

RD LSS

DERECHO LABORAL
Y SEGURIDAD SOCIAL

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: en trámite
RNPI: 5074819

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

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

Ventas
CASA CENTRAL
Tucumán 1471 (C1050AAC)
Tel.: 4378-4700 / 0810-222-5253

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de noviembre de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

RD LSS

DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

Fascículo quincenal

DIRECTOR:
JULIO A. GRISOLIA

Noviembre 2021 | 21

 **INCLUYE**
VERSIÓN **DIGITAL**

ABELEDOPERROT

DIRECTOR

Julio Armando Grisolia

Consejo Editorial

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

DERECHO LABORAL

SECCIONES ESPECIALES

Investigaciones

Julio A. Grisolia

Riesgos del Trabajo

Ernesto Ahuad - Javier de Ugarte

Procedimiento Laboral

Adriana R. Fernández - Laura S. Cáceres

Género y No Discriminación

Liliana N. Picón - Claudia Priore

Internacional

Martha Monsalve - Eleonora Peliza - Wojciech Swida

Teletrabajo y Transformación Digital

Viviana L. Díaz - Alberto Fantini

Práctica Laboral

Emilio E. Romualdi

SEGURIDAD SOCIAL

Directora

María Teresa Martín Yáñez

SECCIONES ESPECIALES

Jurisprudencia Anotada

Carolina E. Ibarra

Práctica Previsional

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

Asignaciones Familiares

Gerardo Martín Corti

Actualidades

Corte Sup.: María Teresa Martín Yáñez

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

Internacional: Estela R. Martí de Minutella

Jurisprudencia Provincial: Rosanna E. Bermúdez

Bibliografías y Comentarios

Estela R. Martí de Minutella

DIRECCIÓN ACADÉMICA

Mónica Pinto

COMITÉ HONORARIO

Agustín Gordillo
Aída Kemelmajer
Alberto J. Bueres
Carlos Etala

Cecilia Grosman
Eugenio Bulygin
Eugenio R. Zaffaroni
Héctor Alegria

José Tobías
Julio C. Rivera
Nelly Minyersky
Noemí Lidia Nicolau

COMITÉ ACADÉMICO

Administrativo

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

Constitucional

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

Internacional Privado

María Susana Najurieta
Alfredo Mario Soto
María Elsa Uzal

Internacional Público

Susana Ruiz Cerutti
Silvina González Napolitano
Raúl Vinuesa

Familia

Carlos Arianna
Luis Ugarte
Adriana Wagmaister

Civil

Carlos Hernández
Sebastián Picasso
Sandra Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin
Julio César Simón

Comercial

Rafael Mariano Manóvil
Horacio Roitman

Filosofía

Ricardo Guibourg
Rodolfo Vigo

Derechos Humanos

Laura Giosa
Roberto Saba

Ambiental

Néstor Cafferatta
Leila Devia
Silvia Nonna

COMITÉ EDITORIAL

Penal

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

Criminología

Gabriel Ignacio Anitua
Matías Bailone
Máximo Sozzo

Familia

Silvia Eugenia Fernández
Eleonora Lamm
Ida Scherman

Civil

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

Laboral

Lucas Caparrós
Juan Pablo Mugnolo
Claudia Priore

Constitucional

María Gabriela Ábalos
Marcela Basterra
María Laura Clérico
César Sebastián Vega

COMITÉ EDITORIAL *(Continuación)*

Internacional Público

Emiliano Buis
Alejandro Chehtman
Natalia Luterstein
Nahuel Maisley

Internacional Privado

Paula María All
Nieve Rubaja
Luciana Scotti

Administrativo

Alfonso Buteler
María Paula Renella
Susana Vega

Comercial

Hugo Acciarri
Pablo Heredia
Lorena Schneider
Pamela Tolosa

Filosofía

Marcelo Alegre
Claudio Eduardo
Martyniuk
Renato Rabbi-Baldi
Cabanillas

Derechos Humanos

Leonardo Filippini
Calógero Pizzolo
Silvina Zimerman

Ambiental

Mariana Catalano
José Esaín

Director Editorial

Fulvio G. Santarelli

Jefa de Redacción

Yamila Cagliero

Editores

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

ÍNDICE

DERECHO LABORAL

DOCTRINA

Apuntes para discutir una reforma laboral basada en los fondos de capitalización (a propósito de la publicitada "mochila argentina") <i>Luis María Peña (h.)</i>	3
El teletrabajo y la conciliación laboral: un binomio sustentable <i>Viviana L. Díaz</i>	15
El desafío de aprender en contexto de la pandemia COVID-19 <i>Graciela Vidal Carvajal</i>	18
Discriminación laboral trans en Jujuy <i>Saul Gustavo Maximiliano Soliz</i>	27

JURISPRUDENCIA DESTACADA

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Indemnización del art. 2º de la ley 25.323. Improcedencia. Convicción del empleador acerca de la legitimidad de la medida adoptada. Confección del certificado de trabajo. Fecha de ingreso en el caso de transferencia del establecimiento	43
SUBCONTRATACIÓN Vigilante y ayudante general en un club de campo. No registración por parte del real empleador.....	52
ABANDONO DE TRABAJO Plazo prudencial de 48 horas para extinguir la relación laboral. Ausencia de voluntad del trabajador de abandonar el vínculo	56
ACCIÓN CIVIL Responsabilidad de la ART por incumplimiento de sus deberes. Prueba	58
REINCORPACIÓN DEL TRABAJADOR Obligación del empleador de otorgar tareas acordes a la enfermedad del trabajador	63

SEGURIDAD SOCIAL

ASIGNACIONES FAMILIARES

Montos y rangos del Régimen de las Asignaciones Familiares	
Gerardo M. Corti.....	71

ACTUALIDADES

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 11/2021	
Rafael E. Toledo Ríos	83
Actualidad en Jurisprudencia Provincial 11/2021. Reajustes, amparo por mora y honorarios: fallos de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca	
Rosanna E. Bermúdez	93
Actualidad Internacional en Seguridad Social 11/2021	
Estela R. Martí de Minutella	99

DERECHO LABORAL

DOCTRINA

JURISPRUDENCIA DESTACADA

Apuntes para discutir una reforma laboral basada en los fondos de capitalización (a propósito de la publicitada “mochila argentina”)

Luis María Peña (h.)

Sumario: I. Introducción.— II. El régimen de fondos de capitalización en el derecho comparado.— III. Precisiones para desalentar una mala copia del modelo austríaco.— IV. Una primera impresión sobre la implantación del sistema en la Argentina.— V. La protección contra el despido arbitrario.— VI. Aspectos por considerar en la promoción de una iniciativa local.— VII. Una alternativa efectiva para promover y fortalecer el empleo pospandemia en las pymes.

I. Introducción

De la mano de la inestabilidad y crisis económica, probablemente como inevitable consecuencia, se intensifican las reticencias empresariales, tanto para crear nuevos puestos de trabajo, como también a mantener los hasta ahora existentes. Dicho de otro modo, se acentúa la desconfianza en la contratación laboral estable que ya venía afectando al mercado laboral, situación esta no exclusiva de nuestro país, sino que se verifica en el concierto de las naciones y la Organización Internacional del Trabajo lo anticipa en su informe “El Futuro del Trabajo” (2015) exhibiendo la declinación del trabajo en relación de dependencia y, a su vez dentro de la especie, la disminución del contrato por tiempo indeterminado, hecho que asusta a sindicalistas y administradores estatales, pero al parecer no lo suficiente como para plantear alternativas que fomenten el trabajo digno. El arraigo a las formas contractuales del estado de bienestar de la posguerra no necesariamente garantiza las conquistas obreras, pues tales lo han sido para ese

tiempo, pero en los ya más de 50 años transcurridos, las transformaciones sociales modificaron sustantivamente las condiciones y calidad de vida. La aceleración del tiempo histórico y la globalización impusieron más relatividad e incertidumbre, más vertiginosidad a los cambios. Solo como ejemplo: considerar el ideal de ingresar a trabajar y desempeñarse para ese mismo empleador hasta obtener la jubilación era una aspiración lógica de los abuelos de estos tiempos. Ellos nacieron y vivieron en una misma ciudad y hasta en una misma casa. Pero sus hijos y sus nietos no. Ni siquiera lo desean o imaginan.

Si abandonamos la vetusta teoría pura del derecho y validamos que este es trial: hechos, normas y valores, hemos de procurar la armonía entre esas dimensiones y por lo tanto, las normas del pasado no necesariamente serán las más adecuadas para el presente, ni para el futuro.

Lo dicho hasta aquí convierte en un falso mito aquello de que la ausencia de un puesto de tra-

bajo estable elimina la “vinculación afectiva” del trabajador con su empresa y hace muy difícil su implicación con los objetivos de producción, calidad y competitividad tan importantes en épocas de inseguridad económica.

Esos argumentos hoy, en pleno siglo XXI ya no tienen cabida.

El problema no pasa por una mayor o menor configuración de causas de temporalidad previstas en el ordenamiento jurídico laboral, pues crece el autoempleo, el trabajo autónomo, el emprendedurismo, sino parece pasar por los obstáculos que gravan la contratación dependiente indefinida. Y es precisamente en este contexto en el que se inscriben reformas como la austríaca y entre nosotros —continentalmente hablando— los modelos colombiano y chileno estableciendo un sistema de fondos de capitalización o seguros de retiro o cese.

Si bien la onerosidad de las indemnizaciones puede ser un factor disuasivo en algunos mercados laborales extranjeros, en el nuestro los “cepos” y las “indemnizaciones agravadas” han determinado la proliferación de conflictos cuyo resultado se traduce en sumas millonarias que el trabajador jamás habría logrado ahorrar en su vida laboral y que al empleador (micro, pequeño y mediano) lo llevan a la quiebra, sumado a que el conflicto entraña el curso de procesos judiciales lentos e ineficientes cuyo costo es afrontado a través de intereses usurarios que, estimulan también la litigación.

Hay que buscar y encontrar modificaciones al régimen actual que provean certeza, seguridad y justicia a través de un marco legal que por una parte reduzca la dualidad entre contratos indefinidos y temporales, y por otra, elimine la rigidez del mercado de trabajo, procurando evitar la destrucción de empleo y facilitando la creación de nuevos puestos de trabajo morigerando el costo de la incertidumbre y de la salida, muy mayor sin duda al derivado de la protección contra el despido arbitrario.

Por ello, la propuesta de un “fondo de capitalización” o “seguro de extinción”, puede servir de puente entre la contratación indefinida y la temporal, pero es necesario, para cumplir el objetivo señalado, modificar drásticamente los

componentes accesorios de la desvinculación, ciertamente ajenos a la “protección contra el despido arbitrario” que consagra la Constitución Nacional. Me refiero las sanciones por falta de entrega de certificados de trabajo que pueden suplirse por un sistema inteligente de emisión automática; a las indemnizaciones agravadas por falta de pago en término para lo cual podría accederse a un sistema de garantía de cobro inmediato ante el cual responda el empleador, pero que habilite la inmediata satisfacción del crédito laboral al trabajador y finalmente un sistema de fiscalización eficiente de formalidad laboral de tal modo que las irregularidades no puedan quedar inadvertidas durante tanto tiempo, como ahora ocurre.

Debe descartarse la posibilidad de sustituir la protección contra el despido arbitrario por sistemas de capitalización. No obstante, estos sistemas pueden ser útiles para satisfacer otros fines tan necesarios como importantes.

Se trataría de una figura jurídica, nueva hasta ahora en nuestro ordenamiento, destinada a equiparar un nivel de protección para los trabajadores por cuenta ajena, sea bajo el principio general de indeterminación del plazo como bajo cualquiera de las modalidades especiales.

En otros países, el fondo de capitalización se ha ideado como un instrumento capaz de “abaratarse el costo del despido”, porque en tales casos el régimen legal lo hace previsible. Entre nosotros no.

II. El régimen de fondos de capitalización en el derecho comparado

En la práctica, se ha demostrado la utilidad de esta figura en países muy diferentes, con condiciones económicas, sociales, demográficas e industriales muy distintas entre sí y muy alejadas del contexto argentino. Tres países contemplan en sus sistemas jurídicos un fondo económico específicamente destinado a proteger situaciones de desempleo: Austria, Chile y Colombia.

En concreto son el “seguro de cesantía” (Chile desde el 2002) o el “fondo de cesantía” (Colombia desde 1993) y sin duda, el actualmente tan comentado *abfertigung neu* (Austria, introducido en 2003) popularmente denominado

“mochila austríaca”. Si bien, reitero, existen diferencias de contexto social y económico, también puede adecuarse parcialmente para ofrecer exitosos resultados entre nosotros.

Para ser verdaderamente efectivo, el fondo de capitalización en Argentina debería dar respuesta a problemas muy concretos específicos del mercado de trabajo y engranarse con otras figuras y prestaciones de seguridad social destinadas a garantizar una protección mínima en supuestos de inactividad del trabajador, como son es prestación por desempleo.

Para poder obtener algún beneficio concreto del “fondo de capitalización” es necesario aplicarlo a morigerar los efectos de la “temporalidad” de los contratos de trabajo y generar tanto un reconocimiento a la permanencia en el empleo como protección al trabajador al ocurrir el cese. Ahora bien, dada la situación de inestabilidad económica actual, esto es lo verdaderamente complejo, este objetivo de mejora no puede traducirse en un aumento de los costos para las empresas, puesto que tal efecto desincentivaría todavía más la contratación laboral en general, y la contratación laboral estable en particular. Y es precisamente este objetivo dual (reducir la temporalidad sin elevar los costos sociales) el que perfectamente se puede alcanzar por medio de la fórmula de capitalización, que aunque necesite para su funcionamiento recursos económicos, no implique en cambio, un costo adicional para las empresas. Sin duda es complejo, pero no imposible.

En lo que respecta a su naturaleza jurídica, los “fondos” en estos regímenes pueden ser definidos como una forma de aseguramiento universal del derecho legalmente establecido a que el trabajador reciba una indemnización a cargo de la empresa cuando finaliza su relación, derecho que en nuestro ordenamiento positivo solo está previsto para algunas hipótesis: despido sin causa o indirecto, fallecimiento, falta o disminución de trabajo, fuerza mayor, quiebra, incapacidad y solamente el caso del despido en el contrato a plazo fijo existe un derecho a percibir la indemnización sin que se derive de otro hecho más que el de haberse cumplido perfectamente el contrato y agotado su cometido (siempre que el plazo fuera al menos de un año).

Es decir, según esta noción, se trataría de una figura contractual, similar a un contrato de seguro aunque no exactamente idéntico, compatible con todos los contratos de trabajo existentes, tanto de carácter temporal como fijos. A la vista de las características que se enuncian a continuación puede decirse que este fondo de capitalización tiene vocación de indefinido (pues acompaña a cada trabajador a lo largo de toda su vida laboral), de ahí la denominación del sistema como “mochila”.

El fondo de capitalización implica en tales ordenamientos una fórmula de pago diferido de las obligaciones empresariales en materia de extinción de la relación laboral, evitando los desembolsos súbitos y sustituyéndolos, en cambio, por un sistema de aportación nominativa y periódica. De tal forma, la indemnización por despido no se modifica, lo que sí varía es el importe del desembolso que el empresario debe hacer en el momento en el que el despido se produzca, puesto que una parte la habrá abonado de forma anticipada (aunque no al trabajador en sí, sino al fondo de capitalización). Es decir, que en tales regímenes lo que se produce es solamente una disminución para la empresa el costo efectivo del despido por causas objetivas, aunque el derecho del trabajador permanece inalterado.

Ahora bien, la constitución de dicho “fondo de capitalización” implica necesariamente la existencia de una relación contractual entre la empresa y una entidad (pública, privada o mixta) que recauda, custodia e invierte los aportes periódicos preservando su valor, y cuando llega el momento oportuno, efectiviza las prestaciones a los trabajadores cuya relación laboral se extingue, o bien al finalizar su ciclo activo laboral por alguna causa (jubilación, incapacidad, etc.).

Apreciamos que estos modelos carecen de garantía de buen funcionamiento en economías de alta inflación, o en Estados con moneda depreciada y despreciada, como la nuestra.

Estos sistemas ofrecen, en esos países donde se aplican, las siguientes ventajas: Para la empresa las principales ventajas se pueden resumir en la facilidad de la extinción de las relaciones contractuales sin elevar en ningún caso los cos-

tos (tanto económicos como procedimentales) derivados de dicha extinción y para el trabajador, crea un vínculo de unión con la empresa similar entre trabajadores temporales y trabajadores fijos, pues frente a todos existirá el deber de realizar aportaciones periódicas mensuales. No se modifican sus derechos sino que tan solo se altera la forma de pago de una de las obligaciones que la ley impone al empresario, facilitando el trámite y acortando los tiempos para su efectiva percepción.

La mayor ventaja del sistema es sin duda la protección del trabajador temporario y paralelamente la elección de una u otra modalidad contractual (temporario o permanente) no implicará una diferencia de costos.

Esto permite también que el trabajador conserve los depósitos acumulados en el citado fondo a lo largo de toda su vida laboral, independientemente de los puestos de trabajo que desempeñe y las empresas para las que preste servicios. Mediante esta figura no se desincentiva la movilidad voluntaria del trabajador entre distintas empresas, buscando muchas veces mejorar sus condiciones laborales. Y es que, en otro caso, los trabajadores que deseen causar baja voluntaria en una empresa para aceptar una mejor oferta de empleo saben que, en caso de que sean despedidos en su nueva ocupación, han perdido la antigüedad en el puesto de trabajo —que se utiliza como parámetro de cálculo de la indemnización por despido— que sí tenían en su primitivo puesto de trabajo.

En cuanto a los costos, los modelos de Fondo de capitalización adoptados en estos países han optado por fórmulas muy distintas a la hora de determinar, tanto el origen de la financiación como la cuantía de las aportaciones. Por ejemplo, el *Abfertigung neu*, en Austria, se nutre de aportaciones empresariales que ascienden a un 1,53% del salario íntegro bruto de cada uno de sus trabajadores. El aporte es escaso porque la indemnización en ese país es equivalente a tan solo 4 días de salario por cada año de antigüedad en el empleo. Por otra parte, la nula depreciación monetaria garantiza que con mínimas inversiones de bajo riesgo el aporte conserva su valor hasta el momento de efectivizar el pago al trabajador con derecho a percibir su indemnización.

III. Precisiones para desalentar una mala copia del modelo austríaco

Hasta el año 2003 en Austria el 88% de los empleados no percibían ninguna clase de indemnización por despido debido a que estaban excluidos de esta aquellos que no alcanzaran los tres años de antigüedad y (cualquiera que fuera su antigüedad) los empleados de empresas de hasta 5 trabajadores. Es decir, que en la pequeña empresa no existía protección alguna contra el despido, y tan solo el 12% de los trabajadores superaba los 3 años de antigüedad trabajando en relación de dependencia para un mismo empleador (no pequeño).

Por otra parte, a esta diferencia estructural con nuestro sistema vigente, existe otra y es que el despido requiere en Austria —antes y después de la reforma— una causa razonable para la extinción, que no se define taxativamente y en la que entra en juego la valoración del “comité de empresa”, que en su caso puede impugnar la decisión. En todo caso, si el despido es calificado como improcedente, la sanción legal es la readmisión, si bien en la práctica suele solucionarse con una indemnización pactada entre empresario y trabajador. En caso de procedencia del despido, la indemnización prevista se fija en relación con la antigüedad en la empresa. Así, antes de la reforma de 2002 oscilaba entre el equivalente a la remuneración de dos meses para un trabajador de 3 o más años en la empresa y un máximo de 12 veces la remuneración mensual para quienes llevaran al menos 25 años en esta. Los trabajadores de mayor permanencia en la empresa (a partir de los 10 años) tenían derecho a la indemnización incluso cuando la terminación del contrato se debía a su propia voluntad, siempre que pasara a la situación de pasividad (jubilación).

La reforma operada en 2002, que se aplicó a los nuevos contratos celebrados a partir del 1º de enero de 2003 y a los anteriores cuando así se pactara expresamente entre empresario y trabajador, amplía el ámbito de protección frente al despido a todos los trabajadores y modifica su naturaleza. Conforme al nuevo esquema, el empresario no abona ninguna cantidad en el momento de producirse el despido, sino que todos los meses realiza una aportación a un fondo a nombre del trabajador, equivalente al 1,53% del

salario bruto. Este porcentaje supone aproximadamente 5,58 días de salario al año, lo que supone una reducción para el trabajador que perdiera su empleo tras tres o más años (recibían entre 15 y 20 días por año conforme al esquema descrito —remuneración de 2 meses a partir del tercer año de antigüedad—) pero un notable incremento para los que no percibían nada, que eran la mayoría.

Este fondo, sin embargo, no opera de la misma forma que la indemnización por despido arbitrario, irrazonable o sin causa, pues por una parte el trabajador mantiene su titularidad cualquiera que sea la causa por la que se extinga su relación laboral (incluidas todas aquellas plenamente ajenas a la empresa como la renuncia o fallecimiento). El cobro de las cantidades aportadas a este fondo únicamente puede obtenerse cuando pierde el empleo sin que concurra su voluntad siempre que los aportes realizados a su nombre comprendan al menos tres años, o bien cuando obtiene el beneficio jubilatorio. La diferencia con el sistema anterior es notable. Por una parte, la antigüedad de tres años en la empresa que se exigía antes se sustituyó por antigüedad como trabajador asalariado independientemente del o de los empleadores que hayan ingresado los aportes periódicamente, permitiendo así acumular el tiempo trabajado en diversas empresas. Por otra parte, sea cual sea la razón por la que el trabajador cesa en la relación laboral, seguirá siendo el titular del capital aportado a su nombre, sin perjuicio de que solo pueda cobrarlas en ciertas ocasiones.

De esta forma, se buscó eliminar las principales consecuencias negativas del sistema de indemnizaciones por despido basado en la

antigüedad, desterrándose el incentivo perverso a despedir a los trabajadores con una antigüedad próxima a los tres años para evitar las indemnizaciones. Todos los trabajadores tienen derecho al cobro en tanto se establece una cobertura universal, desapareciendo la protección especial contra el despido arbitrario, que entre nosotros tiene mandato constitucional, como la vivienda digna o el salario mínimo realmente vital, entre otros declamados pero sin consagración plena aún, avanzado el siglo XXI, pero que para los austríacos no tenía ese rango superior y era de escasa aplicación atento la duración de los contratos y la cantidad de trabajadores ocupados por empresa, tal como se expuso.

El sistema tiene ventajas para la mayoría de los trabajadores austríacos, pero no necesariamente para los empleadores en cuanto a la reducción de los costos de despido, en tanto ello, depende de la cantidad que el empresario tenga que aportar al fondo.

Los datos de Eurostat, de hecho, muestran que en 2008 los costos de despido suponían una proporción de los costos laborales relativamente alta (1,46%, contra el 0,45% de la media comunitaria y solo más bajos que en Grecia). Evidentemente, además, de la protección contra el despido arbitrario, el régimen anterior de indemnizaciones con límites de accesibilidad, topes y dimensiones de la empresa empleadora, la diferencia del modelo austríaco con nuestro país es abismal también en la previsibilidad y magnitud de los costos del despido para los empleadores. Por lo tanto, traspolar un sistema legal para enfrentar una realidad diferente, no parece avizorar un resultado satisfactorio.

Gráfico Encuesta “Labourcostssurvey”, EUROSTAT 2008



IV. Una primera impresión sobre la implantación del sistema en la Argentina

Anticipando lo que desarrollaremos más adelante, y al vallado constitucional que impide la desprotección contra el despido arbitrario, suponer la implantación de ese sistema, abriría paso a más problemas que soluciones. Por caso, si el costo marginal del despido es cero, es probable la proliferación de despidos ineficientes. Se facilitaría así un posible abuso del despido por la parte empresarial. Ahora bien, su reverso sería que al eliminar las indemnizaciones por despido absolutamente también se podría desembocar en un riesgo moral por el comportamiento de los trabajadores que igualmente puede ser abusivo.

Desde el punto de vista de redistribución de la riqueza, la implantación del fondo de capitalización significaría una rebaja de la compensación por despido para los que realmente lo experimenten y una compensación adicional para quienes no lo experimenten en toda su vida activa. Igualmente, un mayor costo para las empresas que tienen menor rotación de personal.

