática, sin indicar los medios probatorios que conducirían a tener por cierto lo afirmado.

IX.- En cuanto a tasa de interés fijada en la sede de origen, aspecto que también motiva la queja de la demandada, no encuentro razones para apartarme de lo decidido en la anterior instancia, toda vez que lo allí dispuesto coincide con el criterio unánime receptado por la totalidad de las salas que integran esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que ha sido plasmado a través del dictado del acta 2357 (modificada por Resolución N° 8/02). Por ello, no cabe sino que ratificar el pronunciamiento de grado también en este sentido.

X.- Sugiero confirmar los pronunciamientos sobre costas y honorarios dictados en la instancia anterior, ya que la demandada resultó globalmente vencida y por ello no encuentro mérito para apartarme del principio general que rige en la materia, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (art. 68, primer párrafo, del Cód. Procesal Civ. y Com. Nación). Respecto de la regulación de honorarios de los profesionales actuantes, digo aquello porque guardan razonabilidad y proporcionalidad con relación a la importancia, el mérito y la extensión de las tareas desarrolladas y pautas arancelarias de aplicación (arts. 6°, 7° y 19 de la ley 21.839, 3° del decreto-ley 16638/57 y 38 de la ley 18.345).

XI.- Por lo expuesto y fundamentos propios de la sentencia apelada, propongo que se la confirme en todo lo que ha sido materia de apelación y agravios. Se impongán las costas de alzada a cargo de la recurrente vencida (art. 68, primer párrafo, del Cód. Procesal Civ. y Com. Nación) y se regulen los emolumentos de los letrados que suscriben las piezas dirigidas a esta Alzada, en el ...% de los asignados en la instancia de grado (art. 14 de la ley 21.839).

El Dr. *Pompa* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Gregorio Corach no vota (art. 125 de la LO).

A mérito del acuerdo al que se arriba, el tribunal resuelve: 1.- Confirmar la sentencia de fs. 426/434 en todo lo que ha sido materia de apelación y agravios. 2.- Imponer las costas de esta instancia a cargo de la demandada. 3.- Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos de fs. 436/440 y fs. 448/455 en el ...% de los asignados en origen. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- *Álvaro Edmundo Balestrini. – Roberto Pompa.*

ACCIDENTES DE TRABAJO

Daño resarcible – Incapacidad permanente parcial – Tope indemnizatorio – Inconstitucionalidad del decreto 1278/2000 – Cálculo de la indemnización con prescindencia del tope legal – Aplicación del régimen tarifario del decreto 1694/2009 – Accidente anterior a su entrada en vigencia – Actualización de prestaciones dinerarias

1 – El tope al que alude el decreto 1278/2000 del Poder Ejecutivo Nacional en relación al art. 14.2.b. de la ley 24.557 debe ser declarado inconstitucional de oficio cuando por su aplicación el importe que arroja el cálculo de la reparación de conformidad con la fórmula tarifaria que modula sobre la cuantía del salario percibido por el trabajador es insuficiente y desnaturaliza el régimen de reparación de infortunios laborales que el legislador pretendió resguardar, el cual debe satisfacer al menos la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia.

2 – La aplicación del régimen reparatorio tarifado establecido en el decreto 1694/2009

del Poder Ejecutivo Nacional a los infortunios anteriores, no afecta derechos patrimoniales de la aseguradora puesto que, una vez entrado en vigencia, ésta adecuó inmediatamente sus primas a las nuevas pautas según las reglas que aprobó la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, lo cual implica que ha financiado sus obligaciones futuras mediante las primas que comenzó a percibir actualizadas de acuerdo al nuevo régimen de tarifas aprobado por la autoridad respectiva concomitantemente con la entrada en vigencia de las reformas.

3 – El texto de los arts. 8 y 17, apartado 6, de la ley 26.773 no dispone la actuali-

zación de las obligaciones indemnizatorias adeudadas sino de los importes del art. 11, apartado 4, de la ley 24.557 y de los valores de referencia de los arts. 14 y 15, convertidos en mínimos garantizados por el decreto 1694/2009 del Poder Ejecutivo Nacional, montos a los que los jueces deben acudir a la hora de determinar la cuantía

de las reparaciones correspondientes, por lo que sólo no superándose los valores mínimos tarifarios, cabe hacer aplicación de la readequación en los términos de la nueva normativa.

C. NAC. TRAB., sala 2ª, 30/5/2014 – Rodríguez Aralla, Lucio Leonardo v. La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A.

2ª Instancia.- Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

La Dra. González dijo:

Contra la sentencia dictada en Primera Instancia a fs. 282/289, interponen recursos de apelación la accionada y el actor, a tenor de los memoriales que lucen a fs. 297/303 vta. y a fs. 305/316 vta., respectivamente, cuyas réplicas obran a fs. 318/237 vta. y a fs. 330/334 vta. A su vez el perito médico, a fs. 290 y 292, cuestiona los honorarios fijados a su favor, por estimarlos bajos.

La accionada objeta que se hayan aplicado las previsiones contenidas en el decreto 1694/09, pese a que el siniestro denunciado por el accionante fue anterior a la entrada en vigencia de dicha norma, y en este sentido aduce que se la condenó en exceso de las obligaciones asumidas por el contrato de afiliación, pues se estableció el *quantum* de la prestación dineraria a su cargo sin aplicación del tope dispuesto en el art. 14. 2 a) (conf. decreto 1278/2000).

El accionante cuestiona que se haya denegado su planteo de inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 de la ley 26.773, y, consecuentemente no se hayan aplicado las mejoras dispuestas por la precitada ley sobre las prestaciones dinerarias de la L.R.T. y del decreto 1694/09. A su vez, impugna la incapacidad física receptada en la sentencia de la anterior instancia, y la ausencia de incapacidad psicológica determinada, a la vez que objeta que –según aduce– se hayan omitido los factores de ponderación al determinar el grado de incapacidad que padece el accionante. También se queja de que la judicante *a quo* haya omitido expedirse sobre la procedencia de la condena a la accionada al pago de la prestación dineraria por incapacidad laboral temporaria prevista en el art. 13 de la L.R.T., reclamada en la demanda. Además objeta que se haya adoptado el 15/05/09 como fecha a partir de la cual deben correr los intereses del monto de condena, en lugar de que éstos se calculen desde el 05/05/09 (fecha del accidente). Por su parte, la representación le-

trada del accionante cuestiona sus emolumentos, por considerarlos bajos.

Por razones de orden metodológico, primeramente analizaré los cuestionamientos introducidos por el actor, en relación a la incapacidad física, psíquica y a los factores de ponderación, en virtud a que su resolución puede incidir en los restantes agravios vertidos por las partes.

En orden a la valoración de la prueba pericial médica, analizadas las probanzas aportadas a la causa a la luz de la sana crítica señalaré que el experto, designado de oficio en la causa, a fs. 113/117, fs. 132 y fs. 151 concluyó que el actor, como consecuencia del accidente *in itinere* objeto de autos, presenta una incapacidad física parcial y permanente del 10% t.o., y en cuanto a la evaluación psicológica determinó que tiene 0% de incapacidad.

Si bien las partes objetaron esta evaluación pericial (fs. 119/122, 128/130, 153/156 y 158/vta.), se advierte que dichas impugnaciones carecen de argumentos científicos que alcancen a rebatir la sólida fundamentación sobre la cual el perito sustentó su conclusión.

El galeno explicó al responder los cuestionamientos deducidos, “respecto a la RMN informa lesiones meniscales crónicas evidenciadas por el examen semiológico, los mínimos cambios en el LCA no tienen significación a la clínica, dando un cajón anterior negativo, que indica la indemnidad del ligamento”. A la vez que expuso: “con respecto a la evaluación psicológica se evaluaron como una reacción vivencial anormal neurótica de grado leve I dado que el actor continúa trabajando (...) con un 0% de incapacidad, el psicodiagnóstico fue aportado en autos por la actora”.

A su vez, el especialista explicó en forma suficientemente clara cuáles son las distintas secuelas que dejó el accidente, así como la metodología científica utilizada para verificarlas y para graduar la minusvalía que ocasionan; lo que evidencia, que su opinión está basada en razones objetivas y científicamente comproba-

bles, que dan adecuado sustento a la conclusión pericial.

Asimismo, creo necesario recordar que los baremos que cuantifican incapacidades no constituyen una regla rígida –que deba aplicarse mediante simples operaciones aritméticas– sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona un cierto padecimiento en cada caso particular.

A su vez, cabe destacar que, contrariamente a lo sostenido por el actor, el perito tuvo en cuenta los factores de ponderación “por edad, dificultad grado leve, amerita recalificación, total 1%” (v. fs. 151).

La postura sustentada en las impugnaciones del accionante –que se reiteran en la queja– constituyen una mera discrepancia subjetiva con el criterio del médico que no alcanza a desvirtuar lo esencial de las consideraciones, vertidas por éste.

En tal contexto, considero que la pericia original y las respuestas a las impugnaciones, revelan que el experto ha efectuado un exhaustivo y pormenorizado análisis de los antecedentes médicos, de los estudios complementarios y de las circunstancias que rodean a este caso y que la conclusión a la que arriba es el fruto de un razonamiento objetivamente fundamentado.

Por ello y en tanto acuerdo al referido dictamen plena eficacia probatoria a los fines de esta litis (art. 477 Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación), concluyo que el daño resarcible en esta causa alcanza al grado de minusvalía indicado, por lo que corresponde desestimar las quejas en análisis.

A continuación evaluaré los cuestionamientos introducidos por la accionada, relativos a la aplicación del decreto 1694/09, pese a que el accidente acaeció el 05/05/2009, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma, y, consecuentemente, no se tuvo en cuenta el tope al que alude el decreto 1278/00 en relación al art. 14.2.b de la L.R.T., ni se hizo lugar a su defensa de “no seguro”.

Adelanto que, por los argumentos que detallaré a continuación, propiciaré desestimar los cuestionamientos efectuados por la accionada en cuanto a través de ellos se postula la aplicación al caso del tope máximo establecido en el decreto 1278/00 que esta Sala, reiteradamente, ha descalificado con base constitucional.

En forma liminar creo conveniente referir que, si bien en casos de aristas similares en los que se debatía el modo de cálculo de una indemnización no satisfecha, proveniente de un infortunio acaecido con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto 1694/09,

esta Sala, a través del voto concordante de mis colegas, estimó innecesario pronunciarse acerca de la adecuación constitucional del tope establecido en el art. 14.2.a) sobre la fórmula tarifaria prevista en esa misma normativa, al considerar aplicables las modificaciones introducidas por el mencionado decreto a las consecuencias jurídicas no satisfechas derivadas de acontecimientos o contingencias nacidas a la luz de la normativa anterior (ver, entre otros, “Báez, Carlos César c. Berkley Internacional ART”, SD 99987 del 12/12/11 y “Villareal, Hugo c. Asociart ART s/accidente ley especial” SD 100189 del 29/2/12), tal como lo sostuve al emitir mi voto *in re* “Mariani, Nicolás Rafael c. Mapfre Argentina ART S.A.” (SD 100598 del 5/6/12) no comparto ese posicionamiento al entender que la aplicación de la nueva normativa a situaciones jurídicas consolidadas, con anterioridad, resulta contraria al principio de irretroactividad de las leyes, aun cuando las prestaciones debidas no se hubieren hecho efectivas (art. 18 CN y art. 3 Cód. Civil). Este criterio ha sido recientemente convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Calderón, Celia c. Asociart ART s/accidente” (sentencia del 29/4/14), por lo que propicio analizar al planteo revisor de la accionada a la luz de los lineamientos seguidos por esta Sala, entre otros, en el precedente “Mariani” antes citado en los que se declarara de oficio la inconstitucionalidad del tope tarifario establecido por el dec. 1278/00 (ver con igual criterio, voto reciente del Dr. Maza *in re* “Otero Ferreyra, Daniel c. Mapfre Argentina ART” – SD 103080 del 28/4/14).

Al respecto cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ascuá”, ha tenido oportunidad de expedirse en un caso que guarda analogía con el presente, en el que en base a la interpretación del art. 14 bis de la Constitución Nacional, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (entre otros instrumentos internacionales) señaló que, “...la modalidad indemnizatoria que escoja el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado –al cual apuntan los textos transcritos–, no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima. Luego, resulta evidente que si bien el art. 8 de la ley 9688 (según ley 23.643) atendió, como principio, a la mentada pérdida por medio del cómputo de la reducción del salario de la víctima, impidió, a la postre, que esta finalidad fuese lograda en los supuestos en los cuales, como el de esta controversia, resultó aplicable el importe indemnizatorio

máximo que preveía. Este último arbitrio, en breve, no se adecuó a los fines que la norma debía –y pretendió, aunque sólo como principio– consagrar (“Azar” Fallos: 299:428, 430, y sus citas). La conclusión que se acaba de asentar, por lo demás, encuentra definitivo sustento en reiterada jurisprudencia de la Corte en cuanto tiene expresado que el trabajo humano exhibe características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional (“Mansilla”, Fallos: 304:415, 421 y su cita). Más todavía; dicha justicia no es otra que la justicia social, vale decir, aquella por la que se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad” (“Berçaitz”, Fallos: 289:430, 436 –1974–; v., entre otros, además del ya citado caso “Aquino”: “Prattico c. Basso y Cía.”, Fallos: 246:345, 349; “Roldán c. Borrás”, Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas, y “Pérez c. Disco SA”, Fallos: 332:2043, 2057/2058 y sus citas - 2009). Justicia esta que, por lo pronto, inspiró la elaboración y sanción del citado art. 14 bis, según lo asentaron con entera nitidez los reformadores de 1957 (v. la exposición de los convencionales Jaureguiberry –informante del despacho de la Comisión Redactora–, PEÑA, PALACIOS, SCHAPOSNIK, POZZIO y MIRÓ, Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente. Año 1957, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1958, t. II, págs. 1221, 1253, 1262 y 1267, 1293 y 1344, respectivamente), así como el reiteradamente citado PIDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 12 El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), 1999, párr. 4). En el campo de los derechos humanos, asimismo, el principio *pro homine*, exige que aquéllos sean interpretados con la mayor amplitud que permita la norma que los reconozca, y censura, por ende, toda exégesis restrictiva (“Madorrán”, Fallos: 330:1989, 2004 - 2007), cuanto más que, de acuerdo con reiterada y conocida doctrina, el trabajador es sujeto de “preferente tutela constitucional” (“Vizzoti”, cit., ps. 3689 y 3690; “Aquino”, cit., ps. 3770 y 3797, y “Pérez c. Disco SA”, cit., ps. 2054/2055). Tampoco puede ser pasada por alto otra advertencia formulada por el Tribunal en cuanto a que una discapacidad de carácter permanente, como lo es la *sub examine*, repercutirá no sólo en la esfera económica de la víctima, sino también en diversos aspectos de su personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural y social, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la

vida. Un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador –y, en su caso, a la familia de éste– a una reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a la que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inculcable por mayúsculo.

Es precisamente por ello que el medio reparador, de ser inadecuado o insuficiente, puede añadir a la mentada frustración una nueva (“Milone”, cit., p. 4619). Tal es el caso del régimen en estudio dado que, circunscripto legalmente el objeto de la indemnización dineraria a la sola pérdida de la capacidad de ganancia, ni siquiera posibilita, como le era debido, que ésta sea evaluada satisfactoriamente por imponerle un tope a su cuantía. No cabe olvidar, además, que dicha pérdida atañe nada menos que a un elemento central de la subsistencia digna del grueso de la población: el salario, esto es, el medio por el cual el trabajador se “gana la vida” (“Pérez c. Disco SA”, cit., p. 2055). Lo expresado dos emisiones antes muestra, por otro lado, que la pretensión del actor no implica trasladar al ámbito de la ley 9688 elementos impropios de un régimen tarifado que tendió a equilibrar, v.gr., la responsabilidad del empleador *supra* indicada (considerando 51, tercer párrafo) mediante la limitación a un solo tipo de daño reparable económicamente: capacidad de ganancia o pérdida de ingresos del empleado accidentado. De lo que se trata, cabe reiterarlo, es de declarar no la invalidez de esa última limitación (tipo de daño), tema ajeno a la litis, sino la del tope que opera sobre la cuantía de ésta anteriormente objetado, por ser ello incompatible con el *corpus iuris* del que se ha hecho mérito, plenamente aplicable a las modalidades tarifarias en la materia. Que, en consecuencia, cabe decidir que el tope legal de la reparación aquí impugnado (art. 8, inc. a, segundo párrafo, de la ley 9688, según ley 23.643) resulta inconstitucional y, por ende, inaplicable para resolver la presente contienda (CSJN, 10/8/10, “Ascua, Luis Ricardo c. SOMISA”, LL, 2010-E-647, Fallos: 331:1361).

Aunque lo expuesto por la Corte en el fallo precedentemente transcrito se encuentra referido al tope establecido en la derogada ley 9688, sus consideraciones resultan plenamente aplicables al tope indemnizatorio que la accionada invoca en estos autos, en cuanto allí se señala que la modalidad indemnizatoria que escogió el legislador para cumplir con la protección constitucional del empleado frente a los daños derivados de accidentes o enfermedades laborales bajo un régimen tarifado no puede válidamente dejar de satisfacer, al menos, la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima.

Éste ha sido el criterio interpretativo con que se expidieran mis colegas, Dres. Maza y Piroló, *in re* “Figueroa, Diego M. c. Consolidar ART S.A.” (SD 99975 del 6/12/11); el propuesto por el Dr. Miguel Ángel Maza en Tratado Jurisprudencial y Doctrinario –Derecho del Trabajo. Riesgos del Trabajo–, T. I, La Ley, Bs.As. 2010, pág. 109) y el sostenido por la Sala IV de esta Cámara, entre otros, *in re* “Falbi, Cristian L. c. Mapfre Argentina S.A.” del 7/9/11 y en “Godoy Irene Viviana c. Mapfre Argentina ART s/ accidente - ley especial” (SD 95414 del 18/5/11); la Sala VI en los autos “González González Leonardo c. Asociart S.A. ART s/accidente” (SD 62934 del 31/5/11); la Sala V *in re* “Suárez, Fabio Roberto c. Mapfre Argentina ART” (SD 73970 del 21/3/12); la Sala VIII *in re* “Montivero, Duilio Gastón c. Asociart S.A. ART” (SD 38832 del 27/4/12) y, con argumentos disímiles, la Sala VII en los autos “Armella, Juan V. c. Mapfre Argentina ART S.A. s/accidente” (SD 43984 del 30/11/11).

En el caso bajo examen, por aplicación del referido tope, el importe de \$45.794,21 que arroja la aplicación de la fórmula tarifaria que modula sobre la cuantía del salario percibido por el trabajador afectado, se vería reducido a la suma de \$18.000, lo que pone en evidencia la insuficiencia del resarcimiento y la desnaturalización del régimen de reparación de infortunios laborales que el legislador pretendió resguardar (cfr. CSJN *in re* “Lucca de Hoz, Mirta Liliana c. Taddei, Eduardo y otros” –L.515.XLIII del 17/8/2010–), por lo que corresponde –a mi criterio– declarar de oficio la inconstitucionalidad del referido tope, dada la falta de razonabilidad que emerge de la aplicación de pautas tarifarias que permanecieron inmodificadas desde el año 2000 (cfr. CSJN “Rodríguez Pereira, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino”, del 27/11/2012; “Mill de Pereyra, Rita y otros c. Estado de Provincia de Corrientes” del 27/9/2001; etc.).

Consecuentemente, de prosperar mi voto, corresponde confirmar la sentencia de grado en cuanto hizo aplicación de la fórmula tarifaria prevista en el art. 14. 2 a) de la ley 24.557 con prescindencia del tope allí previsto –derogado por el dec. 1694/2009–.

Por otra parte, en atención a los términos en que la demandada formulara sus agravios, creo menester referir que no se advierte que la aplicación del régimen reparatorio tarifado establecido en el decreto 1694/09, a los infortunios anteriores, afecte derechos patrimoniales de la empresa de seguros puesto que, una vez entrado en vigencia aquél, ésta adecuó inmediatamente sus primas a las nuevas pautas según las reglas que aprobó en ese momento la SRT. Es decir que la A.R.T. demandada –que no pagó la reparación pa-

trimonial tarifada en su momento– ha financiado sus obligaciones futuras (entre éstas, aquellas que no abonó en su momento) mediante las primas que comenzó a percibir actualizadas de acuerdo al nuevo régimen de tarifas aprobado por la autoridad respectiva concomitantemente con la entrada en vigencia de las reformas.

En consecuencia, por lo expuesto, corresponde confirmar lo decidido en origen, en torno a la aplicación de las previsiones establecidas en el decreto 1694/09 al presente caso.

En cuanto a la objeción introducida por el accionante, quien peticona la aplicación de “las mejoras dispuestas por la ley 26.773 sobre las prestaciones dinerarias de la LRT y del decreto 1694/09”, considero que debe desestimarse la queja, pues, en el caso de autos, la indemnización establecida en origen no modula sobre los importes mínimos a los que aluden los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773 y el decreto 472/14 y, a su vez, la cuantía del resarcimiento a valores del mes de mayo de 2009 (\$45.794,21) con más los intereses fijados en grado desde dicha fecha hasta el de la sentencia de primera instancia (noviembre de 2013), arroja una suma superior a la que derivaría de proyectar la incapacidad comprobada (10% de la total obrera) sobre los valores de referencia establecidos para la prestación del art. 14. 2. a) de la LRT en la Res. SSS 34/13 para el mes de noviembre de 2013 (10% de % 476.649 = \$47.664,90).

Al respecto, resulta necesario referir que, según lo ha sostenido esta Sala en reiteradas oportunidades, la ley 26.773 no ha introducido al sistema de reparación de daños previsto en la LRT un mecanismo actualizatorio susceptible de aplicarse sobre el resultado de las fórmulas tarifarias de manera automática, por lo que la pretensión de aplicar sobre el importe establecido en la sentencia de grado el índice RIPTE, debe ser desestimado.

En atención a las cuestiones terminológicas e interpretativas que se han planteado en torno a la inteligencia de las disposiciones contenidas en los arts. 8 y 17.6 de la ley 26.773, cabe ponderar que, como lo estableció esta Sala, en la causa “Gómez, Hugo Armando c. Soluciones Agrolaborales y otros” (SI N° 64.750 del 3/12/13), “el texto de los arts. 8 y 17 apartado 6 no dispone la actualización de las obligaciones indemnizatorias adeudadas sino de los importes del art. 11 apartado 4 de la ley 24.557 y de los valores de referencia de los arts. 14 y 15, convertidos en mínimos garantizados por el decreto 1694/2009, montos a los que los jueces deben acudir a la hora de determi-

nar la cuantía dineraria de las reparaciones correspondientes”, por lo que sólo no superándose los valores mínimos tarifarios, cabe hacer aplicación de la readecuación peticionada en los términos de la nueva normativa.

Al respecto creo pertinente referir que como lo señaló el Dr. Miguel Ángel Maza *in re* “Surra, Fernando Rafael c. Taxi Naom SRL y otro” (SD 102855 del 28/2/14), en voto al que adherí, la ley 26.773 no ha introducido un mecanismo de indexación de las obligaciones en excepción a la prohibición vigente nacida de las leyes 23.928 (art. 7) y 25.561 (art. 4) sino solamente el ya descrito método automático de “mejoramiento” de las prestaciones del art. 11 apartado 4 y de los mínimos de referencia de los arts. 14 y 15 LRT con las mejoras del decreto 1694/09...- si el Congreso Nacional hubiese decidido generar una excepción a una regla tan trascendente como la establecida en la ley 23.928 -tan importante que fue ratificada con reiteración por la ley 25.561- lo hubiese hecho de manera clara y expresa. No encuentro aceptable admitir un cambio en la política del Congreso en una materia tan sensible como la económica y que se relaciona con el valor de la moneda por la vía de la interpretación ya que ello constituye un camino discutible, incierto y peligroso, siendo del caso recordar con énfasis que los jueces deben hacer un análisis cuidadoso de las consecuencias futuras y generales que sus decisiones particulares pueden generar...- En este plano me parece insoslayable valorar la advertencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hiciera en ocasión de validar la constitucionalidad de aquella doble prohibición de indexar en el caso ‘Massolo, Alberto José c. Transporte Del Tejar SA’ del 20/4/2010...”.

A su vez, a fin de establecer la pauta de comparación con sustento en la nueva normativa que invoca la recurrente (ley 26.773), debe considerarse que el artículo 8 de la ley 26.773 dispuso que los valores de referencia establecidos en las normas que integran el referido régimen, se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPTÉ (Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables) publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia.

El mencionado organismo del Estado ha publicado los valores correspondientes a los topes y montos fijados previstos en los arts. 11, 6 14 y 15 de la LRT (ver Resoluciones SSS 34/13 y 3/14). Así, a la fecha del pronunciamiento de grado el importe de \$180.000 es-

tablecido como mínimo en el decreto 1694/09 para una incapacidad parcial permanente total (art. 14 LRT), se incrementó a \$476.649 (conf. Res. SSS 34/13) y para disponer tal readecuación, la SSS ha tomado en consideración índices de ajuste (RIPTÉ) que, en sí, no resultan ajenos a la adopción de una tasa de interés variable como la establecida mediante Res. 2357/02 de esta Cámara. Dicha circunstancia ha llevado a este tribunal a disponer la aplicación de una tasa de interés diferenciada durante el período computado en el ajuste de las prestaciones mediante la aplicación de las nuevas disposiciones (dec. 1694/09 y ley 26.773).

En efecto, en los autos “Ronchi, Jorge Hugo c. Consolidar ART S.A.” (S.D. 102.453 del 11/11/13) esta Sala ha sostenido que al adoptarse como pauta o parámetro para la fijación de la prestación debida el índice RIPTÉ, debe reformularse la condena en cuanto a los intereses a aplicar en tanto, como esta Sala lo ha sostenido en reiteradas ocasiones, la tasa activa fijada por el Acta 2357 de esta Cámara a raíz del dictado de la ley 25.561 no modula únicamente intereses moratorios, sino que también refleja la alteración de las variables económicas vigentes desde el año 2002 con carácter claramente resarcitorio (ver, entre otros, voto del Dr. Miguel Ángel Maza *in re* “Peralta, Flavio Daniel c. Emperent S.A.”, S.D. 98.848 del 30/12/10), por lo que de aplicarse en forma conjunta el RIPTÉ y dicha tasa de interés, se estaría admitiendo un doble mecanismo de readecuación del valor de la prestación debida.- En tal entendimiento, y tal como lo sostuvo la Sala IX de esta Cámara *in re* “Robelli, Gastón H. c. Asociart ART S.A.” (S.D. 18.950 del 30/9/13) al decidir un caso sustancialmente análogo al presente, corresponde hacer uso de las facultades conferidas por el art. 622 del Cód. Civil (CSJN *in re* “Banco Sudameris c. Belcam S.A. y otros” del 17/5/94), por lo que cabe aplicar sobre la indemnización establecida (...) con más su adecuación por aplicación de los nuevos valores de referencia vigentes, un interés moratorio del 12% anual desde el alta (...) hasta el momento en que quede firme la liquidación a practicarse en la etapa prevista en el art. 132 de la L.O.