Finalmente, la inflación conspira contra cualquier régimen exitoso de ahorro en orden a preservar o acrecentar su valor por lo que no es difícil imaginar la imposibilidad de satisfacer prestaciones indemnizatorias a valores actuales con aportaciones pretéritas, salvo una garantizada intangibilidad de los fondos e inversiones a plazo con alta rentabilidad.

V. La protección contra el despido arbitrario

El sistema de protección del trabajo en todas sus formas, y especialmente al trabajador contra el despido injustificado que proclama el art. 14 bis de la CN, rige para la generalidad de los trabajadores del sector privado, y asegura no solo la duración del contrato —como principio general— hasta que estén en condiciones de acceder a los regímenes previsionales de la seguridad social (art. 91, LCT) sino que además, desalienta y castiga (en imponiendo al empleador el deber de resarcimiento

a través de una indemnización por despido injustificado (art. 245, LCT), Además, obliga a la patronal a preavisar la extinción (castigando el incumplimiento con una indemnización sustitutiva, arts. 231/232, LCT), así como a integrar los salarios que el trabajador despedido debería cobrar hasta el final del mes en el que se produce el distracto (art. 233, LCT).

De ese modo, el trabajador goza de una adecuada protección contra el despido injustificado, de modo tal que este tiene derecho a conservar el empleo mientras no se verifiquen circunstancias imputables a él que justifiquen su exclusión u otras causas legalmente establecidas. Podemos discutir si existe o no el derecho a despedir sin causa. Yo creo que sí, pero no es un derecho absoluto sino relativo, tanto porque en determinadas hipótesis se encuentra expresamente prohibido (leyes 23.551 y 23.592) cuanto porque conlleva la necesidad de reparar protegiendo al trabajador de las consecuencias inmediatas. Casi se exhibe como la contracara —morigerada— del derecho del trabajador a renunciar, pero limitado también por el deber de preavisar o indemnizar su omisión.

Más allá de los debates acerca de cuál sería el mecanismo más idóneo (nulidad del despido y reinstalación en los modelos de “estabilidad absoluta”; o indemnización dineraria compensatoria de los perjuicios derivados del despido, en los modelos de “estabilidad relativa”), no podría validarse una norma infraconstitucional que no asegure ninguna tutela ante los despidos arbitrarios, mientras el art. 14 bis de nuestra Carta Magna conserve el texto vigente.

Norberto Centeno (1) anticipaba que “no se adecuarían al texto y al espíritu de la Constitución las leyes que eventualmente se dictaran y por las cuales se dejara sin sanción el ‘despido arbitrario’ pudiendo el trabajador encontrar ‘protección’ frente al mismo por la directa vía del amparo constitucional, apelando a los principios de derecho que descalifican un acto de esa naturaleza —el acto arbitrario— responsabilizando a quien lo provoca”. Por su parte, Justo López, comentando un sistema análogo, sostuvo que el

llamado fondo de desempleo (refiriéndose a la ley 22.250) tiene todos los inconvenientes de la desprotección contra el despido arbitrario sin las ventajas de un seguro social contra el desempleo, de modo tal que no es un sucedáneo factible de la “protección contra el despido arbitrario” (2).

En igual sentido, Guillermo A. F. López (3) sostiene la inconstitucionalidad, porque, mientras el art. 14 bis de la CN garantiza a los trabajadores protección contra el despido arbitrario, el fondo de desempleo, por el contrario, constituye un sistema resarcitorio uniforme para todos los supuestos de cese de la relación laboral, justificados o injustificados, también Roberto García Martínez, Baamonde de Bermúdez, Diana y Spinelli de González Gartland, Edda B, Ossorio y Florit, Manuel, entre otros.

Y desde la reforma constitucional de 1994, fue elevado a la máxima jerarquía el derecho humano al trabajo reconocido como tal en varias de las normas internacionales constitucionalizadas (art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 11.1.a. de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer; art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), comprendiendo este, también, el derecho a no ser privado del empleo si no existe una justa causa, de acuerdo con la interpretación de la doctrina comparada, entre otros: Federico Mancini (4), Antonio Baylos Grau (5), Rafael Sastre Ibarreche (6) y a la adhesión de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señaló que el derecho al trabajo

(2) LÓPEZ, Justo, “El derecho a la estabilidad y la estructura económica de la empresa”, *Revista Legislación del Trabajo*, t. XV, ps. 665 y 672.

(3) LÓPEZ, Guillermo A. F., “Nuevo régimen laboral para la industria de la construcción”, *Revista Derecho del Trabajo*, 1980, p. 1437.

(4) MANCINI, Federico, “Il diritto al lavoro rivisitato”, *Politica e Diritto*, 6, 1973, ps. 687/740.

(5) BAYLOS GRAU, Antonio, “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en *La protección de los derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, 21, 2003, ps. 13-54.

(6) SASTRE IBARRECHE, Rafael, “El derecho al trabajo”, Ed. Trotta, Madrid, 1996.

(1) CENTENO, Norberto, “Despido arbitrario y riesgo de desempleo”, *Revista Derecho del Trabajo*, t. XXVII, 1967, p. 641.

receptado en tales instrumentos internacionales incorporados al art. 75.22 de nuestra Constitución, “es comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de este” (7).

En ese contexto, es a todas luces evidente que un régimen como el austríaco no podría sortear este primer vallado constitucional, independiente de los demás reparos formulados. No obstante, puede servir de orientación para adaptar un modelo más previsible de control de las relaciones laborales, estímulo a la permanencia en el empleo y protección contra el despido arbitrario.

VI. Aspectos por considerar en la promoción de una iniciativa local

Sin que responda a un orden lógico de prioridades, se enuncian los siguientes interrogantes, cuya respuesta puede moldear un sistema argentino, teniendo en cuenta los fines que se quieren lograr.

a) ¿Quién ha de realizar los aportes al fondo y en qué cuantía?

Esto depende si el fondo solo cubrirá un seguro de cese, un seguro de retiro que permita aportes voluntarios, y se complementará o no con las prestaciones por desempleo a cargo del Estado.

b) ¿Qué entidad custodia o centraliza dichas cantidades y cómo se gestionan?

Bien puede ser la ANSeS, o un agente financiero estatal (ej., Banco de la Nación Argentina) o un ente mixto bipartito (sindical-empresario) o tripartito (sindical-empresario-estatal) bajo forma de fondo fiduciario o ente de gestión que incluye registros, similar al IERIC o al RENATRE con capacidad para constituir una herramienta eficiente en el control de formalidad registral y fiscalización de las condiciones laborales, emisión de certificados y capacitación y formación continua, certificación de competencias, entre otras que coadyuvan al Estado complementando, supliendo o cooperando en su escuálida gestión de fiscalización y control y también, por-

que no, llevando a cabo la función de conciliación y arbitraje a través de órganos especializados.

c) ¿En qué supuestos se puede rescatar el fondo?, ¿durante cuánto tiempo se ha de aportar dinero para tener derecho a su reembolso?

A este respecto es dable responder en primer término si debe haber un período mínimo de aportes sin derecho a retiro a fin de consolidar el fondo, luego, adelanto conveniente tener en cuenta que una finalidad importante del fondo es estimular la continuidad del contrato de trabajo por lo que sería conveniente permitir liquidar el fondo periódicamente de modo tal que sea también un “ahorro” para el trabajador del que pueda libremente disponer cada cierto tiempo.

Así, siendo que el promedio de vida de una PYME en nuestro país es de cuatro años, independientemente que el vínculo laboral pueda subsistir, al igual que la empresa, transcurrido un plazo prudencial menor, por ejemplo 3 años, debería liquidarse al trabajador el importe (total o parcialmente) de las aportaciones ingresadas a su cuenta —y su renta—. Ese capital constituye además, de un estímulo a la permanencia laboral un importante medio para la satisfacción de otros proyectos personales/familiares. Por otra parte, la percepción del fondo correspondiente a tales períodos sería detraída, en caso de despido arbitrario, de la indemnización que resulte.

Para ponerlo en números. Supongamos que se estableciera un aporte equivalente a la doceava parte de la mitad de remuneración mensual, al cabo de un año se habría acumulado el importe equivalente a la indemnización del art. 247, LCT, un importe que no responde a la protección ante el despido arbitrario sino que se establece liquidar y abonar cuando la extinción obedece a causas ajenas a la voluntad de las partes (fallecimiento, quiebra, fuerza mayor, razones económicas) y no hay razón para que no puedan percibirlo, transcurrido cierto tiempo, todos los trabajadores o cualquiera también al tiempo de extinguirse el contrato por cualquier razón excepto el despido arbitrario.

También podría aportarse una suma mayor, por ejemplo la doceava parte de la remunera-

(7) CS, “Vizotti, c. Amsa SA”, consids. 8º y 10, “Álvarez, c. Cencosud SA”, sent. del 07/12/2010.

ción mensual y retirarse periódicamente el 50% y el saldo al extinguirse la relación laboral.

Siendo así, la protección contra el despido arbitrario quedaría limitada a la antigüedad computada desde la última liquidación periódica del fondo hasta el distracto, lo que nunca superaría —en el ejemplo dado— los 3 años. Obviamente el trabajador debería igualmente poder retirar los importes acumulados durante ese período, los que podrían o no considerarse a cuenta de la indemnización por antigüedad.

Este régimen implicaría que a la fecha de corte para la liquidación periódica se emita certificado y se verifiquen las condiciones registrales, por lo que no deberían existir reclamos por diferencias registrales de mayor data a esos 3 años, mejorando sustancialmente la “formalidad” laboral y reduciéndose sensiblemente la conflictividad en ese rubro, al igual que las demandadas resarcitorias por omisión de entrega de certificados de trabajo.

d) ¿Cómo se invertirán los fondos para que los intereses generados preserven el valor del capital y como se garantizará? En un país con inestabilidad económica recurrente, esta es la única alternativa posible para lograr el cumplimiento de la finalidad de un “fondo. Obviamente, los beneficios acumulados por dichas inversiones deben estar totalmente exentos de impuestos para evitar cualquier merma de su importe.

e) ¿Cómo lograr que el sistema no implique un costo adicional al empleador? La eventual supresión del preaviso (Salvo para el caso del despido arbitrario) así como la supresión de su contribución al financiamiento del de desempleo, contingencia que quedaría cubierta por la prestación que brinda la percepción de este fondo implica un ahorro directo que compensaría su aporte al fondo. Indirectamente la reducción de la conflictividad, la simplificación de la contratación por tiempo indeterminado sin necesidad de recurrir a modalidades no siempre pertinentes, la defensa de la competencia que genera un mejor control, la incidencia del impacto en los trabajadores de un régimen que le quita incertidumbre, estimula el ahorro, le da previsibilidad y libertad impacta también en las relaciones personales dentro de la comunidad laboral y por supuesto, también, en el me-

jor rendimiento, todo lo cual no deja de ser un beneficio para ambas partes, muy superior al estimado costo de aportes especiales.

f) ¿Cómo estimular los aportes voluntarios? Estos pueden preverse como aportes a un seguro de retiro, que en definitiva permita al trabajador mejorar la tasa de sustitución cuando por alguna razón acceda a la pasividad laboral. El régimen previsional argentino basado en un sistema de reparto, deficitario en sus recursos e insuficiente en sus prestaciones, tiende a ser cada vez peor en este último aspecto dado el envejecimiento de la población y la imposibilidad de seguir derivando recursos públicos que requieren otro destino para suplir el déficit entre los recursos provenientes de aportes y contribuciones y el gasto en prestaciones a sus beneficiarios. Ante ello, es más claro y previsible un horizonte de estímulo a este tipo de ahorro que a seguir disminuyendo los recursos por vía de políticas de reducción de aportes y contribuciones, como usualmente se pide y generalmente se concede, en la convicción que ello favorece la empleabilidad, aunque la realidad no exhibe ese resultado (como tampoco la ley 24.013 fue exitosa a través de los contratos basura para generar más empleo, ni a través de las indemnizaciones agravadas obtuvo mejores resultados para combatir la informalidad).

VII. Una alternativa efectiva para promover y fortalecer el empleo pospandemia en las pymes

VII.1. La experiencia histórica

A fin de fomentar la contratación bajo relación de dependencia, el Estado argentino recurrió a la implementación de tres tipos de medidas: a) reducción del costo laboral del empleador a través de morigeración o eximición de contribuciones al sistema previsional; b) subsidios al trabajador o a la empresa complementarios para integrar la remuneración de los trabajadores; y c) establecimiento de modalidades contractuales flexibles. No vale la pena desarrollarlas, ni mucho menos distraernos en la evaluación costo-efectividad de estas pues, tras décadas de intentos, el resultado es el crecimiento del empleo informal, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios, el desfinanciamiento de los regímenes de seguridad social y la creciente litigiosi-

dad agravada por un sistema de resolución de conflictos probadamente ineficiente también. Tampoco fueron exitosos los planes y programas desde el Poder Ejecutivo para superar esos efectos claramente indeseados.

VII.2. La realidad actual

Desde diciembre de 2019 el gobierno dictó medidas para mantener el número de empleados en relación de dependencia del sector privado. Ese fue su objetivo a través de normas que impedían el ejercicio del derecho de suspender o despedir, que agravaban las indemnizaciones. Instituyó un régimen temporario de estabilidad relativa y subsidió parcialmente los ingresos de los trabajadores, sin más pretensión que ese objetivo. El empleo productivo, el empleo de calidad, la sustentabilidad de las empresas, nada de eso fue tenido en mira bajo el prisma de la emergencial-sanitaria-económica. Tampoco el comité de expertos que asesora al Poder Ejecutivo, ni las asociaciones gremiales fueron más allá de la solución precaria de las suspensiones previstas en el art. 223 bis de la LCT.

La Ley de Teletrabajo corrió detrás de la realidad y, tras dar a luz su escuálido texto, cedió a la negociación colectiva la posibilidad de transformarse en una herramienta eficaz para ambas partes. Pero no todo será telegestionado, teleproducido o telerealizado.

VII.3. El futuro inmediato

El incremento del gasto público social seguirá en progresión geométrica. Por una parte, el 50% de este se destina al pago de jubilaciones debiendo sufragarse con ajustes (movilidad) y procurar la más pronta recomposición de su poder adquisitivo. Alcanzado que fuera ese objetivo deben incrementarse para mejorar la tasa de sustitución. El envejecimiento de la población y la insuficiencia de los recursos previsionales actuales impide considerar cualquier estímulo a la generación o sostenimiento del empleo formal en relación de dependencia a través del recorte de ingresos de esa especie (aportes y contribuciones) que por el contrario deben incrementarse.

Igualmente, el gasto social de salud y educación, así como las prestaciones no contributi-

vas y ayuda a personas (planes sociales) insume casi otro 40% del presupuesto, de modo que sin crédito ni emisión, también será difícil encontrar recursos para atender esas finalidades, por lo que los subsidios para compensar remuneraciones tampoco serían viables.

Por lo tanto, pareciera, que solo la vía de los contratos de trabajo puede ser idónea aunque es la más riesgosa a fin de no desbaratar derechos ni fomentar prácticas desleales, y teniendo en cuenta la experiencia histórica es mejor buscar otra alternativa.

VII.4. La propuesta superadora

Las pymes fueron, son y seguramente serán la fuente generadora principal de empleo. Por tal razón, y sin necesidad de establecer modalidades especiales de contratación podría restablecerse —con algunos pequeños cambios operativos— el art. 92 de la ley 24.467, derogado por el ar. 41 de la ley 25.877, siempre y cuando se garantice una especial protección contra el despido arbitrario, tal como más arriba se planteó, se garantice la intangibilidad de los recursos u se instrumente un sistema eficiente de control de las relaciones laborales.

Publicada en el BO el 28 de marzo de 1995, esta ley introdujo en su tít. III normas especiales de aplicación a las relaciones de trabajo llevadas a cabo en esa dimensión jurídica de empresas, definidas y categorizadas normativamente. Tampoco cabe repasar la importancia de ese universo cuantitativamente mayoritario de unidades productivas.

Su art. 92 establecía que los convenios colectivos de trabajo referidos a las pequeñas empresas podían modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo, lo cual por supuesto jamás podría desbaratarla protección contra el despido arbitrario, consagrada en el art. 14 bis de la CN.

El segundo párrafo de la disposición legal señalaba que para los casos en que se dispusieran cuentas de capitalización individual, el Poder Ejecutivo nacional habilitaría la utilización de los instrumentos de gestión previstos en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, o en el régimen de seguros.

Por una parte, hoy ya no rige en el sistema de capitalización en materia previsional, ni tampoco este art. 92, que fue derogado el 28/03/2004 a través de la ley 25.877 de Ordenamiento Laboral, sin embargo, su reimplantación permitiría al menos para las pymes superar el escollo de inseguridad que provoca el régimen indemnizatorio actual.

Si las partes signatarias de convenios colectivos pudieran establecer estos regímenes, y además, pudieran constituir entes como el RENATRE o el IERIC destinados a llevar el registro de trabajadores y empleadores de la actividad involucrada, se estaría supliendo la probadamente ineficiente actividad fiscalizadora del Estado en orden a erradicar la clandestinidad e informalidad de la contratación laboral y a verificar el cumplimiento de las normas.

Con fiscalización eficiente y la necesidad de otorgar y renovar periódicamente los documentos (llámese libreta, credencial, tarjeta del trabajador) se abre la posibilidad de un contralor periódico de las condiciones registrales evitando la conflictividad actual por imprescriptibilidad de los defectos registrales. La idea no es perseguir el cobro de indemnizaciones o multas gravosas, sino de erradicar la informalidad. Este sistema que debería ser de gestión tripartita permite una mejora en la autogestión de ese control. Por lo menos, mucho mejor que la proyectada y ejecutada por el Estado a partir de las leyes 24.013, 25.212 y 25.877 (entre otras).

La experiencia demuestra que esos entes de registro y contralor son eficaces en ambas actividades (construcción y trabajo rural) y además, han podido canalizar con igual éxito el otorgamiento de prestaciones.

Bajo ese esquema de gestión podría administrarse con intervención o contralor estatal (sea bajo la intervención de un agente financiero estatal, aseguradoras, fondos fiduciarios) los regímenes alternativos de extinción del contrato de trabajo, por ejemplo, estableciendo una cuenta de capitalización y un seguro que garantice la indemnización por despido arbitrario. Por otra parte, la liquidación periódica del fondo constituiría un estímulo a la continuidad y desdibujaría las diferencias en orden a la di-

ferente protección de los trabajadores según su contrato sea por tiempo determinado o indeterminado,

Ambas (fondo y seguro) financiadas por una contribución del empleador sobre la base de un porcentaje que determine el cálculo actuarial, probablemente diferente para distintas actividades.

Pero si hoy, en CABA, una indemnización prevista en el art. 245, LCT, representa el 7,7% de la remuneración anual del trabajador por cada año de antigüedad, de seguro ese importe se disminuiría considerablemente teniendo en cuenta la siniestralidad (en este caso, los despidos arbitrarios en el tiempo y con relación con el total de los trabajadores) y la limitación temporal del plazo máximo computable (que anteriormente se propuso en 3 años), pudiendo complementarse la derivación de aportes y contribuciones de naturaleza convencional con diversos destinos (que representa actualmente, según los CCT, no menos del 3% de la masa salarial).

Por otra parte, un régimen sustitutivo bien podría establecer el pago actualizado, pero en mensualidades, prever otras prestaciones y organizar el funcionamiento de comisiones paritarias de conciliación y arbitraje para una más pronta resolución de conflictos dentro de los entes mixtos o tripartitos de administración y control.

Una prestación interesante por implementar sería sin duda la prestación por permanencia. Teniendo en cuenta la duración estadística de las pequeñas empresas (cuatro años) y la posibilidad de retirar los fondos cada tres años, la compensación por despido arbitrario debería tener como tope el valor equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual normal y habitual. No obstante, la vida de la empresa puede ser mayor e igualmente la duración de un contrato de trabajo. En tal caso, cada tres años de antigüedad en el empleo, el trabajador percibirá en concepto de prestación por permanencia el importe equivalente a tres SMVM, o a al total o porcentual del fondo acumulado y sus rentas, o al 50% del monto aportado (todo ello según se pacte en la negociación colectiva) y dicho período dejaría de computarse como antigüedad en caso de un eventual despido indirecto o in-

causado, es decir, ocurriría algo semejante a lo que hoy acontece con el trabajador jubilado que continúa prestando servicios o reingresa con posterioridad a la obtención del beneficio. Con ello, lejos de estimular la conflictividad se premia la vocación de permanencia en el empleo y en esa comunidad de trabajo tan especial que es el reducido ámbito de una pequeña empresa.

Presentado así el modelo resulta mucho más equitativo que el modelo austríaco.

El Estado no aporta recursos ni se priva de recaudar, el trabajador conserva su protección y la refuerza con estímulos a la permanencia, un sistema de fiscalización más eficiente y la automatización del resarcimiento en caso de despido arbitrario. El empleador ahuyenta la conflictividad por despido y por agravantes (La libreta digital emite los certificados y constancias del art. 80, LCT, la fiscalización periódica para otorgamiento y renovación de la “libreta” obsta a existencia o subsistencia de defectos registrales) y tiene certeza en la determinación de sus costos laborales. La sociedad en general experimenta-

rá el crecimiento de su población económicamente activa contratada en relación de dependencia por Pymes que dejan de quedar expuestas la imprevisibilidad de la acción de la justicia, en las decisiones y muy por sobre todo, en los tiempos, pues la demora en la tramitación de los pleitos, la padecen los trabajadores y la pagan los empleadores al valor de las más usurarias tasas a las que podrían endeudarse.

Este último punto solo tiene solución si transcurrido el plazo de duración razonable de los procesos (que surge del cómputo del máximo fijado para el cumplimiento de cada acto o etapa procesal), los intereses son a cargo del Estado (quien podrá repetir en todo caso contra el responsable de la demora injustificada), salvo el caso de pluspetición inexcusable, entendiéndose por tal a estos fines, el exceso o defecto en un 20% el capital demandado o rechazado. Sin duda, esta medida conllevará una más adecuada conducta procesal de las partes y probablemente un aspecto adicional para tener en cuenta a la hora de intentar acuerdos conciliatorios o transaccionales.

El teletrabajo y la conciliación laboral: un binomio sustentable

Viviana L. Díaz (*)

Sumario: I. Teletrabajo y conciliación.— II. Experiencia SeCLO.— III. Conclusión.

I. Teletrabajo y conciliación

El COVID-19 nos empujó, la pandemia fue la probeta de ensayo que nos devolvió la respuesta esperada: se puede teletrabajar, es accesible y posible remotizar nuestros puestos de trabajo contando con tecnología y entrenamiento adecuado.

Todos y cada uno hemos vivido y también sufrido los cambios impuestos por la digitalización masiva, ahora bien, si la experiencia fue exitosa, ¿por qué volver a las cavernas?

Las herramientas digitales facilitan muchas tareas, por ejemplo, la programación y celebración de audiencias virtuales. Justamente nosotros, los conciliadores laborales logramos implementarlas en plena cuarentena, sin dilaciones, ni traslados, agilizando y buscando tender el puente entre requirente y requerido, facilitando el encuentro.

En pleno contexto de pandemia mundial, de crisis, y desconciertos logramos encauzar el reclamo laboral, evitando riesgos a las partes y a nosotros mismos. Los conciliadores laborales hemos llevado adelante estoicamente el trabajo remoto, aprendiendo *ipso facto* de las bondades, pero también de los desafíos estresantes que generan las TIC.

Las ventajas del teletrabajo en la conciliación laboral se multiplican exponencialmente. Cada

uno de los conciliadores somos trabajadores remotos, autónomos. Ciertamente esta modalidad nos beneficia, desde el ahorro en materia de traslados, infraestructura edilicia, indumentaria y comidas fuera del hogar, en el tiempo muerto, la reducción de la contaminación ambiental y de los accidentes de tránsito, entre otros.

Pero estos mismos beneficios replican en las partes (trabajadores-empleadores), en los letrados de partes y representantes sindicales, y en la sociedad en su totalidad. Todos y cada uno, somos impactados por el ahorro en tiempo y gastos de traslado, además de las contingencias por accidentes, y especialmente el riesgo al contagio que hoy sigue latente, y más aún en vilo por la llegada de la denominada cepa Delta. *Para todos los protagonistas de la conciliación laboral, el teletrabajo facilita:*

- Optimizar la calidad de vida permitiendo conciliar trabajo y familia.
- Facilitar el autocontrol y gestión del tiempo de vida y trabajo del conciliador, abogada/o, partes (requirente/requerida), representante sindical.
- Eliminar costos de traslado en un trabajo que no requiere la presencialidad.
- Impulsar una mayor motivación, sabiendo que se puede gozar de mayor tiempo para la vida personal.
- Contribuir a la mejora del medio ambiente, en especial a evitar la contaminación por gases de efecto invernadero, producido principalmente por el transporte vehicular.

(*) Doctora en Derecho del Trabajo y Diplomada en Neurociencias Cognitivas. Conciliadora laboral, mediadora y árbitro. Cofounder y directora académica de GNT Mentoría Neurodigital. Consultora en teletrabajo para el eLac. Autora de "Teletrabajo y Neurotecnología: una guía imprescindible para gestionar el Trabajo 4.0".

- Facilitar el aprovechamiento de la infraestructura edilicia propia de cada conciliador.

- Evitar demoras, principalmente relacionadas con la no comparecencia de las partes/letrados, que por motivo de la pandemia no pueden viajar o se encuentran dificultados para hacerlo.

- Facilitar la negociación en el entorno virtual, con tiempos que se respetan y documentación que se digitaliza.

- Disminuir los riesgos de los accidentes de tránsito y del contagio en los medios de locomoción públicos.

Es bueno recordar algunas de las experiencias que dentro del sector público implicaron excelentes resultados para los distintos organismos:

Programa de Teletrabajo en el Ministerio de Trabajo destinado al sector público, lanzado formalmente el 13 de diciembre de 2010.

Programa de Teletrabajo en la SIGEN, lanzado por res. 118/2011 SGN, de fecha 6 de septiembre de 2011. La citada resolución fue elaborada en el marco del art. 81 del Convenio Colectivo de Trabajo Sectorial para el personal de la Sindicatura General de la Nación firmado el 13 de septiembre de 2010 y homologado mediante el dec. 1714 del 19 de noviembre de 2010, el cual habilita, previa consulta a las entidades sindicales signatarias en la Comisión Permanente de Interpretación y Carrera (CoPIC), a la implementación de un régimen transitorio para la prestación laboral en modalidad semipresencial.

Programa de Teletrabajo en el INTI, quien firmó la adhesión al compromiso de implementación del teletrabajo en diciembre del 2012.

Proyecto de Teletrabajo en la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, quien adhirió en diciembre del 2012 al compromiso de la implementación de teletrabajo en dicha organización.

II. Experiencia SeCLO

Resulta crucial compartir el *Informe sobre Procedimientos de Conciliación Laboral Obligatoria Virtual (2020-2021)* que comprende el período 01/01/2021 al 01/08/2021. *Extraordinarios resultados, y un agradecimiento especial al Director del SeCLO, Dr. Fabián Darío Nesis*, quien con

total transparencia y celeridad, lo puso en público conocimiento para compartirlos.

Transcribo textual su fuente *“Informe de Resultados Procedimientos de Conciliación Laboral Obligatoria Virtual (2020-2021), período 01/01/2020 al 01/08/2021”*

“En el marco de la emergencia pública sanitaria, el SeCLO estableció un procedimiento virtual mediante la habilitación de plataformas y medios electrónicos autorizados por el MTEySS. Esto permite tanto la continuación de los trámites en curso, como el inicio de aquellos nuevos, realizándose a partir de esta modalidad virtual, tanto para las audiencias de Acuerdos Obligatorios, como para las Ratificaciones de Acuerdos Espontáneos. De esta forma, brindando información detallada sobre el nuevo procedimiento, se asesora a las partes para realización de las audiencias virtuales. La documentación incorporada por estos medios tiene carácter de declaración jurada de validez y vigencia efectuada por las partes y sus abogados. Cabe destacar que los acuerdos y las ratificaciones realizadas bajo este formato poseen la misma validez que los celebrados de manera presencial.

“Este nuevo procedimiento virtual demandó un *proceso de actualización normativa*, el cual se enmarcó bajo la res. 344/2020 (procedimiento a aplicar en el uso de las plataformas virtuales para la celebración de audiencias y actuaciones administrativas), la disp. 290/2020 (procedimiento para las audiencias pendientes en los procedimientos inconclusos y los nuevos a iniciarse con relación al procedimientos de conciliación laboral obligatoria como al de ratificación de acuerdos espontáneos) y la disp. 1827/2020 (procedimiento que establece que las actas extendidas por los conciliadores cuando hubiera fracasado el procedimiento conciliatorio pueda ser suscripta únicamente por el conciliador interviniente, quien certificará mediante declaración juramentada la comparecencia virtual de las partes y la conformidad de los letrados asistentes).

“En el Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria (SeCLO) trabajamos en mejorar los procesos administrativos de gestión, brindando nuevas herramientas para garantizar mayor seguridad y accesibilidad a los Usuarios del Servicio, teniendo como eje:

“- *El Fortalecimiento y Mejora Continua del Servicio Virtual*. Profundizar la mejora de los circuitos

administrativos digitalizados al 100% bajo un enfoque de mejora continúa utilizando herramientas tecnológicas eficientes e innovadoras para garantizar el correcto funcionamiento del servicio al Usuario.

“- *La Profundización del Proceso de Virtualización referido a la Celebración de Audiencias de Conciliación Obligatoria y de Ratificación de Acuerdos Espontáneos.* Fortalecer y perfeccionar los procedimientos que hacen a la celebración de audiencias virtuales, realizando capacitaciones en nuevas tecnologías y automatizando procesos de validación de datos.

“A continuación, se detalla el total de expedientes tramitados bajo esta nueva modalidad virtual, desde su implementación hasta la actualidad, la cantidad de trabajadores alcanzados y la cantidad de disposiciones homologatorias firmadas”.

II.1. Acciones principales: trámites de conciliación obligatoria

A) Cantidad de expedientes ingresados y de trabajadores reclamantes

Año	Expedientes	Trabajadores/reclamantes
2020	61.464	65.156
2021	47.259	49.186

B) Resultados de los procesos conciliatorios

Año	Expedientes para dictaminar	Con Acuerdo		Sin Acuerdo	Observados
		Homologados	No homologados		
2020	16.524	13.896		44.940	2.628
2021	15.617	13.787		31.642	1.830

II.2. Trámites de presentación espontánea y voluntaria de las partes

A) Cantidad de expedientes ingresados y de trabajadores reclamantes

Año	Expedientes	Trabajadores/reclamantes
2020	8.859	10.332
2021	4.488	5.409

B) Resultados de los acuerdos espontáneos

Año	Expedientes Homologados	Registrados	Archivados	Observados
2020	4.450	1.896	1.100	1.403
2021	3.045	722		721

III. Conclusión

Hemos probado que la *conciliación laboral pueda ser remotizada, lo cual nos asegura que la negociación no sea remota, inalcanzable, que llegue cuando ya es tarde, que no interprete, ni facilite el encuentro de las partes.* El teletrabajo, es una modalidad laboral, que brinda beneficios múltiples, su implementación requiere entrenamiento y capacitación para provenir los daños que la tecnología mal utilizada produce. La negociación encuentra en la tecnología una herramienta que bien utilizada asegura la posibilidad de acuerdo. No podemos ser espectadores, la digitalización nos ha alcanzado, seamos sus protagonistas.

El desafío de aprender en contexto de la pandemia COVID-19

Graciela Vidal Carvajal (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Alcances y contexto.— III. Algunas reflexiones.— IV. Referencia bibliográfica.

I. Introducción

Los seres humanos aprenden desde que nacen, paulatinamente adquieren significados que asocian, relacionan y agrupan en esquemas de interpretación, que orientan su comprensión, sus emociones, su comportamiento en sentidos determinados y en su vida misma. Coexisten dos formas de aprender: la primera más práctica, tiene relación con la familia y la vida misma y la segunda, más teórica, que se aprende con la educación y formación recibida durante los años de estudio que puede obtener una persona; ambas son construidas, a lo largo de toda la vida.

La pandemia generada por el COVID-19, ha sido una enseñanza, un desafío e impacto enorme que ha tenido que enfrentar el mundo en este siglo; ha convertido el distanciamiento físico y el encierro en el hogar de las personas, en una necesidad para evitar contagios y esta razón, ha significado discontinuar los sistemas educativos presenciales, de todos los niveles existentes en la formación educacional-universitaria y además, validar una nueva forma de impartir educación a distancia que, si bien es cierto, el sistema existe desde hace años en el mundo educativo, hoy, se ha transformado junto con la tecnología, en la herramienta más utilizada comunicacionalmente, para la enseñanza-aprendizaje.

Por tanto, el aprendizaje, la formación y educación se relacionan entre la práctica y la teoría, entre intuición, emociones y razonamiento, entre circunstancias y situaciones del contexto

(pandemia) y el desarrollo de estructuras internas de comprensión y acción, que son la clave para comprender este proceso. Las personas del mundo actual crecen, viven saturadas de información y rodeadas de incertidumbres dado el contexto sanitario actual, por lo tanto, el desafío del aprendizaje del ser humano hoy es el tener una formación que le ayude a dar respuestas satisfactorias a un sinnúmero de interrogantes y enigmas, que han surgido en el último tiempo. Se espera además, que la formación recibida y la experiencia de la vida de los/las actores involucrados, sirva para comprender la realidad en que la persona está inmersa, que sea capaz de entender la efectividad, dureza de las medidas destinadas a mitigar el impacto del COVID-19 y que comprenda que variadas preguntas realizadas, muchas de ellas hoy, no tienen respuestas ciertas; lo ideal es que transformen y comprendan en un futuro inmediato, que el pensamiento, la creatividad, el actuar y la sabiduría, son elementos entre otros, muy importantes para convivir con el virus y entender que está presente en nosotros y no se sabe de sus variables ni cuándo terminará.

Retomando el aprendizaje, cabe mencionar que, la enseñanza recibida por los/las estudiantes, no siempre son el desarrollo de habilidades, sino complejas actividades culturales de los/las docentes, ajustadas por creencias y hábitos que funcionan en parte por factores, estilos y formas en el aula de clases, sea presencial o remota, dentro de presiones y apremios del contexto social. Aprender entonces, supone incrementar y repensar los saberes que surgen de las experiencias vividas, pensadas y experimentadas por una persona, para ampliar el horizonte de nuevas experiencias y nuevos saberes; dependiendo también ello, de los cambios profundos que

(*) Doctora en Ciencias de la Educación. Máster en Marketing y gestión comercial. Investigadora y profesora titular en Docencia universitaria.

se da en diferentes situaciones, pareceres y modos de actuar de la cultura social en que se está inmerso, como en este caso de pandemia.

II. Alcances y contexto

El modelo educativo con que se ha formado a miles de estudiantes y con el que a su vez, los docentes han formado y actualmente forman, es un marco referencial en el que se encasillan las prácticas pedagógicas. La problemática radica en que en el nuevo contexto, definido por una pandemia mundial COVID-19 y el cambio abrupto de enseñanza presencial a enseñanza remota vía tecnológica, el modelo tradicional, aunque haya tenido actualización y reformas últimamente, queda obsoleto y obliga, a realizar una reingeniería curricular en educación a todo nivel educativo y también en la formación presencial.

Con relación a los comentarios anteriores, se hace necesario presentar algunas directrices sobre cómo desarrollar estrategias de educación remota, tanto para estudiantes, como para docentes, comprendiendo que cualquier proceso que se proponga, puede cambiar de un momento a otro, dado el contexto de la crisis sanitaria que se vive actualmente en el país; es relevante tener presente y está latente el hecho, que un alto porcentaje de alumnos/as que avanzan y egresan del sistema, supuestamente no tienen los conocimientos fundamentales, aprendizajes y manejo de las competencias genéricas, para crecer como personas y enfrentar profesionalmente, el mundo productivo. Cabe comentar además, que hoy en día, los docentes experimentan frustraciones, desilusiones y desmotivación, por el desgaste que tienen con los horarios, recarga de trabajo, preparación de material para el aprendizaje en forma remota que requieren los estudiantes y, por la poca asistencia que tienen, al exponer, desarrollar sus clases virtualmente y tratar de entregar de la mejor manera, los contenidos de la materia, entre otros.

II.1. Desafíos del aprendizaje, en tiempos de pandemia (año 2021)

II.1.a. Los estudiantes, como actores principales

La pandemia generada por el COVID-19, se ha transformado en uno de los mayores desafíos

que ha tenido que enfrentar la población mundial, en el siglo XXI, a la fecha.

Es sabido que para evitar la propagación de la enfermedad, se ha llegado al distanciamiento físico, lo que ha llevado al cierre (entre otros) de las entidades educacionales de todo nivel, discontinuación de la formación presencial y los espacios físicos de colegios y universidades, se han tenido que transformar en aulas digitales para el trabajo remoto. En el contexto, la educación remota, pasó a adquirir una gran relevancia y dejó a la vista, algunos problemas como: brechas relacionadas con el conocimiento, falta de habilidades tecnológicas y recursos disponibles, por parte de la comunidad educacional. Es así como, en forma apresurada, hubo que adecuar el sistema educativo y readecuarlo a los requerimientos tanto de profesores, como el alumnado a fin de aminorar la problemática detectada, en todos sus aspectos.

Ante tal problemática, el Ministerio de Educación de Chile (MINEDUC), rápidamente dio en parte solución a la falta de recursos tecnológicos, entregando a miles de jóvenes computadores, colocando y anexando redes de internet en zonas rurales, guías de aprendizaje y apoyando a los colegios y universidades en variados requerimientos. Paralelamente solicita a los profesores y considerando que en la educación remota, el estudiante es eminentemente activo y dado que el desarrollo de una clase virtual se debe centrar en los alumnos/as, fomentar en el estudiantado no ser solo receptores de contenidos; idealmente trabajar la autogestión, su propio proceso de formación, y ejercer un adecuado aprendizaje. Sugiere además, a los/las profesores, desplegar un papel motivador, dinámico y significativo en su quehacer pedagógico.

Por otra parte, los/las estudiantes, curiosos y deseosos por aprender, necesitan tener claro *qué, cuándo y cómo hacer*, aún si la institución en la que está matriculado hubiere rediseñado los programas, para satisfacer sus necesidades en tiempos críticos de pandemia. Por lo tanto, es indispensable que la adecuación del marco general de los programas de estudio considere recursos, estrategias e información necesarios, para que los/las educandos se sientan acompañados y asesorados, durante el proceso del aprendizaje virtual. Este escenario se caracteri-

za por dar la máxima flexibilidad a los requerimientos del estudiante y potenciar la personalización, a fin de satisfacer las nuevas experiencias de cada alumno/a; estos equilibrios (flexibilidad y personalización), potenciarán el papel activo durante su proceso de formación. Mantenerles motivados y mostrarles preocupación, es una estrategia necesaria en la educación remota, ya que, la no participación presencial en aula podría llevar consigo, situaciones de aislamiento, soledad, que pueden influir negativamente en el/la estudiante y llevarle al abandono de sus estudios (deserción).

II.2. Situación actual del estudiantado por efectos de la pandemia

A pesar del esfuerzo y desafíos que experimentan los/las profesores, la pandemia ha perjudicado y desmotivado tanto a estudiantes, docentes y a todo actor involucrado en la educación. Ello ha aumentado la deserción escolar y universitaria, impactando las actividades académicas vía remota; variados estudios realizados por diferentes universidades y consultores demuestran una relación directa entre asistencia y aumento de deserción escolar-universitaria. Dicho escenario implica que solo en el año 2020, se estima que hubo 81.099 alumnos que desertaron en edad escolar de diferentes niveles y esta deserción, podría llegar al 43% en la actualidad. Para prevenir esta situación, durante el año 2020 el MINEDUC, implementó medidas urgentes y de corto plazo, las que fueron presentadas por la Mesa Técnica para la Prevención de la Deserción Escolar, entre las cuales se encuentra la extensión del Sistema de Alerta Temprana a toda la educación pública y particular subvencionada; ello significó la disposición de una herramienta gratuita que facilita la gestión del contacto entre las escuelas y sus estudiantes.

A pesar de los esfuerzos y la pronta respuesta del MINEDUC, diferentes opiniones han surgido sobre el tema, como la del investigador Juan Pablo Valenzuela: “La deserción escolar tiene múltiples causas, obviamente hay factores familiares y de contexto, atributos individuales, por ejemplo, la repitencia previa, la dificultad de aprendizaje, pero también mucho del tema de las escuelas, es decir, sistemas educativos que no son inclusivos, no están orientados a apoyar con las dificultades particulares que tengan los

estudiantes”. Junto a ello, destaca que para combatir la deserción escolar es fundamental contar con dos elementos: la adhesión que se tiene con la comunidad educativa y los propósitos personales de los estudiantes, ambos se han visto afectados con la desconexión que ha generado la pandemia (1).

II.3. La crisis aumenta la deserción con relación a los/las escolares

El Centro de Investigación Avanzada en Educación (CIAE) de la Universidad de Chile, realizó recientemente un estudio a 4912 hogares, donde se revela que aproximadamente unos 900.000 estudiantes, viven una situación de incertidumbre y desertan, por ello. El 2,5% de los hogares, 90.000 familias, comenta que sus hijos abandonaron sus estudios, pero siguen matriculados.

Paralelo a esta información, cabe comentar que antes de la pandemia, los estudiantes dedicaban aproximadamente 6,18 horas diarias en clases presenciales y destinaban unos 42 minutos a realizar sus tareas, lo que significaba 7 horas diarias a la educación, sin embargo, al cerrar los colegios, se redujo radical y lamentablemente este buen hábito de formación.

La encuesta revela que actualmente el 1,7% de los escolares, no destina nada de tiempo a los estudios mientras que el 25,2% dedica 1 hora diaria o menos, a su educación; estas cifras, llevadas a la realidad nacional, significan que cerca a los 970.000 estudiantes, están desconectados de sus respectivas entidades educacionales. Cabe comentar que estos resultados varían, dependiendo del nivel socioeconómico del colegio: mientras el 28% de los estudiantes de colegios municipales y el 30% de los alumnos/as de colegios particulares subvencionados gratuitos dedica menos de un hora a sus estudios, en estudiantes de colegios particulares pagados, se da la misma situación en un 13% y, cuatro de cada 10 estudiantes, dedica más de 5 horas diarias de estudios para su formación.

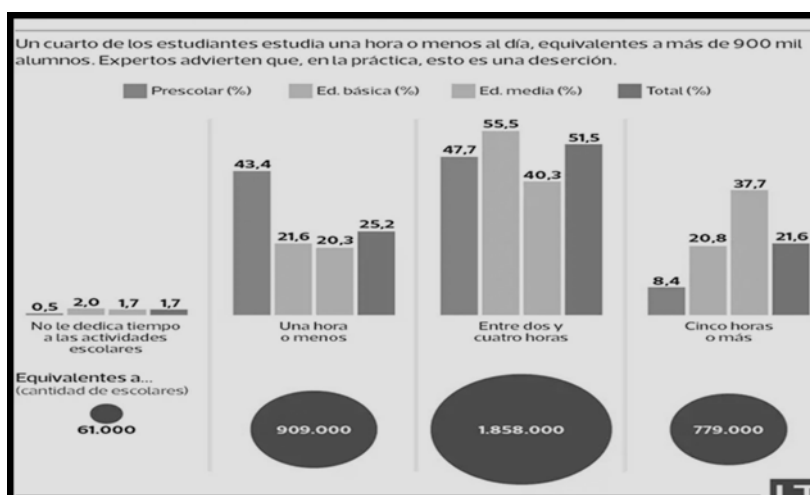
Cristian Bellei, uno de los autores del estudio comenta: “[L]a diferencia es aberrante, ya que, existe un grupo de estudiantes que estudia 200

(1) VALENZUELA, Juan Pablo, Centro de Investigación Avanzada en Educación (CIAE).

horas anuales con relación a otro grupo, que suma 800; significa ello que cada vez más, se amplía la brecha de desigualdad. Por lo tanto, debido a la pandemia y a sus consecuencias en los estudiantes, hay que repensar el concepto deserción; estudiar menos de una hora al día, es aparentemente un abandono a los estudios escolares”.

Mariana Contreras, también autora del estudio, plantea que “los estudiantes de nivel socio económico más bajo, son los que dedican menos horas a las actividades escolares. Muchos de ellos/as no tienen internet, computadores, tabletas y espacios para estudiar, difícilmente podrán dedicar tiempo a sus estudios. A esto hay que agregar que el 53% de las madres apoya en las tareas a los hijos, contra un 10% de los padres, según dato que reveló el estudio”.

Figura 1: Horas al día que los escolares dedican a las actividades educativas



Fuente: Estudio realizado por la Universidad de Chile, publicado en el diario *La Tercera*.

II.4. Deserción estudiantes universitarios

Varias situaciones afectan la difícil situación que afecta actualmente a estudiantes universitarios, considerando que deben cancelar la mensualidad, estudiar remotamente, problemas de conectividad y la poca preparación existente, para afrontar las clases a distancia y en forma autónoma.

Un estudio realizado por Yelitza Peña Zepa (enero 2021), explica que: según cifras de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la pandemia ha afectado a casi 1600 millones de estudiantes en más de 190 países de todos los continentes, cifra que asciende al 99% en países de bajo y mediano ingreso. A su vez, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), alerta sobre las cifras. Millones de jóvenes abandonaron sus estudios, con una disminución de la matrícula en 25% en diferentes países latinoamericanos, a pesar de los respectivos esfuerzos de los gobiernos, por darle continuidad al proceso de enseñanza aprendizaje universitario.

En tanto, el sistema universitario chileno está en alto riesgo, comenta el sociólogo Víctor Orellana, del Centro de estudios Nodo XXI; “el sistema de educación superior, a diferencia de otros del mundo, depende mucho de los aranceles”, explica. “Los aranceles son una parte importante del financiamiento a las instituciones... Esta dificultad es inclemente; de acuerdo con el último termómetro social del centro de Microdatos de la Facultad de Economía de la Universidad de Chile, 17 de junio 2021, el 31%

de las personas ha señalado que algún miembro de su familia ha perdido su trabajo después del 16 de marzo 2021 de ellos, el 80% es atribuible directamente a la pandemia y, el 13% a otras causas. Por lo tanto, las universidades del Consejo de Rectores están recibiendo el 8% menos de los ingresos proyectados, ello significa una matrícula menor en el primer año, menores ingresos por baja matrícula en cursos superiores, menor ingreso por deserción y por morosidad, lo que lógicamente, produce una merma importante en los ingresos de las universidades, tanto estatales, como privadas.

“Cabe comentar además, que el sistema de educación superior tenía muy poca experiencia respecto a la educación en línea, solo el 4,41% del total de los/las matriculados en el año recién pasado, lo hicieron a través de la modalidad online ‘portal Mi Futuro’, se supone que la razón de no ocupar la plataforma fue el desconocimiento de su uso, en los/las jóvenes.

“En la encuesta Pulso Estudiantil, aplicada recientemente a 2650 estudiantes de educación superior, de 100 carreras en 15 regiones del país, el 60% declara estar insatisfecho con las respuestas de la Institución de Educación Superior frente a la crisis, mientras que un 47% dice que su Universidad, se ha preocupado por apoyarles con los recursos mínimos. Transversalmente un 72%, declara que su relación con los/las académicos ha disminuido y el 84% de los recientemente ingresados, declara que la modalidad virtual, no ha beneficiado su aprendizaje, lo que supera el promedio nacional en educación superior”.

Fuente: Universidad de Chile, uchile.cl.-noticias

II.5. Educación remota, su significado y efectos en el aprendizaje

Se entiende la educación remota, como una educación formal, establecida en una entidad cuyo grupo de aprendizaje no está físicamente pero, se comunica a través de sistemas de telecomunicaciones interactivos que conecta a estudiantes, recursos informáticos y docentes. Es un método educativo en el que el/la alumna, está separado físicamente del docente, pero se intercomunican, a través de internet, aparatos como computadores, tabletas y/o celulares. La información y comunicación puede darse y entregar-

se de manera independiente o hacer una composición presencial y a distancia. La enseñanza aprendizaje remota, debe cumplir con los propósitos más importantes de una clase tradicional, cuales son: la entrega de contenidos, comprensión, desarrollo, evaluación y guía constante, del tutor/a o facilitador/a. El aprendizaje remoto versus presencial en aula no debiera tener diferencias significativas, si los mensajes y/o intercomunicación profesor-alumno, se dan correctamente y siempre y cuando, en el marco de los planes y programas de una asignatura, se hubiesen diseñado según requerimientos, para optimizar un aprendizaje remoto.