Desde la perspectiva expuesta, de aplicarse al presente caso los lineamientos de la nueva normativa (ley 26.773 y dec. 472/14), a la suma de \$476.664,90 (10% sobre el mínimo fijado por la Res. 34/13 para el art. 14.2 a) de la LRT), correspondería adicionar intereses desde mayo de 2009 hasta el 31/12/09 a la tasa fijada en grado y a partir de allí un interés del 12% anual hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, lo que arrojaría un total a valores del mes de noviembre de 2013 de \$75.606,06 (\$47.664,90 más

58,62% en concepto de intereses) que resulta inferior a la cantidad de \$83.024,90 que surge de aplicar intereses en la forma dispuesta en la sentencia de primera instancia sobre el importe de \$45.794,21 allí fijado (\$45.794,21 más 81,30% de intereses), por lo que por aplicación del principio de la *non reformatio in peius*, corresponde mantener la decisión adoptada en la instancia previa.

Asimismo advierto que, analizado el planteo de autos desde la óptica del criterio sostenido por los Dres. Maza y Pirolo tanto en "Graziano" como en "Ronchi" (entre tantos otros), y teniendo en cuenta que computando sobre ambas sumas en cotejo (\$45.794,21 según el régimen anterior y \$47.664,90 según la ley 26.773) intereses moratorios hasta noviembre de 2013, la aplicación de la nueva normativa no resulta más favorable al trabajador, corresponde por ende desestimar también desde dicha óptica, el planteo revisor propuesto.

En relación al agravio del accionante, en torno a las prestaciones por incapacidad temporaria desde el 05/05/09 (fecha del accidente) hasta el 16/06/09 (alta sin incapacidad), de conformidad con las previsiones del art. 13 de la L.R.T., corresponde hacer lugar parcialmente al reclamo, es decir, que cabe condenar a la accionada, a pagar la suma de \$2.658,59 (v. pericia contable fs. 198), por dicho concepto, en atención a que la norma establece que la prestación dineraria correspondiente a los primeros diez días se encuentra a cargo del empleador, y las siguientes las debe abonar la ART. En este sentido, cabe poner de resalto que la perito contadora, a fs. 197 aclaró que "de la documentación suministrada por la parte demandada no surge que al actor se le hayan abonado prestaciones por incapacidad temporaria o total, permanente o provisoria." En consecuencia, propicio que el importe precitado sea diferido a condena.

En cuanto a la apelación introducida por el actor, quien peticiona que los intereses resarcitorios del monto de condena corran desde el 05/05/09 (fecha del accidente), y no desde el 15/05/09 (como resolvió la Sra. Juez *a quo*), propiciaré desestimar la queja, pues de aplicar el criterio sostenido por esta Sala al respecto se arribaría a un resultado desfavorable para el recurrente, lo que también resulta contrario al principio de la *non reformatio in peius* antes citado. Me explico.

Como lo ha señalado la más autorizada doctrina, el concepto de mora está referido a la dilación o tardanza en cumplir una obligación; o sea al retardo o retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del deudor ("Código Civil Comentado" dirig. por BELLUSCIO,

Ed. Astrea, T° 2, pág. 588). Desde esa perspectiva y a la luz de lo establecido en el art. 508 del Código Civil, no cabe sino concluir que la demandada se encuentra en mora en el cumplimiento de la obligación a su cargo desde que el daño quedó consolidado y el afectado, en condiciones de reclamar.

Esta Sala, a partir del fallo "Aslla, David Constantino c. Aldyl Arg. S.A. y Otro s/ Accidente - Acción Civil" (S.D. N° 102.405 del 30/10/2013 del registro de esta Sala) ha considerado inaplicable las Resoluciones SRTY 104/98 y 414/99 a los procesos judiciales en los cuales se reconocen resarcimientos en favor de las víctimas de accidentes y/o enfermedades derivadas del trabajo. En dicha ocasión sostuvo el Dr. Maza que "... el laxo régimen de plazos y de intereses contenido en las aludidas normas encuentra su lógica y racionalidad exclusivamente en el marco del especial proceso administrativo nacido de las constitucionalmente controvertidas reglas competenciales de los arts. 21 y 46 de la ley 24.557 y reglado por el decreto 717/1996 y la Res. SRT N° 460/2008... no es jurídicamente adecuado ni equitativo proyectar tales reglas a los supuestos de prestaciones económicas tramitadas y/o determinadas en sede judicial, sobre todo considerando que el régimen derivado de aquellas resoluciones es menos protectorio para el damnificado que las reglas del Código Civil, así como que este Tribunal tiene dicho desde hace varios años y en forma repetida que el daño derivado de la incapacidad laborativa permanente debe considerarse fijado, consolidado y resarcible a partir de la consolidación jurídica o del alta médica (conf. arts. 7 apartado 2, 8 y concs. LRT y 622 Código Civil)".

En consecuencia, toda vez que, de aplicar al caso de autos el criterio precedentemente referido, debería estarse a una fecha de inicio del cómputo de intereses posterior (alta médica -16/6/09-), al no haber sido dicho extremo cuestionado por la accionada ante la Alzada, corresponde mantener la decisión adoptada en la instancia previa por cuanto, de lo contrario, a influjo del recurso interpuesto por el reclamante, se operaría una modificación contraria a sus intereses.

En lo que atañe a las apelaciones de honorarios efectuadas, habida cuenta las labores realizadas, el valor económico del pleito y las pautas arancelarias que emergen de los arts. 38 L.O., 6, 7, 9, 19, 37 de la ley 21.839 y dec. 16.638/1957, los emolumentos fijados por la Sra. Juez *a quo* resultan adecuados, por lo que propongo su confirmación.

Por su parte, voto por imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada, conforme el principio objetivo

de la derrota, contemplado en el art. 68 Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación.

Con arreglo a lo establecido en el art. 14 de la ley 21.839, habida cuenta del mérito y extensión de la labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada, propongo que se regulen sus honorarios en el ...%, para cada una, de las sumas que les corresponda percibir respectivamente por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

El Dr. Maza dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto de la Dra. Graciela A. González, por análogos 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 de grado y elevar el monto de condena a la suma total de \$48.452,80 (cuarenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y dos pesos, con ochenta centavos), la que llevará intereses de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de grado; 2º) Confirmar las regulaciones 8 de honorarios efectuadas en la anterior instancia; 3º) Imponer las costas de Alzada a la demandada; 4º) Fijar los honorarios de esta instancia, a la representación letrada de la parte actora y a la de la demandada, en el ... por ciento (...%) para cada una, de lo que deba percibir cada una por sus trabajos en la instancia anterior; 5º) 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. – Miguel Ángel Maza. – Graciela A. González.

CONTRATO DE TRABAJO

Conjunto económico y responsabilidad solidaria – Recaudos de procedencia – Teoría del corrimiento del velo societario – Procedencia parcial de la acción – Despido

1 – La codemandada no resulta responsable en los términos del art. 31 de la ley 20.744, pues, aun cuando se considere que formaba un grupo económico con la empleadora, no resultó acreditada, a los efectos de la procedencia de la solidaridad, la consumación de maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

2 – Dado que no se advierte elemento de juicio alguno que acredite que los code-

mandados hayan realizado un uso abusivo o fraudulento de la sociedad ni que ésta haya sido constituida para lograr fines personales ajenos, cabe rechazar la aplicación de la doctrina del *disregard*, pues en tales condiciones, no están reunidos los recaudos que permitirían correr el velo societario en los términos de la mencionada doctrina.

C. NAC TRAB., sala 2ª, 29/5/2014 – Genova, Mariano Andrés v. Gellman S.A. y otros

2ª Instancia. – Buenos Aires, mayo 29 de 2014.

El doctor Pirolo dijo:

La sentencia de primera instancia hizo lugar, parcialmente, a las pretensiones deducidas en el escrito inicial y condenó a la codemandada Gellman SA a abonar al accionante algunos rubros salariales e indemnizatorios reclamados. En cambio, rechazó la acción incoada contra MDK Consulting SA, Alfredo Tubert e Irene Elordi.

A fin de que sea revisada esa decisión por este Tribunal de Alzada, interpuso recurso de apelación la parte ac-

tora, en los términos y con los alcances que explicita en su expresión de agravios.

A su vez, el perito contador a fs. 393 apela los honorarios que le fueron regulados por considerarlos bajos.

Al fundamentar la apelación, la parte actora sostiene que se agravia porque se rechazó la demanda interpuesta contra MDK Consulting SA por considerar que con la empresa condenada sólo existió una relación comercial. También se agravia porque el Sr. Juez desestimó la demanda deducida contra Alfredo Tubert e Irene Elordi por entender que no se habían reunido los presupuestos fácticos y jurídicos para extender la con-

dena a los principales administradores y directores de la empleadora del actor.

Sólo con el fin de adecuar el tratamiento de las cuestiones planteadas a un método expositivo que posibilite un lógico desarrollo argumental, estimo conveniente analizar los agravios expresados en el orden que se detalla en los considerandos subsiguientes.

Los términos de los agravios imponen señalar que el actor denunció, en el escrito inicial, que prestó servicios para Geliman SA y que desde el 30/8/06 cuando ésta presentó su concurso preventivo, MDK Consulting SA, como integrante del conjunto económico fue quien le facilitó la posibilidad de seguir exportando sus productos. Agregó que MDK Consulting SA es la empresa que lleva adelante la administración de Geliman SA.

Fundó la solidaridad pretendida en el supuesto previsto en el art. 31 LCT argumentando que se trata de dos empresas relacionadas. Refirió que de las órdenes de compra y de las cartas documento remitidas se desprende que ambas tienen el mismo domicilio. Sobre el particular, creo necesario recordar que tal como surge del fallo dictado por esta Sala (*in re* "Raffo Roberto Jorge c. Consultora Cabildo SH y otros s/ despido" SD N° 99.986 del 14/11/11), en reiteradas oportunidades he señalado que el art. 31 de la LCT establece la solidaridad entre empresas relacionadas o subordinadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, respecto de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con los trabajadores, cuando hubieran existido maniobras fraudulentas o conducción temeraria.

La configuración de un conjunto económico está dada cuando hay unidad, o sea uso común de ciertos medios personales, materiales o inmateriales; y también cuando una empresa está subordinada a otra de la cual depende por razón de capitales o de negocios comunes y siempre que las decisiones de una estén condicionadas a la voluntad de la otra o del grupo al que pertenezca.

La circunstancia de que algunas personas físicas ocupen, indistintamente, distintos cargos en el órgano directivo de ellas; y que, además, desarrollen una operatoria en común con respecto a los productos fabricados o comercializados o a los servicios ofrecidos, suelen ser elementos reveladores de que las sociedades en cuestión forman parte de un mismo grupo económico de carácter permanente.

La existencia de varias sociedades jurídicamente diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, no es obstáculo para considerar a los distintos integrantes de un grupo económico como responsa-

bles por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas con su personal (conf. "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario" Tomo I sobre "Relaciones individuales" Ed. La Ley, Año 2010 p. 359 y subs.).

Distintos fallos de la CNAT dan sustento a la postura expuesta precedentemente (Sala II, 19/05/2009, Bristot, Alberto Martín y otro c. Dialog S.A. y otros; Sala III, 24/06/2008, Liguori, Diego Marcelo c. Rápido Viajes y Turismo S.A. y otros, DJ 31/12/2008, 2551 DJ 2008-II, 2551, AR/JUR/6110/2008; Sala IV, 07/12/2009, Escudero, Marcos Claudio c. Cía. Láctea del Sur S.A. Ex Parmalat SA y otros, La Ley Online; AR/JUR/61923/2009; Sala VII, 30/04/2010, Botana, Jorge Eduardo c. Juan Carlos Oliva S. A. y otros, La Ley Online; AR/JUR/17136/2010; Sala VIII, 30/04/2010, Pichetto, Miguel Ángel c. Ubicar Argentina S.A. y otros, AR/JUR/17674/2010; Sala IX 10/02/2009, Dieleke, Alfredo c. Atomlux S.R.L. y otros, La Ley Online; AR/JUR/4322/2009; Sala X, 21/05/2009, Botindari, Leonardo y otros c. Air Plus Argentina S.A. y otros, AR/JUR/16504/2009).

En el caso de autos, se advierte que no existe identidad en las personas que ocuparon cargos directivos en una y otra empresa.

En efecto, obsérvese que de las constancias de autos se desprende que el Sr. Alejandro Marcelo Erlitz se desempeñó como Presidente de la demandada MDK Consulting SA –empresa dedicada, según su objeto social, al asesoramiento, estudios, proyectos, informaciones, investigaciones, organización, relevamiento, evaluación, análisis, instrumentación, puesta en marcha, inspección y administración a personas físicas o jurídicas en materia de planeamiento estratégico de gestión, mercados, ventas, costos, producción, recurso humanos, evaluación de personal, radicaciones de industrias y de capitales y de negocios inmobiliarios–; y que Mónica Silvia Arbitrio lo hizo como Directora Suplente (ver fs. 242/245). A su vez, del Acta de Asamblea General Ordinaria del 15/4/08 se designó el directorio ya que cesaron en sus cargos por vencimiento del mandato el Sr. Néstor Ariel Kreimer en su carácter de Presidente y de la Sra. Mónica Silvia Arbitrio, Directora suplente; los que fueron elegidos nuevamente en dichos cargos por un período de dos años (ver fs. 248vta/249).

En tanto, de fs. 254/258 se desprende que la Sra. Irene René Elordi ocupó el cargo de Presidente de Geliman SA –empresa que tiene como objeto, dedicarse por cuenta propia, o de terceros y/o asociada a terceros, en el interior o exterior de República a las siguientes actividades: Comercial: mediante, la com-

praventa, distribución, importación, exportación, mandataria y prestadora de servicios, como representante, consignataria o licenciataria en el país y en el exterior, de todo tipo de bienes muebles, mercaderías, materias primas y productos elaborados o no, químicos, plásticos, textiles, metalúrgicos, madereros y de la construcción. Industriales: Mediante la producción, fabricación, transformación y distribución de productos y sub-productos químicos, plásticos, textiles, metalúrgicos, madereros y de la construcción. Financiera: Mediante el financiamiento e inversión de operaciones nacionales e internacionales exceptuando las operaciones financieras comprendidas en la ley 21.526 y toda otra que requiera el concurso público– y que por Acta de Asamblea General Ordinaria Nro. 2 del 5/4/05 se dispuso que dicho cargo lo ocupara el Sr. Alfredo Héctor Tubert (ver fs. 261/262). De lo expuesto, se desprende que los directorios de las sociedades demandadas no estuvieron integradas por las mismas personas ni tuvieron una actividad común. No soslayo que el testigo Palavencino (ver fs. 376/377) –quien dijo que los demandados poseen una deuda con él por incumplimiento del acuerdo ante el SECCLO– declaró conocer a MDK Consulting SA porque cuando trabajaba en expedición llegó un día y le habrían dicho que no se iba a despachar más como Geliman y que entonces allí aparece MDK Consulting SA., lo cierto es que no recordó cuándo habría sucedido esa circunstancia. Luego agregó “que había una persona que trabajaba para Geliman en un principio y estaba en la parte de las oficinas y esta persona le dijo a partir de ahora en adelante los remitos iban a ir a nombre de la empresa MDK Consulting SA; sin embargo no dio precisión alguna acerca de quién fue la persona que habría dado dicha directiva; por lo que sus dichos traducen simples afirmaciones genéricas sin respaldo suficiente en elementos de carácter objetivo, que justifiquen el acaecimiento de los hechos descriptos pues no ha podido precisar cuándo se habría producido la aparición de MDK Consulting SA ni quién habría comunicado la modificación de los remitos que supuestamente pasaron a llevar el nombre de esta última.

En definitiva, considero que el testimonio reseñado, valorado de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCCN y 90 L.O.) carece de eficacia probatoria para acreditar que ambas constituyeron un conjunto económico de carácter permanente en los términos del art. 31 LCT.

Por otra parte, cabe señalar que, aún cuando por hipótesis se considere que ambas sociedades integraron un conjunto económico, tal circunstancia no implica necesariamente un supuesto de responsabilidad

solidaria en los términos del art. 31 LCT, pues cabe tener presente que la existencia del conjunto económico no merece, por sí sola ningún reproche legal.

Como es sabido, para que resulte viable la responsabilidad solidaria de las empresas que conforman un conjunto económico permanente, el art. 31 LCT exige que hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria; y, en el caso de autos, no resulta acreditada la consumación de las referidas maniobras. Sólo resta agregar, respecto a lo manifestado por el recurrente en torno a lo resuelto en otra causa judicial (ver fs. 397), que la circunstancia de que se haya concluido en dicha causa –en función de los hechos alegados y las pruebas allí producidas– que las sociedades aquí demandadas integraron un conjunto económico, no tiene efecto alguno de cosa juzgada en el presente pleito, razón por la cual no se aprecia configurada la posibilidad del “escándalo jurídico” que expone al apelar.

Desde esa perspectiva, propicio no hacer lugar a este segmento del recurso y confirmar lo resuelto en la sentencia de grado anterior en cuanto rechazó la demanda deducida contra MDK Consulting SA (cfr. art. 499 del Cód. Civil). En lo que respecta a la responsabilidad que pretende atribuírsele a la Sra. Elordi y al Sr. Tubert en su carácter de integrantes de la sociedad empleadora, considero que tampoco asiste razón al recurrente.

En efecto, en autos, no existe ningún elemento de convicción que pruebe que la sociedad que dirigieron en distintos momentos Elordi y Tubert haya sido constituida para defraudar los derechos de los acreedores o utilizada por sus socios para lograr fines propios o personales ajenos a la finalidad societaria como para aplicar la teoría del *disregard*.

La solución excepcional que admite la teoría de la penetración en la personalidad jurídica, exige invariablemente la prueba acabada de un uso abusivo o desviado de dicha personalidad, es decir, de que el ente societario sólo enmascara la responsabilidad de sus integrantes frente a posibles acreedores cuyos intereses se intenta defraudar (*brevitatis causae*, me remito a mi trabajo “Síntesis de la teoría de la penetración en la personalidad jurídica de la doctrina y la jurisprudencia. Su aplicación al derecho del trabajo”, en DT 1985 XLV-A, p. 483).

Descorrer el velo de la personalidad jurídica para extender la responsabilidad de ésta a todos o a algunos de sus integrantes requiere la demostración de que las personas físicas que lo integran se han valido de la figura societaria para el logro de fines puramente

individuales ajenos a los objetivos del ente. Como señala Carlos San Millán, el tercer párrafo del art. 54 de la ley 19.550 (modif. por ley 22.093), no está previsto para responsabilizar a los socios por los incumplimientos de los actos de la vida societaria, sino para los supuestos de uso desviado de la figura típica. Según este autor –cuya opinión tiene especial relevancia en este tema dado que integró la comisión que introdujo la reforma a la ley– “...no es estrictamente un supuesto de actuación de la sociedad sino más bien de los socios quienes usan la figura societaria, sean éstos los administradores o representantes”.

No se trata estrictamente de la actuación de la sociedad (en actos relativos a su objeto) sino del uso que se hace de la figura desde afuera (con otros propósitos que justamente no son los de la sociedad). Si no se trata de un acto societario “transitivo” (cuyas consecuencias recaen sobre un tercero por efecto de la personalidad societaria usada para beneficiarlo), no es posible descorrer el velo de la personalidad jurídica (conf. SAN MILLÁN, C. “Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales”, en T. y S.S. 1999, p. 1028). Este criterio también ha sido receptado en la jurisprudencia de esta Cámara (ver CNAT, Sala I, 21/9/99, “Crespi, Karina V. c. Instituto del Centenario SRL y otros”, en T y S.S. 1999, p. 1064; Sala I, 30/12/99, S.D. N°. 75.374 “Godoy, Miguel c. High Tec SRL y otros s/ despido”).

Tal criterio, por otra parte, aparece reflejado en distintos pronunciamientos emanados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que se remarcó que el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades comerciales es la personalidad diferenciada de la sociedad y de sus administradores (C.S.J.N., 31/10/02, “Carballo, Atiliano c. Kanmar SA (en liquidación) y otros”; y C.S.J.N., 3/4/03, P 1013 XXXVI, “Palomeque, Aldo c. Benemeth SA y otro”).

En autos, no se advierte elemento de juicio alguno que acredite que los codemandados Elordi y Tubert hayan realizado un uso abusivo o fraudulento de la sociedad ni que ésta haya sido constituida para lograr fines personales ajenos a la finalidad societaria. En tales condiciones, estimo que no están reunidos los recaudos que permitirían correr el velo societario en los términos de la doctrina mencionada. No se me escapa que existen ciertos casos en los cuales los directivos de una sociedad incurrían en maniobras delictuales o cuasidelictuales que pueden llegar a determinar su responsabilidad personal solidaria y así lo he admitido en numerosos pronunciamientos anteriores (conf. art. 59 y 274 LS).

Tal como lo expuse en mi trabajo “Aspectos procesales de la responsabilidad solidaria” (en Rev. de Derecho Laboral 2001-1, Ed. Rubinzal Culzoni), los casos en los que la Ley de Sociedades Comerciales prevé la responsabilidad directa y personal de los directores o gerentes, no tienen relación directa con la doctrina del *disregard*, sino con la comisión de ciertos ilícitos que van más allá del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales que, más allá de constituir un ilícito delictual o cuasidelictual en el ámbito civil (conf. art. 1072 y subs. del Cód. Civil), podrían llegar a encuadrar, incluso, en tipificaciones propias del derecho punitivo (arg. arts. 172 y 173 y conc. del C.P. y ley 23.771), como la falta de registración del vínculo laboral, o la anotación de una fecha de inicio posterior a la real o de una remuneración inferior a la verdaderamente abonada.

Ahora bien, en autos, el actor reclamó el pago de las horas extras no abonadas; por lo que la demandada no estaba obligada a registrar remuneraciones que si bien se devengaron nunca pagó, por lo que no se aprecia configurada una situación de clandestinidad que podría viabilizar su responsabilidad en los términos pretendidos.

En ese contexto, y a aun cuando una vez firme la condena al pago de las diferencias salariales derivadas de las horas extras no abonadas, la demandada debía efectuar los aportes previsionales y de obra social proporcionales a las diferencias viabilizadas en grado; entiendo que la falta de pago de las horas extras, en la medida en que no conlleva una defraudación al sistema previsional y que no se verifica esa situación de clandestinidad, pues la demandada –aunque con el defecto apuntado–, registró la relación. Si bien –como se vio–, no pagó las horas extras que el actor trabajó, ello no es suficientemente demostrativo de la “clandestinidad” que busca sancionar los arts. 8, 9, 10 y 15 ley 24.013 ni el art. 1 de la ley 25.323.

Por ello, en el caso de autos, estimo que no se configura ninguno de los supuestos en los cuales corresponde extender la responsabilidad de la sociedad al integrante de su órgano de dirección y administración ya que la falta de pago de horas extras trabajadas y la consiguiente incidencia que dichas horas extras habrían tenido en los aportes a la seguridad social, más allá de configurar un incumplimiento de la sociedad empleadora, no constituye una maniobra de fraude a la ley que importe la “clandestinización de la relación”, en los términos de la Ley 24.013 –cuyas indemnizaciones ni siquiera fueron reclamadas en autos– o de la ley 25.323 que justifique la extensión de responsabilidad pretendida en la demanda. Obsérvese que no

existió una incorrecta registración ni un ocultamiento de la relación laboral; y lo cierto es que la mera existencia de deuda en favor del actor, no evidencia por sí sola, reitero, un uso abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica de la codemandada Geliman SA.

En tales condiciones, considero que corresponde desestimar la queja y confirmar la decisión de grado en cuanto no hizo lugar a la pretendida responsabilidad de Elordi y Tubert (conf. art. 499 Cód. Civil).

En lo que respecta a las costas de Alzada, entiendo que por las especiales particularidades de la causa, el reclamante pudo verosímilmente entender que se encontraban asistido con mejor derecho a recurrir a esta instancia, por lo que propicio sean impuestas en el orden causado (art. 68 C.P.C.C.N.).

La apelación del perito contador deducida a fs. 374 debe ser desestimada. Ello así porque en atención al mérito y extensión de la labor desarrollada, a las pautas que emergen del art. 38 de la L.O. y del dec. 16.638/57 y al monto involucrado en el litigio, estimo que los honorarios que le fueron regulados no resultan reducidos, por lo que propicio su confirmación. En lo que respecta a los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la representación y patrocinio letrado de los codemandados

Tubert y Elordi, por las tareas realizadas en esta instancia, cabe regularlos en el ...% y ...%, respectivamente, de lo que le corresponda percibir a cada una de ellas por su desempeño en la instancia anterior (arts. 14 ley 21.839 y 38 L.O.).

La doctora *González* dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios; 2) Imponer las costas de Alzada en el orden causado; 3) Confirmar los honorarios regulados a favor del perito contador; 4) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la representación y patrocinio letrado de los codemandados Tubert y Elordi, por las labores desplegadas ante esta instancia, en el ... por ciento (...%) y ... por ciento (...%) de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por su desempeño en la instancia de origen; 5) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase.- *Graciela A. González. - Miguel Ángel Pirolo.*

CONTRATO DE TRABAJO

Despido del trabajador que se reintegró de licencia por enfermedad – Discriminación laboral – Violación de la Declaración Universal de Derechos Humanos – Enfermedad inculpable – Tutela antidiscriminatoria – Causal de despido – Despido sin causa

1 – Resulta discriminatorio el despido del trabajador dispuesto luego de su reintegro de una prolongada licencia por enfermedad inculpable, toda vez que si bien la enfermedad no es una razón discriminatoria expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, debe ser incluida en la cláusula abierta de “condición social” a la que aluden el art. 1º de la ley 23.592, el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la mucho más amplia de “cualquier otra

condición” prevista en el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2 – La circunstancia de que la enfermedad no sea detallada en las normas jurídicas como uno de los motivos de discriminación no es impedimento para que acceda a la tutela antidiscriminatoria, toda vez que esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos.

3 – Ante la falta de prueba, por parte del empleador, de que el despido del trabajador se debió a causas reales extrañas a la vulne-

ración de derechos fundamentales, corresponde tener por acreditado que la decisión rupturista obedeció a las enfermedades que debió atravesar el dependiente, y a las licencias pagas consiguientes, sin que modifique tal conclusión la falta de intencionalidad lesiva del empleador, porque la vulneración de los derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo.

4 – El trabajador carece de derecho a obtener el pago de una indemnización por

daño moral derivado de su despido directo, dado que la sucesión cronológica que expone en relación con el alta médica y el posterior despido permite concluir que no es, por sí solo, un elemento suficiente para considerar que la decisión extintiva obedeció a un castigo encubierto por razones de salud (Del voto en disidencia del Dr. Arias Gibert).

C. NAC. TRAB., sala 5ª, 23/5/2014 – P. R. v. T.A.R.S.A.

2ª Instancia. – Buenos Aires, mayo 23 de 2014.

El doctor *Arias Gibert* dijo:

Contra la sentencia dictada a fs. 325/331, que acoge favorablemente las pretensiones indemnizatorias deducidas en el escrito de inicio, se alzan las partes actora y demandada en los respectivos términos de los memoriales obrantes a fs. 336/343 y fs. 344/346.

Por su parte, el perito contador apela sus honorarios por entenderlos bajos (ver fs. 335). Trataré los agravios por orden lógico. La parte demandada se queja, en primer término, por cuanto la sentenciante de grado tiene por cierta la fecha de ingreso invocada por el demandante en el escrito de demanda.

En dicha presentación, el actor sostiene que "...comenzó a trabajar bajo relación de dependencia con el demandado el día 10 de diciembre de 2003, correspondiéndole la categoría profesional de chapista, oficial de la sección técnica (...) comenzó a prestar tareas en las líneas 115 y 150 que tenían sus sede en Villa Lugano.

Que allí realizaba tareas de chapista. Que el contrato no se registró" (ver fs. 6 vta.).

En el responde, la demandada afirma que "...contrariamente a lo que sostiene el actor en su demanda, este inició sus labores en la demandada el 01/12/2006, bajo la categoría de chapista de ómnibus de corta distancia..." (ver 61 vta.).

Al respecto concuerdo con la valoración de la prueba testimonial efectuada por la magistrada de grado.

En efecto, el deponente H. B. (ver fs. 283) declara que "...el testigo ingresó a TARSA en octubre del año 2005 hasta los primeros meses del año 2006 (...) Que ya estaba trabajando como chapista de la línea 134 cuando el testigo ingresó..."

El deponente R. P. (ver fs. 284) refiere que "...ingresó a trabajar en la línea mencionada en el año 1999 hasta el año 2009 (...) Que en cuanto a dónde trabajó el actor antes del año 2004 refiere que el actor trabajó en la línea 115. Que esto lo sabe ya que vino de la línea 115 y 134..."

Por su parte, C. B. (ver fs. 285) declara que "...ingresó en julio del año 2003 (...) Que no sabe hasta cuándo trabajó el actor en TARSA".

Que con el testigo estuvo hasta principios del año 2004 donde lo pasaron a otra línea. Que el horario del actor era el mismo que el del testigo y los días de trabajo también... Los tres testimonios parcialmente reseñados ubican la fecha de ingreso del demandante con bastante anterioridad al 2006 (año en el que la demandada sostiene como de ingreso del trabajador).

Estos testigos tienen conocimiento directo de los hechos sobre los que deponen, pues trabajaron con el accionante en la época en la que refirieron y las observaciones formuladas por la demandada no son aptas para restar valor convictivo a la prueba testimonial apuntada (art. 90 L.O.).

Por lo demás, los agravios de la demandada que se proyectan contra la procedencia de los rubros fundados en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, así como la cuantificación de los conceptos que prosperan se tornan abstractos por cuanto se sustentan en una formal fecha de ingreso que no coincide con la real. La parte actora se queja por cuanto la sentenciante de grado rechazó el reclamo por "daño moral".

Sobre este tópico me he expedido ampliamente en dos trabajos "La reparación extraforfataria en el derecho del trabajo" (Derecho laboral, Junio de 1990) y "La indemnización por despido" (Doctrina Laboral Errepar, Mayo de 1997). A los fines de no fatigar al juzgado con la transcripción de éstos, me limito a exponer sus

conceptos fundamentales. El despido es un acto válido pero ilícito. Esta afirmación de Justo López no merece discusión seria.

En tanto ilícito, obliga a reparar las consecuencias emergentes de su incumplimiento (la indemnización, tarifada o no, presupone la antijuridicidad). No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. La indemnización tarifada cumple una función similar a la de la cláusula penal del derecho común. Establece *ab initio* las consecuencias pecuniarias del incumplimiento.

Sin embargo, la indemnización del art. 245 RCT sólo contempla las consecuencias inmediatas del despido y no los daños mediatos causados mediante el despido cuando existe previsibilidad respecto del daño (relación de adecuación entre la previsibilidad y el nexo causal) y en ningún caso excluye el incumplimiento doloso. Es de destacar que la indemnizabilidad del daño (consecuencia del principio general *neminem laedere*) tiene raigambre constitucional en la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Ninguna ley del Congreso puede ser superior al mandato de los Constituyentes. Es entonces menester analizar si en el caso existió un perjuicio no reparado por la indemnización tarifada.

En la especie, la parte actora sostiene que el despido (directo) obedeció a una represalia por las licencias médicas que gozó el trabajador durante el último año de trabajo. Para así concluir, la apelante hace hincapié en la fecha del despido, la que aconteció "...a tan solo días de mi alta médica y por consiguiente de mi reincorporación laboral" (ver fs. 337).

En tal sentido, destaco que la sucesión cronológica que expone la parte actora en relación con el alta médica y el posterior despido no resulta por sí solo un elemento suficiente para considerar que la decisión extintiva obedeció a un castigo encubierto de la principal por razones de salud del trabajador, tal como se señala en la apelación.

Nótese que la recurrente no señala algún otro factor al menos indiciario que denote una conducta discriminatoria de la empleadora en este sentido. Por las razones expuestas, sugiero también confirmar este aspecto del fallo anterior. Teniendo en cuenta el mérito, importancia y extensión de las labores realizadas, las etapas cumplidas en el proceso y las pautas arancelarias vigentes, considero que los honorarios regulados al perito contador son equitativos, por lo que sugiero

confirmarlos (cfr. art. 38, L.O. y demás normas arancelarias vigentes).

Sugiero que las costas de alzada se impongan en el orden causado en atención a la suerte de los recursos (art. 68 CPCCN) y que se regulen los honorarios de las representaciones y patrocinio letrado de las partes actora y demandada por sus actuaciones en esta instancia en 25% de lo que les corresponda percibir por la anterior instancia (art. 14 de la ley de aranceles).

El doctor Zas dijo:

I) Por análogos fundamentos, adhiero al primer voto, con las salvedades que efectuaré seguidamente.

II) Como señalé en lo pertinente al emitir mi voto como integrante de la Sala V de la C.N.A.T. en las causas: "Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A." (sent. def. n° 68.536, del 14/06/2006), "Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina S.A." (sent. def. n° 69.131, del 21/12/2006), "Quispe Quispe, Néctar c. Compañía Argentina de la Indumentaria S.A." (sent. def. n° 70.349, del 20/12/2007) y "Belen, Rodrigo Hernán c. Jumbo Retail Argentina S.A." (sent. def. n° 70.913, del 20/08/2008): Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria.

Por ello, y teniendo en cuenta que el derecho a la no discriminación arbitraria, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y *supra* legal, sino que –como intentaré fundamentar más adelante– ha ingresado en el dominio del *jus cogens*, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente: "...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto inculpativo, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido.

Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación...

La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...” “...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada... De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta” (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación).

El art. 5º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que se aplica, efectivamente, “a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional”. Pero luego agrega que esto es “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional”. Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios –consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores– y hasta la naturaleza de los mismos –de carácter cuasilegislativo–, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T.

En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de “toda práctica ulteriormente seguida” en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio.

Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo. Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de

la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T.

El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. VON POTOBSKY, Gerardo “Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT”, en “Derecho Colectivo del Trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10).

Cabe destacar que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la citada disposición del P.I.D.C.P., que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la “dignidad inherente a la persona humana”, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal.

El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales.

Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el

mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia.

Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.

Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1° de octubre de 1999). Recientemente, el tribunal americano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados: “...18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan –para formar, por ejemplo, una relación de trabajo– el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispo-

ne de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente– que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte.

Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones”.

“19. En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección –y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso– que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo “Derecho se pretende justo –dice el tratadista español–, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad” (“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656).

A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).

La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2° de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2° de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación", LA LEY, 1995-D, p. 463).

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", LA LEY, 2005-D, p. 845).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.

Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124) (C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., "Mazzeo, Julio Lilo y otros").

En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y *supra* legal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el *onus probandi* quede articulado de la siguiente manera.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios.

Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales.

En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador. Los criterios precitados en materia de *onus probandi* en caso de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales también son seguidos por el Tribunal Constitucional de España (conf. –entre otras– STC 38/1981, de 23/11/1981, STC 111/2003, de 16/06/2003 y STC 79/2004, de 5/05/2004), y por la doctrina más pres-

tigiosa de ese país (conf. –entre otros– MONEREO PÉREZ, José Luis “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant Lo Blanch, “Colección Laboral”, Valencia, España, 1996 y BAYLOS GRAU, Antonio “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en “La prueba en el proceso laboral”, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, España, 1997) y por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (conf. sent. n° 2004-11437, del 15/10/2004, 2004-11984, del 29/10/2004 y 2005-13205, del 27/09/2005).

María Fernanda Fernández López profundiza esta línea hermenéutica, y destaca que aparecen elementos de origen muy diverso en la materia que nos ocupa: unos, tomados del juego de la prueba de presunciones, que como tal prueba debiera en principio conducir a la certeza, aunque fuera por deducción; otros, directamente vinculados con la noción de principio de prueba, mucho más flexible, en que cuenta más la apariencia que la seguridad, la sospecha fundada o la credibilidad que la certidumbre simplemente porque si se sobrepasa este nivel estaremos en presencia de prueba plena y no de principio de prueba.

De ahí que para la distinguida catedrática española la sospecha de discriminación –el principio de prueba de la misma, técnicamente– es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante, de otro modo, se corre un serio peligro de imponer a la parte protegida por estas reglas la prueba plena de la discriminación, desnaturalizándolas (conf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda “La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género”, La Ley, Temas, 1^a edición, 2008, Madrid, España, p. 133 y 150).

En resumidas cuentas: la articulación del *onus probandi* en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales del trabajador descripto precedentemente responde, no sólo a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental, sino fundamentalmente a las exigencias de tutela de los aludidos derechos. En fecha reciente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en el mismo sentido, con argumentos que, en lo sustancial, coinciden con los expuestos en este voto (conf. C.S.J.N., P. 489. XLIV., 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”).

III) No está controvertido en autos que relación de trabajo que vinculó a las partes quedó extinguida el 21/07/2008, fecha en la cual el actor recibió la carta documento emitida por la demandada el 16/07/2008,

cuyo texto reza en lo pertinente: “...A partir de la fecha prescindimos de sus servicios. Haberes e indemnizaciones de ley a su disposición en plazo legal...” (ver demanda y responde y sentencia de grado, no cuestionada en este aspecto).

Asimismo, está demostrado que el actor gozó de licencia paga por enfermedad inculpable durante 24 días de mayo, 19 días de junio y 14 días de julio, todos de 2008 (ver peritaje contable, respuestas al pto. 5) propuesto por la demandada y respuesta al pto. 16, propuesto por el actor –fs. 242/243 y 248–, no cuestionadas oportunamente por las partes; conf. arts. 386 y 477, C.P.C.C.N. y 155, L.O.). Los hechos expuestos, analizados a la luz de los principios y reglas enunciados en el considerando II) delineados según los estándares allí enunciados, me llevan a concluir que el despido del actor obedeció a las enfermedades que debió atravesar y a las licencias pagas consiguientes. La correlación temporal entre el reintegro del trabajador a sus tareas y el despido permite establecer, al menos indiciariamente, una relación de causa-efecto entre ambos hechos, creándose así una apariencia o sospecha de que el despido impugnado pueda ser una represalia del empleador motivada por la deficiente salud del trabajador.

Ante el panorama descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido del actor haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la mencionada represalia, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que la misma ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador.

No modifica la conclusión expuesta la falta de intencionalidad lesiva de la demandada, toda vez que la vulneración de los derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de dificultosa comprobación.

Este elemento intencional es irrelevante, bastando comprobar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento ilícito y el resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

IV) Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas *supranacionales* que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de orden

público internacional, por constituir principios básicos de la convivencia internacional.

Estos, que constituyen el denominado “*jus cogens*”, incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas *supra* estatales inherentes al ser humano y –sobre todo–, constatando la universalidad de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad. La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter *erga omnes* y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. ERMIDA URIARTE, Oscar “La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica”, en “Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur”, Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).

En similar sentido, explica Barbagelata que “todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos –entre los que se cuentan los laborales–, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens* (conf. BARBAGELATA, Héctor-Hugo “Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías”, en revista *Judicatura*, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, Nº 41, p. 134).

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de no discriminación (arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y concs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y concs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y concs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, “Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias *infra* constitucionales”, pub. en *Contextos, Revista Crítica de Derecho Social*, Nº 1, p. 181, Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997). Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.I de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, 1, 2 y 3 del Convenio Nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “...83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.

El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados (arts. 3.1 y 17 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna.

Este Tribunal ha indicado que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A Nº 4, párr. 54)...” “...84... se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos...”. “...85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.

Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional...” “...86 ...El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico...” “...87 ...la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.

No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 45. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párr. 55)...” “...88. El principio de igualdad y no discriminación posee carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias...” “...92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:” “...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas (O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7)...” “...98.

El concepto de *jus cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados.

Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”.

Por su parte, el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens* superviviente, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

El *jus cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales”. “99. En su evolución y por su propia definición, el *jus cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados.

El dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”. “100. Al referirse, en particular, a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la Corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.

El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y la garantía de los derechos humanos.

Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo la tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede

actuar en contra del principio de igual y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.” “101. En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección de la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico.

Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

Este principio (igualdad o no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*...” “...102. De esa obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, sin discriminación alguna y en una base de igualdad, se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas...” “...103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminaciones de jure o de facto.

Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, “104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones o prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.” “105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables, cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el prin-

cipio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.” “106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración...” “...140. En una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares.

Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*).

Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares...” “...146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales.

En lo que atañe a la presente Opinión Consultiva, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.” “147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.” “148 ...El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales”. “149. Esta obligación estatal encuentra asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es.

De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias, para enmendar situaciones discriminatorias *de iure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o grupo de empleadores, a nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores migrantes...” “...165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. “166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar los derechos en él reconocidos.

Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.” “167. ...la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la Convención Americana incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 165. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 178).

“...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.

La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*).

Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención

sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención.

Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C Nº 98, párr. 164. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C Nº 73, párr. 87. Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C Nº 72, párr. 179. Caso “Durand y Ugarte”, sentencia de 16 de agosto de 2000, serie C Nº 68, párr. 136. “*Principe allant de soi*”, *Échange des populations grecques et turques*, *Avis Consultatif*, 1925, C.P.J.I., *Recueil des Avis Consultatifs*, serie B Nº 10, p. 20). “...171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable.

Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este Tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional.

Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable...” “...173. Por las razones expuestas,” “La Corte,” “decide” “por unanimidad,” “Que es competente para emitir la presente Opinión Consultiva” “Y es de opinión” “por unanimidad,” “1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales.

Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.” “2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.” “3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.” “4. Que el principio fundamental de

igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional.

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. “5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares...” “...9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-empleado).

El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003). En el mismo sentido, caracterizada doctrina, con apoyo en jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirma que la prohibición de la discriminación en sus diferentes modalidades se encuentra recogida en una norma imperativa del Derecho Internacional General. Así, la prohibición de la discriminación en el ámbito laboral constituye en la etapa actual del Derecho Internacional un derecho humano laboral recogido en normas imperativas o de *jus cogens*.

En otras palabras, es una prohibición que constituye el *jus cogens* laboral (conf. CANESSA MONTEJO, Miguel F. “Los derechos humanos laborales, el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *jus cogens* laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, nº 72, p. 144).

Con estos parámetros considero que el despido dispuesto por la empleadora en forma casi inmediata del reintegro del trabajador a sus tareas luego de un período prolongado de licencia paga por enfermedad inculpa constituye un acto discriminatorio tutelado, precisamente, por la normativa antidiscriminatoria.

A mi modo de ver, la situación descrita encuadra en la noción de la discriminación prohibida por el ordenamiento jurídico. La prohibición de la discriminación tiene un origen reciente (de hecho, su desenvolvimiento,

hasta alcanzar su dimensión actual, comienza a partir de la Segunda Guerra Mundial), y sus presupuestos son muy diversos, pese a que conceptualmente guarda una estrecha relación con la igualdad.

De hecho, su presupuesto teórico reside en las transformaciones operadas en la concepción de lo que debe ser la igualdad en un Estado Social de Derecho, que necesariamente apuntan hacia la sociedad, y al reequilibrio de las desigualdades en ella existentes, que niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos.

El avance, lleno de dudas, hacia un sentido sustantivo de igualdad como objetivo, por lo mucho que tiene de crítica a esta situación social, prejurídica, es el presupuesto último en el que hunde sus raíces la prohibición de discriminación, aunque no necesariamente se confunda con ella.

Junto al anterior, se encuentran otros valores constitucionales que, al cruzarse con él, dan razón del sentido de la prohibición, y, desde luego, de su morfología y alcance: fundamentalmente, los valores inherentes a la dignidad de la persona humana. La positivización de la prohibición de discriminación parte de la constatación de la existencia en la sociedad de grupos o colectivos de personas sistemáticamente marginados, ciudadanos con una posición secundaria respecto de aquellos que gozan o pueden gozar de plenitud de posiciones de ventaja, pese al formal reconocimiento de su condición de “iguales” a éstos.

No se agotan aquí las bases teóricas de la prohibición, sino que es precisa una constatación adicional: que esta marginación tiene su origen en la pertenencia de los marginados a grupos delimitados por la concurrencia en sus miembros de condiciones personales, innatas al hombre, o resultado de opciones elementales, ejercitadas en uso de sus libertades esenciales.

De ahí la vinculación con la idea de dignidad humana, que, integrada en la variable anterior –la necesidad de otorgar un contenido real a la igualdad–, arroja el área potencial de acción de la prohibición de discriminación. En otras palabras: la prohibición de discriminación no es tanto, o no es sólo, un precepto de igualdad.

Lo que tipifica a la discriminación es esta doble matriz teórica, que se pone de manifiesto con sólo repasar sumariamente el desarrollo del concepto, particularmente en la normativa internacional, y que le vincula también y de forma necesaria con la defensa de los valores inherentes a la dignidad humana, cuya preva-

lencia requiere que se erradiquen estas manifestaciones de menosprecio hacia los mismos, y se subsanen los efectos por ellas provocadas.

Desde este punto de vista, la idea de igualdad viene entendida en un sentido más amplio, como desequilibrio peyorativo en el tratamiento que reciben los colectivos marginados por alguna de esas circunstancias que se acaban de mencionar, y es una fórmula que opera de una forma sumamente flexible; en todo caso, muy distinta de la propia del principio de igualdad formal.

De ahí que la comparación, la casuística concreta, ineludible en el juicio de igualdad, sin que pueda excluirse –porque muchas veces la discriminación se manifiesta en desigualdades puntuales–, tenga aquí escasa trascendencia, pues lo que realmente importa es el resultado de perjuicio a una persona o grupos de personas cuya dignidad queda en entredicho por la misma naturaleza causal del origen del perjuicio.

Y ello aun cuando en cada caso concreto no exista un término de comparación, constituido por un sujeto o grupo de sujetos que se han visto beneficiados por los actos u omisiones que perjudican a los discriminados. La cualificación por el resultado, porque es manifestación de una posición social de desventaja, es lo que realmente tipifica a la discriminación.

Por eso es posible detectarla en cualquiera de sus manifestaciones; aquellas en las que el resultado prohibido de diferenciación fundada en motivos inadmisibles se produce de forma directa –ya sea voluntaria o no, abierta u oculta–, tanto como en aquellas en las que el resultado se produce por la proyección de medidas de apariencia y significado neutrales, por alejados externamente de los criterios prohibidos, con efecto irrazonablemente perjudicial sobre los sujetos marginados (discriminaciones indirectas).

Todo ello permite, además, captar el sentido sustancialmente unilateral, protector, de la prohibición de discriminación, sin que tenga lógica alguna entender que las circunstancias eliminadas como factores legítimos de diferenciación son armas neutras, susceptibles de ser usadas para amparar tanto a los sujetos marginados como a los que no lo son. Si así fuera –y así sucederá si se insiste en proyectar sobre la discriminación la lógica del principio de igualdad, cuya entidad es bilateral, por lo mismo que descansa por naturaleza en la comparación y en la valoración de la razonabilidad de sus resultados– se provocaría un vaciamiento del concepto, una sustancial pérdida de su sentido, y, lo que es aún más peligroso, se crearía un obstáculo para apreciar la legitimidad de las medidas adopta-

das para suprimir la discriminación (conf. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, Relaciones Laborales, Editorial La Ley, España, 1993, tomo 1, p. 151).

En esta inteligencia, en el plano individual, toda discriminación adquiere un carácter humillante, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana; y en el plano social, la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar los bienes y derechos.

La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo (conf. VALDÉS DAL-RE, Fernando “Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación”, en “Igualdad de género y relaciones laborales”, VALDÉS DAL-RE, Fernando y QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz (directores), Ministerio de Trabajo e Inmigración Fundación Francisco Largo Caballero, España, 2008, p. 29).

La dignidad humana es una realidad difícil de definir y puede ser considerada desde muy diversos puntos de vista. En relación con la discriminación, interesa adoptar una perspectiva no estrictamente individual, sino social, que considere la sociedad en su conjunto y contemple la dignidad personal en su dimensión intersubjetiva, esto es, a partir de la situación básica de la persona en su relación con los demás.

Desde este punto de vista, la dignidad expresaría el reconocimiento de la libertad y la libertad (en igualdad) que a todos los seres humanos corresponde por el hecho de serlo, suponiendo una exigencia de paridad en la estimación social y en la posición jurídica básica de todas las personas, mandato incompatible con la discriminación (conf. ÁLVAREZ ALONSO, Diego y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Antonio “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, Revista Española de Derecho del Trabajo, Thomson Civitas, Madrid, España, octubre-diciembre 2006 (132), p. 1028/9; PÉREZ LUÑO, A. E. “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, 5^a ed., Tecnos, Madrid, España, 1995, p. 318).

En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos la dignidad aparece siempre conectada con la igualdad en un binomio inescindible, del que nace la prohibición de discriminación, en tanto que los

motivos discriminatorios prohibidos colocan a ciertas personas y grupos en una situación adversa o de inferioridad que supone una negación de esa igualdad básica de todos, y por ende, una afrenta a la dignidad humana.

Así, según la Declaración Universal de Derechos Humanos “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos inalienables de todos los miembros de la familia humana...” (Preámbulo), “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” (art. 1) y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...” (art. 2).

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptan al respecto los siguientes textos casi idénticos: “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables.

Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...” (Preámbulo de ambos pactos), “...Los Estados Partes... se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” (art. 2.2, PIDESC) y “Cada uno de los Estados Partes... se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentre en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...” (art. 2.1, PIDCP).

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la ausencia de tutela de la normativa antidiscriminatoria en este caso no puede estar basada en la sola circunstancia de que la enfermedad no sea uno de los motivos de discriminación enunciados en las normas jurídicas pertinentes, pues esa enumeración no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación, ni una interpretación restrictiva del alcance de cada uno de ellos.

En efecto, las causas expresamente indicadas en esas normas son las más extendidas socialmente y las que determinaron la aparición de la tutela antidiscriminatoria. Tal reconocimiento positivo se explica por el carácter particularmente odioso e históricamente arraigado de ciertas formas de discriminación, y tiene la virtualidad de despejar toda duda del intérprete acerca del tratamiento que merecen tales conductas.

Sin embargo, la prohibición de discriminación no se agota en las explícitamente vedadas, sino que se extiende a todas aquéllas conductas que participen de la misma lógica vejatoria de la diferenciación a partir de la pertenencia del sujeto a un grupo, de modo que resulta perfectamente adaptable a los cambios sociales y permite hacer frente a todo tipo de discriminaciones, aun cuando no estuvieran previstas inicialmente. Según la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) la lista de los motivos prohibidos de discriminación no es exhaustiva.

El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en “otra condición social” exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el art. 2.2. del PIDESC.

Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad.

Sin intención de exhaustividad, el CDESC enuncia entre los motivos de discriminación que podrían ser prohibidos en determinados contextos, la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil, la situación familiar, la orientación sexual, la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia, la capacidad jurídica de una persona por el hecho de estar encarcelada o detenida, o por hallarse internada en una institución psiquiátrica de forma involuntaria y la situación económica y social (conf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20, “La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, 02/07/2009).

En virtud de todas las consideraciones expuestas el despido del actor constituye un acto discriminatorio, pues está basado en un motivo prohibido por el ordenamiento jurídico. Si bien –reitero– la enfermedad no

es una razón discriminatoria expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, cabe ser incluida en la cláusula abierta de “condición social” a la que aluden el art. 1° de la ley 23.592, el art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la mucho más amplia de “cualquier otra condición” prevista en el art. 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los principios fundamentales es el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, op. cit., p. 180).

Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló: “...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador.

Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador.

Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno.

De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente...” (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En la misma opinión consultiva el máximo tribunal interamericano destacó: “...Hoy día... no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o

convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición...” (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En este contexto, “cualquier otra condición” es el motivo de discriminación más amplio y favorable para la tutela del trabajador a la luz del cual, y siguiendo los criterios expuestos precedentemente, corresponde concluir que el despido del actor resultó discriminatorio.

V) En el caso “Baena” la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en lo pertinente: Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/02/2001, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párr. 201 y 202).