Para un óptimo aprendizaje remoto, debe considerarse cuatro componentes básicos:

a) El primer concepto se basa en que la educación a distancia es impartida por una entidad educacional; elemento que diferencia la educación remota del autoestudio.

b) El segundo componente de educación remota, es el concepto de separación entre profesor y estudiante, en términos geográficos y de tiempo. Se hace referencia a que la instrucción se ofrece a los/las estudiantes y estos acceden a ella, en aquellos momentos en que les resulte más cómodo; la separación intelectual de los/las profesores y estudiantes es importante, en esta forma educativa.

c) El tercer elemento son, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), representan un importantísimo componente de esta nueva modalidad de aprendizaje; la interacción puede ser sincrónica o asincrónica, es decir, puede ser simultánea o a destiempo. Es además, esta interacción crítica entre las personas, pero no en el contenido de una asignatura, es decir, los estudiantes tienen la posibilidad de actuar entre ellos, de practicar el aprendizaje colaborativo y cooperativo, con los recursos didácticos que se tenga a disposición y con su facilitador o tutor. La interacción no es lo más importante sino que, la disponibilidad para los/ las educandos, que debe estar en el momento en que se requiera.

d) Como cuarto componente, tener claro que la conexión con estudiantes, recursos y profesores es factible, cuando hay recursos tecnológicos disponibles, que son los que permiten la inter-

comunicación entre los actores involucrados en el aprendizaje, muy relevante es que, tanto los estudiantes, como los profesores, sean capaces de transmitir los mensajes con claridad, de observar, oír, escuchar correctamente y desarrollar la clase, en un respeto mutuo, a fin de lograr el aprendizaje requerido.

II.6. El docente, en el desafío de la enseñanza aprendizaje remoto y presencial

El factor más importante en el proceso de enseñanza aprendizaje, lo constituyen los/las docentes. En Chile, aproximadamente un 85% de ellos, labora en el sistema escolar subvencionado y el 15% en el sector particular. En 1998, se comenzó a ejecutar proyectos de Mejoramiento de la Formación Inicial de Docentes en 17 universidades seleccionadas, a fin de poner en práctica, renovar y mejorar el cuerpo académico de las escuelas, introduciendo currículums renovados, para fortalecer en los/las estudiantes de pedagogía, el sentido de la misión, desarrollar sólidos conocimientos y estimular el aprendizaje en sus alumnos/as, para fomentar en los futuros profesionales que aprender y educar, supone instruirse de forma continua durante toda la vida profesional.

La preparación de los profesionales de la educación requiere un cambio de la mirada, de la cultura y de las prácticas que actualmente se desarrollan en aula, sea presencial o virtual; se espera que quienes enseñan, sean personas expertas en sus respectivas áreas, comprometidas y competentes, para predicar con el ejemplo y motivar a los/las estudiantes, a fin de mantener la legitimidad del aprendizaje. Es necesario que docentes/profesores cultiven y gestionen la relación de confianza, desarrollen acciones y estrategias exitosas para el aprendizaje y motivación con sus estudiantes, a fin de evitar la deserción y repitencia, en la que ambas tienen estrecha conexión. Las estrategias de enseñanza aprendizaje, se definen como procedimientos o recursos, utilizados por los/las docentes, para lograr aprendizajes significativos en los/las estudiantes. Primordial para el éxito del desarrollo de las estrategias, es el trabajo colaborativo y en equipo. El/la profesor debe seleccionar las estrategias, de acuerdo con el tema y materia que imparte, considerando las competencias y propósitos del aprendizaje y contenidos a desarrollar. Entre

las estrategias más exitosas, hay que destacar el Aprendizaje colaborativo y cooperativo.

Dadas las circunstancias actuales, las metodologías y sistemas educativos de enseñanza aprendizaje, están pasando por variados procesos de reflexión, transición y renovación, que implican indiscutiblemente, un cambio en la gestión académica y rol del/a profesor. Hoy en día, las clases en aula remota y/o presenciales, deben tener como centro de atención los/las estudiantes, a fin de asegurar la participación activa, de los educandos. La mirada docente a las estrategias de aprendizaje a desarrollar en aula, deben pensarse según los requerimientos del alumno, cuando se planifica en la enseñanza de contenidos y en la instrucción de estrategias: *qué enseñar y cómo*; con la experiencia; Se sabe que con frecuencia, los/las profesores enseñan muchos contenidos y pocas técnicas instrumentales, sin embargo, existe el interés en los/las profesores y futuros docentes, de mejorar las competencias requeridas para el manejo de herramientas metodológicas y más.

Ya a mediados del siglo XX, W. A. Kelly (1964) recomienda consejos y principios para un aprendizaje eficaz "El estudio eficaz supone una evaluación de hechos, la elaboración de juicios, el razonamiento y la utilización del conocimiento adquirido, como: Planificar bien el tiempo, Distribuir el trabajo, Tener condiciones adecuadas, Sistematizar materiales, Aprender a usar libros de texto, Verificar la preparación y esforzarse por destacar, entre otros".

Estos consejos toman fuerza, en un contexto eminentemente acumulativo de conocimientos, lo que se aprecia en la siguiente afirmación de Kelly:

"La orientación, dirección e instrucción en el cómo estudiar, debe tender a la familiaridad con los mejores conocimientos, a un método eficiente de conseguirlos y al estímulo del progreso continuo, a lo largo de la vida. Sin embargo, estos argumentos se han olvidado y los estudiantes, prefieren estudiar de noche, no hacen resúmenes y su ritmo de trabajo/estudio, lo adecúan según su deseo de rendir. Claro que también hay estudiantes que siguen y practican estos consejos hoy en día".

Con relación a lo anterior, comentan Santos, Fernández, Sales y Nichols (2015), este involucramiento, ofrece un marco de aprendizaje centrado en el estudiante, emula las experiencias de un lugar de trabajo moderno. El aprendizaje basado en desafíos, parte desde el aprendizaje de experiencias que, se supone que los estudiantes aprenden mejor, cuando practican abiertamente las actividades requeridas. Las experiencias adquiridas, ofrecen oportunidades a los estudiantes, de aplicar lo que van aprendiendo en cada situación problemática a la que se enfrentan y, son capaces de descubrir en equipo, las correctas soluciones, dentro del contexto y/o argumento dado.

En específico, como lo indica la UNESCO (2002) el aprendizaje remoto tiene como potencial facilitar una educación más centrada en el estudiante, fortaleciendo el vínculo entre las instituciones educativas y las organizaciones, empresas e industrias de la comunidad local, donde el estudiante se forma de acuerdo con el contexto que requiere para el desarrollo de su comunidad.

II.7. Desafíos de la educación, para el 2021, según los expertos Claudia Alcaide y Cristian Celedón (mayo, junio 2021)

II.7.a. Rescatar los aprendizajes del 2020

Hacer un exhaustivo análisis del año pasado y rescatar las herramientas o acciones que funcionaron y dieron resultados positivos al proceso de continuidad educativa a distancia.

Cristián Celedón comenta que gracias a la suspensión presencial de clases, fue posible apreciar que, a través de la tecnología, la educación se puede desarrollar por medio de muchas plataformas y sistemas, teniendo múltiples oportunidades de progresión en los aprendizajes de los alumnos y alumnas que van más allá de la sala de clases.

“Los colegios y las autoridades educativas tienen que lograr que los aprendizajes del 2020 queden. Siempre la innovación se genera de la crisis, ya que, ahí es cuando las personas tienen que buscar soluciones a problemas. En este periodo de pandemia ha habido muchos procesos de innovaciones espectaculares por parte de co-

legios, comunidades y docentes, los que se deben mantener en el futuro”, agrega Celedón.

Fuente: Fundación Boston Educa, 03/05/2021.

II.7.b. Formación docente

A causa de la inesperada suspensión de clases presenciales, hizo que docentes y asistentes de la educación tuvieran que hacer un esfuerzo monumental por adaptarse a diferentes herramientas digitales a fin de realizar sus clases de manera remota. Sin embargo, fue fundamental la *formación docente y capacitaciones forzosas que se evidenciaron durante la pandemia*.

— Según un estudio publicado en octubre de 2020 por el Centro de Investigación Avanzada en Educación (CIAE) de la Universidad de Chile, entregó como resultado que un *73% de los profesores chilenos ha aprendido modernas metodologías tras la pandemia y el 90% ha aplicado herramientas nuevas durante la crisis*.

Para Cristián Celedón, gracias a las capacitaciones que se ha realizado hoy en día, gran parte de los docentes tiene las herramientas básicas para poder enfrentar un proceso virtual de mejor manera que en marzo de 2020. Sin embargo, recalca que es muy importante ahora mantener, dentro de lo posible, las formaciones de docentes y profundizarlo cada vez más.

II.7.c. Trabajo socioemocional

“El bienestar socioemocional es la base para un buen aprendizaje”

Es clave para este 2021 ponerle foco al trabajo socioemocional tanto de los estudiantes como también de la familias, docentes y equipos directivos de los colegios para apoyarlos y entregarles herramientas que los ayuden a enfrentar de la mejor manera posible este nuevo año escolar, ya sea de manera presencial, virtual o híbrida.

— Según la consulta ciudadana “Calidad de la educación en contexto de pandemia” realizada por la Agencia de Calidad de la Educación, la cual se aplicó a apoderados y apoderadas del país entre agosto y septiembre del 2020, revela que *el estado socioemocional de los estudiantes es su principal preocupación en el actual contexto, tiene un 38% de menciones*.

La psicóloga clínica con magíster en educación y Coordinadora del Equipo Multidisciplinario de la *Fundación Boston Educa*, Claudia Alcaide, realiza talleres y programas para el trabajo y apoyo emocional, tanto de los estudiantes como de los docentes de la Fundación y señala que los ámbitos más importantes que se deben trabajar en el área socioemocional son la *comunicación, empatía, el autoconocimiento, la autoestima y herramientas para la resolución de conflictos*.

— “El niño, niña o joven, tiene que estar bien emocionalmente, sentirse seguro y acogido en su entorno para poder avanzar en sus aprendizajes. El trabajo socioemocional debe ir de la mano con el proceso de enseñanza y, para ello, los docentes deben generar un vínculo con los estudiantes y permitirles que se expresen, que digan cómo se sienten y escucharlos, al escuchar al niño/a ya está bajando esa ansiedad o angustia”, añade Claudia.

Por su parte, Cristián Celedón recomienda hacer preguntas dentro de los espacios de formación, ya que esto, además de permitir saber cómo va el proceso de enseñanza indica cómo están emocionalmente los estudiantes:

— “Todo acto o respuesta que recibamos es información ya que, por ejemplo, quienes no contestan o tienen una participación muy baja nos indica que algo está pasando con ese niño o niña y debemos ponerle foco”, agrega.

Durante febrero de este año Claudia Alcaide realizó un taller de *“Retorno Emocional Seguro”* a todos los docentes y miembros del equipo directivo de la red de colegios de la Fundación Boston Educa, en donde capacitó a los profesores y profesoras sobre la *importancia de su propio autocuidado y bienestar para poder realizar instancias de aprendizajes enriquecedores*: “Los docentes deben saber que son referentes para los estudiantes y más allá de lo que enseñan con su discurso, deben educar mediante la acción”.

II.7.d. Transformación digital

La tecnología ha sido una herramienta fundamental para mantener los procesos educativos. Tras un año de pandemia es esencial consolidar y proyectar la transformación digital:

“Estamos en un punto de no retorno, donde los que entiendan que la tecnología en un mundo globalizado y de innovación llegó para quedarse, son los que van a sobrevivir. Sin embargo, la crisis nos enseñó que la tecnología y las innovaciones digitales aplicadas en la educación pueden ser protagonistas, y cuando lo son, entrega a los alumnos/as un proceso más lógico ya que, el estudiante está más sometido a interactuar con mecanismos tecnológicos, y así es como también, los docentes se fueron dando cuenta que esta herramienta puede ser protagonista del proceso ya que, motiva y engancha al estudiante” (Cristián Celedón).

Después de un año de la suspensión de clases presenciales y el uso de nuevas tecnologías para mantener los procesos de aprendizaje a distancia, dan cuenta del *alcance positivo que puede tener la tecnología cuando se involucra en el proceso formativo*.

Fuente: Fundación Boston Educa, mayo 2021.

III. Algunas reflexiones

El MINEDUC y Entidades vinculadas a la educación no tan solo de Chile, sino que del mundo entero, ante tal emergencia, han hecho un gran esfuerzo para cumplir a cabalidad sus funciones y dar continuidad al proceso enseñanza aprendizaje según esté estipulado, en los programas de estudio de cada uno de los países afectados por la pandemia.

La emergencia sanitaria, ha obligado a reflexionar, considerar y aceptar la vertiginosidad del cambio y apreciar en terreno, que la educación, cualquiera sea su nivel, debe estar en constante cambio y adaptarse a los reales requerimientos de la realidad. Si bien es cierto, en el país por años se ha estado implementando, actualizando y realizando una serie de reformas en educación acorde a los requerimientos del mundo actual, la situación pandémica aceleró los procesos y no hubo tiempo, para realizar los cambios educacionales-tecnológicos y sociales en estudio o planificados con anterioridad. La situación entonces vista de esa manera, logró que expertos y actores involucrados en la educación y en forma urgente, revisaran los aspectos curriculares, metodologías y evaluaciones de la enseñanza aprendizaje remota y presen-

cial, para lograr con ello, aunque parcialmente, dar satisfacción a los millones de estudiantes del país, en forma inmediata y teniendo presente, que en algún momento, se volverá a clases en forma paulatina, presencial e híbridamente.

Junto a lo anterior, también habrá que revisar y cambiar algunas estrategias obsoletas, que tengan una mirada cortoplacista, de mediano y largo plazo, a fin de tener respuestas flexibles, inclusivas, que se adapten a las necesidades del entorno y sean, estas nuevas variables estratégicas, capaces de evaluar el impacto, los resultados que se obtengan y complacer tanto al estudiantado, docentes y comunidad toda, con un nuevo compromiso, responsabilidad, conciencia y quehacer educacional del país.

Es de esperar que la emergencia aminore pronto, se estabilice y puedan los/las estudiantes regresar cuanto antes a clases presenciales. Les asegure el Estado de Chile, a niños/as y jóvenes que no estarán expuestos a ningún tipo de vulneración de derechos y que no correrán riesgos de salud. Que recibirán nuevas prácticas educativas, nuevos desafíos, formas de pensar, de actuar y los docentes serán capaces de desarrollarles mentalidad positiva y les entreguen una educación de calidad.

IV. Referencia bibliográfica

VIDAL, G. (2020), Seminario “Desde el aula presencial al aula remota”, Argentina-Chile.

— (julio 2020), Seminario “El desafío de enseñar remotamente y Teletrabajando”.

IV.1. Vía web

[https:// bostoneduca.cl](https://bostoneduca.cl) - Desafíos en la Educación 2021.

[https:// doi.org](https://doi.org) - El Impacto de la crisis en la educación (2018).

[https:// www.summaedu.org](https://www.summaedu.org) - Aprendizaje Colaborativo/Cooperativo.

[https:// www.mineduc.cl](https://www.mineduc.cl) - Impacto del COVID-19, en los resultados de aprendizaje en Chile.

<https://mexico.unir.net> - Innovación tecnológica en la educación - marzo 2021.

<https://repositorio.cepal.org> - La educación en tiempos de pandemia.

<https://www.bancomundial.org> - Banco Mundial: Educación y COVID-19.

<https://www.cepal.org> - La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19.

<https://www.ciae.uchile.cl> - Seminario, Innovando a través de la colaboración escuela - Universidad en pandemia.

Discriminación laboral trans en Jujuy

Saul Gustavo Maximiliano Soliz

Sumario: I. Introducción.— II. Instrumentos internacionales.— III. Argentina.— IV. Discriminación.— V. ¿Qué es la discriminación?— VI. INADI.— VII. La no discriminación como consecuencia del derecho a la igualdad.— VIII. La discriminación del trabajador en la etapa precontractual.— IX. Primer caso en Argentina: sobre discriminación laboral trans por tener VIH.— XII. Carga probatoria.— XIII. Jujuy.— XIV. En el Departamento San Pedro de Jujuy implementó el cupo laboral trans.— XV. Fallo de la provincia de Santa Fe.— XVI. Entrevista a Lourdes Ibarra.— XVII. Consejo Provincial de la Mujer e Igualdad de Género.— XVIII. Conclusión.

I. Introducción

El presente trabajo tiene a visualizar la estructuración de la realidad individual y colectiva de los/as trabajadores/as de la Comunidad LGBTQ+. Al comenzar a analizar este trabajo se ve prejuicios y actos discriminatorios contra lesbianas, gays y bisexuales, trans como resultado de una producción social de subjetividades que privilegia a la heterosexualidad por sobre otras elecciones afectivo-sexuales disidentes a dicho modelo.

Estas valoraciones desiguales respecto de las orientaciones sexuales de las personas pueden favorecer la aparición de situaciones de discriminación en los espacios laborales, con los efectos negativos concomitantes sobre la salud los/as trabajadores/as. Ello es así ya que, en el imaginario social de la comunidad LGBTQ+ no figura ocupando empleos estables o teniendo acceso a estudios universitarios, sino que al contrario se las piensa como destinadas al trabajo sexual, a ser bailarinas o dedicarse al estilismo, y si bien es verdad que gran parte de la comunidad se ganan la vida realizando estas actividades en gran medida se debe a la discriminación laboral.

Este trabajo tiene como objetivo analizar este grupo específico de trabajadoras del colectivo LGBTQ+ a efecto de poder visualizar su realidad en la provincia de Jujuy a partir de una investigación, un análisis de su normativa y un compa-

rendo con diversos casos que se presentaron en argentina. Se propone, desde una perspectiva crítica, visibilizar y promover la construcción de condiciones y medioambientes de trabajo saludables, atendiendo a las especificidades de las personas del colectivo.

II. Instrumentos internacionales

La República Argentina se comprometió a través de diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, de respetar y garantizar a todos los seres humanos en igualdad y en libertad de ejercer todos los derechos y libertades, sin distinción alguna de etnia, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. En igual sentido también lo hicieron el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al considerar que la identidad de género y su expresión, así como también la orientación sexual, constituyen categorías prohibidas de discriminación.

En noviembre de 2017 la Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo que “la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención” y que “en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los

derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

En 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recomendó a los Estados el desarrollo de “estrategias coordinadas de forma intersectorial, articulando temas con base en múltiples factores, tales como educación, trabajo y seguridad social, alimentación, vivienda y salud, orientadas a garantizar la participación democrática y el empoderamiento de las personas LGBTI”.

III. Argentina

En la Argentina, el Experto Independiente sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas, en el año 2017, recomendó: “... En el ámbito de los programas y prácticas, las autoridades, en colaboración con otros agentes, debería: (...) b) Adoptar una serie de medidas intersectoriales para aplicar la Ley de Identidad de Género y mejorar el acceso a la educación, la atención de la salud, el empleo, la vivienda, el crédito, las becas y otras oportunidades, incluidas modalidades alternativas de trabajo y empleo para las mujeres transgénero”.

Así también la Ley 26.743 y sus decs. regls. 1007/2012 y 903/2015 reconocieron el derecho de toda persona a su identidad de género y a desarrollarse libremente.

Si bien ya existe en la Argentina una Ley Marco 25.164 de Regulación de Empleo Público Nacional, esta no se aplica conforme a los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado, así como también, las observaciones y recomendaciones de los órganos de control del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, convirtiendo a la Ley Marco en un obstáculo más para las personas travestis, transexuales y transgénero para que ejerzan su derecho al trabajo en igualdad de condiciones ya que, no existe un control de constitucionalidad y de convencionalidad.

Por ello, es que a través del dec. 721/2020 se estableció el Cupo Laboral Travesti Trans en el sector público, que garantiza un mínimo del 1% de la totalidad de cargos y contratos para personas travestis, transexuales y transgénero. Por lo que el decreto para asegurar el cumplimiento del Cupo Laboral Travesti Trans, se hará una reserva de puestos de trabajo, en cualquiera de las modalidades de contratación, que podrán ser alcanzados por travestis y trans, sin ser requisito que hayan realizado o no la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen en su DNI.

Existe desde mucho tiempo una desigualdad sistemática que compromete a las personas trans llevándolas a la exclusión y a la discriminación. Esta es una realidad y que el estado debería comprometerse más y sancionar una ley para dar más fuerza y cumplir con los objetivos de dicho decreto.

El cupo laboral trans es un gran paso y muy importante ya que, históricamente la colectividad siempre ha tenido este tipo de exclusiones, en el ámbito educativo fue uno de ellos por lo que lo que su futuro ya prácticamente no existía, y por ende, no podían lograr un trabajo formal y estable. Garantizar este piso mínimo sería un logro importantísimo ya que, se estaría transformando un patrón que la misma sociedad ha construido y que ha llevado a la colectividad a la criminalización y a la estigmatización permanente.

El decreto también debe garantizar que las personas aspirantes a los puestos de trabajo puedan completar sus estudios, en los casos que los tengan incompletos, de modo de cumplir con la normativa vigente en el empleo público en materia de formación educativa obligatoria. Es importantísimo esto porque esto es igualdad de derechos y plasmado en la realidad sería de mucha importancia.

IV. Discriminación

En Argentina existe una institución denominada Oficina de Asesoramiento sobre Violencia laboral (OAVL) que tiene por fin brindar asesoramiento a empresas, cámaras empresarias, sin-

dicatos, y recibir denuncias de acoso laboral (1). El tratamiento que da a la cuestión es amplio, y por tanto, abarcativo de la violencia de género y violencia psicológica en general.

La OAVL ha publicado un Modelo de “Protocolo para la prevención de la violencia laboral en organizaciones internacionales” (2). La ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres contempla los diversos tipos de violencia contra la mujer, y uno de los casos es el de la “violencia laboral”, art. 6º, inc. c): “c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral”.

Rige también la Convención OIT 111 sobre Discriminación (empleo u ocupación) de 1958 [11] cuyo art. 1º define en qué consiste la discriminación (cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;... los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo), la cual es una importante herramienta a los fines de reclamar en casos de acoso u hostigamiento producido sobre el empleado o la empleada.

El art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo, con la obligación de seguridad y previsión en cabeza de la parte empleadora, la cual abarca también la salud física y psicológica del trabajador. Con base en esta norma, en numerosos fallos judi-

ciales, se ha declarado que las entidades patronales tienen la obligación de crear y mantener un clima empresarial que no sea nocivo a la salud psicológica del o la trabajadora. Para todo el país, constituye un importante precedente en materia procedimental y probatoria (aunque referido a un tema más amplio, el de la discriminación), el fallo “Pellicori c. CPACF” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. En este caso, la Corte Suprema afirmó que los derechos esenciales de la persona humana cuentan con las garantías indispensables para su existencia y plenitud, correspondiendo “a los jueces el deber de asegurarlas”. En el fallo, la CS refirió a la preocupación internacional por las garantías o recursos de protección de los derechos humanos, ya iniciada por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se vio acrecentada por la Declaración Universal de Derechos Humanos y, entre otros tratados con jerarquía constitucional, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todos ellos apuntando, expresa o implícitamente, a recursos dotados, entre otros recaudos, de “efectividad”. “En tales condiciones, a modo de conclusión, resulta suficiente para la parte que afirma ser víctima de un acto discriminatorio, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, se presenten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. 2.3.2. A nivel de las provincias, municipios y CABA: El problema que se plantea en Argentina es que todo lo referido al Acoso Laboral como regla general debería ser legislado por el Congreso Nacional, puesto que constituye norma sustantiva, accesoria de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello todavía es una “deuda” de nuestro sistema laboral nacional. En cambio, existen actualmente normas mucho más avanzadas en esta materia, en las Provincias, pero para el Derecho administrativo de cada Gobernación o Municipalidad, puesto que es el área en que

(1) <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/oavl> Creada por res. MTEySS 5/2007.