Por su parte, el art. 1° de la ley 23.592 dispone: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

El actor no demandó la nulidad del despido, ni la consiguiente reincorporación al empleo, ni la reparación de daño material alguno, sino que limitó su pretensión a la indemnización del daño moral, de ahí que esta pretensión constituye el límite de conocimiento de la alza da (conf. arts. 277, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

Desde la perspectiva delineada precedentemente, la violación del derecho a la no discriminación causó daño moral al actor, teniendo en cuenta que en los supuestos de discriminación el daño precitado surge

"*in re ipsa*", sin necesidad de mayores pruebas (conf. C.N.Civ., Sala H, 7/04/2009, "M., M. J. c. Citibank N.A.", voto del Dr. Kiper al que adhiere el Dr. Giardulli), máxime que aquel derecho fundamental integra el *jus cogens*.

La sola invocación del art. 245, L.C.T. (t.o.) no basta en este caso para desestimar la pretensión de reparación del daño moral, pues la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación constituye una grave ilicitud distinta y escindible de aquella cuya sanción regula la norma legal precitada. Teniendo en cuenta –reitero– que el aludido derecho fundamental integra el *jus cogens*, la inadmisión de la citada reparación comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

Por otra parte, la exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación de los principios de justicia social y de protección del trabajo humano y del carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, que supone el reconocimiento de los trabajadores como sujetos de preferente tutela constitucional (arts. 14 bis, 75, incs. 19 y 23, C.N.), llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio a un grupo numeroso de personas –los trabajadores asalariados– que gozan de una protección jurídica más intensa. Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, que, según jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad –art. 16 y concs., Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella– (Fallos 322:3578, 324:392 y sent. del 11/07/2006, "Triaca, Alberto Jorge c. Southern Winds Líneas Aéreas S.A.", pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6).

De todos modos, aun cuando no existieran normas legales como la ley 23.592, la reparación del daño moral por vulneración del derecho fundamental a la no discriminación igualmente procedería por la operatividad y autoaplicación de las normas de jerarquía constitucional y *supra* legal mencionadas precedentemente y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes. Por las razones expuestas, propicio –en disidencia del primer voto– revocar la sentencia de grado en este aspecto, y condenar a la demandada al pago de la reparación del daño moral. Teniendo en cuenta la índole del hecho generador y las circunstancias del caso, considero justo y equitativo fijar dicha indemnización en la suma de \$30.000 (conf. arts. 522,

C. Civ. y 1°, ley 23.592), la que llevará intereses desde la fecha del despido hasta el efectivo pago, calculados según las pautas fijadas en el párrafo 1° del considerando VII de la sentencia de primera instancia, tópico este último no cuestionado por las partes.

De prosperar mi criterio, el capital de condena será elevado a la suma de \$73.300,39, con más los intereses precitados.

VI) De conformidad con lo dispuesto en el art. 279 del C.P.C.C.N. corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios, lo que torna abstracto el tratamiento del recurso del perito contador. Conforme los términos en que fue trabado y resuelto el litigio, y que en la materia no cabe atenerse a criterios aritméticos sino jurídicos, considero justo y equitativo imponer las costas a la demandada, objetiva y sustancialmente vencida (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.).

Teniendo en cuenta el monto del proceso, y la calidad, complejidad y relevancia de las tareas profesionales cumplidas, propicio regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la demandada y del perito contador, en el 16%, el 12% y el 7%, respectivamente, porcentajes todos calculados sobre el capital de condena con más los intereses.

El porcentaje fijado a la representación y patrocinio letrado de la parte actora será distribuido –de prosperar mi criterio– en la siguiente proporción: el 11,5% a favor del Dr. A. J. B. N., quien se desempeñó como letrado patrocinante y procurador, y el 4,5% restante a favor del Dr. A. M., quien a partir de fs. 280 actuó como letrado patrocinante (conf. arts. 38, L.O.; 6, 7, 8, 9, 19, 37 y concs., ley 21.839 y 3 y 12, dec.-ley 16.638/57).

VII) Conforme el modo de resolución de los recursos, postulo imponer las costas de alzada a cargo de la demandada (conf. arts. 68, C.P.C.C.N. y 155, L.O.), y regular los honorarios de los Dres. A. M. y J. C., por su actuación en segunda instancia, en el 4% y el 3%, respectivamente, porcentajes ambos calculados sobre el capital de condena con más los intereses (conf. art. 14, ley 21.839).

El doctor *Raffaghelli* dijo:

Por análogos fundamentos en lo que resulta objeto de disidencia en autos, adhiero al voto del Dr. Oscar Zas.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría resuelve: 1°) Modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de elevar el capital de condena a la suma de setenta y tres mil trescientos pesos con treinta y nueve centavos (\$73.300,39), la que llevará los intereses fijados en la instancia anterior, con la aclaración establecida en el

considerando V) del segundo voto. 2º) Dejar sin efecto lo resuelto en la instancia anterior en materia de costas y honorarios. 3º) Costas y honorarios de ambas instancias, según lo sugerido en los considerandos VI) y

VII) del segundo voto. 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.– *Enrique N. Arias Gibert.* – *Oscar Zas.* – *Luis A. Raffaghelli.*

ACTOS PROCESALES

Notificaciones – Nulidad de la notificación – Traslado de la demanda – Domicilio para notificar a las sociedades comerciales

Dado que la notificación del traslado de la demanda estuvo dirigida al domicilio fiscal de la sociedad requerida, corresponde decretar la nulidad del acto notificadorio, pues, en virtud de lo establecido por el

art. 11 inc. 2 de la ley 19.550 las notificaciones cursadas a una sociedad comercial deben dirigirse al domicilio social inscripto.

C. NAC. TRAB., sala 9ª, 23/5/2014 – R., D. v. F. E. SA y otro

2ª Instancia.– Buenos Aires, 23 de mayo de 2014

Vistos:

El recurso de apelación planteado por la parte demandada "F. E. S.A." a fs. 91/92 contra la resolución de fs. 83/84 que desestimó el pedido de nulidad articulado a fs. 67/70.

A fs. 103/vta. la parte actora contestó el traslado conferido.

Asimismo, a fs. 104 y 108 la parte actora y demandada, respectivamente, apelan la regulación de honorarios efectuada a fs. 97.

Requerida la opinión de la Fiscalía General ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, se expidió la Sra. Fiscal General Adjunta a fs. 139/139 vta.

Considerando:

I. Que en primer término cabe señalar que de conformidad con lo receptado en el art. 11 inc. 2º de la ley 19.550 (según modificación introducida por la ley 22.903) las notificaciones cursadas a una sociedad comercial se tendrán por válidas y vinculantes siempre que se dirijan al domicilio social inscripto, extremo que interpretado en consonancia con lo dispuesto por el art. 90 inc. 3º del Cód. Civil lleva a concluir que deben dirigirse al domicilio donde la sociedad inscribió su sede comercial al momento de la constitución de la persona jurídica, salvo modificación posterior.

En la especie, del informe de la I.G.J. obrante a fs. 127/130 surge que la demandada registró su domicilio en la calle Corrientes ... Piso ... Dto. "... de esta Ciudad; lo que permite colegir que la notificación diligenciada "bajo responsabilidad de la parte actora" (ver cédula obrante a fs. 49) y dirigida al *domicilio fiscal* de la sociedad requerida (Callao ... Piso ... Dto. "... C.A.B.A.) no fue cursada en el domicilio legal de la empresa, lo que no constituye un acto válido en los términos de lo normado por los arts. 68 y 32 de la Ley 18.345, art. 90 inc. 3º del Cód. Civil y el art. 11 inc. 2º de la Ley de Sociedades Comerciales.

Es por ello que, de conformidad con lo dictaminado por la Sra. Fiscal General Adjunta ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo obrante a fs. 139/vta. (Dictamen N° 60.402 del 15 de mayo de 2014) a cuyos fundamentos y conclusión corresponde remitir en razón de brevedad, siendo parte integrante del presente pronunciamiento, este Tribunal concluye que corresponde revocar la resolución de fs. 83/84 y, en su mérito, decretar la nulidad del acto notificadorio del traslado de la demanda y en su consecuencia de todo lo actuado posteriormente.

II. Toda vez que el Sr. Juez de grado se pronunció sobre la cuestión de fondo planteada en autos, corresponde remitirle los autos a efectos de su notificación, quien luego deberá girarlos para su prosecución al juzgado que le sigue en orden de turno.

III. En relación con los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, destinados a cuestionar las regulaciones de honorarios efectuadas en la instancia anterior, en atención a lo aquí resuelto el tratamiento de los mismos deviene abstracto.

IV. Atento la naturaleza de la cuestión planteada y solución a la que se arriba, las costas de Alzada se imponen por su orden (art. 68, párr. 2º del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación) en rigor que la parte actora pudo considerarse con mejor derecho. Diferir las regulaciones de honorarios de los profesionales actuantes hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior.

Por lo precedentemente expuesto y de conformidad con lo dictaminado, el Tribunal resuelve: 1) Revocar la

resolución de fs. 83/84 y en su mérito, decretar la nulidad del acto notificadorio del traslado de la demanda y de todo lo actuado posteriormente. 2) Declarar abstracto el tratamiento de los recursos de fs. 104 y 108. 3) Costas de Alzada por su orden. 4) Diferir las regulaciones de honorarios hasta tanto sean fijados los de la instancia anterior. 5) Devolver los autos al juzgado de origen a efectos de que se tome nota de lo aquí decidido y, oportunamente, se los gire al juzgado que le sigue en orden de turno, para la prosecución de la causa.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.- *Álvaro E. Balestrini. – Roberto C. Pompa.*

Doctrina

El derecho de pensión. Cuando una lectura literal de la norma produce una concepción regresiva de la Seguridad Social

Por Karina Alonso Candis

SUMARIO: I. Introducción.– II. Definición.– III. Naturaleza jurídica y caracteres.– IV. Beneficiarios de pensión: art. 53, ley 24.241.– V. Breve mención histórica.– VI. Reducción de beneficiarios de pensión en la ley 24.241.– VII. Ley vigente.– VIII. Protección constitucional del derecho de pensión.– IX. Los casos “Preveth” y “Kremenchutzky”.– X. Conclusión

I. INTRODUCCIÓN

Nos ocuparemos en esta oportunidad del derecho de pensión en dos decisiones jurisprudenciales que dieron solución a situaciones de desamparo y vulnerabilidad social de sus protagonistas.

Los casos son “Preveth, José A. v. Anses s/Pensiones”, expte. 3275/2012 y “Kremenchutzky, Néstor D. v. Anses s/Pensiones”, expte. 72023/2012, ambos del Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n. 4, cuyas sentencias fueron registradas con fecha 22/5/2014 y 11/6/2014, respectivamente y aún no se encuentran firmes.

II. DEFINICIÓN

El derecho de pensión por fallecimiento es una prestación en dinero de pago mensual y periódico que perciben los derechohabientes del causante, en el orden y de conformidad con los términos previstos en el art. 53, ley 24.241.

La contingencia cubierta es el fallecimiento de la persona que origina el derecho de pensión, sea éste el jubilado, el beneficiario del retiro por invalidez, del afiliado en actividad o de quien ha dejado de estarlo, pero reúne las condiciones de “regularidad en los aportes”, conforme lo previsto por el art. 95, ley 24.241, dec. 1120/1994 y dec. 460/1999.

La fundamentación axiológica del derecho de pensión gira alrededor de la idea de remediar o compensar el desamparo en el cual queda la persona vinculada al afiliado, conforme la línea de derechohabientes prevista en el art. 53, ley 24.241; tras su fallecimiento procura sustituir el ingreso que éste aportaba al hogar, de manera de dar subsistencia al grupo familiar **(1)**.

A través del beneficio de pensión, las leyes previsionales intentan amparar el núcleo familiar del causante, con el fin de alcanzar el objetivo constitucional de “la protección integral de la familia”, previsto en el art. 14 bis, CN **(2)**.

(1) El carácter alimentario del crédito resulta evidente toda vez que la ley presume que los titulares del beneficio se encuentran en una situación de desamparo económico, al margen del emocional que implica el fallecimiento de un ser querido. Lodi-Fé, María Delia, Cipolletta, Graciela, Llana, Gloria, Pawlowski de Pose, Amanda L., “Régimen previsional argentino”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

(2) “Las leyes previsionales, con el instituto de la pensión a los distintos deudos, tienden en definitiva a proteger ese núcleo constituido por los integrantes de la familia, cumpliendo de ese modo con el objetivo de alcanzar ‘la protección integral de la familia, mediante un sistema de Seguridad Social dotado del mismo carácter —art. 14 nuevo, CN’— (cfr. Corte Sup., sent. del 30/5/1985, “Batillana, María A.” y dictamen de la S.G.T. nro. 6986 del 10/11/1986). En consecuencia, acreditado el abandono paterno, así como también la situación de carencia económica en que quedaron por tal motivo los menores, resulta adecuada la solución a la que arribó el a quo —otorgando el beneficio de pensión derivado del fallecimiento de la abuela— en cuanto afirma que la orfandad requerida por el art. 38, inc. 1, d. ley 18.037, no es la derivada del fallecimiento de ambos progenitores, sino la asimilable a la desprotección”,

III. NATURALEZA JURÍDICA Y CARACTERES

El derecho de pensión tiene naturaleza alimentaria y participa de las características de las prestaciones que otorga el SIPA **(3)**, conforme el art. 14, ley 24.241, a saber:

Personalísimo y sólo corresponden a sus titulares: los beneficiarios son titulares de las prestaciones previsionales por derecho propio y por llamado de la ley. Esto significa que los beneficios no pueden ser transmitidos entre personas, bajo ningún título, ni causa.

Inalienable: los beneficios previsionales no son objeto de comercio, de manera que no son susceptibles de convertirse en objeto de ninguna transacción. Sí pueden ser afectados, en determinada proporción, en los términos del art. 14, inc. b, ley 24.241, en los casos de afiliación del beneficiario a favor de organismos públicos, asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial, asociaciones de empleadores, obras sociales, cooperativas, mutuales y entidades bancarias y financieras, comprendidas en la ley 21.526, con las cuales los beneficiarios convengan el anticipo de las prestaciones o el otorgamiento de créditos **(4)**.

Inembargable: las prestaciones previsionales, como principio general, son inembargables, con excepción de las deudas por alimentos o las litisexpensas.

Afectabilidad: los cargos en el haber previsional sólo pueden ser dispuestos por autoridades judiciales y administrativas. El origen del cargo siempre debe ser derivado de créditos de organismos de la Seguridad

Social o en la percepción indebida de haberes previsionales o de prestaciones no contributivas.

Imprescriptibilidad: el derecho a la percepción del beneficio es imprescriptible. Sin embargo, el cobro de haberes devengados es prescriptible, en los términos del art. 82, ley 18.037, aplicable en virtud del art. 168, ley 24.241.

Extinción: los beneficios previsionales solamente se extinguen por las causas señaladas por la ley, a saber: muerte del titular, por mayoría de edad en el caso de los beneficiarios de pensión menores de 18 años de edad, rehabilitación en el estado de salud psicofísica en el caso de los beneficiarios de un retiro transitorio por invalidez o cuando en determinados supuestos previstos por la ley el titular debe optar entre dos prestaciones **(5)**.

Orden público: todo acto jurídico que contraríe lo dispuesto precedentemente será nulo y sin valor alguno. En igual sentido, el art. 10, ley 24.463 de reformas a la legislación previsional prescribe que la normativa es de orden público **(6)**.

La sala 3ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social, en autos "Ruiz, Corina de J. v. Estado Nacional-Ministerio de Defensa s/Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas y de Seguridad" **(7)**, expte. 18440/2000, con fecha 1/9/2006, sentencia definitiva 113980, consideró que "La pensión constituye una prestación sustitutiva que tiende a evitar la disgregación del grupo familiar". Mientras que la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "P.A. v. Anses s/Pensiones" **(8)**, con fecha 28/6/2011, se-

C. Fed. Seguridad Social, sala 1ª, "Barreto, Juana M. v. Anses", expte. 31697/1999, sentencia definitiva 85533, del 28/4/2000 (jurisprudencia.pjn.gov.ar/BO 96-nro. 000000254).

(3) SIPA: Sistema Integrado Previsional Argentino, ley 26.425.

(4) En relación a la operatoria de descuento, la cuestión se encuentra regulada por el dec. 246/2011 (BO del 22/12/2011).

(5) Véase a tal efecto a título ejemplificativo, los supuestos previstos en el art. 34, incs. 4 y 5, ley 24.241, al señalar la incompatibilidad existente para percibir prestaciones previsionales diferenciales por tareas penosas, riesgosas o insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro en los términos previstos en el art. 157, ley 24.241, con el reingreso a la actividad ejerciendo algunas de las tareas que hubieran dado origen al beneficio previsional diferencial. En este supuesto, los beneficiarios de prestaciones previsionales que hubieran accedido a tales beneficios no podrán reingresar a la actividad ejerciendo algunas de las tareas que hubieran dado origen al beneficio previsional. Si así lo hicieren, se le suspenderá el pago de los haberes correspondientes al beneficio previsional otorgado. Por otro lado, el inc. 5, art. 34, ley 24.241, dispone que el goce de la prestación del retiro por invalidez es incompatible con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia.

(6) Chirinos, Bernabé L., "Tratado de la Seguridad Social", ts. I y II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

(7) "Ruiz. Corina de J. v. Estado Nacional-Ministerio de Defensa s/Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg", Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social nro. 44.

(8) Corte Sup., 28/6/2011 "P.A. v. Anses s/Pensiones" (T. 334 P. 829).

ñaló que la “naturaleza sustitutiva” de determinadas prestaciones de la Seguridad Social es uno de los pilares fundamentales en que se apoya la materia previsional. En ese contexto y respecto al beneficio de pensión, el Máximo Tribunal indicó la necesidad de exhibir la amplitud necesaria para abarcar los nexos de solidaridad y asistencia que, de modo concreto y continuo, establecen las personas entre sí para satisfacer regularmente las necesidades materiales de la vida y cuya extinción, por causa de la muerte de la beneficiaria, produce a la supérstite una afectación económica desfavorable para seguir afrontando dichas necesidades, derivadas de la pérdida de los ingresos provenientes del causante (9).

De acuerdo al origen del beneficio de pensión, podemos identificar dos tipos: a) pensión directa del afiliado en actividad, y b) pensión derivada del beneficiario de un beneficio jubilatorio.

El llamado a pensión es siempre por encontrarse el beneficiario mencionado como tal por la ley previsional, toda vez que no se trata de un derecho en carácter de heredero, sino a título personal y directo del beneficiario, aunque derivado del derecho del causante que dio origen a aquél. No es la misma la línea de herederos o sucesores del causante en el derecho civil, que los llamados a obtener el beneficio de pensión, denominados estos últimos derechohabientes, quienes revisten tal calidad por una disposición expresa de la ley, con independencia de si tienen o no vocación hereditaria, en los términos de los arts. 3279, 3545 y concs., CCiv. (10).

Así lo mencionó el Máximo Tribunal en el precedente “Salgueiro, Élide J. v. Anses s/Reajustes por Movilidad” (11), con fecha 3/12/2002, al considerar: “...los importes devengados al tiempo del fallecimiento del causante deben ser percibidos por su viuda a

la que se le otorgó pensión”. De conformidad con esta línea jurisprudencial los retroactivos devengados de créditos previsionales deben ser percibidos por quienes son beneficiarios del derecho de pensión o causahabientes del beneficiario fallecido, resultando inoponible a estos fines la línea sucesoria de los herederos del causante.

En igual sentido, véase el fallo de la sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social, en autos “Sierra, Carlos A. y otros v. Estado Nacional-Ministerio de Defensa”, expte. 51224/1999, sentencia definitiva 108107, del 26/5/2004, en el que se señaló: “Los importes devengados al tiempo del fallecimiento del causante deben ser percibidos por su viuda a la que se le otorgó pensión, de conformidad con las disposiciones del art. 20, ley 14.370 (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 3/12/2002, ‘Salgueiro, Élide J. v. Anses’). Ello así, porque el derecho a pensión por fallecimiento del causante surge en virtud de un título que otorga la ley; es decir, que se es continuador legal por derecho propio y no por el carácter hereditario. En igual sentido, el Alto Tribunal sostuvo que la facultad del reclamante (pensionada) para hacer valer ese derecho “no deriva de su título de heredera, sino de beneficiaria previsional que le reconoció el propio organismo administrativo demandado, y que proviene de un llamado directo y personal de la ley” (cfr. “Herrasti, Soledad v. I.M.P.S.”) (12).

También la sala 1ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social se expidió sobre el tema –entre otros– en autos “Chapela, Manuel v. Anses s/Reajustes Varios”, expte. 46430/1999, sentencia definitiva 115540, donde dispuso: “De conformidad con las disposiciones del art. 20, ley 14.370 (cfr. Corte Sup., sent. del 3/12/2002, ‘Salgueiro, Élide J. v. Anses’), los importes devengados al tiempo del fallecimiento del causante, deben ser percibidos por su viuda a la que se le otor-

(9) “P. A. v. Anses s/Pensiones”, era el caso de una pareja homosexual, en la que el sobreviviente solicitó que le fuera reconocido el derecho a pensión derivado de la muerte de su pareja y al que en primera y segunda instancia le fue rechazada la petición, ya que la relación invocada por tratarse de personas del mismo sexo era ajena a la convivencia pública en aparente matrimonio prevista en el art. 53, ley 24.241, norma que no era inconstitucional. Si bien posteriormente la Anses concedió el beneficio por aplicación de la res. 671/2008, de fecha 17/8/2008, la causa continuó su trámite en procura de determinar su derecho retroactivo al deceso del causante.

(10) “El riesgo de muerte (...) se enfoca por la Seguridad Social de forma muy diferente a como lo hacen los sistemas sucesorios de derecho civil, que son el tipo de realidad jurídica tradicional más próximo; mientras que estos descansan sobre la potestad del causante de disponer mortis causa de su patrimonio, como derecho derivado de su propiedad o, en la sucesión legítima y en la intestada, sobre los vínculos familiares, el principio esencial en la Seguridad Social es el de allegar medios para la subsistencia de quienes dependieran económicamente del causante y no se hallen en condiciones de atender a la subsistencia propia”. Alonso Olea, Manuel, “Instituciones de Seguridad Social”, 2ª ed. revisada. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

(11) www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html (última consulta 15/8/2014).

(12) Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social nro. 38.

gó pensión. Ello así, porque el derecho a pensión por fallecimiento de aquél surge en virtud de un título que otorga la ley, de modo tal que la cónyuge es continuadora legal por derecho propio y no por el carácter hereditario” (13).

IV. BENEFICIARIOS DE PENSIÓN:

ART. 53, LEY 24.241

El art. 53, ley 24.241, enumera los parientes del causante que gozarán de pensión en caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

Cuando el primer párrafo menciona el derecho a pensión en relación al jubilado, al beneficiario de retiro por invalidez y al afiliado en actividad, pareciera que deja de lado la situación de la persona que no se encuentra en actividad al momento del fallecimiento. Sin embargo, si ella cumple con los requisitos de regularidad en los aportes o si es posible calificarla como irregular con derecho, en los términos del art. 95, ley 24.241 y su decreto reglamentario, 1120/1994, sustituido por el dec. 460/1999, la situación de sus derechohabientes también se encuentra amparada por el beneficio de pensión.

Tal situación dio origen durante los primeros tiempos de vigencia de la ley 24.241, a injustas situaciones resueltas por el organismo previsional en sentido adverso a las pretensiones de pensión en relación a personas que, si bien cumplían los requisitos de densidad en los aportes, no se encontraban en actividad al momento de fallecer. Esta situación colisionaba con la prevista en el art. 48, ley 24.241, en cuanto regula el beneficio de retiro por invalidez y no limita el derecho a su percepción si el afiliado no se encuentra trabajando al momento del evento generador de la invalidez. Nótese en este punto la injusticia de la situación pues en un caso, el del retiro transitorio por invalidez, la ley no hace objeción a si el afiliado se encuentra en actividad a la época de la invalidez, y sí lo hace, en cam-

bio, en el caso de su deceso, obviando considerar que no existe incapacidad más grande que la muerte (14).

Para remediar esta situación la res. 23/1997 (15) indicó que la expresión “afiliado en actividad” contenida en el primer párrafo del art. 53, ley 24.241, se refiere tanto a los casos de fallecidos estando activos como a aquellos que, sin estar en actividad a la fecha de su deceso, reúnen la calidad de aportante regular o irregular con derecho, conforme a las previsiones del art. 95, ley 24.241.

Asimismo y para tratar de paliar las decisiones adversas que hubiera dictado la Administración a esa fecha, expresamente dejó establecido que los casos que habían sido denegados en base a la aplicación literal del art. 53, ley 24.241, por no haber fallecido el causante en actividad, no obstante estar cumplida su condición de aportante regular o irregular con derecho, serán revisados previa petición de la parte interesada. en cuyo supuesto, de proceder el otorgamiento de la prestación, los haberes del beneficio se devengarán conforme a lo establecido en el art. 2º, apart. 9, último párrafo, dec. 526/1995.

A diferencia del texto legal y requisitos previstos en la ley anterior 18.037, actualmente en la ley 24.241 ninguna disposición normativa subordina el derecho pensionario a la comprobación de haber estado el peticionario “a cargo del causante”, por lo que el párrafo cuarto agregado al art. 53, ley 24.241 y que interpreta la significación de la expresión citada, no tiene mayor sentido, siendo consecuencia de una deficiente técnica legislativa, debiendo haber sido suprimido, de no haber sido por “la premura con la que se obró para lograr la sanción de ley 24.241” (16).

V. BREVE MENCIÓN HISTÓRICA

La evolución histórica de este instituto es interesante, en tanto a través de ella es posible observar los cambios dinámicos que se sucedieron en las estructuras de la sociedad a través del tiempo, así como también

(13) Boletín de Jurisprudencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social nro. 42.

(14) Sin embargo y para despejar cualquier tipo de dudas la res. SSS 115/1996 estableció que, para determinar la procedencia del retiro transitorio por invalidez, no resulta necesario que el afiliado, ... acredite incapacidad al cese de tareas, en tanto cumpla con los demás requisitos establecidos en los arts. 48 y 95, ley 24.241 y en el art. 1, dec. 1120/1994, reglamentario de este último, art. 1, res. SSS 115/1996, de fecha 13/12/1996. Payá (h), Fernando H., Martín Yañez, María Teresa, “Régimen de jubilaciones y pensiones”, t. II, 4ª ed. ampliada y actualizada, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

(15) Res. SSS 23/1997, BO del 26/3/1997.

(16) Así lo expresaron Raúl C. Jaime y José I. Brito Peret. De la cita realizada en “Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho del trabajo. Seguridad Social”, Herrero, Luis R. (dir.), vol. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011.

la figura predominante del hombre en el mercado laboral y como sostén del hogar, lo que determinaba que su fallecimiento originaba el derecho a pensión de la viuda, pero no ocurría lo mismo en el caso del viudo, respecto al que no se reconocía su derecho a pensión, en el supuesto del fallecimiento de su cónyuge (17).

Incluso, con posterioridad, las leyes 18.037 (18) y 18.038 (19) reconocieron el derecho a pensión del viudo, pero agregando la condición de que sea incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha del deceso de ésta (20).

No obstante ello, el abanico protectorio de las leyes 18.037 y 18.038 era mayor que el actual previsto en el art. 53, ley 24.241, en tanto tenían posibilidades de acceder al beneficio de pensión la viuda o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha del deceso, hijas e hijos solteros hasta los 18 años de edad e hijas solteras de 50 años o mayores de esa edad, que no se desempeñaran laboralmente ni gozaran de otro beneficio previsional o asistencial. También las hijas viudas, divorciadas o separadas de hecho por culpa del marido, incapacitadas para el trabajo, que no gozaran de prestación alimentaria, beneficio previsional ni asistencial y a cargo del causante a la fecha del deceso.

La ley 18.037 también preveía como derechohabientes del causante a los nietos y nietas solteras huérfanas y a cargo del causante hasta los 18 años de edad. También a los padres incapacitados para el trabajo y a

cargo del causante y a los hermanos y hermanas solteras y huérfanas hasta los 18 años de edad, que no poseyeran otro beneficio previsional, ni asistencial.

VI. REDUCCIÓN DE BENEFICIARIOS DE PENSIÓN EN LA LEY 24.241

La ley 24.241 resumió los beneficiarios del instituto analizado a los identificados en el art. 53, ley 24.241. Esta política reduccionista fue parte de la imperante en la década de 1990. El proceso de cambio consistió en una política de reducción de beneficios, flexibilización laboral, baja de las cotizaciones, ajustes en las prestaciones, eliminación de la movilidad previsional, desuniversalización del sistema de asignaciones familiares, eliminación de beneficiarios de pensión, aumento de las edades de retiro, etc. (21).

VII. LEY VIGENTE

El art. 161, ley 24.241, determina cuál es la ley aplicable, prescribiendo en su inc. b que en el caso de las pensiones, es la ley vigente a la fecha de la muerte del causante.

Merece señalarse la situación especial en que si bien por la ley aplicable, por ser la vigente a la fecha del fallecimiento del causante, la peticionaria no poseía el derecho al beneficio, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, haciendo aplicación retroactiva de la ley más beneficiosa, concluyó otorgando el beneficio previsional solicitado. El caso señero en la ma-

(17) Véase a tal efecto, que la primera ley de jubilaciones y pensiones de carácter contributivo que rigió en nuestra República, a saber: la ley 4349 (BO del 27/9/1904) creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para los funcionarios, empleados y agentes civiles de la Administración, del Consejo Nacional de Educación, del Banco de la Nación Argentina, del Banco Hipotecario Nacional, de magistrados judiciales, de ministros y del personal de los ferrocarriles de la Nación y dispuso en su art. 41, que tendrán derecho a pedir pensión: "...la viuda, los hijos y, en su defecto los padres del causante".

(18) Ley 18.037 (BO del 10/1/1969), art. 37: "En caso de muerte del jubilado o del afiliado en actividad o con derecho a jubilación, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: 1º) La viuda, o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha de deceso de ésta, en concurrencia con: ...".

(19) Ley 18.038 (BO del 10/1/1969), art. 25: "En caso de muerte del jubilado o del afiliado con derecho a cualquier jubilación, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: 1º. La viuda o el viudo incapacitado para el trabajo y a cargo de la causante a la fecha de deceso de ésta, en concurrencia con: ...".

(20) "La mayoría de los regímenes de Seguridad Social fueron establecidos inicialmente sobre la base de un modelo en el que los hombres eran el sostén de la familia. Así, por ejemplo, proporcionaban generalmente prestaciones para las viudas, pero no para los viudos y, en algunos países, las mujeres casadas que realizaban un trabajo remunerado no tenían que contribuir a esos regímenes. La edad de la jubilación inferior para las mujeres era también en cierta forma el reflejo de un modelo en el cual la participación de las mujeres en la fuerza laboral se consideraba secundaria. A medida que un mayor número de mujeres se ha ido incorporando a la fuerza de trabajo remunerada, las ideas acerca de las funciones de los géneros han evolucionado y los regímenes de seguridad social están siendo reformados gradualmente" (OIT, Seguridad Social Un nuevo consenso, Ginebra, 2002), citado en Payá (h), Fernando H., Martín Yañez, María Teresa, "Régimen de jubilaciones y pensiones", cit., p. 1030.

(21) Cipolletta, Graciela E., "La Seguridad Social en la República Argentina", www.juridicas.unam.mx.

tería es “Arcuri Rojas, Elsa” (22), en el cual la Corte Suprema concedió el beneficio de pensión a la viuda pese a que el causante se encontraba desocupado al tiempo de fallecer y durante la vigencia de la ley 18.037, la que exigía que el causante estuviera en actividad o fuera jubilado. Sin embargo, el Alto Tribunal otorgó efectos retroactivos a la ley 24.241, a fin de aplicar su reglamentación (dec. 1120/1994 y dec. 460/1999), respecto a los aportantes regulares e irregulares con derecho a situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad a su vigencia.

Para así decidir la Corte enfatizó la idea de que las disposiciones de la Seguridad Social poseen una finalidad protectora que permite aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores (principio de la norma más favorable), en concordancia con lo dispuesto por el Protocolo Adicional del Pacto de San José de Costa Rica –“Protocolo de San Salvador”–, que exige que los Estados parte adopten las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

VIII. EL DERECHO DE ACRECER

La ley 24.733 (23) agregó a continuación del inc. 3º, art. 98, ley 24.241, un párrafo que reconoce el derecho de acrecer en relación al beneficio de pensión, aplicable en los supuestos en que alguno o algunos de los derechohabientes pierde el derecho a la percepción del beneficio, por alguna de las causales de extinción de éste, en cuyo caso se recalculará el beneficio de pensión del resto de los derechohabientes.

IX. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PENSIÓN

El art. 14 bis, CN, considera la Seguridad Social como un cometido estatal, al señalar que “...El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles...”.

El Preámbulo de nuestra Constitución Nacional prescribe, entre otros objetivos de los constituyentes originales de 1853, el de promover “el bienestar general”, de modo que este postulado se erige como uno de los elementos constitutivos del “pacto social”, entendiendo por éste el compromiso de la sociedad que trasciende tiempos y gobiernos.

Los siguientes tratados internacionales con jerarquía constitucional establecen los derechos de la Seguridad Social que nuestro país se comprometió a honrar: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 9º (24); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11, inc. 1º, e (25); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 5º, inc. e, IV (26); la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 26 (27); la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 22 (28); la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, art. XVI (29); el Pacto

(22) Corte Sup., 3/11/2009, “Arcuri Rojas, Elsa” (Fallos 332:2454).

(23) Ley 24733, BO del 11/12/1996.

(24) Art. 9º, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social”.

(25) Art. 11, inc. 1º, e, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “El derecho a la Seguridad Social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas...”.

(26) Art. 5º, inc. e, IV, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: “El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la Seguridad Social y los servicios sociales...”.

(27) Art. 26, Convención sobre los Derechos del Niño: “Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, incluso del seguro social y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.”

(28) Art. 22, Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

(29) Art. XVI, Declaración Americana sobre Derechos Humanos: “Derecho a la Seguridad Social. Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad”.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (30); la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica, suscripto el 22/11/1969 y ratificado por la ley 23.054 (31).

IX. LOS CASOS “PREVETH” Y “KREMENCHUTZKY”

En este esquema y ámbito normativo, comentaremos dos situaciones que, al no encontrarse comprendidas dentro de su estructura, fueron objeto de un especial tratamiento a fin de que sus protagonistas no resultaran excluidos de la cobertura de la previsión social y por ende, librados al abandono y al desamparo. Uno de ellos se refiere al hijo discapacitado y casado con una persona también discapacitada. Y el otro caso se refiere al hijo discapacitado y divorciado, ambos peticionantes en forma individual del beneficio de pensión.

El primero de los casos es “Preveth, José A. v. Anses s/Pensiones”. Frente a la resolución denegatoria de la UDAI Liniers y confirmada posteriormente por la CARSS, el actor inició demanda de conocimiento pleno en los términos del art. 15, ley 24.463. En ambas instancias administrativas se rechazó la solicitud de otorgamiento del beneficio de pensión al hijo mayor de edad del causante, incapacitado y de estado civil casado, con fundamento en el art. 53, ley 24.241, que prescribe que, en caso de muerte del jubilado (...) gozarán de pensión (...) e) los hijos solteros, toda vez que el propio peticionante declaró que su estado civil es casado y acompañó la partida de matrimonio correspondiente.

A manera de introducción, merece señalarse que la aplicación de la ley no ha de ser efectuada de forma aislada, sino dentro de un contexto social y fundamentalmente, en lo que hace a prestaciones de naturaleza previsional, dentro del sistema aun mayor de la Seguridad Social. Y dentro de tal contexto, es preciso atender el estado particular en el que se encuentra quien se presenta ante la justicia en procura de amparo y protección, atendiendo a sus necesidades físicas,

económicas, sociales y asistenciales. La Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Garófalo, Pascual s/Invalidez” (32), señaló el 13/3/1990, “...da lo que la Seguridad Social tiene como cometido propio la cobertura integral de las consecuencias negativas producidas por las contingencias sociales, el apego excesivo al texto de las normas sin apreciar las circunstancias particulares de cada caso, no se aviene con la cautelar con que los jueces deben juzgar las peticiones vinculadas con la materia previsional”.

En el caso analizado, el solicitante poseía una incapacidad determinada por la Comisión Médica Central del 66,25%, presente a la fecha del fallecimiento de su padre, en cuya relación solicitó el beneficio de pensión. En cuando a su nivel educacional alcanzado, sólo tenía cursados estudios primarios. Y respecto a su lugar de residencia, era en el hogar de sus padres, encontrándose bajo su cuidado, desde hacía 15 años. Si bien el peticionante es de estado civil casado, su cónyuge es portadora de una deficiencia visual congénita, lo que también determina su incapacidad, siendo su único ingreso una asignación no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo y Acción Social.

Esta situación de vulnerabilidad personal y social de la cónyuge del solicitante y su carencia de recursos, neutraliza la figura de las obligaciones de la sociedad conyugal en lo que se refiere al deber de asistencia que deben prestarse los cónyuges entre sí, en los términos de lo prescripto en el art. 198, CCiv., motivo por el cual el legislador excluyó al hijo casado de la sucesión en materia previsional.

Teniendo en consideración estas particulares circunstancias, la Justicia Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social en primera instancia resolvió hacer lugar a la demanda y ordenar a la Anses que otorgue el beneficio de pensión en relación a la jubilación que percibía el padre del peticionario.

El segundo caso comentado, “Kremenchutzky, Néstor D. v. Anses s/Pensiones”, se refiere a la situación del hijo mayor de edad, incapacitado y de estado civil divorciado.

cidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

(30) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo reconoce la dignidad humana como principio básico de la Seguridad Social y sus derechos iguales e inalienables.

(31) La Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el principio de hermenéutica de la Seguridad Social de “justicia social” y reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ésta y por el Estado.

(32) Corte Sup., 13/3/1990, “Garófalo, Pascual s/Invalidez” (Fallos 313:247).

Nuevamente aquí la causa del rechazo efectuado por la UDAI Floresta y luego por la CARSS, fue que la situación no se encuentra prevista por el orden de prelación de los derechohabientes del beneficio de pensión estipulado en el art. 53, ley 24.241.

Tras la evaluación y diagnóstico realizados por la Comisión Médica, ésta dictaminó que el peticionante poseía una incapacidad del 66% producto de la enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) que padecía, la que ya se encontraba presente a la fecha del fallecimiento de su madre, en cuya relación solicitó el beneficio de pensión.

El estado civil del solicitante era divorciado desde hacía 12 años. A raíz de su incapacidad no desempeñaba tarea alguna y se encontraba bajo el cuidado de su progenitora, quien incluso percibía una asignación por hijo discapacitado en los términos de la Ley de Asignaciones Familiares 24.714.

A diferencia del anterior supuesto, el vínculo matrimonial que uniera en algún momento al actor con su ex esposa se encontraba disuelto en los términos previstos por el art. 213, CCiv., modificado por la ley 23.515, oportunidad en la cual cesaron los recíprocos deberes de asistencia y alimentos que prevé el art. 198, CCiv.

La decisión jurisdiccional valoró especialmente el carácter alimentario de la prestación perseguida, la edad del actor (60 años), que se encuentra incapacitado para trabajar y para obtener los recursos económicos que aseguren su subsistencia, todo lo cual lo coloca en una situación de desamparo que la Seguridad Social debe remediar.

En ambos casos se consideró la necesidad social de dar cobertura al grupo familiar o a la persona individualmente considerada que dependía para su subsistencia del ingreso del/la causante.

El fin social de la Seguridad Social debe prevalecer frente al texto literal de la ley. En tal sentido, no siempre es recomendable atenerse estrictamente a las pa-

labras de la ley, debiendo rastrearse en el espíritu que las nutre en procura de una aplicación racional, que impida el riesgo de un formalismo paralizante. En todo tiempo debe buscarse una valiosa interpretación de lo que las normas jurídicas han querido mandar. En igual sentido y en el mismo fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “Si bien una aplicación literal de los arts. 82, inc. 5° y 84 de la ley 19.101 privaría a la peticionaria de la pensión que solicita por no reunir uno de los recaudos exigidos por la ley, tal interpretación importaría desconocer que el derecho no sólo es lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso. El rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de que no se desnaturalicen jurídicamente los fines que los inspiran, fines estos que, en lo esencial, consisten en cubrir los riesgos de subsistencia” (33).

X. CONCLUSIÓN

El fin u objetivo axiológico del beneficio de pensión es dar protección al o a los núcleos familiares subsistentes al deceso del causante, de manera de proporcionarles cobertura frente a la contingencia de su fallecimiento, en el entendimiento de que éste asistía económicamente a la familia.

Conforme su mirada humanista y solidaria, la Seguridad Social presume que la pérdida del causante produjo en sus derechohabientes un daño en su calidad de vida, que debe remediarse, ya que las normas previsionales se caracterizan por su finalidad tuitiva, siendo uno de sus principales objetivos cubrir y atender la necesidad de quienes quedan desamparados cuando fallece la persona que les proporcionaba los medios de subsistencia (34).

Tanto la Cámara Federal de la Seguridad Social como el Máximo Tribunal han elaborado una doctrina jurisprudencial receptiva de las necesidades sociales y protectora de las situaciones de vulnerabilidad social en la que quedan los peticionarios del beneficio de

(33) Del voto de los Dres. Barra, Fayt y Cavagna Martínez, en autos “Vera Barros, Rita E. v. Estado Nacional-Armada Argentina”, Corte Sup., 14/12/1993, LL 1995-A, 22, DT 1994-A, 1029, citado en “Tratado...”, Herrero, Luis R. (dir.), cit.

(34) “Mosquera, Graciela S. v. Anses s/Pensiones”, sentencia definitiva 119865, de fecha 10/11/2006, sala 1ª, C. Fed. Seguridad Social, citado en el Boletín de Jurisprudencia de la CFSS nro. 45. “La CSJN se ha pronunciado en sentido favorable al otorgamiento del beneficio previsional solicitado cuando lo contrario conduciría a condenar al peticionante al desamparo absoluto, destacando que el ámbito de la Seguridad Social está regido por normas que se caracterizan por su finalidad tuitiva, uno de cuyos objetivos es atender la situación de quienes quedan desamparados cuando fallece el pariente que les proporcionaba los medios para su subsistencia” (cfr. “Altobelli, Yolanda L. v. Caja de Previsión Social de la Provincia y Pcia. de Salta”, sent. del 3/11/1992).

pensión, no sin desconocer la limitación de los recursos financieros previsionales que condicionan actuar como suma cautela y prudencia en el otorgamiento de beneficios previsionales fuera de los supuestos taxativamente previstos en el art. 53, ley 24.241.

Nos parece oportuno finalizar recordando la actual doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos previsionales, citada, entre otros, en el caso “Sánchez, María del Carmen v. Anses s/Reajustes Varios” (35), sentencia del 17/5/2005: “...Esta Corte ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar jubilaciones y pensiones móviles, según el art. 14 bis, CN y los fines tuitivos que

persiguen las leyes reglamentarias en esta materia...” (consid. 3).

Será útil recordar los fallos del Máximo Tribunal en materia de Seguridad Social, como asimismo reinterpretar el alcance y significación de los principios tuitivos de la Seguridad Social, a efectos de lograr la plena efectividad de los derechos sociales y de la previsión social, en particular (36).

Finalmente, no debemos olvidar que la política social a cargo del Estado, cuyo cumplimiento efectivo debe ser amparado por el Poder Judicial, es una herramienta para procurar el bienestar social y el orden social justo y, con ello, alcanzar y mantener la tan anhelada paz social que nos distingue en un Estado de derecho, como una sociedad libre, moderna y democrática.

Jurisprudencia Anotada

SEGURIDAD SOCIAL

Previsión social – Regímenes especiales – Trabajadores en relación de dependencia – Haber de las prestaciones – Movilidad del haber – Agente del Poder Legislativo

En virtud de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Badaro”, corresponde reconocer a la actora, quien se desempeñaba como agente del Poder Legislativo, el derecho a la movilidad del haber para el período que abarca desde el 1/12/2001 hasta el 31/12/2006, aplicando la variación registrada en el nivel general del índice de salarios ela-

borado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos que asciende al 88,57%, ya que si bien la decisión se limita a la resolución del caso concreto, los jueces inferiores tiene el deber de conformar sus decisiones a aquélla.

C. FED. SEGURIDAD SOCIAL, sala 3ª, 7/7/2014 – M., C. A. v. ANSeS

Con nota de Rodolfo A. Peón

(35) Corte Sup., 17/5/2005, “Sánchez, María del Carmen v. Anses s/Reajustes Varios” (Fallos 313:247).

(36) El Protocolo Adicional del Pacto de San José de Costa Rica —“Protocolo de San Salvador”— exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales.

2ª Instancia. – Buenos Aires, 7 de julio de 2014

El Dr. *Juan Carlos Poclava Lafuente* dijo:

I. Contra la sentencia dictada por la Sra. Juez a cargo del Juzgado Federal n 4 del fuero por la que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada en autos, y en consecuencia ordenó abonar el haber del titular de acuerdo a las pautas allí fijadas, a la vez que impuso las costas por su orden, apelaron ambas partes.

En virtud de lo dispuesto por el art. 259 del C.P.C.C.N., este Tribunal dispuso poner los autos en oficina y notificar de ello a la accionada, sin que mereciera respuesta alguna a pesar de estar debidamente notificada según surge de fs. 76.

El art. 266 del mencionado cuerpo legal prescribe: “si el apelante no expresara agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescripta en el art. anterior, el Tribunal declarará desierto el recurso...”.

II. La actora se agravia por cuanto se limita la aplicación de la ley 21.124 a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.668 y, subsidiariamente peticiona se fije un parámetro de movilidad a partir de ese momento.

III. A mi juicio, corresponde confirmar lo decidido en primera instancia. Debe tenerse en cuenta que la ley 21.124 permitió a los agentes del Poder Legislativo optar por acogerse a los beneficios de la ley 20.572 y que, posteriormente, la ley 23.824 determinó que el personal del Congreso que cumpliera con un mínimo de cinco años de servicios en dicho ámbito quedaría incluida en el sistema de la ley 21.124.

Sin embargo, la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en la causa “Arrúes, Abraham David c. ANSeS s/acción Declarativa-Medida Cautelar”, ocasión en la que consideró que, si bien el régimen que comprendía al actor había sido derogado por la ley 23.966, fue luego restablecido por la ley 24.018, el cual “no fue alcanzado por las reformas introducidas por la ley 24.463 al sistema integrado de jubilaciones y pensiones (ley 24.241), y sólo fue derogado por la ley 25.668 y su promulgación parcial por el decreto 2322/02, que eliminó de la ley 24.018 el estatuto para los funcionarios de los poderes ejecutivos y legislativo de la Nación y de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a partir del 1 de diciembre de 2002”. Por lo tanto, a partir de esa fecha la movilidad debe determinarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 inc. 2 de la ley 24.463.

IV. Así las cosas, corresponde fijar una pauta de movilidad a partir de ese momento. Es así que en torno de esta cuestión, me he pronunciado en varios precedentes a partir de los casos “Sirombra Lucila Elvira c/ANSeS s/reajustes varios” y “Rueda Roberto c/ANSeS s/reajustes varios” y sus citas, sentencias del 14/9/05 (publicadas en Rev. Jubilaciones y Pensiones nro. 88, sept-oct. 2005, págs. 699/705 y 694/699 y Boletín de Jurisprudencia de la C.F.S.S. nro. 41, págs. 44/45 y 41/44, Lexis Nexis 35002303 y 2304), y más recientemente en “Castiñeiras, Aníbal Gregorio c/Anses s/Reajustes Varios”, sent. def. n° 117.682 del 3/9/07.

Ahora bien, cabe señalar que la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 26/11/07, en la causa “Badaro, Adolfo Valentín”, dispuso que para el período que abarca del 1/1/02 al 31/12/06 se aplique la variación registrada en el nivel general del índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos que asciende al 88,57%, por lo que –dejando a salvo la opinión del suscripto, en torno del índice a ser tenido en cuenta–, habrá de estarse a lo resuelto por el Alto Tribunal.

Por otra parte, si bien allí se puntualiza que la decisión se limita a la resolución del caso concreto, no puede desconocerse que “Si bien las sentencias del Tribunal sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos 307:1094). Ello así, puesto que por disposición de la Constitución Nacional y de la correspondiente ley reglamentaria, la Corte Suprema tiene autoridad definitiva para la justicia de la República (arts. 100 C.N. y 14 ley 48; Fallos 212:15)” (conforme la propia C.S.J.N. *in re* “Pulcini, Luis B. y otro”, (Fallos 312:2007), razón por la cual Poder Judicial de la Nación corresponde remitir a la solución arribada en el precedente en comentario. Por lo tanto, para el período cuestionado la Administración Nacional de la Seguridad Social habrá de reajustar el beneficio del quien reclama adicionando el índice referido, según corresponda, previa deducción de las eventuales sumas que hubieran percibido en virtud de las disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo que otorgaron aumentos en los haberes o elevaron el piso mínimo de las prestaciones, por idéntico lapso de tiempo.

Va de suyo que, en caso que la cuantía del haber que se le abona a quien reclama fuera mayor al que arrojaría de aplicarse el porcentaje señalado por el Tribunal Cintero –en razón de haber cobrado alguno o la totali-

dad de los aumentos otorgados por los decs. 391/03, 1194/03, 683/04, 1199/04, 748/05 y 764/06, aquél continuará percibiendo, exclusivamente, dicho importe; ello, en virtud de la convalidación de dichas reglamentaciones establecida en el art. 48 de la ley 26.198.

En lo que se refiere a la movilidad que corresponde aplicar a partir del ejercicio 2007, habrá de estarse a los aumentos otorgados por el art. 45 de la ley 26.198, dec. 1346/07 y dec. 279/08, y lo dispuesto por la ley 26417, puesto que acompañan, en principio, en forma adecuada la evolución del incremento de los salarios en actividad.

V. Respecto a las restantes cuestiones alegadas, que no fueron expresamente mencionadas, omito pronunciarme por considerarlas inconducentes para la solución del conflicto suscitado en autos. En tal sentido el Alto Tribunal ha señalado que “los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la correcta solución del litigio y el fundamento de sus conclusiones” (CS, nov 4/97 “Wiater c. Min. de Economía”, LA LEY, 1998-A, 281). De esta suerte se reitera una doctrina expuesta en múltiples ocasiones, merced a la cual se exime al juzgador de tratar todas las cuestiones expuestas por los litigantes y de analizar los argumentos que a su juicio, no sean decisivos (Fallos: 272:225; entre otros).

En razón de los fundamentos vertidos, propicio: 1) declarar desierto el recurso de la demandada y formalmente admisible el deducido por la actora; 2) reconocer el derecho a la movilidad correspondiente al período que va del 1/12/02 hasta el 31/12/06 con el alcance indicado en los considerandos precedentes; 3) confirmar la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios; y, 4) costas en la Alzada por su orden (art. 21 de la ley 24.463).

Los Dres. *Néstor A. Fasciolo* y *Martín Laclau* dijeron:

Adherimos a las conclusiones a que arriba el Dr. *Poclava Lafuente*.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) declarar desierto el recurso de la demandada y formalmente admisible el deducido por la actora; 2) reconocer el derecho a la movilidad correspondiente al período que va del 1/12/02 hasta el 31/12/06 con el alcance indicado en los considerandos precedentes; 3) confirmar la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios; y, 4) costas en la Alzada por su orden (art. 21 de la ley 24.463).

Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, cúmplase con la comunicación dispuesta por la CSJN en la Acordada 15/13 (p.4 y conc.) y remítase. – *Juan C. Poclava Lafuente*. – *Néstor A. Fasciolo*. – *Martín Laclau*.

La derogación del régimen previsional para los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y la “movilidad” de sus haberes jubilatorios

Por Rodolfo A. Peón

SUMARIO: I. Introducción.– II. Análisis del fallo en el caso “M.”.– III. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

En los autos “M., C. Á. v. ANSeS s/Reajustes varios”, se pronunció la sala 3ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social aplicando el criterio sentado por la Corte Suprema en el caso “Arrúes”, luego reiterado en otros juicios, que versa sobre la vigencia del régimen

jubilatorio especial para miembros y funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

Según el decisorio dictado en “M. v. ANSeS” resulta aplicable en el caso lo determinado por la ley 25.668 (1) que dispuso la derogación parcial de la ley 24.018 (2), que establecía un régimen jubilato-

(1) BO del 19/11/2002.

(2) BO del 18/12/1991.

rio especial para determinados funcionarios del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Como consecuencia de la eliminación del régimen especial para funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación producto de lo dispuesto por la ley 25.668 –y su promulgación parcial por el dec. 2322/2002– se produjo un cambio fundamental en la forma de calcular la movilidad de los haberes jubilatorios de los afiliados comprendidos en la susodicha derogación. Ésta es la cuestión sobre la que se expide la sala 3ª de la Cámara Federal del fuero de la Seguridad Social en la causa “M., C. Á. v. ANSeS”.