(2) <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/oavl> Creada por res. MTEySS 5/2007.

las legislaturas locales tienen competencia. Y no aplican a la relación laboral de derecho privado. Por ejemplo: La ley 1225 de 2004 de CABA que en su art. 1º bis establece que “se entiende por violencia laboral las acciones y omisiones de personas o grupo de personas que, en ocasión del ámbito o relación laboral, en forma sistemática y recurrente, atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social de un trabajador/a, mediante acoso sexual, abusos, abuso de poder, ataques, amenazas, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, trato discriminatorio, maltrato físico, psicológico y/o social. Se considerará que la violencia laboral reviste especial gravedad cuando la víctima se encuentre en una situación de particular vulnerabilidad, por razón de su edad, estado de salud, inferioridad jerárquica, u otra condición análoga”. Y en el art. 3º realiza una enumeración de posibles conductas propias del acoso: Art. 3º.- Maltrato Psíquico y Social: Se entiende por maltrato psíquico y social contra el trabajador/a, a la hostilidad continua y repetida en forma de insulto, hostigamiento psicológico, uso deliberado del poder, abuso verbal, intimidación desprecio y crítica. Se define con carácter enunciativo como maltrato psíquico y social a las siguientes acciones ejercidas contra el/la trabajador/a: Bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando aislamiento. Cambiar de oficina, lugar habitual de trabajo con ánimo de separarlo/a de sus compañeros/as o colaboradores/as más cercanos/as. Prohibir a los empleados/as que hablen con él/ella. Obligarlo/a a ejecutar tareas denigrantes para su dignidad personal. Juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización. Asignarle misiones sin sentido, innecesarias, con la intención de humillar. Encargarle trabajo imposible de realizar, o tareas que estén manifiestamente por encima o por debajo de su preparación y de las exigencias del cargo que ocupe, o no asignarle tarea alguna. Obstaculizar o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para concretar una tarea atinente a su puesto. Promover su hostigamiento psicológico. Amenazarlo/a repetidamente con despido infundado. Privarlo/a de información útil para desempeñar su tarea o ejercer sus derechos. Obstaculizar y/o imposibilitar el ascenso del empleado/a de manera infundada y/o arbitraria. Extender el horario laboral, inclusive

mediante habilitación de día y hora, por motivos infundados y/o arbitrarios. Gritar, insultar o tratar de manera ofensiva al personal de inferior jerarquía. Negar cursos de capacitación o actualización que son concedidos a otros empleados en situaciones similares. Negar en forma injustificada y repetida permisos a los que tiene derecho. Crear dificultades cotidianas que dificulten o imposibiliten el normal desempeño. Efectuar amenazas de acudir a la fuerza física. Así también, hay normas sobre el acoso laboral en las siguientes provincias, y siempre referido al acoso en entornos de relaciones laborales administrativas: Provincia de Buenos Aires: Ley 13.168/2004, Ley 14.040/2009, dec. 2032/2009. Provincia de Corrientes: Constitución de la provincia, Reforma 2007. Provincia de Entre Ríos: Ley 9671/2006. Provincia de San Juan: Ley 7939/2008; Ley 7961; dec. 408/2010. Provincia de San Luis: Ley I-0678. Dec. 3890/2009. Provincia de Santa Fe: ley 12.434. Dec. 1040/2007 (Reglamentación). Provincia de Tucumán: Ley 7232. Municipalidad de Morón - Ordenanza 8723/2006.

V. ¿Qué es la discriminación?

El art. 14 bis de nuestra CN establece la “protección contra el despido arbitrario”. Sobre este cimiento constitucional se basan las normas laborales que disponen el principio de Conservación del empleo, el carácter presunto de relación de trabajo permanente, y el concepto de que la parte empleadora no puede sin más desprenderse del trabajador, una vez transcurrido el período de prueba. Con estos principios, entonces, todo despido origina un movimiento legal en pos de la necesidad de indemnizar, compensar el daño causado con la terminación del contrato. La ley no ampara el despido sino todo lo contrario. Ahora bien: si al hecho mismo del despido le agregamos la circunstancia de que el empleador tome a un trabajador particularmente, seleccionándolo entre tantos otros, solo porque tiene determinadas características (origen étnico, religión, aspecto, cuestiones de salud, género) o porque ha actuado defendiendo derechos gremiales, a la ilegitimidad inicial se le agrega una segunda, consistente en la discriminación que ejerce sobre el trabajador en el acto del despido. Este despido no puede ser tratado de la misma manera que un despido común (que puede compensarse con la indemnización tasa-

da propia del art. 245, LCT) sino que recibe un reproche más profundo de la norma y por tanto, origina una obligación económica diferente y ampliada. Este sería el caso del despido discriminatorio. La OIT considera como “discriminación” “a cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad entre las personas” (Convenio 111 OIT rat. por ley 17.677). La Ley 25.392 expresa que “quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. ‘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 entrecomillado interno me pertenece) La primera “noción moderna” de discriminación fue expresada en el art. 2º de la Declaración Universal de los DD.HH. (1948) que dispuso: “1. Toda persona tiene 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”. III. Tratamiento normativo y convencional. La temática de la discriminación recibe regulación convencional, constitucional y legal: - Resolución de la Asamblea General de la OEA sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08) [4] Año 2008, 38avo período de la Asamblea Gral. de OEA. - Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de legislación internacional de DD.HH. en relación con orientación sexual e identidad de género [5]: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Todos los derechos humanos son universales, complementarios, indivisibles e interdependientes. La orientación sexual y la identidad de género son esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona y no deben ser motivo de discriminación o

abuso”. 29 principios presentados ante el Consejo de los Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, 2007 - Declaración sobre Eliminación de toda forma de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Naciones Unidas, 1981); - Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (Unesco, 1978); - Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (Naciones Unidas, 1971), - Convenio sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (OIT 1978), que protege especialmente contra la discriminación sindical; - Convenio de la OIT sobre el Trabajo de Mujeres (Convenio 100 ratificado por dec.-ley 11.595/1956) - Convenio OIT 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958. - La Declaración Sociolaboral del Mercosur, de 1998, Arts. 1º y 2º.- Constitución Nacional Art. 16 Principio de igualdad ante la Ley. - Constitución Nacional Art. 14 bis. Igual remuneración por igual tarea. - Constitución Nacional, art. 37: Igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios, garantizada por acciones positivas. - Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —ratificada por Argentina— ley 23.179. - Convención contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Art. 2º. - Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), art. 1º: “... sin discriminación alguna por raza, color, sexo, idioma, religión. etc. (igual a la Declaración Universal de 1948)”. - Declaración Sociolaboral del Mercosur, que establece el principio de no discriminación en su art. 1º - Ley 23.592 (1985) la cual persigue las prácticas discriminatorias. - Arts. 17 y 81, LCT. prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. - Art. 172, LCT. No se pueden consagrar en las convenciones colectivas de trabajo o en reglamentaciones autorizadas ninguna clase de discriminación en el empleo fundada en el sexo o estado civil de la mujer. - Art. 73, LCT, impide al empleador obligar al trabajador a manifestar sus opiniones políticas, religiosas y sindicales.

VI. INADI

Por medio de la ley 24.515 se creó el “INADI, Instituto Nacional contra la Discriminación, Xenofobia y Racismo” (julio de 1995), como un

Ente descentralizado del Poder Ejecutivo Nacional, y en la órbita del Ministerio de Derechos Humanos. Este instituto tiene por objeto elaborar políticas nacionales y medidas concretas para combatir la discriminación, la xenofobia y el racismo, impulsando y llevando a cabo acciones a tal fin. Entre sus funciones se encuentra la de actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de sus objetivos, a través del análisis de la realidad nacional en materia de discriminación, xenofobia y racismo y la elaboración de informes y propuestas con respecto a dichos temas; difundir los principios normados por la Ley 23.592; diseñar e impulsar campañas educativas; mantener actualizada la información sobre el Derecho Internacional y extranjero en materia de discriminación; recibir y centralizar denuncias sobre conductas discriminatorias, xenofóbicas o racistas y llevar un registro de ellas; brindar un servicio de asesoramiento integral y gratuito para personas o grupos discriminados; celebrar convenios con organismos y/o entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, a efectos de propender a dar cabal cumplimiento a los objetivos asignados a este Instituto. El INADI está dirigido por un Directorio y un Consejo Asesor consultivo, pero tiene su sede en Buenos Aires (con algunas delegaciones en el interior). “En otro orden: El convenio 158 OIT que aún no fue ratificado por Argentina”, sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1982). Establece que no se puede poner fin a una relación laboral (art. 5º) por la afiliación a un sindicato, por ser candidato, por presentar una queja o participar en un procedimiento, por raza, sexo, color, estado civil, ascendencia nacional o social; por la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

El INADI presentó en 2019 junto con la Universidad de Jujuy un Mapa de Discriminación (3):

La Provincia de Jujuy, según los datos censales disponibles en la Dirección Provincial de Planeamiento, Estadística y Censos de la Provincia de Jujuy, tiene una población de 673.307 habitantes, con una variación intercensal absoluta entre 2001-2010 de 61.419 habitantes. La po-

blación está distribuida en 329.990 varones y 343.317 mujeres.

Con relación a si los jujeños que vivieron hechos discriminantes, de cada diez jujeños cuatro señalaron que se han sentido discriminado en alguna oportunidad.

Los motivos de la discriminación de los jujeños que lo sufrieron alguna vez, se reconoce cada diez jujeños, casi dos fueron discriminados por su nivel socioeconómico, casi uno por su color de piel, uno por su aspecto físico, casi uno por nacionalidad, o por ser inmigrante, casi uno por su vestimenta, casi uno por otro, casi uno por obesidad, casi 1 por ser mujer y por otras cuestiones presentadas que fueron mencionadas por menos del 5% de las personas encuestadas.

En cuanto a minorías sexuales, cada diez jujeños casi siete de las personas opinaron que se las discrimina entre mucho y bastante en la Argentina y cinco que se las discrimina entre mucho y bastante en su localidad.

En cuanto a las personas con VIH-sida, que cada diez jujeños, siete opinaron que se discrimina entre mucho y bastante en la Argentina y cinco opinaron que se las discrimina entre mucho y bastante en su localidad.

VII. La no discriminación como consecuencia del derecho a la igualdad

La discriminación supone una negación de la aplicación del principio de igualdad en cualquiera de sus aspectos o manifestaciones: igualdad ante la ley, de trato o de oportunidades (4). El principio ínsito en la Ley de Contrato de Trabajo es que el factor humano merece tanto respeto, como el capital invertido. El trabajador tiene una dignidad que proviene del hecho de ser persona humana (5). Se trata de respeto y consideración que se le debe a todo habitante del

(4) Miguel Rodríguez Piñero en su análisis sobre la Igualdad de Trato manifiesta que “Discriminación significa así un trato diferenciado y perjudicial contra determinadas personas o grupos”.

(5) GRISOLIA, Julio A., “Tratado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 2ª ed., t. III, p. 2054.

(3) <http://www.inadi.gob.ar/mapa-discriminacion/documentos/mapa-jujuy.pdf>.

país, sin distinción Se trata de un deber/derecho que parte del principio de igualdad ante la ley, consagrado en el art. 16 de la Nacional. La CS ha señalado que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo cual no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que se consideren diferentes, en tanto las distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, o de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase o de ilegítima persecución (6). El principio en juego es que el ser humano debe ser tratado de acuerdo con los méritos personales y no según su pertenencia a un grupo objeto de prejuicio; el trabajador no debe ser víctima de discriminación en el trabajo por antipatías personales, aspectos externos, o motivos arbitrarios ajenos a la prestación de servicio. Se debe respetar su dignidad, consagrada en los arts. 17 y 81, LCT, como también arts. 70 a 73, LCT. En realidad el derecho a no ser discriminado es un derecho constitucional general, un derecho fundamental, atribuido a todos los habitantes; ejercitado en el seno de una relación laboral por personas que son trabajadores, se convierte en un derecho laboral fundamental por razón de los sujetos. La noción de igualdad (y por ende, el derecho a no ser discriminado) se desprende de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual sería incompatible toda situación que considere a un grupo inferior o superior.

VIII. La discriminación del trabajador en la etapa precontractual

El principio de no discriminación no solo rige durante la relación laboral o al momento de su terminación, sino también en la etapa previa a la contratación misma del trabajador.

1. Avisos de puestos de trabajo (7): A veces la discriminación parte desde el anuncio mismo del puesto de Trabajo. En este sentido, se puede citar el caso de Canadá, en que se ha dictado el *Human Rights Code* que dispone, para los anun-

cios de puestos de trabajo: - Publicación discriminatoria: Una persona no puede publicar o provocar que se publique, ninguna afirmación, noticia, signo, símbolo o emblema que represente una discriminación o intención de discriminar a una persona o grupo, o exponer a una persona, grupo o clase a odio o enojo. Las personas no deben publicar o causar que se publique, un aviso en relación con un trabajo o posible empleo, que exprese limitación, especificación o preferencia en cuanto a raza, color, ancestros, lugar de origen, creencia política, religión, estado civil o familiar, discapacidad física o mental, sexo, orientación sexual, identidad o expresión de género, o edad, a menos que la limitación, especificación o preferencia estén basados de buena fe en un requerimiento ocupacional verdadero.

En Argentina, mediante res. 270/2015 el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social dispuso, en su art. 1º, que el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social “promoverá que las Oficinas de la Red de Servicios de Empleo asuman el compromiso expreso de no suministrar datos que pudieran ser motivo de discriminación de los y las postulantes por parte de empleadores y empleadoras, aun cuando se contara con el consentimiento expreso del titular”. Y que los convenios que celebre dicho Ministerio con organismos provinciales o municipales, o con entidades sin fines de lucro incluirán el siguiente texto: “Ambas partes se comprometen a no requerir, ni suministrar datos personales que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas o sindicales, convicciones religiosas, filosóficas o morales, o información referente a la salud o a la vida sexual de los trabajadores y trabajadoras postulantes a un empleo o curso de capacitación”. Ya saliendo del ámbito mismo de la actuación del Ministerio, se dispone de manera genérica que las “ofertas de empleo no podrán contener restricciones por motivos tales como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica, condición social, caracteres físicos, discapacidad, residencia o responsabilidades familiares” (art. 3º).

Se establece que como *etapa precontractual*, en los estudios médicos, la parte patronal no puede exigir que el trabajador se realice los estudios de VIH/sida. No lo pueden exigir, y ello

(6) CS, fallo “Guida, Liliana c. PEN empleo público”, Fallos 313:1513, consid. 57 y sus citas, del 02/06/2000 cit. en GRISOLIA, Julio A., ob. cit., p. 2054.

(7) GRISOLIA, ob. cit., p. 2065.

podría originar conforme esta resolución, una denuncia por discriminación. Lamentablemente esta resolución es como una expresión de lo que es correcto, pero no contempla ninguna sanción para el caso de infracción a las normas mencionadas.

2. *Medidas de acción positiva al momento de contratar empleados:* “El concepto según el cual toda persona debe tener las mismas oportunidades para acceder al mercado de trabajo y no debe ser objeto de discriminación, se ha visto reflejado en la legislación de distintos países que promulgaron leyes que castigan al que niegue un puesto de trabajo a una persona por algún motivo (sexo raza, edad, religión) y algunas legislaciones han llegado más lejos, con políticas de discriminación positiva, por ejemplo, fomentando el empleo de una minoría.” Se debe seguir el ejemplo propuesto por el art. 1º, inc. 4º de la Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, que establece que es aconsejable realizar “medidas especiales adoptada con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieren la protección que puede ser necesaria, con objeto de garantizarles el disfrute o ejercicio de los derechos humanos”. Se trata de medidas de acción positiva, en este caso, para fomentar el empleo de minorías. Nos referiremos entonces, a estas últimas medidas, las cuales no abundan, y en su caso, en muchas oportunidades son declaradas legalmente pero no reciben aplicación efectiva.

3. *Medida de acción positiva para la contratación de personas con discapacidad:* Podemos ver un ejemplo en el caso de la ley 25.689 que dispone que el Estado nacional —comprendido por los tres poderes que lo constituyen, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos— están obligados a ocupar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no inferior al cuatro por ciento (4%) de la totalidad de su personal. En realidad, diversas entidades defensoras de derechos de las personas con discapacidad denuncian que pocas veces se cumple esta norma.

4. *Medidas de acción positiva para la contratación de personas de género femenino (8).* Jurisprudencialmente se han decidido este tipo de medidas de acción positiva, que, recordemos, están particularmente recomendadas en *Convenciones Internacionales*: - En 2002, en el caso “Fundación de Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo SA” una Cámara Civil (no laboral) ordenó a la empresa demandada contratar a futuro solo personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida por el hecho de no contratar mujeres. - En 2014, en el caso “Sisnero, Mirtha G. y Fundación Entre Mujeres c. SA del Estado de Transporte Automotor (SAETA) de ciudad de Salta”, la CS retomó esta cuestión en el caso de la Sra. Sisnero que requería acceder a un puesto de trabajo como chofer en las empresas demandadas pese a haber cumplido con todos los requisitos de idoneidad requeridos para dicho puesto. En el Dictamen de la procuradora general Gils Carbó se mencionó que la accionada pretendía que había “falta de experiencia”, pero que “la supuesta falta de experiencia se produce a raíz del estereotipo de género que ha excluido históricamente del oficio de chofer de colectivos a las mujeres”. (Citando el fallo CS de E. Mississippi “University for Women vs. Hogan”, 458 US 718). Se dijo también en dicho dictamen que “Esta situación reclama la adopción de medidas de acción positiva para contrarrestar la segregación por género y revertir los patrones socioculturales que la explican”. Por lo que la CS: declaró que había existido discriminación en el caso, y que toda mujer que deseara ser contratada como conductora de colectivo en ese sistema de transporte público podía inscribirse en un registro especial de la Autoridad metropolitana de transporte, y que las empresas debían incorporar dos mujeres por cada hombre, empezando por mujeres, hasta alcanzar cada una de las empresas, como mínimo, un 30% de mujeres en la composición de la planta de conductores. Autos “Borda, Érica c. Estado Nacional (MdeTySS) acción de amparo”. [13] La actora interpuso una acción de amparo por discriminación fundada en los arts. 43 de la CN y 25 de la CADH, contra el Estado Nacional y varias empresas de transporte, donde dedujo una “pretensión de naturaleza individual”, reclamando la protección de un derecho subjetivo.

(8) CNCiv., sala H, 16/12/2002, voto Dr. Claudio Kiper.

vo a obtener trabajo como chofer de las líneas de colectivo del área metropolitana, de “dimensión colectiva”, a fin de que, entre otros aspectos, las empresas readecuaran sus políticas de selección y contratación de personal de forma tal que cesaran con las prácticas discriminatorias hacia las mujeres y establecieran un sistema de “cupos” que permita equiparar la situación de las mujeres, históricamente relegadas de los puestos laborales de choferes de transportes de pasajeros. La CNTrab. ordenó a varias empresas de transporte que no contaban con personal femenino en su planta de choferes a cesar de inmediato con la discriminación por razón de género, lo cual deberá efectivizarse a través de medidas de acción positiva que impliquen garantizar un cupo mínimo de participación de mujeres -30%.

5. *Medidas de acción positiva para la contratación de las personas Trans y Travesti*: Existen proyectos de ley que proponen la sanción de medidas de acción positiva para la contratación de las personas Trans y Travesti. Un ejemplo de ello es el proyecto Expediente 5166-D-2018 “Promoción del empleo formal para personas trans y travestis”⁽⁹⁾ “Las personas trans —travesti, transexual o transgénero— constituyen uno de los sectores de la población que más sufre la discriminación y la estigmatización. Uno de los ámbitos en los que se expresa la vulneración de sus derechos es el laboral. Es frecuente que las personas trans sufran grandes dificultades para conseguir un trabajo digno y formal”⁽¹⁰⁾. “El 98% de las personas trans no tiene un trabajo formal. Esta comunidad se encuentra entre una de las poblaciones más vulneradas del país. La realidad de este colectivo está atravesada por un contexto de persecución, exclusión y marginación, teniendo grandes dificultades para el acceso a la igualdad real de oportunidades y de trato. La mayoría vive en extrema pobreza, privados de los derechos económicos, políticos, sociales y culturales, habiendo sido expulsados desde niños de sus hogares y del ámbito escolar, quedando como úni-

ca alternativa de subsistencia el ejercicio de la prostitución”⁽¹¹⁾. Entre los propósitos de este proyecto de ley están los siguientes, conf. art. 3º: a) Contribuir al pleno goce de los Derechos Humanos de las personas trans y travestis b) Facilitar a las personas trans y travestis el desarrollo del propio proyecto de vida c) Garantizar a las personas trans y travestis el acceso a un trabajo registrado y a un nivel de vida adecuado d) Aportar a la erradicación de la discriminación laboral por razón de identidad y/o expresión de género e) Favorecer el acceso y permanencia de las personas trans y travestis al mercado laboral formal. h) Impulsar la capacitación laboral, técnica y/o profesional permanente de las personas trans y travestis. Son destinatarios de este proyecto de ley, todas las personas trans y travestis mayores de 16 años de edad en los términos que establece la legislación vigente, hayan o no accedido a los beneficios de la Ley Nacional 26.743 de Derecho a la Identidad de Género, con residencia permanente en la República Argentina, sin que se exija la rectificación registral de sexo y nombre, ni el sometimiento a ninguna clase de tratamiento y/o cirugía. Es más, se los declara en “emergencia laboral” (en el proyecto de ley). En el empleo privado, se instituye un sistema de incentivos impositivos para las personas que ocupen a las personas trans o travesti en puestos de trabajo. En cuanto al empleo público, en el proyecto de ley se propone el siguiente artículo: “Art. 10: Empleo público. Establézcase en el ámbito público de la República Argentina la ocupación de personas trans y travestis que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo en una proporción no menor al 1,5%, para lo cual se reservan puestos de trabajo a ser exclusivamente ocupados por ellas; sobre el total del personal de planta permanente y transitoria y personal contratado, cualquiera sea la modalidad de contratación. El ámbito público de la República Argentina comprende al Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal, los organismos descentralizados, las entidades autárquicas, los organismos de seguridad social, las empresas y sociedades del Estado y las empresas y sociedades mixtas y privadas con participación estatal

(9) Disp. en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5166-D-2018>.

(10) BINSTEIN, Gabriel — ALTIERI, Nahuel, “La discriminación por elección de género. Primera sentencia de la Justicia Nacional de Apelaciones del Trabajo sobre la mujer trans. Comentario a fallo. Al Día Argentina”, *Microjuris*, 24/09/2019. MJ-DOC-15019-AR.

(11) Ambito.com: “Cupo laboral para travestis y Trans”, 18/08/2018. Disp. en <https://www.ambito.com/cupo-laboral-travestis-y-trans-el-98-no-tiene-trabajo-formal-n4031054>.

mayoritaria en el capital o la formación de las decisiones y las entidades. La aplicación de este artículo es progresiva e irreversible, debiéndose ocupar cada año calendario como mínimo el equivalente al 0,15% del total del personal del ámbito público de la República Argentina hasta cubrir los puestos reservados de acuerdo con el cálculo inicial, sin perjuicio de las incorporaciones que se realicen posteriormente en un función del aumento del personal en el ámbito público”.