De lo expuesto por el mencionado tribunal se infiere que, por aplicación de lo resuelto por el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso “Arrúes, Abraham D. S. v. ANSeS” con fecha 30/5/2006 (Fallos 329:2146), al producirse la aludida eliminación de la ley 24.018 por la ley 25.668, con relación a los regímenes especiales para los funcionarios de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Nación y de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a partir del 1/12/2002, la movilidad de los haberes previsionales de los funcionarios comprendidos en la medida es atribución del Congreso de la Nación según las pautas que éste fije.

En el caso en estudio, la sala 3ª resolvió que la movilidad debía determinarse según lo dispuesto por el art. 7º, inc. 2º, ley 24.463. Esta norma prescribe: “A partir de la vigencia de la presente ley todas las prestaciones de los sistemas públicos de previsión de carácter nacional tendrán la movilidad que anualmente determine la ley de Presupuesto. Dicha movilidad podrá ser distribuida en forma diferenciada a fin de incrementar las prestaciones mínimas. En ningún caso esta movilidad podrá consistir en una determinada proporción entre el haber de retiro y las remuneraciones de los activos”. Con posterioridad será de aplicación la normativa que indica el comentado fallo de la sala 3ª y la ley 26.417 (3) que actualmente se encuentra vigente, entre otras, sobre el tema de la movilidad de las prestaciones.

II. ANÁLISIS DEL FALLO EN EL CASO “M.”

Liminarmente debemos significar que como lo expresan Payá (H) y Martín Yáñez (4) con respecto a los fun-

cionarios que cesaron durante la vigencia del antes aludido régimen jubilatorio modificado con los requisitos cumplidos para obtener el respectivo beneficio, conservan su derecho. Empero, con relación a la “movilidad” del beneficio, de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Arrúes” cabe concluir que “no existen derechos adquiridos a que el monto de la prestación siga siendo calculado por las mismas reglas vigentes a la fecha del cese en la actividad”, por lo que se deduce que, a partir de ese momento, corresponde aplicar las normas del régimen general.

En el fallo emitido en el caso “Arrúes”, el tribunal cívico ha aplicado las normas del derecho al beneficio jubilatorio y a su “movilidad” de acuerdo con la legislación y los principios que rigen en el caso sometido a su decisión. Lo propio ocurre con relación a la sentencia de la sala 3ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social emitida en la causa “M.” que nos ocupa.

En efecto, sabido es que una vez acordada legítimamente la jubilación, el beneficio tiene el carácter de derecho adquirido resguardado por los principios fundamentados por la Constitución Nacional (arts. 14 bis y 17).

Lo mismo sucede con respecto al monto del beneficio, es decir, con la cantidad de dinero en que se traduce la cuota mensual de la jubilación a percibirse en el futuro (o de la pensión en su caso) que no constituye un derecho adquirido (5).

La “movilidad” es un ajuste periódico del beneficio para mantener al jubilado en una situación razonable entre la actividad y la pasividad. El Estado tiene la obligación de otorgar “jubilaciones y pensiones móviles” según el art. 14 bis, CN, por lo que se trata de un derecho consagrado por la Ley Fundamental. Es un derecho inmutable.

Por el contrario, la modificación de los métodos técnicos para determinar la “movilidad” de las prestaciones previsionales no puede ser considerada inconstitucional. En este sentido la Corte Suprema ha resuelto que “el cambio de un régimen de movilidad por otro no contraría el art. 14 bis, CN, pues tal disposición no especifica el procedimiento a seguir para el logro del objeto propuesto” (6).

(3) BO del 16/10/ 2008.

(4) Payá (h), Fernando H., Martín Yáñez, María Teresa, “Régimen de jubilaciones y pensiones”, t. II, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 1289,

(5) Bidart Campos, Germán, “El régimen nacional de previsión social”, Ed. Alfa, Buenos Aires, ps. 19/24.

(6) Fallos 295:274 y Payá (h), Fernando H., Martín Yáñez, María Teresa, “Régimen de jubilaciones y pensiones”, cit., p. 1145 y nota 15.

Por consiguiente, en el supuesto de que el interesado haya cesado bajo la vigencia de la ley 24.018 –como ocurre en el caso “M.”, no obstante la derogación dispuesta en los términos de la ley 25.668–, en virtud de lo reconocido desde antiguo (7), la ley aplicable a los efectos del acuerdo de la prestación es la que rige a la fecha de cesación de servicios, principio general que luego fue incorporado en la ley 18.037 (art. 27) y, actualmente, en líneas generales, en el art. 161, ley 24.241, reformado por la ley 26.222. Con relación a la “movilidad” del beneficio, por lo que antes apuntamos, no ocurre lo mismo sino lo opuesto.

III. CONCLUSIONES

De lo expuesto precedentemente es dable colegir que el fallo emitido en los autos “M.” se ajusta en la opinión sostenida por el tribunal cimero en el caso

“Arrúes” que, corresponde poner de resalto, fue luego reiterado en otros juicios según lo citan los especialistas en el derecho de la Seguridad Social Payá (H) y Martín Yáñez (8).

En suma, el criterio sostenido por la sala 3ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social aparece sustentado en principios básicos que inspiran e imperan en la legislación de las jubilaciones y pensiones, en la doctrina judicial y en la opinión de los expertos en la materia. Por ello, la tesis que resuelve el caso “M.” es adecuada para finiquitar la cuestión suscitada que, por cierto, es compleja por la diversidad de las normas que la alcanzan y la diferente interpretación que, en ocasiones, se le ha dado a dicha legislación.

Nos remitimos para acreditar tal aserto a lo que enseñan sobre el tema de los “régimenes especiales”, los versados profesionales antes mencionados (9).

Práctica Previsional

Los reajustes por movilidad en los beneficios de la ley 24.241. Su resolución judicial por la Cámara Federal de la Seguridad Social y la nueva intervención de las Cámaras Federales del interior del país

Por Rosanna E. Bermúdez

SUMARIO: I. Introducción.– II. Fallos aplicables.– III. Los criterios de las salas de la Cámara Federal de la Seguridad Social.– IV. Actual competencia de las Cámaras Federales del interior del país.– V. Colofón

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo trataremos la solución que actualmente aplican, para dirimir los juicios de reajustes de haberes de beneficios otorgados al amparo de la ley 24.241, la Cámara Federal de la Seguridad Social y a partir del Fallo de la Corte Sup., “Pedraza, Héctor H. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/acción de amparo” 6/5/2014 y la Acordada Corte

Sup. 14/2014, las quince Cámaras Federales locales que resultanalzada de los Juzgados Federales del interior del país.

Podemos afirmar que el objeto de la mayoría de los juicios previsionales es el recálculo del haber inicial y el reajuste de la prestación con la finalidad de que su cuantía acompañe las variables económicas para que la misma no se vea menoscabada con el paso del tiempo.

(7) Fallo de la Corte Suprema en “Gabrielli, Elvira”, sent. del 5/8/1954, DT T. XIV- 602.

(8) Payá (h), Fernando H., Martín Yáñez, María Teresa, “Régimen de jubilaciones y pensiones”, cit., p. 1289.

(9) Ibídem, ps. 1255 y ss.

Para introducirnos en esta temática realizaremos una breve reseña de la evolución del criterio jurisprudencial y su aplicación a la hora de dirimir la contienda judicial.

II. FALLOS APLICABLES

Hasta el año 2005 los juicios de reajustes de haberes de beneficios otorgados al amparo de la Ley 24.241 eran resueltos, en su gran mayoría, mediante la aplicación del precedente “Jalil, Ana G. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/reajustes por movilidad” 23/3/2004, CSJN, J 57. XXXVI.

En este caso, la actora se consideró perjudicada por el modo de cálculo del haber inicial de la prestación, ante ello la Corte resolvió que el agravio no había sido adecuadamente fundado ni probado, de modo que no correspondía examinar la procedencia sustancial de su pedido de recomposición de haberes.

Para resolver así entendió que la accionante no había indicado la existencia de errores en la liquidación del beneficio, sino que solamente objetaba en forma global el método de cálculo de las prestaciones dispuesto por la Ley 24.241 y su falta de relación entre el sueldo en actividad y el haber que percibía, pero sin especificar cuál de las componentes que integran su beneficio le causaba gravamen.

También resaltó que la PBU no tiene como finalidad adecuarse a la cuantía de los ingresos de los afiliados, mientras que la PC y la PAP pretenden reflejar el historial de aportes al sistema y no establecer una proporción con la última retribución.

En síntesis, este precedente resolvía que quien invocaba un perjuicio económico por el modo del cálculo del haber inicial de la prestación debía acreditarlo fehacientemente, indicando la existencia de los errores que adolecía la liquidación del beneficio y no objetando globalmente la ley 24.241, lo que implicó en los hechos que este tipo de reclamos judiciales por reajustes de haberes fueran sistemáticamente desestimados por aplicación del precedente “Jalil”.

En los autos “Badaro, Adolfo V. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/reajustes varios” B. 675. XLI, 8/8/06 y 26/11/07, el Máximo Tribunal recalcó que correspondía expedirse por el período comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, destacando que la omisión del Congreso en fijar pautas de movilidad –conforme lo dispuesto por el art. 7°, inc. 2°, de la ley 24.463– ha-

bía producido, a partir de la crisis del año 2002, un severo deterioro en las condiciones de vida del Sr. Badaro, ya que los aumentos otorgados mediante los decretos de necesidad y urgencia, no habían subsanado la merma sufrida en los beneficios superiores a \$ 1000 omisión que se traducían en el desmedro de su derecho a cobrar de acuerdo al mayor esfuerzo contributivo realizado, provocando una lesión a la garantía prevista en el art. 14 bis de la Constitución Nacional en la medida que su beneficio previsional perdía la razonable relación que debía mantener con los ingresos de los trabajadores.

La Corte hizo mención a que sólo el dec. 764/2006 introdujo una mejora en el haber del actor (11%) pero que su magnitud no guardaba relación con la disminución sufrida en el beneficio.

Reflotando nuevamente el principio de proporcionalidad y substitutividad el Supremo Tribunal dejó sentado en este precedente que el derecho a la movilidad reconocido por la Constitución Nacional tiene como finalidad la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo.

El fallo enfatiza que aquellos beneficios jubilatorios, que desde su determinación inicial se han vinculado con un promedio de salarios devengados, deben ajustarse de modo de dar adecuada satisfacción a su carácter substitutivo. Por ello utiliza el Índice de Salarios Nivel General elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos entendiendo que el mandato constitucional contenido en el art. 14 bis no fue cumplido dado que las modificaciones en los salarios durante el período examinado (2002/2006) ascendían a un 88,57% y la prestación del actor se encontraba alcanzada en dicho período sólo por el incremento del 11% dispuesto por el dec. 764/2006.

Como consecuencia de sus consideraciones, resuelve declarar la inconstitucionalidad en el caso del art. 7°, inc. 2°, de la ley 24.463, disponer que la prestación del actor se ajuste, a partir del 1° de enero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2006, según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el INDeC, ordenar al Organismo Previsional a que abone el nuevo haber y las retroactividades que surjan de la liquidación en el plazo previsto por el art. 2° de la ley 26.153 (120 días hábiles contados a partir de la recepción de las actuaciones administrativas por parte del Organismo Previsional) y establecer que dichas retroactividades lo sean con más los inte-

reses a la tasa pasiva conforme lo establecido en el precedente "Spitale" (Fallos 327:3721).

Expresamente autorizó la deducción de las sumas que pudieran haberse abonado en cumplimiento de las disposiciones del dec. 764/2006.

Más recientemente nuestro Máximo Tribunal se expidió en los autos "Elliff, Alberto J. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/reajustes varios", Corte Sup., 11/8/2009, Fallos: 332:1914, en el que por primera vez desde la vigencia de la Ley 24.241, la Corte resuelve aplicar una fórmula de recálculo de la prestación.

Recordemos que el actor adquiere su beneficio previsional al amparo de la Ley 24.241 con fecha 15/01/04 y solicitó en su demanda el recálculo del haber inicial y el reajuste del beneficio hasta la actualidad.

El Supremo Tribunal consideró que el empleo de un indicador salarial en materia previsional tiene como finalidad mantener una razonable proporción entre los ingresos de los activos y los pasivos, que se vería afectada si en el cálculo del haber no se reflejaran las variaciones de las remuneraciones.

También tomó en cuenta que la res. ANSeS 140/1995 al acotar la actualización de las remuneraciones hasta el 3/1991 excedió la facultad de reglamentar que la Ley 24.241 delegó en el Organismo Previsional.

La Corte entendió por lo menos como contradictorio, que estando vigente la prohibición genérica de indexar, que la ANSeS invoca amparada en el art. 4º, ley 25.561, dictó las resoluciones ANSeS 298/2008 y 135/2009 que modificaron los coeficientes de actualización de las remuneraciones a partir del mes de octubre del año 2004.

Y aunque reconoce en este fallo las facultades del legislador para establecer y organizar el sistema, entiende que la prestación previsional viene a sustituir el ingreso del peticionario a consecuencia de su labor y que el nivel de vida del jubilado debe guardar una relación justa y razonable con las que tenía en actividad tanto el trabajador como su núcleo familiar y que además definían la cuantía de sus aportes.

El fallo privilegió, aún en los beneficios de la Ley 24.241, el principio de la necesaria proporcionalidad entre los haberes de pasividad y de actividad.

Por ello resolvió confirmar la sentencia dictada por la sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social y

ordenó para el recálculo del haber actualizar los salarios mediante el Índice Salarios Básicos de la Industria de la Construcción (en adelante ISBIC) de la res. ANSeS 140/1995 hasta el cese.

Asimismo declaró la inconstitucionalidad del inc. 2º art. 7º, ley 24.463 y en consecuencia otorgó el reajuste de la prestación por el período 15/1/2004 al 31/12/2006 por aplicación del ISNG establecido por el INDeC conforme "Badaro" quedando subsumidos los aumentos ya cobrados.

En este caso podemos afirmar que el aumento de la prestación por la aplicación del ISBIC por el período 1994/2004 fue del 81% aproximadamente.

El aumento por aplicación del ISNG por el período 2004/2006 alcanzó el 47,8% al que se le debió descontar los aumentos dados por los decretos.

Destacamos que la Corte no se expidió respecto de la PBU dado que no fue objeto de reclamo.

III. LOS CRITERIOS DE LAS SALAS DE LA CÁMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Habiendo brindado supra un breve recordatorio sobre los fallos "Elliff" y "Badaro" podemos ahora comentarles como se están resolviendo los juicios en los que se solicita el recálculo y la movilidad para los beneficios otorgados al amparo de la ley 24.241 en las tres salas.

La Sala I por aplicación del fallo "Pérez, José v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/Reajustes Varios" de fecha 10/3/2009 ordena para la actualización de las componentes PC y PAP la aplicación del índice ISBIC y para la actualización de la PBU, la aplicación del precedente "Badaro" es decir el índice ISNG.

Para la movilidad posterior al otorgamiento aplica "Badaro" es decir el índice ISNG.

La Sala II por aplicación del fallo "Arduso, Félix v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/Reajustes Varios" de fecha 7/6/2010 ordena para la actualización de las componentes PC y PAP la aplicación del índice ISBIC y resuelve que la PBU no tendrá aumentos dada su naturaleza solidaria.

Para la movilidad posterior aplica "Badaro" es decir el índice ISNG.

La Sala III por aplicación del fallo “Bruzzo, Romilio A. v. Administración Nacional de la Seguridad Social s/Reajustes Varios” de fecha 28/4/2010 ordena para recalcular el haber actualizar las componentes PC, PAP y PBU por el índice ISBIC.

Para la movilidad posterior aplica el precedente “Badaro”, es decir el índice ISNG.

IV. ACTUAL COMPETENCIA DE LAS CÁMARAS FEDERALES DEL INTERIOR DEL PAÍS

A partir del fallo de la Corte Sup., “Pedraza” que declara la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463 y establece que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias, se adjudica la competencia en materia previsional como tribunal de alzada a las Cámaras Federales Locales.

En ese sentido la Corte dicta la Acordada 14/2014 que establece la intervención de las quince Cámaras Federales como alzada de los Juzgados Federales del interior del país, a saber:

Cámara Federal de Salta resulta alzada de los juzgados federales de:

- Salta,
- Jujuy y
- Orán, Provincia de Salta.

Cámara Federal de Tucumán resulta alzada de los juzgados federales de:

- Tucumán
- Catamarca y
- Santiago del Estero

Cámara Federal de Posadas, Provincia de Misiones, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Posadas
- Eldorado, Provincia de Misiones y
- Oberá, Provincia de Misiones

Cámara Federal de Corrientes resulta alzada de los juzgados federales de:

- Corrientes y
- Paso de los Libres, Provincia de Corrientes

Cámara Federal de Resistencia, Provincia del Chaco, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Resistencia, Provincia del Chaco
- Roque Sáenz Peña, Provincia del Chaco
- Formosa
- Reconquista, Provincia de Santa Fe

Cámara Federal de Rosario, Provincia de Santa Fe, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Rosario
- Santa Fe y
- San Nicolás, Provincia de Buenos Aires

Cámara Federal de Paraná, Provincia de Entre Ríos, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Paraná
- Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos y
- Victoria, Provincia de Entre Ríos

Cámara Federal de Córdoba resulta alzada de los juzgados federales de:

- Córdoba
- Río IV, Provincia de Córdoba
- Bell Ville, Provincia de Córdoba
- Villa María, Provincia de Córdoba
- San Francisco, Provincia de Córdoba y
- La Rioja

Cámara Federal de Mendoza resulta alzada de los juzgados federales de:

- Mendoza
- San Rafael, Provincia de Mendoza
- San Juan y
- San Luis

Los reajustes por movilidad en los beneficios de la ley 24.241...

Cámara Federal de General Roca, Provincia de Río Negro, resulta alzada de los juzgados federales de:

- General Roca
- Bariloche, Provincia de Río Negro
- Viedma, Provincia de Río Negro
- Neuquén y
- Zapala, Provincia de Neuquén

Cámara Federal de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Comodoro Rivadavia
- Rawson, Provincia de Chubut
- Esquel, Provincia de Chubut
- Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz
- Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz,
- Ushuaia, Tierra del Fuego y
- Río Grande, Tierra del Fuego

Cámara Federal de La Plata, Provincia de Buenos Aires, resulta alzada de los juzgados federales de:

- La Plata
- Lomas de Zamora
- Junín y
- Quilmes

Cámara Federal de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Mar del Plata
- Necochea, Provincia de Buenos Aires
- Azul, Provincia de Buenos Aires y
- Dolores, Provincia de Buenos Aires

Cámara Federal de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, resulta alzada de los juzgados federales de:

- Bahía Blanca y
- Santa Rosa, Provincia de La Pampa

Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires, resulta alzada de los juzgados federales de:

- San Martín
- Campana, Provincia de Buenos Aires y
- Mercedes, Provincia de Buenos Aires.

V. COLOFÓN

Como les hemos relatado en el presente trabajo, existe una nueva asignación de competencia en la materia previsional que otorga la intervención en grado de alzada a las Cámaras Federales del interior del país.

El hecho que intervengan quince cámaras, originará una nueva jurisprudencia en la materia que seguramente resultará diversa, quedándole siempre a la Corte Suprema la importante y delicada misión de unificarla.

Actualidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 5/2014 (*)

Por María Teresa Martín Yáñez

SUMARIO: a) Fallos destacados: 1.– *Haber previsional. Reajuste. Prescripción. Recurso. Procedencia*; 2.– *Haber previsional. Reajuste. Caso “Badaro”. Medida cautelar. Improcedencia*; 3.– *Pensión. Conviviente varón. Distinción de sexo. Inconstitucionalidad*.– b) **Relación de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizados en remisiones durante el período julio/agosto 2014**.– c) **Apéndice: 1.– Estadística de acuerdos; 2.– Fichero**

a) Fallos destacados

1.– Haber previsional. Reajuste. Prescripción. Recurso. Procedencia

“*Naya, Gloria N. v. Administración Nacional de la Seguridad Social*”, Corte Sup., 1/7/2014.

Voto de los jueces: Lorenzetti, Petracchi, Maqueda y Highton de Nolasco.

Dictamen de la procuradora fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Irma A. Garcías Netto, 21/2/2014.

i) Circunstancias fácticas de la causa

En el caso la sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social hizo lugar al reclamo de la actora, disponiendo el recálculo del haber inicial de su beneficio, mediante la aplicación del promedio mensual de las remuneraciones computadas a valores constantes y actualizadas, de acuerdo al índice general de salarios que elabora la Secretaría de Seguridad Social, y su posterior reajuste por movilidad en los términos de la ley 18.037 aplicable así como las pautas del caso “Badaro”, ordenando el pago de las retroactividades correspondientes.

Ante ello, la demandada apela alegando que el Tribunal de Alzada omitió expedirse sobre la excepción de prescripción oportunamente opuesta con respecto a los haberes devengados del beneficio, conforme al

art. 82, ley 18.037, que establece la prescripción bienal para los reclamos posteriores a la solicitud de los beneficios. Rechazado el recurso extraordinario deducido por dicha causal, se interpone la queja originando la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tal como lo señala la procuradora fiscal en su dictamen, que hace suyo el Alto Tribunal, la sentencia recurrida al omitir pronunciarse sobre dicha excepción quedó descalificada como tal, por carecer de los requisitos exigidos para constituir un acto jurídicamente válido y en violación de las garantías de defensa en juicio y del debido proceso consagradas en el art. 18, CN, por todo lo cual considera procedente hacer lugar a la queja y en consecuencia al recurso interpuesto y devolver las actuaciones al tribunal de origen, sin que ello implique abrir juicios sobre la resolución que éste en definitiva dicte.

ii) Holding utilizado por la Corte

– Excepción de prescripción. Tratamiento. Procedencia “Los agravios relativos al tratamiento de la excepción de prescripción, en cuanto remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común, son tópicos reservados al tribunal de la causa y ajenos, por principio, a la instancia extraordinaria (Fallos 331:1099, entre otros). Sin perjuicio de ello, la Corte tiene dicho que eso no es un obstáculo para admitir el recurso, cuando se ha omitido dar un tratamien-

(*) Acuerdos julio/agosto 2014.

to adecuado a la controversia de acuerdo a los términos en que fue planteada, el derecho aplicable y la prueba rendida, y por lo tanto el pronunciamiento no constituye un acto judicial válido (doctrina de Fallos 311:1656, 2547; 317:768, 324:1429 entre otros)”.

2.– Haber previsional. Reajuste. Caso “Badaro”. Medida cautelar. Improcedencia

“Márquez, Alfredo J. v. Administración Nacional de la Seguridad Social y otro s/incidente”, Corte Sup., 20/8/2014

Voto de los jueces: Zaffaroni, Fayt, Petracchi, y Highton de Nolasco.

Dictamen de la procuradora fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Alejandra M. Gils Carbó, 28/6/2013

i) Circunstancias fácticas de la causa

La sala 2ª de la Cámara Federal de la Seguridad Social hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor a fin de que se le abonara el haber de su beneficio reajustado, ordenando a la ANSeS que adecuara la prestación conforme al precedente “Badaro” a partir del mes siguiente de su dictado y hasta que la sentencia definitiva pase en autoridad de cosa juzgada.

Habiendo la demandada deducido recurso extraordinario contra dicha resolución, éste le fue denegado, interponiendo por lo tanto la queja que origina la intervención del Alto Tribunal.

En su fallo la Corte Suprema estima que no se encuentran acreditados los requisitos que hagan viable la medida cautelar otorgada, ya que el tribunal de Alzada sólo basa su criterio en condiciones genéricas comunes en el ámbito previsional sin referirse concretamente a las circunstancias del caso, por lo cual resuelve dejar sin efecto la medida cautelar otorgada.

ii) Holding utilizado por la Corte

– Procedencia del recurso. Sentencia definitiva. Excepción

“Que si bien es cierto que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten, no revisten carácter de sentencias definitivas en los términos que exige el art. 14, ley 48, para la procedencia del recurso extraordinario (Fallos 327:5068; 329:440 entre muchos otros), cabe apartarse de tal regla en el presente caso, ya que la disposición tomada por el *a quo* anticipa sustancialmente

la solución de fondo sobre la base de apreciaciones genéricas, lo cual trasciende el interés de las partes ya que establece un criterio de interpretación del régimen de la medida dispuesta que conduce a su desnaturalización”.

– Medida cautelar. Requisitos. Evaluación

“La Corte ha señalado reiteradamente que la viabilidad de las medidas precautorias se halla supeditada a que se demuestre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, y que entre aquéllas la innovativa constituye una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, lo que justifica una mayor estrictez en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Fallos 316:1833; 319:1069; 326:3729; 327:2490, entre otros).

“Medidas como la requerida se dirigen a evitar perjuicios irreparables, que vuelven imposterizable una intervención jurisdiccional eficaz para modificar el estado de hecho en que se encuentra el peticionario (art. 232, Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación y Fallos 320:1633 y 324:1691).

“Corresponde a los magistrados verificar cuidadosamente la concurrencia de los extremos de hecho exigidos para la procedencia de la medida solicitada, valorándolos con la prudencia que demanda un conflicto entre el derecho de defensa del organismo y la necesidad expresada por el actor”.

3.– Pensión. Conviviente varón. Distinción de sexo. Inconstitucionalidad

“Z., M. J. J. v. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/plena jurisdicción”, Corte Sup., 20/8/2014

Voto de los jueces: Lorenzetti, Maqueda, Zaffaroni, y Petracchi.

Dictamen del procurador fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Marcelo A. Sachetta, 17/10/2013

i) Circunstancias fácticas de la causa

El actor solicitó ante la Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba el acuerdo de pensión en su carácter de conviviente incapacitado de la causante. Cabe señalar que con anterioridad dicho organismo había otorgado ese beneficio a los hijos del actor y la causante, del cual gozaron hasta su mayoría de edad, con anterioridad a lo cual éste peticionó el beneficio.

El organismo demandado rechazó dicha solicitud por no hallarse contemplada la situación del actor en la nómina de derechohabientes de la ley 5846 vigente a la fecha del deceso de la causante, ante lo cual éste deduce demanda ante la Cámara Contencioso Administrativo de Primera Nominación de Córdoba, tachando de inconstitucional dicha norma por afectar la igualdad ante la ley garantizada por la Constitución Nacional, sin distinción de sexo. La demanda fue rechazada, planteando el actor recurso de inconstitucionalidad por ante el Tribunal Superior de Córdoba que hizo lugar a la acción ordenando a la Caja que acuerde la pensión solicitada, pero sin expedirse sobre la inconstitucionalidad planteada.

Ante ello el actor dedujo recurso extraordinario, el cual fue rechazado interponiendo la queja que habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual se expide haciendo lugar al recurso planteado y declarando la inconstitucionalidad del art. 31, ley provincial 5846 y revoca parcialmente la sentencia impugnada, ordenando que la pensión se abone al actor a partir de la fecha en que el menor de sus hijos, beneficiario de dicha prestación, dejó de percibirla por alcanzar la mayoría de edad .

ii) *Holding* utilizado por la Corte

– Resolución definitiva. Facultades de la Corte Suprema

“La naturaleza de los derechos en juego, el tiempo transcurrido desde que se iniciaron las presentes actuaciones y la circunstancia de que el actor se encuentra totalmente incapacitado, justifica que esta Corte, haciendo uso de las facultades que le otorga el art. 16, ley 48, se expida en forma definitiva respecto de la cuestión federal sobre la que versa el litigio, interpretando los preceptos en juego a fin de tutelar debidamente los derechos comprometidos en la causa (doctrina de Fallos 318:1246).

– Igualdad ante la ley. Art. 16, CN. Concepto

“Que esta Corte ha interpretado que la igualdad establecida en el art. 16, CN, impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos 153:67, entre muchos otros)”.

– Control

“El Tribunal ha aplicado un escrutinio riguroso sobre las normas que establecen clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados sospechosos de inconstitucionalidad), tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políti-

cas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (art. 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Fallos 329:2986).

– Validez de las leyes. Presunción de inconstitucionalidad

“Cuando esta Corte ha tenido que expedirse sobre la validez de las leyes que utilizan como en el caso alguno de esos criterios de clasificación expresamente prohibidos, lo ha hecho partiendo de una presunción de inconstitucionalidad (Fallos 327:5118 ‘Hooft’, 329:2986 ‘Gottschau’, y 331:1715 ‘Mantecón Valdés’), que sólo cae si la demandada justifica los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demuestra que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado”.

b) Relación de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación utilizados en remisiones durante el período julio/agosto 2014

Durante el período julio/agosto 2014, 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 de precedentes

329:3089	“Badaro”
330:4866	“Badaro”
328:4050	“Bilotte”
332:1304	“Cirillo”
331:2094	“D’Este
3289:3103	“Gargiulo”
329:5621	“Martínez”
335:146	“Molina”
333:1909	“Oriolo”
335:2275	“Ramírez”
334:275	“Salas”

A dichos fallos deben agregarse los precedentes no publicados en la Colección de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

1. A.41.XVIII, "Aguilera Grueso, Emilio" fallado el 4/12/2012.
2. A.184 XLV, "Ayala, Isidoro" fallado el 12/8/2014.
3. B. 1371 XLIII, "Barrios Idilio" fallado el 21/8/2013.
4. B. 185. XLV, "Brondino, Juan E." fallado el 9/4/2013.
5. C.59. XLIX, "Claro, Miguel Á.", fallado el 19/3/2014.
6. C 1446.XLVII, "Cornalo, Elva y otros" fallado el 26/3/2014.
7. C. 506.XLIII, "Cuello Juan A." fallado el 31/3/2009.
8. D 73. XLVII, "De la Vega, Celina L.", fallado el 03/2014.
9. D. 1188.XLVII, "Demarsico, José M.", fallado el 21/8/2013.
10. E. 31.XLVII, "Echevarría, Olga B." fallado el 21/2/2013.
11. M 641.XLVII, "Márquez, Alfredo J." fallado el 20/8/2014.
12. M.182.XLVIII, "Modarelli, Nicolás J." fallado el 27/4/2010.
13. O. 381.XLI, "Olguín, María P." 31/3/2009.
14. P. 788.XLVII, "Pantaleno, Carlos" fallado el 04/6/2013.
15. P. 436.XLVI, "Plá, José" fallado el 26/9/2012.
16. R.37.XLVI, "Rossi, Pablo A.", fallado el 26/3. 2013.
17. R.623.XLVIII, "Robert, Daniel" fallado el 15/5/2014.
18. S. 1069.XLIV, "Scalise, Claudio" fallado el 9/8.11.
19. T.188.XLVII, "Taborda, José M. del S." fallado el 1/8/2013.
20. T. 179.XLV, "Toledano, Beatriz D." fallado el 26/3/2013.

c) Apéndice

1.- Estadística de acuerdos

Tema	Julio	Agosto
Art. 280	1313	460
Ac. 4/2007	8	13
Otros rechazos	6	66
Caducidad	2	3
Aclaratoria	0	34
Fallos	2	3
Ayala	0	85
Badaro y Cirillo	7	5
Brondino	0	29
Claro	0	52
Molina	0	135
Oriolo	0	114
Ramírez	0	22
Robert	22	5
Salas	0	20
Otras remisiones	8	24
Totales	1371	1070

2.- Fichero (1)

I.

A. 976 XLIII.

"Administración Federal de Ingresos Públicos v. Carnes Santacruceñas S.A s/ ejecución fiscal".

Corte Sup., 15/7/2014.

Recurso de hecho.

Apelante: Demandada.

Cuestión: Deuda por aportes y contribuciones. Ejecución ley 11.683. Excepciones de litispendencia, prescripción e inhabilidad de título.

Resultado: Se rechazan las excepciones opuestas por no estar debidamente acreditados los extremos invocados y en consecuencia se desestima el recurso de queja interpuesto, ordenándose la devolución de los autos principales al juzgado de origen.

(1) Se omiten los fallos analizados bajo el título de "Fallos destacados".

Tribunal de origen: Juzgado Federal de 1ª Instancia de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut.

II.

A. 184 XLV.

“Ayala, Isidro A. y otros v. Estado Nacional (Ministerio de Defensa) v. Personal civil y militar de las FF.AA. y de Seguridad”.

Corte Sup., 22/8/2014.

Recurso de hecho.

Apelante: Actora.

Cuestión: Haber de retiro. Reajuste. Decs. 682/2004 y 2993/2004. Sumas no remunerativas y bonificables.

Resultado: Se hace lugar al recurso de queja y precedente el extraordinario interpuesto, e invocando lo resuelto con fecha 8/10/2013 en el caso “Juárez, Walter H. v. Estado Nacional – MO Justicia - PFA - decs. 2744/1993 - 1262/2009 s/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad”, sobre el carácter salarial de los decs. 682/2004 y 2993/2004 y 92/2006, se deja sin efecto la sentencia impugnada.

Tribunal de origen: C. Fed. Seguridad Social, sala 2ª.

III.

L.186 XLVI

“Lucero, Hilario F. y otros v. Estado Nacional - Ministerio de Defensa c/Personal Militar y Civil de las FF.AA. y de Seguridad”.

Corte Sup., 26/8/ 2014.

Recurso de hecho.

Apelante: Demandada.

Cuestión: Instituto de Ayuda Financiera para el Pago de Retiros y Pensiones Militares. Falta de legitimación. Ejecución de sentencia. Reliquidación de haberes. Oposición.

Resultado: Se hace lugar al recurso de queja y se declara procedente el extraordinario interpuesto, resolviendo conforme al dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo, que la Alzada incurrió en un exceso formal al desconocer la personería del Instituto de Ayuda Financiera para intervenir en la ejecución de sentencia y en consecuencia se deja sin efecto la decisión impugnada, fin de que se dicte una nueva conforme a lo decidido.

Tribunal de origen: C. Fed. Seguridad Social, sala 2ª.

Actualidad en Jurisprudencia de Primera Instancia 10/2014

Por Javier B. Picone

SUMARIO: a) Ley 24.241. Haber inicial. Prestación Básica Universal. Actualización. Procedencia. Prestación compensatoria. Actualización de las remuneraciones. Art. 26. Inconstitucionalidad.– b) Ley 25.994. Res. 884/2006. Inconstitucionalidad. Exceso de facultades reglamentarias. Restitución de beneficio. Procedencia.– c) Ley 25.994. Res. 884/2006. Residencia en otro país. Renuncia de servicios. Efectos.– d) Pensión. Aportante regular e irregular con derecho. Decretos reglamentarios. Procedencia del beneficio. Aportes proporcionales. Fallos “Tarditti”, “Pinto” y “García Cancino”

a) Ley 24.241. Haber inicial. Prestación Básica Universal. Actualización. Procedencia. Prestación compensatoria. Actualización de las remuneraciones. Art. 26. Inconstitucionalidad

Autos: “Crespo, Alberto v. Anses s/reajustes varios”, sentencia definitiva nro. 42726, del 18/7/2014, Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n. 1, a cargo de la Dra. Viviana P. Piñeiro –juez subrogante–

En el caso se cuestiona la forma en que fue determinado el haber inicial –obtenido al amparo de la ley 24.241– y las normas que lo reglaron.

En primer lugar se destaca que, en la actualidad, para la determinación del haber mensual de la PBU no entran directamente en juego las remuneraciones del afiliado, sino que ésta está constituida por un monto fijo, determinado por el legislador en la ley 26.417, quedando eliminada toda referencia al valor del Mopre al que el anterior art. 20, ley 24.241, se remitía.

Es útil recordar que la norma, en su vieja redacción, determinaba una PBU de dos y medio Mopres, que podía incrementarse en un 1% por cada año de servicio excedente de los 30 años hasta un tope de 45 años.

Los únicos requisitos para la percepción de esta primera prestación son: tener cumplida la edad que fija el art. 19 (65 años los hombres y 60 las mujeres), y los 30 años de servicios con aportes. Es posible compensar la falta de años de servicios con el excedente de edad en la proporción de 2 años de edad excedente por 1 año de servicios faltante.

Pretendida la actualización del AMPO (Mopre) y considerando que éste se mantuvo en un valor de \$ 80 desde 1997, hasta que dejó de formar parte de la fórmula de cálculo de la PBU, estima que tal situación coloca a la actora en un plano de desigualdad respecto de otros beneficiarios, y genera un perjuicio que debe ser subsanado. En consecuencia, dispone actualizarlo con los parámetros brindados por el Alto Tribunal en autos “Badaro, Adolfo V. v. ANSeS s/ reajustes varios” (26/11/2007), en la proporción que corresponda según sea la fecha de otorgamiento del beneficio.

Sobre la determinación de la Prestación Compensatoria y de la Prestación Adicional por Permanencia, considera que el método a usar para su cálculo guarda semejanza con el establecido en las leyes 18.037 (art. 49) y 18.038 (arts. 49 y 36, respectivamente). (Conf. Jaime, Raúl C. y Brito Peret, José I., “Régimen previsional, Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, ley 24.241”, Astrea, 1996, p. 196).

Con respecto a sus montos dispone recalcular la PC y la PAP actualizando las remuneraciones que conforman la base de cálculo hasta la fecha de adquisición del derecho, conforme el índice previsto en la res. 140/1995 de Anses, a saber el ISBIC sin la limitación temporal allí prevista; sin perjuicio de lo dispuesto en las resoluciones 6/2009 de la SSS (BO del 3/3/2009), 135/2009 (BO del 16/3/2007), y 65/2009, del organismo previsional, de resultar aplicables al caso.

En cuanto a la movilidad que corresponde al período posterior al 31/3/1995, dentro de la cual se encuentran las prestaciones otorgadas de PBU, PC y PAP, antes referidas, estima aplicable lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en las causas “Badaro, Adolfo V. v. ANSeS s/ reajustes varios” del 8/8/2006 y del 26/11/2007 y “Padilla, María T. Méndez de”, del 29/4/2008.

Respecto del cuestionamiento relativo al art. 26, ley 24.241, que fijaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la resolución de la SSS 6/2009 citada, un tope en el haber máximo de la PC equivalente a un AMPO por cada año de servicios con aportes computados y a partir de la vigencia de la citada resolución fija un tope equivalente a 0,208 haberes mínimos, por cada año de servicios con aportes computados (conf. art. 14 punto 6), declara su inaplicabilidad en tanto y en cuanto su aplicación conduzca a una merma confiscatoria mayor al 15% (conf. Corte Sup., *in re* “Actis Caporale” del 19/8/1989). Asimismo aclara que el menoscabo deberá acreditarse en la etapa de ejecución de sentencia al practicar los cálculos correspondientes.

Igualmente difiere el test de razonabilidad de los arts. 9, leyes 24.463 y 24.241, y del art. 25, ley 24.241, para la etapa procesal antes mencionada.

En consecuencia ordena el recálculo del beneficio de jubilación en los términos precisados.

b) Ley 25.994. Res. 884/2006. Inconstitucionalidad. Exceso de facultades reglamentarias. Restitución de beneficio. Procedencia

Autos: “Crespo, Alma A. v. Anses s/jubilación y retiro por invalidez”, sentencia definitiva nro. 42277, del 29/4/2014, Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n. 9, a cargo del Dr. E. Ezequiel Pérez Nami –juez subrogante–

En el caso en comentario, se pretende la restitución del beneficio otorgado al amparo de la ley 25.994 y, en principio, discrecionalmente suspendido por el organismo previsional.

Cabe recordar que la situación encuadra en el dec. 1451/2006 que prorrogó la vigencia de la ley 25.994 hasta el 30/4/2007 e instruyó a la Anses para que estableciera los mecanismos correspondientes para priorizar el acceso al beneficio previsional de aquellos sujetos que no se encontraran percibiendo prestaciones derivadas de planes sociales, pensiones graciables o no contributivas, jubilaciones, pensión o retiro, civil o militar.

Así, la Anses dictó la res. DE 884/2006, disponiendo en su art. 4º que los trabajadores que se inscriban en la moratoria de la ley 25.865 en el marco de lo dispuesto por el art. 6º, ley 25.994 y sus normas reglamentarias, cuando se encuentren percibiendo

cualquier tipo de planes sociales, pensiones gracia- bles o no contributivas, jubilación, pensión o retiro civil, militar o policial, ya sean nacionales, provinciales o municipales, sólo adquirirán derecho al cobro del beneficio previsional a partir de la cancelación total de la deuda reconocida, y en tanto cumplan la totalidad de los requisitos exigidos por la ley 24.241 para su otorgamiento. El art. 6° exceptúa a aquellas personas a las cuales se hubiera otorgado turno de atención en UDAI, hasta el día anterior a la vigencia de la normativa aplicable, con el objeto de ser utilizado únicamente en el asesoramiento relativo a la solicitud de deuda mediante el SICAM, y a fin de optar por planes de facilidades de pago que prevé la legislación vigente.

Desde la vigencia de la citada norma, que rige a partir del 25/10/2006, el otorgamiento del beneficio queda supeditado al pago total de la deuda, o de la cancelación de las cuotas del plan de facilidades respectivo.

A fin de resolver la cuestión planteada, el juez hizo mérito del dec. 1451/2006, del que surge la intención del Estado de proteger, en primer lugar, a quienes no contaban con prestación alguna, estableciendo con ello un orden de prelación en el que se pondría en mejores condiciones a quien –presumiblemente– se encontrara en un estado de mayor necesidad pero sin imponer nuevos requisitos.

En el contexto aludido, considera que –a través del dictado de la res. 884/2006– excedió las facultades que le fueron conferidas por el Poder Ejecutivo, tomándose la atribución de limitar el acceso efectivo de la accionante al beneficio (ya otorgado), al imponer en su art. 4° una condición no contenida en la norma de fondo y más aún establecer en su art. 5° una distinción fundada en parámetros temporales.

Por ello, ordena a la Anses que se abstenga de aplicar la resolución Anses 884/2006 y la consecuente restitución del beneficio jubilatorio peticionado.

c) Ley 25.994. Res. 884/2006. Residencia en otro país. Renuncia de servicios. Efectos

Autos: “Fischer, Soña v. Anses s/prestaciones varias”, sentencia definitiva nro. 43354, del 4/7/2014, Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n. 9, a cargo del Dr. E. Ezequiel Pérez Nami –juez subrogante–

En el caso bajo estudio, se cuestiona la resolución que deniega el beneficio por considerar que no se encon-

traban acreditados los servicios autónomos invocados. Se destaca la denuncia de la actora vinculada a la solicitud de la demandada sobre las entradas y salidas del país, debiendo acompañar fotocopia del pasaporte donde se lean dichas fechas, exigencia que considera irrelevante, acreditación de la estadía o no en el país por los períodos en relación a los cuales se acogió a la moratoria que prevé la ley 24.476, por cuanto el requisito de residencia no surge de norma alguna, sino que resulta de la interpretación del principio de territorialidad que prevé la ley 24.241. En ese contexto afirma que el art. 2°, ley 24.241, sostiene que dicho artículo obliga a aquellas personas que trabajan en el país a encontrarse afiliados al SIJP, lo cual no significa que aquellos argentinos que no trabajen en el país no puedan hacerlo.

La demandada sostuvo que el plan de regularización de deuda previsional, así como también la posibilidad de afectar los beneficios para el pago de ella en el plazo de cinco años, es una liberalidad, de carácter excepcional, que ha sido reconocida a favor de los trabajadores argentinos que por los avatares políticos que atravesó el país se vieron imposibilitados de efectuar los aportes temporales de dichos trabajos, circunstancia que les impedía obtener la jubilación respectiva. Pretender extender esa liberalidad a todos los argentinos que viven en el exterior y no acrediten haber residido en el país por el período denunciado en el plan de regularización de deuda, importaría el colapso financiero del sistema jubilatorio y la desnaturalización de los fines de las normas citadas.

Ya en el análisis de la cuestión planteada, el *a quo* destaca que la actora reside en Israel desde el 10/3/1986, y que durante diversos períodos de tiempo, habitó en el mencionado país. Por lo que la afirmación del apoderado de que “no le consta que la titular esté radicada en Israel”, no resulta acertada.

En cuanto a la posibilidad de hacer uso de la moratoria dispuesta por la ley 24.476 a fin de obtener el beneficio previsional, resulta necesario tener presente que ella misma puede aplicarse a deudas anteriores a septiembre de 1993. Por lo que realiza el análisis detallado de los períodos invocados y, en consecuencia, si en ellos se podría comprobar la prestación del los servicios que se pretenden justificar.

Por el primero, marzo de 1969 a febrero de 1973, no puede probarse si la peticionante se encontraba o no en el país, ya que según surge de la copia del pasaporte de la actora, éste fue expedido el 17/12/1976, siendo un duplicado por actualización del expedido el

24/10/1962. Es decir que el período de tiempo en análisis no consta en dicha documental.

Tampoco se aporta otra documental de la cual surja su presencia en el país, ni en sede administrativa ni en sede judicial.

Del cómputo ilustrativo obrante en el expediente administrativo surge que tiene 16 años y 3 meses aportados como trabajador autónomo, 5 años y 11 meses por los cuales solicita la aplicación de la moratoria y que por el período 1/6/1978 al 30/6/2004, solicita la aplicación de lo dispuesto en el art. 1º, ley 25.321, que permite a los trabajadores que completen los años de servicios y los aportes requeridos para acceder al beneficio jubilatorio de acuerdo a las leyes correspondientes, renunciar a los meses trabajados en calidad de autónomo, que excedieren o hubieren sido simultáneos a dicho período, caducando a tal efecto la deuda exigible por esos lapsos.

Así destaca que la Sra. Fischer logra computar sólo 22 años y 2 meses de servicios, toda vez que los restantes los ha renunciado, por lo que resulta abstracto analizar si corresponde aplicar o no al caso de autos la moratoria.

Por tales motivos, fundado en la imposibilidad de dar cumplimiento a la prescripciones del art. 19, ley 24.241, rechaza la demanda interpuesta.

d) Pensión. Aportante regular e irregular con derecho. Decretos reglamentarios. Procedencia del beneficio. Aportes proporcionales. Fallos “Tarditti”, “Pinto” y “García Cancino”

Autos: “Fabricius, Miguel Á, v. Anses s/prestaciones varias”, sentencia definitiva nro. 42674, del 14/2/2014, Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social n. 7, a cargo de la Dra. Alicia I. Braghini

En el caso se pretende la obtención del beneficio de pensión, desestimado por el organismo con fundamento en que la causante no revestía la calidad de aportante regular ni irregular con derecho.

Previo al análisis de la cuestión sometida, se relata la evolución del recaudo de regularidad introducido por la ley 24.241, y reglamentado en primer orden, por dec. 1120/1894. Según texto original, se debió acreditar que la causante realizó aportes durante los 10 meses, o 6 meses, dentro de los 12 anteriores a la solicitud del beneficio, para ser considerado aportante

regular o irregular, respectivamente. Posteriormente, la introducción de la modificación dispuesta en el dec. 136/1997, consideró aportante regular al que acreditar retenciones durante 30 meses, e irregular al que demostrare aportes durante 18 meses, dentro de los 36 anteriores a la solicitud del derecho previsional.

Por último, el dec. 460/1999 redujo el tiempo de aportes indispensables a 12 meses dentro de los 60 inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud del beneficio. Este es así, sólo para el supuesto de que los afiliados no alcancen los 30 años de servicios exigidos por la norma, pero siempre que acrediten al menos 50% de dicho mínimo y se haya demostrado el ingreso de las cotizaciones correspondientes.

Llevado ello a las constancias de la causa, destaca que la causante falleció a la edad de 53 años y prestó servicios como trabajadora dependiente durante 13 años y 11 meses; circunstancia que da cuenta de aportes al sistema durante más de la mitad de su vida activa, sin que incida en ello su falta de afiliación al régimen de trabajadores autónomos como alega el organismo.

En tal sentido, la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha propiciado una interpretación amplia del dec. 460/1999, a partir del precedente “Tarditti” (Fallos 329:576), en el que ha dicho que la regularidad de los aportes no debe ser evaluada sobre la base de considerar sólo un período laboral que no pudo ser completado por la muerte del causante, sino que debe ser valorada de modo proporcional con los lapsos trabajados y el período de afiliación (“Pinto, Ángela A. v. ANSeS s/pensiones”, sent. del 6/4/2010 y “García Cancino, María Angélica v. Máxima A.F.J.P. s/prestaciones varias”, sent. del 16/2/2010).

A ello agrega que los decs. 1120/1994, 136/1997 y 460/1999 no han agotado todas las situaciones susceptibles de configurarse en torno al art. 95, inc. a, aparts. 1 y 2, de modo que corresponde al juzgador establecer en cada caso las soluciones que conjuguen la verdad jurídica objetiva con el principio de justicia que debe presidir la decisión particular correspondiente al litigio en análisis. El conjunto normativo de un sistema de seguridad social debe estar orientado en función de la protección del individuo ante las contingencias sociales. Sobre la base de ellas y de la naturaleza alimentaria de las prestaciones, el carácter sustitutivo de los beneficios hace caer a un plano secundario el momento en que se pida. De ahí que el art. 82, ley 18.037 (cuya vigencia se mantuvo de manera expresa por la ley 24.241), declara imprescriptible el de-

recho a los beneficios acordados por las leyes de jubilaciones y pensiones, cualquiera fuere su naturaleza y titular. Teniendo en cuenta ello, las condiciones que fijan los decretos reglamentarios del art. 95, ley 24.241, en la práctica, constituyen un plazo de caducidad que se opone abiertamente a los mencionados caracteres de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad que revisten los derechos previsionales.

Doctrinariamente se ha sostenido que, en principio, la adopción de un pronunciamiento adverso a la pretensión del titular llevaría no sólo a una solución socialmente injusta, sino, además, errónea, porque es el fruto de una interpretación aislada del precepto y

con excesivo apego a su texto literal, en la que se pierde de vista la economía general del SIJP (hoy SIPA), el cual es restrictivo en relación con los regímenes anteriores, pero no hasta el extremo de consagrar tamaño despojo.

Así las cosas, concluye que la causante tenía derecho a obtener un beneficio jubilatorio, interpretando a *contrario sensu* lo dispuesto por el art. 3270, CCiv., pudo transmitir el derecho pensionario al peticionario.

En consecuencia, se ordena el otorgamiento del beneficio, considerando a la causante aportante irregular con derecho.

Bibliografía y Comentarios

Bibliografías y Comentarios 10/2014

Por Estela R. Martí de Minutella

SUMARIO: a) Bibliografía.– b) Salud.– c) Seguridad social en general.– d) Previsión social.– e) Riesgos del trabajo

a) Bibliografía

El trabajo y las personas con discapacidad, de Alejandro Rojo Vivot. Ed. Dunken, 2011, 112 ps.

Siempre abordando los temas de comunicación y de la discapacidad, este renombrado especialista actualiza el tratamiento de la problemática que envuelve la situación de desempleo de quien resulta afectado por un infortunio de cierto grado de invalidez que debilita cuando no inhabilita su capacidad evolutiva para subvenir a sus propias necesidades, a partir de un empleo digno, acorde con el nivel factible de productividad.

De ese modo, se examinan la equiparación de oportunidades, la habilitación y la rehabilitación; el trabajo en general y en particular el de tipo protegido; se formulan reflexiones acerca de la situación laboral, y se aportan probadas experiencias de generación de ingresos por cuenta propia.

La necesidad de inversiones, sin perjuicio de ponderar que el ciudadano debe trabajar para sostenimiento del Estado –y no a la inversa ser sostenido por éste–, demanda una política integral que atienda los casos

de una deficiente formación, supere las llamadas barreras arquitectónicas y urbanísticas y los profundos prejuicios imperantes en la sociedad, reforzados por las políticas de desarrollo por separado.

Es un llamado a acciones eficaces.

Manual de medicina legal del trabajo y de la Seguridad Social, de Humberto Lucero, Ricardo J. Idaskin. Ed. Dos y Una, 2010, 293 ps.

Esta obra, prieta en cuanto a su extensión, no lo es en cuanto a su contenido. Muy por el contrario es integral su visión de la medicina legal del trabajo y de la Seguridad Social, en tanto parte del desarrollo de las bases histórico-culturales del trabajo, como punto de partida esencial para entender de qué se trata.

Las patologías laborales, ilustradas en cuanto a su importancia, se sustentan en esquemas gráficos agregados, que respaldan las formas de evaluación de la incapacidad laboral, las derivaciones prácticas y los criterios para el establecimiento de las enfermedades profesionales.

Pero no sólo la materia laboral con la problemática de los daños y los exámenes de salud, las enfermedades

del trabajo y las ajenas, sino la de riesgos del trabajo, la previsional, la práctica procesal y las pericias médicas, son temas que ameritan su lectura en esta obra pues fijan con precisión cuestiones que, si no se manejan y conocen bien, suelen presentar al neófito aristas que confunden conceptos y se derivan en resoluciones no ajustadas a derecho.