Cabe destacar que en 2018 también se presentó un proyecto de Ley de Promoción del Empleo para las Personas Trans y Travesti en la Provincia de Córdoba, pero, al igual que el proyecto nacional, aún no ha recibido sanción legislativa. V.3. La discriminación precontractual de la persona por razones de salud: Como sabemos, existe un período de tiempo que transcurre desde que inicia una entrevista de trabajo hasta el momento en que efectivamente el empleado es incorporado como tal, o lamentablemente no es aceptado. En este tiempo, el empleador puede elegir a su plantel de empleados, la cual es una conducta razonable. Lo que no podría hacer es discriminar a las personas por razón de género, origen, religión, orientación sexual, o inclusive un estado de salud determinado que no afecte en absoluto el desenvolvimiento del trabajo ofrecido. En este período de tiempo, también, la parte patronal requiere al futuro (o recientemente empleado) trabajador que se someta a los estudios pre ocupacional. Aquí es necesario advertir lo siguiente: - La res. SRT 37/2010 otorga al trabajador el “derecho a pedir el resultado del examen pre ocupacional, y una copia del mismo”. Esto es totalmente lógico dado que el cuerpo del trabajador, sobre el cual se han ejercido los exámenes, le pertenece, y por tanto la información de este, también. Además de ello, la dignidad del trabajador conlleva que conozca qué es lo que se afirma médicamente de él (norma de sentido común y de derechos humanos que debe aplicarse también a todos los estudios médicos que se lleven a cabo durante la relación laboral o por parte de una ART en su caso). “Una de las formas en que la legislación ha procurado proteger a esa persona que se ha sometido y se ha colocado en hiposuficiencia frente a los profesionales de la salud, buscando compensar ese desequilibrio temporario de fuerzas, y visibilizar los procesos que le hacen a una persona

médicamente, ha consistido en disponer el uso obligatorio de la historia clínica y que la misma sea de titularidad del ser humano-paciente. Así, en un tiempo posterior, a través de los reportes sobre la salud de la persona, un tercero (un juez, su abogado, o bien el mismo paciente cuando ya dejó de serlo y no está más sometido a estudio como paciente) analizará qué se hizo con el cuerpo de esta persona y de qué manera se llevaron a cabo los procedimientos. La redacción adecuada, completa, veraz y accesible de la historia clínica contribuye por tanto al derecho de ‘autonomía’ del paciente. Para el doctor Jorge Mosset Iturraspe, ‘uno de los temas centrales de los derechos de los pacientes es la autonomía del enfermo, y el reconocimiento de su dignidad’ [17]. La ‘autonomía’ del enfermo consistirá entonces, en el derecho del paciente de ser tratado no como un ser inferior (como si siempre tuviera que mirar a la autoridad médica desde un pedestal) sino como una persona que tiene el derecho a acceder a todos los elementos que podrían llevarlo a procurarse la mejor solución científica posible y a la totalidad de la información disponible sobre su caso. Asimismo, como parte de este principio ético, el paciente tiene derecho a que se respete su voluntad en un asunto tan importante como la vida y la salud, y que se respeten sus sentimientos y sus pautas culturales y modo de vida”. En este punto prehistórico a la relación laboral, podría ocurrir que la parte empleadora finalmente decida no contratar al trabajador, por alguna enfermedad que no influye en el trabajo a desempeñar, la conducta “sería arbitraria y discriminatoria”. La res. 270/2015 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social [18] prohíbe la exigencia de realización de estudios de laboratorio con el objeto de detectar el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida o VIH en los postulantes a trabajador o trabajadora dentro de los exámenes pre ocupacionales. Previo a esta resolución en un fallo se dijo: “Corresponde concluir que el actor fue objeto de arbitraria discriminación ya que, transitó por un proceso de selección de personal que culminó en la realización de un análisis pre ocupacional a través del cual la demandada tomó conocimiento de su estado de salud —portador del virus de VIH—, y luego del cual no fue contratado, sin que se hayan acercado a la causa elementos que ilustren sobre la deficiencia técnica que se alega, ni sobre el motivo

por el cual sin haber supuestamente sorteado un examen técnico, se le requirió el pre ocupacional”. (Partes: “D. C. A. c. Sowanne Fitness Wear SRL s/ daños y perjuicio”. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala/Juzgado: I. Fecha: 30/10/2012. Publ. 06/12/2012. Cita: MJ-JU-M-75857-AR | MJJ75857 | MJJ75857) Nuevamente hay que recalcar que la parte empleadora debe entregar copia del informe pre ocupacional o cualquier otro informe médico al trabajador. Esto también ocurre por razón de su salud, dado que conocer a tiempo la existencia de una enfermedad podría auxiliar al futuro trabajador y permitirle encontrar tratamiento y cura a tiempo. Por ello, se ha dicho que “Si por no dar a conocer el resultado del examen preocupacional, el empleador no le permitió al trabajador tomar las medidas necesarias para evitar un daño en su salud, aquel es pasible de ser condenado a indemnizarlo por el daño que efectivamente haya sufrido. La falta de entrega de los resultados del examen preocupacional a un postulante que, a la postre, no se lo empleó, puede dar lugar a un reclamo por discriminación, si se acredita que padecía alguna dolencia. En tal caso, será responsabilidad del empleador acreditar que la no contratación del postulante se debió a otros motivos, ajenos a esa anomalía” (L. 288372 — “S. J. O. c. Travel Club SA s/ daños y perjuicios”, CNCiv., sala H, 04/09/2000). En este caso, se había despedido a una persona respecto de la cual, “durante el período de prueba”, se conoció el resultado del examen pre ocupacional y que el mismo informaba que el actor tenía diabetes. Párrafo aparte merece el caso en que los centros de salud equivoquen el diagnóstico, informen de manera errónea el estado de salud del o la trabajadora, los cuales pierden la posibilidad de acceder al trabajo por tal causa. Ese fue el caso que se discutió en los autos “C. C. R. c. Policlínica Martínez SRL s/ daños y perjuicios sumario”, de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro (fecha 18/08/2012), caso en que se ordenó el pago de una importante compensación económica en favor de la parte actora, por haber afectado su vida normal y sus posibilidades de acceder a un empleo rentado. La clínica había informado que la actora tenía Chagas, provocándole la pérdida de la chance de ser empleada y una gran angustia personal, cuando en verdad la señora no padecía de tal enfermedad.

IX. Primer caso en Argentina: sobre discriminación laboral trans por tener VIH

En los años 90 recibimos había una persona homosexual que trabajaba en una empresa de vigilancia, la cual recibía discriminación tanto por sus compañeros como por sus superiores. Ya que, lo aislaban, al punto de no querer sentarse a su lado en el transporte. A este señor también le hacían burlas sus compañeros, con el consentimiento de sus superiores. En determinado momento fue diagnosticado con VIH y comenzó a recibir tratamiento por parte de su obra social. Desde la obra social, verbalmente, dieron a conocer a la empresa “que ya estaba el medicamento para retirar” (mencionando el medicamento). De esta manera, en la empresa tomaron conocimiento del medicamento, y por tanto, del posible diagnóstico. Inmediatamente después, lo despidieron sin causa y lo “compensaron” con todo lo que correspondía por indemnización tarifada, un monto que resultó bastante reducido porque esta persona no tenía mucha antigüedad en el trabajo (12).

Al ser el primer caso se interrogaron de cómo se lo iba a abordar ya que, si bien ya se lo indemnizó al actor como correspondía por la ley 20.744, pero no se lo había indemnizado por el hecho de la discriminación, por lo que se basaron en la ley 23.592, pero resultaba difícil probar el hecho en sí de la discriminación por el principio que consagraba que era el “quien invoca un hecho constitutivo de un derecho debe probarlo”, por lo que el caso demoró 10 años y con prueba testimonial se llegó a una sentencia apelando al Superior Tribunal de Justicia por falta de prueba y la sentencia finalmente hizo lugar a la obligación de indemnizar el daño extramrimonial causado por la discriminación laboral a la persona por padecer VIH.

XII. Carga probatoria

La jurisprudencia actualmente está exigiendo que corresponde al demandado demostrar que el acto u omisión obedecen a causas ajenas a la discriminación en razón de la enfermedad.

(12) Partes: “B. V. A. y otros c. Municipalidad de Paraná | acción de amparo”. Tribunal: Juzgado Penal de Niños y Adolescentes de Paraná Fecha: 06/12/2019. Cita: MJ-JU-M-122548-AR | MJJ122548.

Así lo hizo en el fallo de “R. V. c. Caminos SA y Demisa Construcciones SA”, TS Jujuy, 12/11/2015 se dijo que correspondía al demandado demostrar que el fin de la relación laboral, que dispuso unilateralmente, respondía a causas ajenas a la discriminación del trabajador en razón de su enfermedad, y en este caso, al no hacerlo, se tuvo por acreditado el despido discriminatorio. Esto así, dado que no corresponde requerir a la parte actora “plena prueba del motivo discriminatorio”, sino que basta con indicios suficientes en tal sentido y la alegación del acto discriminatorio, mediando indicios serios de que el mismo se produjo. Así, se ha dicho en el expte. 4.235/2013/CA1 (33.449), “B., F. c. Escancias Lauquen de Inchauspe SA s/ despido”, CNTrab., sala X, 14/10/2014.

XIII. Jujuy

La Legislatura de Jujuy, durante la 4º Sesión Ordinaria, sancionó la Ley 6178 de adhesión a la Ley Nacional 26.743 de Identidad de Género. La iniciativa, remitida por el Poder Ejecutivo provincial, consagra el derecho humano fundamental de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, a ser tratada de acuerdo con su autopercepción y libre desarrollo y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acrediten su identidad y en cualquier otro documento de ámbitos públicos o privados.

A partir de esta Ley, en la provincia se garantizará el derecho de toda persona a solicitar la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre de pila e imagen cuando no coincidan con su identidad de género autopercebida. Además, se darán las garantías necesarias para el libre desarrollo personal, salvaguardando el goce de la salud integral, el acceso a intervenciones quirúrgicas totales o parciales y los tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo a la identidad de género sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa.

Es importante que el gobierno provincial pueda garantizar los derechos de todos los individuos a través de políticas públicas concretas. “Este es un paso más como gobierno en una lucha contra todo tipo de discriminación y, sobre todo, para poder darles a los jujeños una integración real”.

Con la sanción de esta Ley, la provincia avanza hacia la no patologización de las identidades trans, garantizando y amparando derechos colectivos, evitando todo tipo de vulneración de derechos y, en especial, la discriminación. Por lo que a debemos decir, que lograr mayores condiciones institucionales para que una persona pueda afirmar su género dentro de su vida cotidiana, mayores oportunidades habrá para esa persona.

Es que pasaron ocho años para que la Legislatura de Jujuy apruebe la Adhesión a la Ley Nacional 26.743. La misma es una demanda de las personas LGBTIQ y sus organizaciones que se hicieron presentes, y que denunciaron el recrudecimiento de la violencia institucional en la provincia.

Durante la tarde del jueves, la legislatura aprobó una demanda que lleva años de lucha de las personas LGTTBI. Algunas de ellas, estuvieron presentes durante el día en la puerta de la Casa de Piedra, con carteles para visibilizar la grave situación que viven, profundizada por la crisis sanitaria, social y económica.

Días atrás distintas organizaciones de la diversidad, entre ellas la Fundación Damas de Hierro, con el apoyo de organizaciones feministas y de derechos humanos denunciaron el recrudecimiento de la violencia institucional hacia personas trans y disidencias, producto del aparato represivo del Estado.

La adhesión aprobada permite a las personas contar con el derecho a reconocer su identidad de acuerdo con su autopercepción y libre desarrollo, como también que se garantice mecanismos necesarios para garantizar el derecho a la educación, trabajo y salud. Integrantes de las organizaciones presentes manifestaron que “es fundamental que la Ley se reglamente para que no sea letra vacía”.

XIV. En el Departamento San Pedro de Jujuy implementó el cupo laboral trans

La Municipalidad de San Pedro aplicó el cupo laboral trans en la administración pública. Esto se hizo realidad con el ingreso de Verónica Gutiérrez.

El Concejo Deliberante de San Pedro de Jujuy aprobó la ordenanza de cupo laboral trans para el ingreso a la administración pública, una iniciativa apoyada por el Municipio que se implementó rápidamente en la “Perla del ramal”.

La Ley de Cupo Laboral Trans es uno de los pedidos más recurrentes del colectivo LGBTQ+ desde hace varios años para mejorar las condiciones de vida y garantizar el acceso al trabajo formal.

Cabe destacar que existe una desigualdad histórica de las personas trans con respecto al ingreso al trabajo formal. La tasa de desempleo es altísima (superior al 80%) y muchas terminan ejerciendo la prostitución para sobrevivir, sin ser esta una elección.

El Ministerio de las Mujeres y Géneros de la Nación elaboró un documento en el que explica por qué es necesario el cupo laboral trans. Los puntos más destacados son:

- Porque toda persona travesti, transexual o transgénero tiene derecho al trabajo formal digno y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo.

- Porque es necesario promover una medida que garantice la inclusión laboral que presenta obstáculos mayores debido a las desigualdades que afecta particularmente a esta población.

- Porque las personas travestis y trans han sido históricamente marginadas de los ámbitos educativos y eso dificulta la obtención de trabajos formales y estables.

- Porque el Estado Nacional debe resguardar los derechos de toda la población, especialmente aquella atravesada por una vulnerabilidad estructural.

XV. Fallo de la provincia de Santa Fe

En la ciudad de Paraná la municipalidad de dicha ciudad no renovó los contratos de Locación de Servicios de 6 chicas trans por lo que ellas acudieron ante el INADI por lo que se fijó fecha de audiencia, pero como la Municipalidad no se hizo presente es que se interpuso una acción de amparo en contra de la Municipalidad de Paraná fundando su reclamo en que existe en

dicha ciudad un dec. 217 de fecha 25/02/2019 y que dicho decreto fue sancionado por la conformidad en que en Paraná existen leyes que reconocen la perspectiva de género y además, que las personas trans tienen dificultades para acceder al trabajo, puesto que la exclusión del mercado laboral es consecuencia de la actuación de múltiples factores, expulsión del hogar a temprana edad, la falta de acceso a la educación, a la salud, la persistencia de una cultura discriminatoria, tanto en los/as empleadores/as como en la sociedad en general y en el Estado (13).

Por lo que la justicia hizo lugar a las accionistas ya que, el decreto expresamente tiene un Cupo Laboral Travesti-Trans incorporar anualmente a su planta de trabajadores/as a no menos de seis [6] personas travestis y trans, hasta alcanzar un porcentaje sobre la totalidad del personal municipal del dos [2] por ciento y que la municipalidad no puede por pura discrecionalidad y arbitrariedad no renovar los contratos que son derechos de las personas trans derechos constitucionales establecidos en la Constitución de la Provincia de Entre Ríos a través del art. 15 de la Constitución de la Provincia de Entre Ríos expresamente reconoce y garantiza “... el derecho a la diversidad, al pluralismo y la igualdad de oportunidades y establece que no podrán ser fundamento de privilegio: la naturaleza, la filiación, el sexo, la riqueza, las ideas políticas, la condición cultural, ni las creencias religiosas o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La dignidad de la persona, los derechos inalienables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social. Los derechos humanos y las garantías además, de la Ley de Identidad de Género (ley 26.743, 23/12/2012) que se reconoció el derecho a la identidad de género (art. 1º)”.

Atendiendo dicho caso y haciendo un comparando es que en la Provincia de Jujuy no reconoce expresamente el Derecho a la Diversidad y la derecho a la Pluralidad en su art. 25 de Igualdad Ante la Ley que si bien puede inferirse dichos derechos, cosa que si lo hace la Constitución de Entre Ríos que desde el 1º de noviembre de 2008, y al cabo de un proceso de reforma que

(13) Ídem nota anterior.

ha durado, más de un año, que ha dejado de ser la más vieja de las constituciones provinciales disponiendo en su art. 25 - Igualdad ante la ley. Tampoco en la Provincia de Jujuy tiene actualmente un decreto garantizando expresamente un cupo laboral trans. Solo existe un proyecto de ley para ser atendido en las sesiones extraordinarias.

Tener una Ley Provincial en Jujuy es de suma importancia ya que, en Jujuy no se cumple con la Ley Nacional.

XVI. Entrevista a Lourdes Ibarra

Para ahondar un poco más sobre el tema es que recurrí a realizar una entrevista con Ibarra Lourdes que tiene 35 años y es la coordinadora institucional de la Fundación Damas de Hierro:

¿Por qué se llama la Fundación Damas de Hierro?

“Se llama así porque la mayoría de las que participan trabajan en la prostitución y la ciudad donde está la casa y donde nació la fundación, es el primer centro siderúrgico del país (Palpala - Jujuy), por eso el hierro”.

¿A qué se dedica la Fundación de Hierro?

“La misma tiene una casa que alberga alojamiento pensado para que las chicas del interior se puedan quedar en la misma son varios cuartos que estas arreglado precariamente, también en la misma realizan talleres de diverso tipo con salida laboral inmediata como por ejemplo, hacemos también charlas informativas de prevención y como tratarlas de enfermedades del VIH y todas relativa a enfermedades e infecciones relacionadas con la transmisión sexual. También participamos de las actividades del Centro Vecinal y ofrecemos una copa de leche para lxs niñxs del barrio los martes y jueves. Además, con el programa Hacemos Futuro que funciona a nivel nacional, las que están anotadas tienen la obligación de estudiar.

“Damas de hierro tiene de lema “Arte diversidad y militancia” lo que hace que nuestras actividades tengan que ver con eso. Te voy detallando por área que es lo que hacemos.

“Arte. Tenemos un grupo de teatro que se llama damas de hierro. Generamos espacios culturales como festivales donde se visibiliza el arte LGTBIQ. Generamos un festival “Damas en coche” primer festival competitivo con temática trans. Intervenciones urbanas. Proyectos culturales con otras organizaciones.

“En salud trabajamos con los equipos de salud mental en reducción de daño y en acceso a salud mental. Con los centros de hormonización. Y tenemos un CEPAT N° 9 centro de testeo de VIH y se entrega profilácticos. Talleres de capacitación para personal de salud y administrativos.

“En seguridad. Protocolos para la atención correcta de personas trans en contacto con las fuerzas públicas. Sobre todo, en contexto de trabajo sexual. Acompañamiento en denuncias por violencia institucional.

“En trabajo. Tenemos 130 compañeras inscriptas al programa potenciar trabajo. Un microemprendimiento de sublimación. Canalizamos 4 proyectos productivos de compañeras trans. Jornadas y actividades para la aprobación del cupo laboral trans en provincia y las localidades. Coordinación con los municipios para la generación de empleo en personas trans.

“En seguridad social. Gestión de *plansonup* y ayuda urgente. Asesoramiento para rectificación de DNI o documentación personal. Vinculación de las compañeras con organismos del estado.

“En deporte. Emprendimos varios campeonatos de vóley u fútbol femenino. Tenemos 2 compañeras que están fichada en la liga jujeña de fútbol.

“Después todo lo que tiene que ver con pelear por legislación y políticas públicas. Marchas reclamos y cosas así.

“Eso es básicamente lo que hacemos y varía de acuerdo con la localidad.

¿Funciona solo en Pálpala?

“No, debido a la gran cantidad de demanda en el interior, en San Pedro, Tilcara y San Salvador de Jujuy y ahora, en la Quiaca.

¿Hay mucha desocupación?

“Si las chicas necesitan trabajar hay varias que tienen títulos y profesiones, pero por la discriminación que sigue existiendo es que no consiguen trabajo es por ello, que esperamos que se sancione una ley provincial obligando el Cupo Laboral Trans.

“Es lo que más luchamos y anhelamos para todo el colectivo ya que, con ello para muchas de nosotras significaría poder acceder a un trabajo formal que las saque de la prostitución y que las libere de muchas situaciones de vulnerabilidad en las que viven a partir de no tener la posibilidad de acceder a algún trabajo o a algún beneficio permitiría dejar vulnerables a gran parte del colectivo ya que, además, con la pandemia están muy vulnerables.

“El proyecto de ley lleva el nombre de Diana Sacayán, ya que, fue una de las principales activistas del movimiento de derechos humanos y de la lucha por el reconocimiento del colectivo trans en el país. La mataron el 11 de octubre de 2015 y en 2018 el Tribunal Oral Criminal N° 4 de la Ciudad de Buenos Aires condenó a su homicidio en una sentencia donde, por primera vez, la Justicia argentina reconoció la muerte violenta de una travesti como un crimen de odio hacia la identidad de género”.

XVII. Consejo Provincial de la Mujer e Igualdad de Género

El Consejo Provincial de la Mujer e Identidad de Género se constituye a partir del dec. prov. 15/2019, como organismo público, en el marco de la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el día 17 de Julio de 1980. Que, el Estado Provincial reafirma invariablemente los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y valor de la persona humana, y en la igualdad de derechos del hombre y la mujer, resultando esencial garantizar la vigencia irrestricta de los principios citados en la Convención, impulsando la igualdad de trato y de derechos, sin discriminación, ni distinción de sexo, asumiendo políticas públicas de asistencias; protección y planificación,

ejecutadas a través de instituciones y organismos específicos.

Según el art. 2° del dec. 15/2019 nombra lo siguiente “es competencia del ‘Consejo Provincial de la Mujer e Igualdad de Género’, el diseño, implementación, articulación y ejecución de políticas destinadas a la mujer y respeto a la identidad; garantizando derechos humanos a través de la ejecución de los Planes de ‘Igualdad de Oportunidades’ y estratégico para la prevención y erradicación de la violencia de género”, enmarcados en las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Teniendo en cuenta el marco en el cual fue creado el Consejo Provincial de la Mujer e Igualdad de Género, destacar que tiene diferentes líneas de atención para la intervención de la problemática y dar respuesta a las mujeres y personas del colectivo LGTBIQ+. Y una de ellas es el Centro de Atención Integral a la Diversidad Sexual, es el primer y único centro de la provincia de Jujuy que brinda atención gratuita a la diversidad. Está compuesto por un equipo interdisciplinario compuesto por un abogado, psicólogo y trabajador social, evaluando la demanda de cada persona, con compromiso profesional para dar respuesta a cada caso y al mismo tiempo, interés en la temática en la cual está trabajando, como así también la petición y la disposición para seguir capacitándose en la temática.

Además de la atención brindada, la profesional tiene las funciones que se citan en el art. 4° del dec. 15/2019:

- a) Garantizar la transversalidad de las políticas públicas destinadas al género en todos los ámbitos de la Administración Pública Provincial.
- b) Asegurar el abordaje integral de la violencia de género, con intervención de sectores involucrados y órganos especializados para atención integral, protección, sanción y erradicación.
- c) Promover la autonomía en la toma de decisiones de la mujer, en todo su ciclo de vida, respetando la diversidad.

d) Propender la remoción de patrones cultural es que naturalizan la desigualdad entre géneros.

e) Promover políticas públicas con perspectiva de género, para reducción de la desigualdad.

f) Garantizar acceso y permanencia en el mercado de trabajo en condiciones igualitarias, sin distinciones de género.

Como así también el art. 5°. En los siguientes incisos:

b) Planificar y elaborar políticas públicas: actividades relacionadas con la mujer, la paridad, igualdad de oportunidades y de género.

c) Diversificar y desarrollar los Planes de Igualdad de Oportunidades y Derechos y Estratégico para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género.

e) Brindar asistencia interdisciplinaria para contener a víctimas de violencia de género.

k) Tomar intervención en asuntos vinculados a la temática de género en todos los organismos del Estado Provincial.

l) Participar en la elaboración de estadísticas.

ll) Celebrar convenios de cooperación con organismos de regionales, nacionales e internacionales públicos o privados fortaleciendo políticas de género: diversidad en la provincia.

m) Realizar campañas de sensibilización, concientización y difusión a través de los distintos medios de comunicación y redes sociales.

En el Centro de la Diversidad ya se recibieron más de 500 atenciones al colectivo de LGBTQ+ realizando asesoramientos legales, representando como abogado en expediente Penales y Administrativos, realizando el trámite de cambio de DNI por cambio de Género y nombre de Pila.

En el Centro de la Diversidad se la contrató a Lourdes Ibarra por su enorme trayectoria de trabajo para el colectivo y además, respetando el Cupo Laboral, lo cual es un claro ejemplo para el Estado Provincial.

XVIII. Conclusión

Atento a que en la realidad de nuestra provincia es que sigue existiendo una discriminación al colectivo de la diversidad porque en la sociedad sigue existiendo un modelo dicotómico tal como lo dicen los números a partir del Mapa de Discriminación realizado por el INADI. La discriminación afecta negativamente cada ámbito de sus vidas: familia, salud, educación, trabajo, vivienda y seguridad. La internalización del estigma social y el miedo a vivir situaciones de discriminación generan conductas de autoexclusión, baja autoestima y abandono o frustración en el cumplimiento de sus proyectos de vida.

La discriminación laboral se encuentra vinculada a las exigencias de la sociedad heteronormativa y a la falta de un reconocimiento legal de las personas trans. Debería haber mayor interés por parte del gobierno con relación a esta parte de la sociedad que alguna no pueden conseguir trabajo, otras las pocas que están trabajando formalmente no duran mucho y la despiden sin justificativo alguno.