Si bien finaliza con un cuestionario de autoevaluación, el valor de este libro –vale reiterarlo– radica en su enfoque integral de la cuestión médico procesal.

b) Salud

Consentimiento bilateral informado

La Superintendencia de Servicios de Salud modificó por res. 784 de fecha 29 de abril pdo. su anterior nro. 561 del 26 de marzo, en orden a reglar los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud previstos por la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, en lo relativo al Modelo de Consentimiento Informado Bilateral, el cual ha dejado de ser de uso obligatorio, para revestir, por el contrario, carácter meramente facultativo.

Consecuentemente, los prestadores, efectores y profesionales médicos que intervienen en los Subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y de Obras Sociales, en los casos señalados en el art. 7º, ley 26.529, referidos a las hipótesis de: a) internación; b) intervención quirúrgica; c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) o que impliquen riesgos; e) de revocación, podrán ser arreglados en forma verbal, o bien instrumentados por escrito y suscriptos por las partes, empero sin sujeción formal a rito alguno, lo que hace al imperio del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Las relaciones médico-paciente, que operaban en estos supuestos concretos, habían quedado en el entender de algunos sujetos a una imposibilidad práctica en la generalidad de los casos, donde en situaciones de si bien no imperiosa premura, la liberalidad temporal de atención directa para una ilustración completa del caso, queda habitualmente restringida por las circunstancias por todos conocidas.

Sin embargo, en los ámbitos más selectos de los llamados agentes de salud, el reglado Modelo de Consentimiento Informado Bilateral, con el alcance originario de la res. SSSalud 561/2014 –hoy modificado– proveía de un resguardo más que razonable frente a las crecientes demandas por mala praxis, asentadas en la metodología de los procedimientos seguidos o en el desconocimiento de ellos. El sector asegurador

en general parecía proclive a mirar con beneplácito la modalidad obligatoria.

Del lado de la justicia, muchos magistrados que deben intervenir en los diferentes procesos en los que se incoan reclamos y demandas por salud, advierten que no obstante el carácter facultativo, los lineamientos del Modelo de mención serán una pauta más que habitual de seguimiento en prueba de las medidas conducentes a la hora de resolver una causa, en la cual en el centro del debate aparece como principal o accesoria, la cuestión del discernimiento de una práctica o acto médico del cual, el consentimiento informado –y no sólo en los puntos del aludido art. 7º– sea el pivote para dilucidar la verosimilitud de la conjetura del planteo de parte.

c) Seguridad social en general

Convenio sobre Seguridad Social entre la República Argentina y el Reino de Bélgica

Mediante la promulgación de hecho del 31 de julio pdo. la ley 26.950, se aprobó el precitado instrumento internacional, el que constituye un acuerdo de avanzada, en tanto excede el común denominador de los otros vigentes de regulación bilateral, habida cuenta de contemplar sus disposiciones, la problemática fáctica de convergencia cierta, sin perjuicio de que en cuanto a la efectividad de su aplicación, aún deba esperarse al acuerdo administrativo y a la implementación de los formularios necesarios para el intercambio y consolidación formal de derechos.

Con sujeción al acceso de las prestaciones por vejez, invalidez y supervivencia, aplica tanto a los trabajadores asalariados como a los independientes, entre las especificaciones belgas incluye en adición expresamente a los marinos de la marina mercante.

Del encuadre general que poco varía cotejado con otros acuerdos marcos de análoga perspectiva, cobra sin embargo relevancia la previsión del art. 6º, apart. 1, que refiere a la “reducción o de suspensión de una prestación prevista por la legislación de un Estado contratante, aplicable en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de Seguridad Social o con otros ingresos o del hecho del ejercicio de una actividad laboral en el territorio de este Estado contratante...”, en tanto observa “que es igualmente aplicable a las prestaciones debidas en virtud de la legislación del otro Estado contratante o a los ingresos obtenidos o del producto de una actividad laboral ejercida en el territorio de este otro Estado contratante”.

En este sentido, asume particular relevancia el art. 21 que, en vistas a la comunicación de datos personales, encierra también a los relativos a los ingresos de las personas que la institución de un Estado contratante necesita conocer para la aplicación de una legislación de Seguridad Social o de asistencia social. Aún cuando consigne que se hallan protegidos por la legislación que resguarda su privacidad y que la notificación se circunscribe al exclusivo ámbito asegurador contributivo y asistencia, es una noma de conleva el acotamiento de captación de beneficios indebidos.

El art. 25 relativo a “procedimiento de ejecución”, que concierne a *cotizaciones o contribuciones de Seguridad Social y a otras solicitudes, particularmente de recuperación de prestaciones indebidas, son reconocidos en el territorio del otro Estado contratante*, prevé su recupero a través de la prioridad legal que compete en análogas condiciones al otro Estado, de modo tal que ante una causa de ese tipo, una quiebra u otra situación, el cobro o el recupero forzoso tengan lugar.

En línea con tal criterio, el art. 26 regula la “recuperación de pagos indebidos”. Y el art. 27 atribuye a las autoridades administrativas la suscripción del acuerdo con expresas instrucciones de formalizar los recuperos y que se presten ayuda para luchar contra los fraudes que traspasen las fronteras de un Estado contratante en materia de pago de cotizaciones y de prestaciones de Seguridad Social, en particular en lo relativo a la residencia efectiva de las personas, la apreciación de los recursos, el cálculo de las cotizaciones y las acumulaciones de prestaciones.

Si bien lo esbozado aquí es sólo un pantallazo breve, es de acotar que los técnicos que han hecho una primera lectura del documento abonan favorablemente el articulado que, como sostuviéramos más arriba, supera el contexto común de otros anteriores.

d) Previsión social

Córdoba. Intimación a jubilarse anterior a la incapacidad. Plazo de reserva de puesto

Una cuestión que subyace en las intimaciones a jubilarse formuladas bajo la cobertura que prevé el art. 252, LCT y que la jurisprudencia es conteste en hacer correr el plazo de un año en resguardo de la relación laboral dependiente desde el momento de la entrega las certificaciones de servicios, es la problemática que generan los trabajadores que por motivos personales –o generales– no se resignan a dejar su empleo con la baja de la remuneración que implica que –a corto tiempo– temen por el mantenimiento del nivel de subsistencia alcanzado.

Los ardides son varios, aunque los tribunales vienen poniendo coto a pretensos planteos que lejos de proteger al trabajo, de tener cabida favorable no permitirían la necesaria rotación o incorporación en los puestos.

A las negativas de recibir las constancias puestas a disposición del trabajador para iniciar los trámites jubilatorios que el fuero laboral de las jurisdicciones provinciales, resuelve mediante la consignación previa notificación fehaciente de la cuestión de base, aparece ahora la situación de quienes no han podido soslayar el inicio del conteo, exhortan una situación de enfermedad, incapacidad o accidente que pone a la persona afectada en situación de licencia especial.

La justicia fija sin hesitación la pauta temporal y una vez establecida, el año empieza a correr sin reparo alguno.

Tal el caso tratado por la sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sent. 37, del 15/5/2014, recaída en autos “Sarmiento, Domingo A. v. Ciudad de Córdoba S.A.C.I.F - Ordinario - art. 212, LCT - Recurso de Casación”, 85194/37, que rechazó el reclamo en cuanto se pretendía el pago de la indemnización del art. 212, párr. 4, LCT, pues desestimó el agravio del impugnante relativo a que la relación laboral se había debido a la imposibilidad absoluta de cumplir con su débito contractual.

Ello, pues de las constancias surgía que con fecha 23/6/2006 el empleador comunicó por segunda vez al actor que comenzaba el plazo de preaviso previsto en el art. 252, LCT y que al producirse su vencimiento aconteció la extinción del vínculo. Y que se permitiera a la parte prestar tareas hasta tanto obtuviera la jubilación, no constituía un caso de reconducción del contrato si antes se manifestó por ambas partes otra voluntad. El quejoso había iniciado y obtenido su beneficio en Anses.

e) Riesgos del trabajo

Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares. Ley 26.844. Reglamentado por el dec. 467/2014 (BO del 16/4/2014)

Si bien el segundo párrafo del art. 74, del decreto reglamentario, suspende la obligación del empleador del personal de casas particulares, ahora comprendido en la LCT, de asegurarse en una ART, hasta tanto la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT), la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)

adecuen su normativa a las características de la actividad ampliada notoriamente con relación a su antecedente el dec. 356/1956 y demás disposiciones dictadas en su consecuencia, el tema aún en diseño y compatibilización, es materia de algunas observaciones.

En principio el seguro de carácter obligatorio será de libre elección con respecto a la ART de la jurisdicción del domicilio del empleador, autorizada a brindar la cobertura, no pudiendo ser rechazada la afiliación.

El contrato de afiliación, cuya vigencia se prevé a partir de la fecha expresa que fije, será pasible de traspaso, sobre la base de mecanismos a cargo de la SRT. Este punto, de fácil aplicación o al menos practicable para un empleador común, parece como de dificultosa aplicación para un ámbito familiar, cual es el que incluye el nuevo régimen.

Al empleador que registre pagos de cuotas al Sistema de Riesgos del Trabajo pero que no haya contratado a una ART autorizada, se le asignará una, si el contrato no se registra extinguido por falta de pago y el aseguramiento procederá a partir de la notificación a la ART.

Esta previsión se conecta con el visto como azaroso esquema de alícuotas, que remite al último párrafo del art. 13, ley 26.773, y a su imputación mensual adicionado a la cancelación de los aportes y contribuciones obligatorios reglados en el art. 21, ley 25.239, a cuyo efecto la cuota se imputa como pago anticipado y debe ser declarada e ingresada "por el empleador durante el mes en que se brinden las prestaciones, con las mismas modalidades, plazos y condiciones fijados para los citados aportes y contribuciones obligatorios".

Los lectores del texto entienden que la expresión "durante el mes en que se brinden las prestaciones", no establece el contexto fáctico al que se refiere. Es poco claro.

Asimismo, el fijar que AFIP instrumente el pago y la distribución de las alícuotas a las ART, mediante el CUIL, la CUIT, sobre la base de la articulación periódica por cruce de datos con la ART, "...conforme las novedades que se produzcan en el Registro de Contratos de las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART)", importa una rigurosidad que no se condice con un empleador que las más de las veces es proclive a no complicarse en trámites que por naturaleza le son de difícil comprensión.

Los consultados han sido contestes en señalar que la referencia a que la prestación dineraria mensual por incapacidad laboral temporaria (ILT) y el valor mensual del ingreso base (VMIB) al art. 12, ley 24.557, con sujeción a la remuneración mensual mínima fijada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social o por los mecanismos implementados por la ley 26.844 para el Personal de Casas Particulares y para la categoría correspondiente, en los casos de personal con remuneraciones superiores, será una fuente segura de litigiosidad, en razón de las alternativas no previstas que exceden el punto.

Finalmente las comunicaciones y notificaciones a este colectivo de empleadores a través de la ventanilla electrónica parece un exceso más, contra quienes comienzan a verse tratados como una multinacional, con empleados administrativos a los cuales encargar la gestión de los riesgos del trabajo a su cargo.

De no menor peso es toda la cuestión referente a los exámenes médicos obligatorios, y relacionarlos con los tipos de licencia por cuestiones de salud, que ya son un nudo gordiano en muchos establecimientos con capacidad de tratamiento de asuntos en recursos humanos.

En ese orden de ideas, se considera que hubiere sido de mayor provecho perfeccionar el tipo de aseguramiento de las pólizas previstas y vigentes por caso para "accidentes personales para el personal doméstico y similares".

Jurisprudencia Destacada

COMPETENCIA (En general)

Cuestiones de competencia – Generalidades – Acción de amparo – Medida cautelar – Cese de retenciones sobre los haberes previsionales – Incompetencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social

1 – La Cámara Federal de la Seguridad Social es incompetente para conocer en grado de apelación la sentencia de un Juzgado que hizo lugar a una medida cautelar a fin de que ordene a la AFIP el cese de retenciones que se practican sobre los haberes previsionales que percibe (del voto del Dr. Laclau).

2 – A los fines de resolver la medida cautelar tendiente a que se ordene a la AFIP el cese de retenciones que se practican sobre los haberes previsionales ha de primar el carácter alimentario que reviste el derecho que se pretende resguardar y el hecho de que la decisión tomada por el organismo coloca

al peticionante en un total estado de indefensión (del voto del Dr. Poclava Lafuente).

3 – La Cámara Federal de la Seguridad Social es incompetente para conocer en grado de apelación la sentencia de un Juzgado de Necochea que hizo lugar a una medida cautelar a fin de que ordene a la AFIP el cese de retenciones que se practican sobre los haberes previsionales que percibe, ya que no tuvo origen en una demanda de impugnación dirigida contra una resolución de ANSES con arreglo al art. 15 de la ley 24.463 (del voto del Dr. Fasciolo).

C. FED. SEGURIDAD SOCIAL, sala 3ª, 11/8/2014
– **Fanuel, Carlos Alberto v. AFIP y otro**

2ª Instancia. – Buenos Aires, agosto 11 de 2014

El Dr. *Laclau* dijo:

La demandada apela, a fs. 53/57, la sentencia del Juzgado Federal de Necochea, Provincia de Buenos Aires, en virtud de la cual se hace lugar a la medida cautelar deducida en autos.

Ahora bien, en las particulares circunstancias, entiendo que corresponde remitirse a lo resuelto por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 20/12/11, en autos “Mamone, Rosa F. c. ANSeS y otro s/ Amparo” y, declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en grado de apelación y devolver las presentes actuaciones al juzgado de origen, a sus efectos.

Por consiguiente, y oído el Ministerio Público a fs. 71, corresponde declarar la incompetencia de esta Cámara para conocer del caso y devolver las actuaciones al juzgado de origen, a sus efectos.

Costas de esta instancia por su orden (art. 68, 2do. párrafo del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

El Dr. *Poclava Lafuente* dijo:

I. La actora inició una acción de amparo y una medida cautelar con el objeto que se ordene a la AFIP el cese de las retenciones que se practican sobre los haberes previsionales que percibe.

II. Contra la sentencia obrante a fs. 22, mediante la cual el Sr. Juez resolvió hacer lugar a la medida cautelar, apeló la demandada AFIP.

III. Previo a todo, cabe señalar que en casos como el presente, el Tribunal no tiene competencia territorial pero, a fin de resolver la cautelar debe expedirse sobre la misma, sin que implique abrir juicio sobre la cuestión de fondo.

IV. Es menester poner de resalto la finalidad que deben cumplir las medidas cautelares en orden al res-

guardo de los derechos ante la lógica demora en la tramitación de un juicio; precisamente, ellas tienden a evitar que la decisión a dictarse sea de cumplimiento imposible, o bien, que la probabilidad de producción del daño se convierta en efectivo e irremediable.

Por ello, y sin adelantar opinión respecto de la solución final que habrá de adoptarse, ha de primar el carácter alimentario que reviste el derecho que se pretende resguardar y el hecho que la decisión tomada por el organismo coloca al peticionante en un estado de total desprotección.

En consecuencia, y oído el Ministerio Público, en caso de prosperar mi voto, correspondería declarar formalmente admisible el recurso interpuesto, rechazar el mismo, y confirmar el fallo apelado.

Costas a la vencida (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación).

El Dr. *Fasciolo* dijo:

Contra la sentencia del Juzgado Federal de Necochea, Provincia de Buenos Aires, que en el trámite de una acción de amparo hizo lugar a la medida cautelar solicitada, por la que ordenó el cese del descuento del impuesto a las ganancias practicado a los haberes previsionales de la parte actora, se dirige el recurso de apelación de la AFIP.

Dejando a salvo la opinión personal del suscripto a favor de la competencia de la Cámara en base al principio de especialidad en la materia, por razones de celeridad y economía procesal me he de pronunciar por la aplicación de la doctrina invariablemente sostenida por el C.S.J.N. a partir del fallo dictado el 10.12.11 *in re* "Mamone, Rosa F. c. ANSeS y otros/amparos", visto la analogía existente entre ambas causas, las que no tuvieron su origen en una demanda de impugnación dirigida contra una resolución de ANSeS con arreglo al

art. 15 de la ley 24.463, supuesto que sí habilitaría a esta cámara a conocer del caso como tribunal de alzada de un juzgado federal con asiento en las provincias.

No empece a lo expuesto, por el momento, la creación de la "Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y de la Seguridad Social" a que se refiere el art. 1 de la ley 26.853 (B.O. 17/05/2013), en atención a lo dispuesto por el Tribunal Címero mediante Acordada 23/13 (del 14/8/13, B.O. 15/8/2013), por la que declaró "que la operatividad de los recursos procesales que contempla la ley 26.853 se halla supeeditada a la instalación y funcionamiento de las cámaras federales y nacionales que crea", e hizo saber "que oportunamente el Tribunal dictará las medidas conducentes para llevar a cabo la puesta en funcionamiento, instalación y habilitación de los nuevos tribunales que trata la presente".

Por lo expuesto y oído lo opinado por el Ministerio Público a fs. 71 (dictamen nro. 35.667 del 14/03/2014 de la F.G. nro. 1), corresponde: declarar la incompetencia de esta Cámara para conocer del caso y devolver las actuaciones al juzgado de origen a sus efectos. Costas de esta instancia por su orden (arts. 17 de la ley 16.986 y 68, segundo párrafo, del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación.).

Por lo que resulta del acuerdo de la mayoría, y oído el Ministerio Público a fs. 71, el tribunal resuelve: declarar la incompetencia de esta Cámara para conocer del caso y devolver las actuaciones al juzgado de origen, a sus efectos. Costas de esta instancia por su orden (art. 68, 2do. párrafo del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación). Cópiese, regístrese, notifíquese, oportunamente, cúmplase con la Comunicación dispuesta por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en la Acordada N° 15/13 (p. 4 y conc.) y remítase.– *Martín Laclau.*– *Juan C. Poclava Lafuente.*– *Néstor A. Fasciolo.*

SEGURIDAD SOCIAL

Previsión social (Régimen leyes 18.037 y 18.038) – Regímenes particulares – Empleados de comercio – Régimen de retiro complementario – Pago de aportes por el empleador – Empresa que presta servicios de marketing y merchandising en comercios

1 – Una empresa prestadora de servicios de marketing, merchandising y promociones, en locales comerciales, sea en forma permanente o transitoria, debe realizar aportes mensuales a cada empleado para el sistema de retiro complementario, de acuerdo al art. 3 del Protocolo de fecha 21 de junio de 1991 suscripto entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios y las cámaras representativas de la actividad mercantil –homologado por disposición D.N.R.T. 5883/1991–, ya que esa actividad no implica que sus dependientes

puedan considerarse eventuales o temporarios y que por ende no estén encuadrados en el CCT 130/1975.

2 – El dictado de la ley 24.241 que creó el régimen jubilatorio mixto de capitalización no implicó que el régimen de retiro complementario de los trabajadores de comercio quedara suprimido o derogado al sancionarse el nuevo sistema de previsión social, sino que debe ser adecuado a ese nuevo sistema porque adecuar no significa suprimir o derogar.

C. NAC. TRAB., sala 7ª, 30/5/2014 – Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios v. Sur Market S.A.

2ª Instancia. – Buenos Aires, mayo 30 de 2014.

La Dra. *Ferreirós* dijo:

I.- A fs. 10/13, se presenta la parte actora e inicia demanda por cobro de aportes contra Sur Market SA.

Expresa que entre su parte y las cámaras empresarias representativas de la actividad mercantil, se suscribió un acuerdo en el marco de la Comisión Negociadora constituida por Disposición D.N.R.T. n° 404/88, incorporado luego al Convenio Colectivo 130/75, homologada a través de la Disposición D.N.R.T. 4701/91, respecto a su contenido original y mediante la Disposición D.N.R.T. 5883/91 en cuanto a sus modificaciones.

A partir de ello se estableció la obligación de los empleadores a realizar aportes mensuales a cada empleado (en los términos que allí se indican), conforme art. 3° del Protocolo de fecha 21/06/91; obligación ésta que la demandada jamás cumplió.

Señala que intimó a la demandada el 8/11/2011, para que regularice su situación, respecto al pago de la deuda que tenía desde octubre del 2001, frente a lo cual la accionada guardó total silencio.

Practica liquidación estimativa y cita jurisprudencia del fuero en su favor.

A fs. 22/24 vta., contesta demanda y opone excepciones de previo y especial pronunciamiento y de prescripción la accionada Sur Market S.A.

Desconoce todos los extremos expuestos por la parte actora en su escrito de inicio.

Indica que es una firma que ha sido creada por sus socios para desarrollar una actividad comercial y sustancialmente lícita.

Señala que la actividad principal de la firma es la provisión de servicios de *merchandising*, para empresas comercializadoras de productos de venta masiva en supermercados.

Destaca que dadas las características del régimen de trabajo eventual, las mismas no se encuentran comprendidas en el acuerdo suscripto por las cámaras empresarias representativas de la actividad mercantil, homologado por disposición DNRT 5883/91.

Pide el rechazo del reclamo.

La sentencia de primera instancia obra a fs. 173/174, en la que el *a quo*, decide en sentido favorable a las pretensiones de la parte actora.

El recurso que analizaré llega interpuesto por la parte demandada, quien además del fondo cuestiona los

honorarios regulados a la representación letrada de la parte actora y del perito contador por considerarlos elevados (fs. 176/177vta.), mereciendo réplica de la contraria a fs. 184/185 vta.

A fs. 175 y fs. 178/179, el perito contador y la representación letrada de la parte actora, cuestionan sus emolumentos por estimarlos bajos.

II.- La accionada cuestiona que el sentenciante haya considerado que el personal que presta servicios en la empresa no puede encuadrarse dentro de la modalidad de trabajo eventual sin ningún tipo de fundamento legal.

Señala que de su estatuto social surge que la actividad de su empresa es la de proveer servicios de *marketing, merchandising*, promociones, etc. en los locales comerciales en forma permanente o transitoria.

Este aspecto del recurso no tendrá favorable acogida.

Digo esto, porque si bien es cierto que la actividad empresarial de la demandada es proveer servicios de *marketing, merchandising*, etc. en locales comerciales en forma permanente o transitoria, ello no implica que sus empleados puedan considerarse como eventuales o temporarios.

Además, en este caso según documentación y lo manifestado por la misma empresa demandada no se encuentran registrados empleados bajo la modalidad de personal eventual o temporario –ver informe contable fs. 137, punto c.–, en consecuencia no hay nada por lo cual la parte actora no pueda estar bajo las pautas del CCT. N° 130/75.

Por lo expuesto, propongo confirmar este ítem del fallo.

III.- Cuestiona la demandada que el sentenciante la haya condenado abonar a la parte actora, los aportes adeudados desde octubre de 2001, conforme con lo expresado por el perito contador en su informe.

Manifiesta en su defensa, que el *a quo* no tuvo en cuenta que de la pericia contable –punto ampliación de pericia– surge del acta 73973 y recibo 113249 que la accionada ha abonado toda deuda preexistente a diciembre de 2010 a la parte accionante.

A mi juicio, no le asiste razón.

En primer lugar creo necesario aclarar que el informe n° 73973 se refiere a deudas y pagos en concepto de aportes sindicales (0,5%) que la demandada le retiene a los empleados conforme art. 100 del CCT. N°

130/75 –ver pericia contable a fs. 136 “Ampliación de pericia”– y no al aporte que debe efectuar la empleadora del 3,5% de las remuneraciones de los empleados en relación de dependencia con destino al sistema de retiro complementario –conforme disp. DNRT. Incorporado CCT 130/75–.

En segundo lugar, considero que del informe contable se desprende que la demandada no realizó ningún pago a la parte actora en concepto del sistema de retiro complementario –ver pericia contable, punto d., fs. 135 vta./136 y fs. 134 anexo B–.

Por lo expuesto, propongo confirmar este punto del fallo.

IV.- Se agravia la accionada al expresar que el Seguro de Retiro Complementario debió haber caducado en julio de 1994, fecha en la que entro en vigencia el Régimen Jubilatorio Mixto de Capitalización mediante la Ley 24.241, por lo tanto –a su entender– pretende la inaplicabilidad del régimen.

Al respecto, considero que no le veo razón en su planteo.

En efecto, comparto la corriente jurisprudencial que sostiene que el dictado de la Ley 24.241 no implicó que el régimen de retiro complementario quedara suprimido o derogado al sancionarse el nuevo sistema de previsión social, sino que el mismo debía ser adecuado a ese nuevo sistema, pues obviamente, “adequar” no significa “suprimir” o “derogar”, como parece pretender la recurrente (ver, en igual sentido esta Sala en “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c. Bayton S.A.”, sent. 36.165 del 29/05/02; “Federación Arg. de Empleados de Comercio y Servicios c. Casa López S.A. S/ Cobro de aportes”, S.D. nro.: 90.743 del 6/08/2000 y “Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c. Rabello y Cía. S.A. Agente de Bolsa S/ Cobro de aportes”, S.D. nro.: 83.109 del 27/12/2001, ver fundamento de la sentencia a fs. 100 del fallo en cuestión).

Por todo lo expresado y dado que la apelante no señala datos o argumentos que resulten eficaces para revertir el fallo en este punto propongo sin más su confirmación en este substancial punto.

Agrego finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que –tal como la Corte Suprema de justicia de la Nación ha sentado criterio– el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la cau-

sa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que –a su juicio– no sean decisivos (conf. CSJN, 29/4/70, La Ley 139-617; 27/8/71, La Ley 144-611 y citas jurisprudenciales en “Código Procesal...” MORELLO, Tº II-C, pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo - Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: “Bazaras, Noemí c. Kolynos”; S.D. 32.313 del 29/6/99).

VI.- Los honorarios a favor de la representación de la parte actora luce a mi juicio un tanto reducido, sobre la base del mérito de los trabajos cumplidos, por lo que propongo sean elevados en el ...%.

Por el contrario, sugiero que los honorarios del perito contador sean confirmados (art. 38 de la Ley 18.345 y art. 3 del Decreto Ley 16.638/1957).

VII.- De compartirse mi tesis, propicio que las costas de alzada sean declaradas a cargo de la demandada (art. 68 del Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación) y se regulen honorarios a su representación letrada y a la de la parte actora en el ...%, para cada una de ellas,

de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores).

El Dr. *Rodríguez Brunengo* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

La Dra. Fontana: No vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el tribunal resuelve: 1) Modificar parcialmente el fallo y elevar los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el ...% del monto de condena de primera instancia. 2) Confirmar todo lo demás que fue motivo de agravio del fallo. 3) Declarar las costas de alzada a cargo de la demandada. 4) Regular los honorarios de alzada para la representación letrada de la parte actora y de la demandada en el ...% (... por ciento), para cada una de ellas, de los determinados para la primera instancia. 5) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase.– *Estela Milagros Ferreirós*.– *Néstor Miguel Rodríguez Brunengo*.