El cupo laboral trans, es fundamental para avanzar en garantizar la igualdad y los derechos de la comunidad de LGTBI que a pesar de haber conquistado leyes como la Ley de Identidad de Género que les permite tener un DNI acorde a su identidad autopercibida, no se traduce en igualdad ante la vida. La demanda por el cupo laboral trans, es uno de los principales reclamos que tiene la comunidad LGBTI. Hubo un gran avance en el Tema ya que, está la ley nacional por el cupo laboral trans, pero en la Provincia de Jujuy es necesario una ley de Cupo Laboral Trans para que puedan las chicas de Jujuy tener trabajo. El estado provincial no cumple con la Ley nacional de Cupo Laboral Trans, si bien ya se hicieron varios reclamos, pero administrativos desde el Consejo Provincial de la Mujer, pero ello no es suficiente a la gran demanda de desocupación que existe.

Pero creo que ese es el camino de seguir luchando como abogado defendiendo sus derechos laborales que son derechos constitucionales que no pueden ser vulnerados menos por el estado, ya que, son innatas de toda persona tener un trabajo digno.

JURISPRUDENCIA DESTACADA

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Indemnización del art. 2° de la ley 25.323. Improcedencia. Convicción del empleador acerca de la legitimidad de la medida adoptada. Confección del certificado de trabajo. Fecha de ingreso en el caso de transferencia del establecimiento.

1. — Corresponde dejar sin efecto la procedencia de la sanción prevista en el art. 2° de la ley 25.323, pues si bien se confirma lo decidido en grado en cuanto a invalidar el despido decidido, lo cierto es que parte de la mentada decisión se basó en la valoración de la entidad de la injuria y su proporcionalidad con la sanción aplicada, y teniendo en cuenta las particularidades que evidenció el *a quo*, razonablemente pudieron conferírle a la empleadora una sincera convicción acerca de la legitimidad de la medida adoptada.
2. — En los casos de transferencia del establecimiento como de cesión del personal, el adquirente o el cesionario no está obligado a incluir en el certificado de trabajo el tiempo anterior a la cesión, durante el cual no revistió el carácter de empleador, toda vez que como dicho instrumento debe traducir los asientos del registro del art. 52 de la LCT, el adquirente (o el cesionario) nunca podría extenderlo válidamente respecto de circunstancias anteriores a la transferencia (o a la cesión), que no pudieron ser objeto de asiento en sus registros (del voto del Dr. Guisado).

CNTrab., sala IV, 17/05/2021. - Pace Melchor c. Pan American Energy LLC. Sucursal Argentina s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/72764/2021]

Expte. n° CNT 045367/2013/CA001

Buenos Aires, mayo 17 de 2021.

La doctora Silvia E. Pinto Varela dijo:

I) Contra la sentencia de primera instancia (fs. 897/906) se alzan las partes a tenor de los memoriales obrantes a fs. 907/911 (actor) y 917/949 (demandada), recibiendo las respectivas réplicas de por sus contrarias.

A su turno, las representaciones letradas de las partes por derecho propio (fs. 948 pto. “k” y fs. 953) y los peritos contador (fs. 951) y en sistemas (fs. 954) apelan los honorarios regulados a su favor por entenderlos exiguos.

II) El Sr. Juez de grado admitió la acción en lo principal de su reclamo, circunstancia por la cual he de comenzar el examen de los recursos partiendo desde la apelación de la demandada, quien critica, en primer término, que se rechazara la excepción de prescripción opuesta al presentarse en la causa (v. fs. 918/919 vta., pto. A).

Empero, por los motivos que seguidamente expondré, a mi juicio debería mantenerse lo resuelto en grado.

Digo ello pues considero que en función de las constancias de la causa, la interpelación fehaciente en los términos del art. 3986 párrafo segundo del Código de Vélez (criterio actualmente contenido en el art. 2541 del Código Civil y Comercial Unificado por ley 26.994) para constituir en mora al deudor (v. TCL 77716968 del 6/09/2010, obrante en el sobre de fs. 3), como así también la fecha en la que se inició el trámite ante el SECLO (el 7/10/2010, cfr. acta de fs. 2) -el cual, conforme ha sostenido esta Sala in re “Yagaimini, Alfredo c/ Federación Patronal de Seguros S.A. s/ Accidente - Ley especial” (SI N° 49.574 del 25/10/2012, y más recientemente en los autos “Acuña, Alejandro Adrián c/ G4S Soluciones de Seguridad S.A. s/ Despido” (SD N° 106.379 del 30/08/2019), interrumpió el curso del plazo prescriptivo mientras duró el trámite, tesis sostenida por esta Sala por mayoría, que no comparto pero a la que adhiero por razones de economía y celeridad procesal-, y el momento a partir del cual se hicieron exigibles las indemnizaciones debidas (cfr. arts. 80, 128, 149 y 255 bis de LCT), a la fecha de la interposición de la demanda (6/09/2013, cfr. cargo de Secretaría Gral. inserto a fs. 11), la acción por los rubros señalados no se hallaba prescripta (cfr. art. 256 LCT), por lo que propicio mantener lo resuelto en grado al respecto.

III) Sentado ello, cabe poner de resalto que llega sin cuestionar a esta instancia la consideración del judicante anterior en el sentido de que el contrato de trabajo se extinguió el día 2/09/2010 por el despido directo dispuesto por la empleadora.

En su sentencia, el Sr. Juez de grado entendió que la medida así adoptada había resultado injustificada,

por una parte, ante las deficiencias que evidenciaba la comunicación extintiva que la invalidaban formalmente para tener por cumplido el recaudo previsto en el art. 243 LCT; y, a la par, consideró que no se habían probado los extremos de hecho que autorizaban a tener por configurado el incumplimiento endilgado al actor.

La accionada finca su disenso en el examen del alcance que cabía otorgar al mentado art. 243 LCT y en la valoración y la suficiencia de la prueba rendida acerca de la causal esgrimida como motivo del despido (v. fs. 919 vta./938 vta., ptos. B, C y D).

Empero, pese al esfuerzo argumental desplegado, adelanto que, de aceptarse mi propuesta, debería mantenerse el resultado al que se arribó en la instancia anterior.

Comenzaré por señalar que, como lo ha sostenido la jurisprudencia, la exigencia legal de que la comunicación escrita de las causas del despido contenga la “expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato”, más la invariabilidad de tal causa invocada, tienen su razón de ser en la necesidad de garantizar el derecho de defensa del trabajador, de manera tal que al demandar sepa cuál es el incumplimiento que se le endilgó para despedirlo y así poder organizar su defensa judicial y ofrecer las pruebas respectivas (C.S.J.N., 16/02/1993 en autos “Riobó, Alberto c/ La Prensa S.A.”; y 9/08/2001 in re “Vera, Daniel A. c/ Droguería Saporiti S.A.”, entre otros).

En el presente caso, la demandada indicó en la misiva rescisoria que “Notificámosle cese su relación laboral a partir del día de la fecha, por haber incurrido en negociaciones incompatibles con su condición de empleado de PAE, consistentes en contratar con empresas vinculadas con Ud., la compra de insumos necesarios para la ejecución de operaciones de PAE, agravado esto por haber ocultado la situación de incompatibilidad antes mencionada...” (cfr. CD 128916109 del 1º/09/2010, obrante en el anexo N° 3292, y respuesta del Correo Oficial de fs. 325/328).

En este sentido, y como sostuvo el Magistrado anterior, la CD rescisoria adoleció de imprecisiones, por cuanto no especificó -ni en dicha pieza postal, ni en las sucesivas- a qué empresas aludía, ni de qué modo estaban vinculadas con el accionante, qué insumos se habrían comprado y mucho menos cuándo habrían tenido lugar dichas operaciones, cuestiones todas estas que, de acuerdo con las disposiciones que emanan del art. 243 de la LCT, deben ser indicadas con suficiente precisión a fin de evitar la indefensión del trabajador al desconocer los hechos que se le imputan.

Por el contrario, la accionada recién explicó cómo se materializó ese incumplimiento al momento de contestar la acción. En efecto, en prieta síntesis, en el responde se adujo que a resultas de la realización de una auditoría externa se constató la existencia de sociedades integradas por la cónyuge del actor y por otras personas - entre ellas el Sr. Wierszylo, también empleado de la firma-, que además tenían su domicilio en inmuebles de copropiedad del accionante, que se vieron favorecidas al ser seleccionadas como proveedoras de la demandada en procesos en los que participó el Sr. Pace, sin que éste informara a su empleadora de la existencia de un conflicto de intereses en estos casos pues claramente se influenciaba la contratación con esas firmas (v., al respecto, fs. 175 vta./180 vta., pto. B).

Pero aun cuando lo expuesto podría reputarse excesivamente formal, comparto la valoración que se hizo en grado de las pruebas rendidas en la causa -tanto los testimonios de las personas que comparecieron a propuesta de ambas partes como así también los resultados que arrojó la prueba de informes y la documental aportada al pleito-; y, en ese sentido, he de concluir -al igual que se hiciera en grado- que del análisis conjunto de éstas surge que no obstante la labor asignada al actor con relación a los proveedores que se presentaban a los procesos de compra, lo cierto y concreto es que la decisión última sobre quién resultaba beneficiado no pasaba por él sino que era tomada por sus superiores -el jefe de compras y el gerente-, aspecto que incluso la propia demandada detalló al presentarse en esta causa.

En efecto, en el responde puntualmente se adujo que “... los Analistas Principales (incluido el actor) eran quienes gestionaban las solicitudes de cotización a los potenciales proveedores, evaluaban desde el punto de vista económico al potencial proveedor, y gestionaban internamente la autorización para que dicho proveedor fuera finalmente contratado. Las recomendaciones del área de compras mencionada (Logística y Servicios) eran presentadas por el actor a su superior (en el caso el Sr. Vicente Claudio Bulej) y luego por ambos a quienes debían tomar la decisión final sobre el tema (dependiendo del monto involucrado en la operación) ... Luego de autorizada la contratación en la forma mencionada, los Analistas Principales / compradores (incluido el actor respecto de los rubros y materiales asignados a él) eran quienes emitían las órdenes de compra y también las daban de alta en el sistema (software) y controlaban que cada factura y compra se ajustara al acuerdo de precios convenido con el proveedor y, vencido el plazo de vigencia del acuerdo de precios con el proveedor, debían gestionar una nueva autorización ante la autoridad superior prevista en las políticas de com-

pras y contrataciones de la empresa...” (v., al respecto, fs. 175/vta.).

Dichas manifestaciones se compadecen, a su vez, con los términos que surgen del “Instructivo para compras de materiales y equipos” (obrante en el anexo N° 3292), donde se detallan las funciones y responsabilidades de cada uno de los participantes del proceso, como así también los diferentes supuestos que podían presentarse en las operaciones de compras y los pasos a seguir en cada uno de ellos dependiendo de los montos involucrados; también, se observa del organigrama acompañado por la accionada (a fs. 116 del anexo referido) que el accionante tenía al menos dos superiores que, como señalara antes, eran quienes intervenían en la cadena de aprobación y tenían la decisión última sobre el proceso de contratación. Y, a su turno, todo lo expuesto fue explicado por los testigos Santana (fs. 522/526), Suárez (fs. 527/529), Hrvoje (fs. 536/540) y Potenza (fs. 543/552) -cuya valoración efectuada en grado, como dije, comparto-, sin que las manifestaciones vertidas en el memorial logren conmovier tal tesisura -al punto es útil señalar que ni siquiera se especifica en la apelación cuáles habrían sido las partes de las testimoniales que se habrían omitido transcribir, y mucho menos por qué resultaban fundamentales para modificar la suerte del pleito a su favor-; lo dicho, incluso, sin soslayar que tanto Santana como Suárez manifestaron desempeñarse en la demandada -o bien en compañías ligadas a ella, como el caso del segundo mencionado- y, además, en cargo gerenciales, por lo cual sus relatos debían ser analizados con mayor detenimiento.

Y aun cuando, como aduce la quejosa (a fs. 922/923 vta. pto. “ii”), es cierto que no se tuvo en cuenta en el fallo anterior la declaración de Pietrowski (a fs. 519/521), no puedo dejar de señalar que lo relatado por esta persona refiere a cuestiones vinculadas a la firma CPI Suppliers S.A. que, como la propia accionada afirmó en su responde, no le facturó a PAE durante el tiempo que duró la relación laboral con Pace (v. fs. 177 vta., párrafo 3°), por lo que en nada modifica la suerte de lo decidido.

Ahora bien, no puede soslayarse que, tal como puntualizó la accionada en el responde (fs. 175 vta./176, pto. B), Pace fue despedido luego de una auditoría que se habría realizado hacia fines de agosto de 2010, que arrojó como resultado la existencia de las sociedades CPI Suppliers S.A., HTM S.A. y Ameriflon S.A., creadas e integradas tanto por la esposa del actor como por otras personas que, dijo, estaban relacionadas con él -incluido un empleado de la propia firma demandada- y que, además, tenían sus domicilios en inmuebles de propiedad del actor conjuntamente con los Sres. Wierszylo y Potenza; y, al respecto, el testigo Suárez (fs. 527/529) se explayó sobre el punto, desta-

cando que dicha auditoría se le encargó a la consultora KPMG a raíz de una denuncia anónima -cuando la demandada simplemente había sostenido que la hizo en “ejercicio de su facultad de control, organización y dirección” (v. fs. 175 vta. in fine)-, y remarcando que su resultado fue que había un conflicto de intereses con empresas que eran proveedoras de PAE y Pace debería haberlo informado, lo que en definitiva dio los motivos del despido.

En ese orden de saber, observo que la apelante intenta restarle trascendencia a la auditoría aduciendo que no es un requisito legal su presentación por escrito para demostrar una causa de despido (a fs. 931 vta. in fine), pero soslaya que de su propia tesis defensiva quedó evidenciado que tal informe fue el pilar en el que se sustentó para adoptar la medida rescisoria, tal como el testigo Suárez -ofrecido por la propia demandada- señaló al declarar. Con lo cual, y a fin de determinar, fundamentalmente, la contemporaneidad de la decisión extintiva frente al conocimiento de la supuesta injuria laboral, como así también las conclusiones que emanaron de ella que permitieran conocer qué participación se le endilgó al actor en los procesos que se investigaron -reparo, al respecto, en que el testigo Suárez adujo que “Pace pudo haber influenciado en beneficiar una empresa de la cual él tenía vinculación”, tal como la propia recurrente remarca en su memorial (v. fs. 929), hablando claramente de modo potencial- y si éste tuvo la posibilidad de controlar la investigación o de efectuar algún descargo -siendo que, como dijo el mencionado testigo Suárez, se le requirieron al trabajador determinados documentos para analizar (v., en particular, fs. 529)-, hubiera sido relevante su incorporación a la causa.

Pero, a mayor abundamiento, me permito agregar que la accionada hizo hincapié en su responde acerca de la conducta del actor, sosteniendo que tenía el deber de informar la existencia de un conflicto de intereses en los procesos de selección de proveedores en los que él trabajaba, tal como lo pedía expresamente la “Política sobre conflictos de intereses y uso de información confidencial” -que adjuntó como prueba y que, dijo, era de pleno conocimiento del actor-, pero que ello no ocurrió en este caso (v. fs. 178 vta., párrafos 2° y 3°).

Ahora bien, observo que el referido instrumento (obrante a fs. 35/37 del anexo N° 3292) carece, por un lado, de fecha cierta, a la par que fue desconocido por el accionante (cfr. fs. 207, pto. 3.3); pero, además, está firmado por otro empleado de la demandada -el Sr. Romera-, que si bien lo reconoció y, también, que lo había firmado -pero no pudo decir cuándo se emitió ni cuándo fue que lo firmó- y añadió que lo hizo “porque es documentación obligatoria que se introduce en el legajo de cada uno de los empleados de la

empresa" (v. fs. 541), en ningún momento se agregó a la causa una copia de dicho documento que hubiese sido firmada por el actor y que obrase en su legajo, lo que impide conocer si, efectivamente, aquél estaba al tanto de la mentada "Política" -máxime cuando en la prueba confesional puntualmente respondió como que "no es cierto" a la posición relacionada con este extremo (v. fs. 869/vta.); y en el punto no puedo dejar de señalar que el testigo Hrvoje (fs. 536/540), al exhibírsele este instrumento, puntualmente afirmó que "nunca lo había visto" y ello no mereció impugnación oportuna de la demandada.

Agrego a lo dicho, merced a la postura que esgrime la quejosa, en el sentido de que de la peritación contable surgen las operaciones realizadas con las firmas "HTM S.A." y "Ameriflon S.A." y que el actor fue quien gestionó las órdenes de compra -pero sólo respecto de la primera de las firmas mencionadas (v. fs. 805 vta./812 vta., ptos. 3 y 4)-, que de tal información no surge con meridiana claridad cuál fue el grado de participación de Pace en los procesos de compra relevados por el experto -es decir, si éstos requirieron o no la aprobación de sus superiores-, a la par que del detalle efectuado en dicho informe se advierte que el accionante tampoco fue quien gestionó las mentadas órdenes en todas las compras que se hicieron a "HTM S.A."

En ese sentido, la explicación que brinda la accionada -recién en esta etapa- respecto de las maniobras efectuadas por Pace para realizar las órdenes de compra y así burlar las normas y procedimientos de compras y contrataciones (v. fs. 929 vta./931 vta.) resulta novedosa, pues en ningún tramo de la contestación de demanda se expuso tal argumentación -mucho menos, del modo en que ahora lo hace-, lo que obsta a su consideración en esta Alzada (cfr. art. 277 del CPCCN).

Llegado este punto, y a fin de dar una acabada respuesta a los términos del planteo recursivo de la accionada, he de puntualizar que no soslayo el resultado que arrojaron las pruebas que señala la apelante (léase, los pedidos de informes al RPI y a las distintas escribanías intervinientes, así como los datos que surgen de las respuestas brindadas por la IGJ y el intercambio de mails analizado por la perito en sistemas) -que, tal como refiere, no fueron ponderadas por el juez ante anterior- en el sentido de la participación de los Sres. Wierszylo y Potenza y de la cónyuge del actor en las firmas referidas en la contestación de demanda, como así también que el actor aparecía como cotitular -junto con éstos- de los inmuebles individualizados.

Ahora bien, es útil memorar que la injuria del art. 242 LCT supone un comportamiento contractual-

mente ilícito, objetivamente grave según las circunstancias, y capaz de hacer que no resulte equitativamente exigible a la parte afectada la prosecución de la relación de trabajo (cfr. López, Justo - Centeno, Norberto O. - Fernández Madrid, Juan C., en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. II, pág. 1186, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987). Al respecto, el Alto Tribunal tiene dicho que el concepto de injuria responde a un criterio objetivo que se refleja en el incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo (cfr. dictamen del Procurador General de la Nación al que adhirió la CSJN en los autos "Vera, Daniel c/ Droguería Saporitti S.A.C.I.F.I. y A.", causa V.107.XXXV, sentencia del 9/08/2001).

Repárese en que la LCT ha adoptado como regla el sistema de la "causal genérica", ya que no existe una enumeración taxativa de lo que debe considerarse "injuria" en los términos de su art. 242. A tal fin cabe tenerse en cuenta lo dispuesto por los arts. 62, 63, 84 y conchs. de dicha ley que aportan pautas o criterios para la interpretación de las conductas. Una de ellas la otorga, asimismo, el art. 10 de la LCT, sin perjuicio de que el criterio sustentado en el principio de perdurabilidad del contrato debe ceder ante la comprobación de actos u omisiones de tal gravedad que tornen imposible su prosecución.

Debe tenerse presente, además, que el 2º párrafo del mentado art. 242 LCT establece que la valoración de la "injuria" deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo y las modalidades y circunstancias personales de cada caso. Ello impone al intérprete la necesidad de valorar el incumplimiento contractual o de conducta imputado, en el contexto fáctico y jurídico en el que acontece.

Sabido es que entre las condiciones que debe reunir la respuesta del empleador frente al incumplimiento de su dependiente, se encuentra la exigencia de proporcionalidad entre la decisión extintiva y la gravedad de la falta. En efecto, no todo incumplimiento contractual resulta apto para habilitar a la parte ofendida a extinguir el vínculo contractual con justa causa sino sólo aquellos comportamientos o reiteraciones de conductas que no permitan consentir, de ningún modo, la subsistencia de la relación laboral. Para ello, deberán tenerse en cuenta las particularidades de cada caso concreto, así como los antecedentes del trabajador y su antigüedad (ver, en sentido análogo, esta Sala in re "Federico, Norberto Rubén c/ Quality Group S.A. s/ Despido", SD N° 96.754 del 30/11/2012).

Pues bien, la causa invocada como motivo del despido, frente a las particularidades que evidenció el sublite y en tanto, insisto, no está debidamente acreditada la participación directa y exclusiva de Pace en

los procesos de compra que fueron relevados -a la par que no se demostró que estuviera en conocimiento de la "Política" de la empresa sobre conflicto de intereses, como destacué antes-, considero que en el concreto caso de autos el incumplimiento imputado no fue suficiente para decidir terminar, sin más, con el vínculo laboral con una persona que tenía una antigüedad reconocida de más de 30 años y sin ningún antecedente disciplinario.

Omito a esta altura continuar examinando el resto de las cuestiones alegadas por la parte demandada, ya que las considero inconducentes para la solución del litigio. En este aspecto se ha dicho que "los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta la que estiman pertinente para la correcta solución del litigio" (CSJN, "Tolosa, Juan C. c/ Cía. Argentina de Televisión S.A." del 30/04/1974, La Ley, T. 155, pág. 750, núm. 385).

En razón de lo expuesto, sugiero confirmar el fallo atacado en lo principal decidido, lo que importa -va de suyo- mantener la condena dispuesta en grado al pago de las indemnizaciones legales derivadas de dicha medida y los haberes correspondientes a los días del mes en que el vínculo se extinguió.

IV) En cambio, considero que corresponde admitir la crítica de la demandada contra la procedencia del recargo establecido en el art. 2º de la ley 25.323 (v. fs. 939 vta./941 vta., pto. F).

Digo esto pues, como lo ha sostenido esta Sala -con criterio que comparto- en autos "Trejo, Gustavo del Milagro c/ FV. S.A. s/ Despido" (SD N° 96.378 del 21/06/2012) corresponde la exoneración o reducción de dicha sanción en los casos en que existe una controversia seria y fundada, esto es cuando "la actitud de la empresa de no pagar y defenderse judicialmente no merece ningún reproche, después de ejercer una defensa seria" (v., en sentido similar, "Quinteros, Juan José c/ DH Systems S.R.L. y otros s/ Despido", SD N° 97.468 del 14/11/2013, también del protocolo de este Tribunal, y jurisprudencia allí citada).

En la especie, si bien he propiciado que se mantenga lo decidido en grado en cuanto a invalidar el despido decidido, lo cierto es que parte de la mentada decisión se basó en la valoración de la entidad de la injuria y su proporcionalidad con la sanción aplicada, y no puedo obviar que las particularidades que evidenció el subexamine razonablemente pudieron conferirle a la ex-empleadora una sincera convicción acerca de la legitimidad de la medida adoptada. De allí que las circunstancias que rodearon la extinción del vínculo y la postura asumida por la demandada me llevan a considerar que pudieron existir "causas que justifica-

ren la conducta del empleador" (v., en sentido similar, esta Sala in re "Novoa, Maximiliano Damián c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ Despido", SD N° 101.769 del 19/12/2016; también, "Lo Médico Tripi, Ignacio Enrique c/ Dietrich S.A. s/ Despido", SD N° 107.465 del 27/07/2020).

Por ello, de prosperar mi voto, cabría dejar sin efecto la procedencia de la sanción prevista en el art. 2º de la LCT y, consecuentemente, deducir del monto diferido a condena la suma asignada al mencionado rubro.

V) Cabe desestimar la queja vertida por la accionada contra las condenas a abonar la sanción prevista en el art. 80 LCT y a entregar la certificación de servicios y remuneraciones y la constancia de aportes (fs. 942/946 vta., pto. G).

Observo, al respecto, que en su misiva del 6/09/2010 el accionante le exigió a su ex-empleadora que le extienda los certificados previstos en la norma de marras (v. TCL 77716968 obrante en el sobre de fs. 3); y más allá de que la empleadora recién acompañó al presentarse en esta causa un Certificado de Trabajo (v. fs. 31/33 del anexo N° 3292), creo necesario puntualizar que éste debe contener las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, la naturaleza de ellos, la constancia de los sueldos percibidos, constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social, además de la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajos desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación, conforme lo dispone el art. 80 de la LCT complementado con lo establecido por el sexto artículo incorporado en el Capítulo VIII por la ley 24.576.

Empero, a mi juicio estos extremos no se advierten en la especie en tanto, más allá de que, tal como refiere la apelante (a fs. 944/945, ap. "v"), en rigor de verdad no había discusión respecto al carácter remunerativo de los rubros "a cuenta aumentos" y "asignación complementaria", lo cierto es que el detalle de haberes, aportes y contribuciones allí acompañado no sólo fue hecho en un listado simple impreso por la propia empleadora, sino que además no posee certificación de la firma, lo que impide otorgarle fecha cierta; ello, amén de que ni siquiera aparece allí consignada la fecha de ingreso que la propia accionada reconoció -del 1º/12/1995, tal como consta en los recibos obrantes en autos-, a la par que se omitió dejar constancia del reconocimiento de la antigüedad adquirida por el actor, por lo que a todo evento este instrumento tampoco reflejaba la realidad del vínculo.

Así, merced a la postura que esgrime la quejosa, cabe señalar que esta Sala ha sostenido en reiteradas

oportunidades que no es de importancia que la accionante no haya esperado el transcurso del plazo de 30 días previsto en el art. 3º del decreto 146/01 para cursar su intimación -en caso de subsistir el incumplimiento-, pues el citado decreto "...debe ser leído con los límites de la norma superior que reglamenta. Esta última otorga al empleador un plazo de dos días hábiles para cumplir el requerimiento del trabajador relativo a la entrega del certificado art. 80 LCT o cargar con la indemnización que se regula; la brevedad de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquél requerimiento quede habilitado, ya que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo. La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación. De tal modo la intimación fehaciente a que hacen referencia tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye -desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa..." (v., entre otras, "Salinas, Víctor Hugo c/ Metrogás S.A. s/ Despido", SD N° 96.573 del 27/09/2012; "Vicente, Alejandra Dora c/ Atento Argentina S.A. s/ Despido", SD N° 97.027 del 29/04/2013; y "Cruz, Sergio Claudio c/ Coto C.I.C. S.A. s/ Despido", SD N° 97.771 del 31/03/2014).

Por lo demás, aun cuando el trabajador tiene a su disposición la información sobre aportes registrados en el sistema de la AFIP, lo cierto es que la condena devenía procedente por razones formales -sobre las que me he expedido anteriormente-, a lo que cabe agregar que la sola circunstancia de que un trabajador pueda acceder a una consulta vía electrónica a través de la web de la ANSES o de la AFIP para saber si su empleador efectivamente ingresó los aportes correspondientes e imprimir una constancia de ello, no releva al dador de trabajo de esta obligación contractual, de origen legal, que se mantiene vigente (ver, al respecto, "Molinaro, Luis Pascual c/ LYM MG S.A. s/ Despido", SD N° 96.154 del 19/03/2012, y "Corvalán, Mariano c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ Despido", SD N° 97.889 del 30/04/2014, ambas del protocolo de este Tribunal).

Resta señalar que, en la medida que aún no media imposición de sanción alguna, la queja en cuanto al eventual libramiento de oficios a la ANSES y a la AFIP resulta inatendible en este estado puesto que lo decidido en la sentencia no provoca agravio actual y concreto a la recurrente (en modo similar, "Romero Agui-

re, María Laura c/ Consolidar AFJP S.A. s/ Indemnización Art. 80 LCT", SD N° 95.850 del 31/10/2011, del protocolo de este Tribunal).

En suma, por los motivos expuestos, voto por la confirmación del fallo cuestionado en estos aspectos.

VI) Se agravia también la accionada de que se rechazara su planteo de reintegro del préstamo otorgado oportunamente al actor (v. fs. 946 vta./947 vta., pto. H), aunque adelanto que este planteo tampoco será receptado.

Hago esta afirmación pues, tal como se señaló en grado, en el título ejecutivo acompañado por la demandada con su responde (v. fs. 28 del anexo N° 3292) se pactó, y así quedó asentado, que todos los efectos derivados del reconocimiento de deuda firmado por el actor - expresamente reconocido por éste a fs. 867 pto. I- serían sometidos a discusión en el fuero comercial de la C.A.B.A., por lo que el planteo de la demandada excedía el margen de discusión de la presente causa, debiendo arbitrar por ante los referidos Tribunales el reclamo pertinente.

En ese sentido, no resulta viable la consideración de la recurrente, pues en rigor de verdad en el fallo de grado no se declaró la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo sino que lisa y llanamente se rechazó la reconvención intentada.

Y, por lo demás, la pretensión de que se rechace el reclamo por los rubros integrativos de la liquidación final deviene igualmente inatendible, habida cuenta que el descuento practicado por la empleadora en el recibo de agosto de 2010 (obrante a fs. 115 del anexo N° 3292) violentó lo dispuesto en el art. 131 de la LCT en cuanto a la imposibilidad de deducir, retener o compensar suma alguna que rebaje el monto de las remuneraciones -prohibición que se hace extensiva a las indemnizaciones, cfr. art. 149 LCT-, y en tanto el fundamento de la retención no encuadraba en ninguna de las excepciones que taxativamente prevé el art. 132 de dicha ley.

Por ende, lo decidido es correcto, y sugiero confirmarlo.

VII) A su turno, la parte actora se agravia de que se haya desestimado su pretensión de incorporar a la base de cálculo del art. 245 LCT la incidencia de la bonificación anual que percibía (fs. 907 vta./909, pto. II.1).

Adelanto que la queja en estudio no podrá prosperar.

Hago esta afirmación pues, aun soslayando que el relato efectuado en el inicio sobre este tópico (a fs. 4 vta.) resultó harto genérico, cabe puntualizar que los conceptos -aun cuando posean naturaleza remunera-

toria- que se abonan con una periodicidad distinta a la mensual (como las gratificaciones o “bonus” anuales) no deben computarse para la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT. Ello así en función de la doctrina emanada del Fallo Plenario dictado en autos “Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25.561” (Nº 322, del 19/11/2009) -y en tanto la ley 26.853 ha sido derogada por la ley 27.500 (B.O., 10/01/2019), manteniendo así lo dispuesto en el art. 303 del CPCCN-.

Ahora bien, la parte actora pretende desvirtuar la aplicación de la citada doctrina plenaria basándose en la excepción allí contemplada, esto es, en el supuesto de diferimiento fraudulento en el pago de dicha bonificación. Sin embargo, lo cierto es que ni en su escrito de inicio, ni ahora en su apelación, ha brindado pautas que permitieran colegir que, en efecto, la empleadora hubiera liquidado estos “bonus” con una periodicidad distinta a la establecida en el art. 126 LCT con el único propósito de eludir su contabilización en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Asimismo, aduce el apelante que el otorgamiento de dicha gratificación no respondía a ningún parámetro objetivo y que era un concepto que percibía invariablemente. Empero, muy por el contrario, de las constancias de la causa se extrae que el “bonus” respondía a la rentabilidad anual alcanzada por la empresa (v., al respecto, documentación obrante en el anexo Nº 3292, y lo dicho por el testigo Nicotera a fs. 533/535), a lo que agregó que de lo informado por el perito contador (a fs. 796) y, también, de los recibos de salarios agregados a la causa por el propio accionante (en el sobre de fs. 3) se extrae que dicho rubro se abonaba en el mes de febrero o marzo y por montos diversos cada año. Todo ello se contrapone con su afirmación de que esa gratificación estaba determinada por un criterio subjetivo de la demandada pues, justamente, la mentada discrecionalidad presupone que no existirían pautas fijadas de antemano (v., también, “Rossetti, Cecilia Andrea c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ Despido”, SD Nº 98.617 del 9/02/2015, del registro de esta Sala).

Así las cosas, sugiero desestimar la queja vertida sobre este punto por la parte actora, lo que importa mantener el rechazo de la sanción peticionada con fundamento en el art. 1º de la ley 25.323, en tanto se halla asociada a la suerte de lo aquí decidido.

VIII) Lógico corolario de lo resuelto en el Considerando que antecede es que deviene inoficioso expedirme con relación a considerar la incidencia del bono en la base de cálculo, tal como pretende el accionante (v., en particular, fs. 909, pto. II.2, párrafo 2º).

Y, por lo demás, a poco que se observe el detalle de salarios realizado por el perito contador (a fs. 801 vta.) y, también, los datos que surgen de los recibos acompañados por Pace al pleito (en el sobre de fs. 3), se evidencia que la mejor remuneración adoptada por el judicante anterior (de \$12.898,27.-, correspondiente al mes de agosto de 2010, de acuerdo con lo informado en el punto “k” de la peritación contable, v. fs. 802 vta.) ya incluye entre los rubros que la conforman el importe correspondiente al “plan de retiro” -y ello, en rigor de verdad, no ha motivado la queja de la demandada-, de modo que se torna abstracto el tratamiento del planteo efectuado al respecto en el 2º agravio de la parte actora.

Llegado este punto, advierto que la demandada cuestiona que no se hubiese considerado el tope convencional aplicable (fs. 938 vta./939 vta., pto. E) y, por los motivos que seguidamente expondré, adelanto que su planteo tendrá favorable andamiaje.

Es útil memorar que el segundo párrafo del art. 245 LCT prevé que la remuneración a computar para el cálculo indemnizatorio no podrá exceder el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable, al momento del despido.

En este sentido, cabe señalar que la suma que se tomó como base para el cálculo de los rubros indemnizatorios (de \$12.898,27) supera el tope indemnizatorio previsto en el CCT Nº 396/04 vigente a la época de finalización del vínculo (2/09/2010) para la zona geográfica donde se desempeñaba el accionante, que era de \$5.943,99 (cfr. Resol. ST Nº 1242/10) -sin que resulte de la respuesta del accionante (de fs. 971 vta./972 pto. E) que corresponda un tope distinto-.

Sin embargo, debo considerar que a fs. 7, pto. 4.8, Pace peticionó la declaración de inconstitucionalidad de topes a dicha indemnización -aspecto que implícitamente admite la accionada en su memorial (v. fs. 939 in fine)-.

Si bien el accionante revestía como personal fuera de convenio, sabido es que esa sola circunstancia no resulta hábil para exceptuarlo de la aplicación del tope salarial pues “...a todos los trabajadores, aún aquellos que no se encuentren amparados por convenciones colectivas de trabajo, se les debe aplicar un tope determinado, en principio en base a las remuneraciones del convenio de actividad...”; y, por aplicación del principio iura novit curia, es función del Tribunal decir el derecho vigente aplicable a los supuestos fácticos alegados y probados en la causa con prescindencia de las afirmaciones o argumentaciones de orden legal formuladas por las partes e in-

dependientemente del encuadre jurídico que ellas le asignen a sus relaciones (conf. CSJN G 619 XXII in re “Gaspar, Rodolfo c/ SEGBA S.A.”), por lo que no puede prescindirse del mandato legal impuesto, correspondiendo en tal aspecto considerar la ratificación del sistema de topes tarifarios por parte de la CSJN en autos “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido” (V.967.XXXVIII de fecha 14/09/2004), y la pauta porcentual allí establecida por el Máximo Tribunal de la Nación.

En efecto, en dicho precedente la Corte sostuvo que no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual determinación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Afirmó, también, que si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación. Ello en cuanto sostuvo que no podría considerarse que la ley lograse su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido.

En dicha inteligencia, tal como lo ha remarcado la Corte en la citada doctrina judicial, es admisible que el legislador reduzca las indemnizaciones al aplicar un tope salarial, pero no es posible aceptar que esa reducción sea cuantitativamente tan importante como para disminuir substancialmente lo que se estableció como regla. Así, en los casos en que el tope previsto en el respectivo CCT supere el máximo nivel de confiscación tolerable, corresponderá declarar su inconstitucionalidad y, consecuentemente, aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos 2º y 3º del citado art. 245 LCT sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable (criterio que ha sido adoptado por las diez Salas que integran la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; entre otras, Sala I, 26/10/2004, SD Nº 82.077, “Severino, Nilda c/ Smurfit S.A. s/ Despido”; Sala II, 31/05/2006, “Gómez Crespo, Daniel J. c/ San Sebastián S.A. y otros”; esta Sala in re “Rodríguez, Matías D.A. c/ Taraborelli Automobile S.A. s/ Despido”, SD Nº 96.871 del 28/12/2012; Sala VII, “Battistoni, Leonardo c/ Telecom Personal S.A. s/ Despido” del 28/02/2013).

Pues bien, si se tuviese en cuenta el tope de \$5.943,99 según el convenio colectivo, la base sa-

larial a computar para el resarcimiento del art. 245 LCT se vería reducida en un 53,92% de la mejor remuneración normal y habitual considerada en grado (\$12.898,27), reducción que resulta inadmisiblemente a tenor de la reseñada doctrina de la Corte Federal, ya que altera la debida proporcionalidad que debe existir entre el resarcimiento por despido injusto y la real retribución del dependiente.

Desde esta óptica, entiendo que el tope salarial máximo previsto en el art. 245 LCT es inconstitucional, por lo que -de aceptarse mi propuesta- corresponderá ajustarse a la pauta establecida por el Tribunal Superior y limitarlo al 67% de la mejor remuneración normal y habitual, lo que arroja como resultado la suma de \$8.641,84, cifra deberá tomarse en cuenta para el cálculo de dicho rubro indemnizatorio.

De este modo, teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador (desde el 1º/04/1979 al 2/09/2010, lo que totaliza treinta y dos períodos) y el salario supra informado (\$8.641,84), el rubro indemnización por antigüedad ascenderá a la suma de \$276.538,88 (cfr. art. 245 LCT), lo que así dejo sugerido.

IX) En suma, por lo expuesto hasta aquí, de aceptarse mi propuesta corresponderá reducir el monto de condena a la suma de \$383.780,81.-, esto es, tomando en cuenta las modificaciones que impulsé en los Considerandos IV y VIII de este fallo, cifra que llevará los intereses dispuestos en la anterior instancia, que arriban sin cuestionar a esta instancia.

Llegado este punto, observo que la parte actora se considera agravada, también, porque se desestimó su pedido para que se declare la conducta de la demandada como temeraria y maliciosa y se la sancione en los términos del art. 275 de la LCT (fs. 910/911, pto. III.3).

Sin embargo, de aceptarse mi propuesta, la queja en estudio no será acogida.

Aun soslayando la valla formal consistente en que el apelante se limita a sostener de forma por demás dogmática que se demostró acabadamente la temeridad y malicia de la conducta de la demandada, a fin de darle una acabada respuesta al planteo intentado, lo cierto es que, tal como sostuve en mi labor al frente del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nº 37 (v. SD Nº 11.614 del 16/04/2010, autos “Sánchez, Natalia Daniela c/ Atento Argentina S.A. s/ Despido”) y ratifiqué al votar, entre otros, en los precedentes “Morales, Carla Soledad c/ Atento Argentina S.A. y otros s/ Despido” (SD Nº 95.361 del 29/04/2011) y “Delgado, Javier c/ Desarrollos Buenos Aires S.A. y otros s/ Despido” (SD Nº 98.465 del 26/11/2014) -ambas del registro de esta Sala-, esta norma, similar al

art. 45 del CPCCN, prevé la aplicación de una sanción pecuniaria al empleador vencido, cuando hubiere incurrido en una conducta maliciosa o temeraria que, en definitiva, consiste en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe. La temeridad es el conocimiento que tuvo o debió tener el litigante de su falta de motivos para deducir o resistir la pretensión, es decir la conciencia de la falta de razón de sus planteos. La malicia se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso para retardar su decisión (v. al respecto, CNCiv., Sala H, 24/07/1997 en autos “Municipalidad de Buenos Aires c/ PO y otro”).

Sentado ello, comparto la doctrina que sostiene que tal disposición debe ser aplicada con prudencia, y en los casos en que es claro que se ha actuado con dolo o culpa grave, pues de lo contrario se puede afectar el principio constitucional de defensa en juicio (v., al respecto, “Ley de Contrato de Trabajo” dirigida por Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal, T III, pág. 637; también, lo dicho, entre otros, in re “Suárez, Amílcar Alberto c/ Rey Goma S.R.L. y otro s/ Despido”, SD N° 96.303 del 24/05/2012, del protocolo de este Tribunal).

En ese sentido, en mi criterio, en la causa no se verifican conductas suficientes para encuadrar la actitud de la accionada en el marco previsto en el art. 275 ya referido, lo que me conduce a desestimar el planteo así intentado.

X) Sin perjuicio de que el art. 279 del CPCCN dispone dejar sin efecto lo decidido en la instancia previa en torno a las costas y regulaciones de honorarios y proceder a su determinación en forma originaria, en atención al resultado que he dejado sugerido, propicio mantener las costas de la instancia precedente a cargo de la demandada, vencida en lo principal (art. 68 CPCCN). Cabe añadir que la fijación no resulta ser una cuestión meramente matemática, en la medida que los jueces no solamente deben tener en consideración la cuantía por la que prosperan los créditos, sino esencialmente los motivos por los cuales se llega al litigio.

XI) De igual modo, en cuanto a los estipendios regulados en la instancia anterior a los profesionales letrados actuantes por las partes y a los peritos contador y en sistemas -que deberán ser calculados sobre el nuevo monto de condena-, teniendo en cuenta la extensión y la calidad de la labor desplegada en dicha instancia, lucen equitativos y ajustados a derecho, por lo que sugiero confirmarlos (cfr. arts. 38 LO, 6, 7, 9, 19, 37 y 39 de la ley 21.839, ley 24.432, ley 27.423 y decreto ley 16.638/57), dando así respuesta a los cuestiona-

mientos intentados (a fs. 947 vta./948 ptos. J y K, 951, 953 y 954).

XII) Las costas de Alzada voto por imponerlas por su orden, en función del resultado de los recursos interpuestos (cfr. art. 68 parte 2ª del CPCCN), y con arreglo a lo establecido en los arts. 38 LO y 30 de la ley 27.423, corresponde fijar los honorarios de las representaciones letradas de las partes, por sus labores en esta etapa recursiva, en el 30% de lo que a cada uno le corresponda percibir por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Déjase constancia -para el caso de corresponder- que las proporciones expresadas no incluyen el Impuesto al Valor Agregado.

XIII) En consecuencia, de compartirse mi voto, corresponderá: 1) Modificar la sentencia apelada y reducir el monto total de condena a la suma de pesos trescientos ochenta y tres mil setecientos ochenta con ochenta y un centavos (\$383.780,81.-), cifra a la que se le aditarán los intereses dispuestos en la anterior sede; 2) Costas y honorarios de ambas instancias en la forma dispuesta en los Considerandos X, XI y XII de este fallo.

El doctor *Héctor C. Guisado* dijo:

I) Coincido, en general, con los fundamentos y conclusiones del voto que antecede, con las siguientes salvedades.

II) En relación con el certificado de trabajo y la multa del art. 80 de la LCT, considero que no puede reprochársele a la demandada el haber extendido dicha certificación en un listado simple impreso por la propia empleadora, fechado el 9 de septiembre de 2020, pues, la confección mediante un formulario electrónico recién se tornó obligatoria a partir de la resolución conjunta del Administrador General de Ingresos Públicos y del Ministro de Trabajo de la Nación del 8/9/14 (Resolución General AFIP 3669 y Resolución MTySS 941/2014).

Tampoco encuentro que haya habido error en la fecha de ingreso, pues en la base de datos de la AFIP el actor aparece como registrado por PAN AMERICAN ENERGY LLC a partir de marzo de 1998, dado que con anterioridad había sido inscripto por otras firmas integrantes del mismo grupo económico (cfr. fs. 718/730). Y tanto en los casos de transferencia del establecimiento como de cesión del personal, el adquirente o el cesionario no está obligado a incluir en el certificado de trabajo el tiempo anterior a la cesión, durante el cual no revistió el carácter de empleador; como dicho instrumento debe traducir los asientos del registro del art. 52 de la LCT, el adquirente (o

el cesionario) nunca podría extenderlo válidamente respecto de circunstancias anteriores a la transferencia (o a la cesión), que no pudieron ser objeto de asiento en sus registros (CNAT, Sala VIII, 29/8/03, Etchegaray Sarate, Ana María c/ Aguas Dadone de Argentina y otros s/ despido”; esta Sala, 26/2/12, S.D. 96.084, “Maglio, Carlos Enrique c/ Ver TV. S.A. y otros s/ despido”).

Sin perjuicio de ello, observo que las remuneraciones consignadas en el certificado agregado por la demandada (folios 31/33 del anexo 3292) son inferiores a las denunciadas por la propia empleadora ante la AFIP (cfr. fs. 718/730 y 797/799), por lo que dicho certificado no refleja la realidad de la relación laboral y, consecuentemente, no resulta hábil para tener por cumplida la obligación impuesta en el art. 80 de la LCT.

III) Con respecto al reintegro del préstamo, el fundamento esgrimido en la sentencia de grado para rechazar este reclamo de la demandada importa una tardía declaración de incompetencia. Al respecto, la Corte Suprema ha destacado en reiterados pronunciamientos la necesidad de que la objeción de competencia tenga lugar en las oportunidades previstas al efecto, señalando que el Código Procesal Civil y Comercial actual, al no incluir en su texto el que correspondía al art. 87 del Código anterior, ha disminuido las ocasiones previstas para el examen de oficio del punto referente a la competencia, lo que es índice de la preocupación legislativa por evitar los perjuicios que derivan de que el conocimiento de la causa sea declinado en estadios ya muy avanzados del proceso (cfr. Guisado, Héctor C., en “Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo” dirigida por Amadeo Allocati, 2ª edición, t. 2, p. 152 y siguiente; en especial, fallos citados en nota al pie nº 12).

Sin perjuicio de ello, observo que la reconvencción nunca fue sustanciada, dado que la Sra. Jueza a quo ni siquiera dio traslado de ella al actor y este tampoco la contestó; y la demandada, a su vez, no requirió que se subsanara esa omisión, lo que obsta a la emisión de un pronunciamiento favorable sobre su procedencia.

En consecuencia, coincido con el Sr. Juez a quo y con la Sra. Vocal preopinante en que la reconvencción no puede prosperar.

IV) Por lo hasta aquí expresado, y las motivaciones expuestas en los capítulos II al IV y VII al XIII del voto que antecede, doy el mío en el mismo sentido.

El doctor *Manuel Díez Selva* dijo:

En cuanto a las discrepancias de mis distinguidos colegas, adhiero al voto del doctor Hector Guisado, por compartir sus fundamentos.

Por ello, por mayoría, el Tribunal *Resuelve*: 1) Modificar la sentencia apelada y reducir el monto total de condena a la suma de pesos trescientos ochenta y tres mil setecientos ochenta con ochenta y un centavos (\$383.780,81), cifra a la que se le aditarán los intereses dispuestos en la anterior sede; 2) Costas y honorarios de ambas instancias en la forma dispuesta en los Considerandos X, XI y XII de este fallo.

Cópiese, regístrese, notifíquese, y oportunamente devuélvase. — *Héctor C. Guisado*. — *Silvia E. Pinto Varela*. — *Manuel P. Díez Selva*.

SUBCONTRATACIÓN

Vigilante y ayudante general en un club de campo. No registración por parte del real empleador.

1. — Ninguna prueba se produjo en la causa tendiente a demostrar que empresas codemandadas actuaran como reales empleadoras del actor, por lo que la plataforma jurídica referida por el club deviene improcedente, si se tiene en cuenta que era la única beneficiaria del trabajo respectivo, prestación que efectuó el trabajador desde su ingreso y en forma ininterrumpida a pesar de la existencia de dos empresas distintas que figuraron como sus contratantes.
2. — Todos los elementos probatorios colectados en la causa permiten corroborar que el trabajador prestó servicios en el establecimiento del country desde su inicio y bajo órdenes de su personal, insertándose en la organización empresarial por interpósita persona, para dirigirla y aprovecharse de su trabajo, asumiendo el carácter de real empleadora. Ello así, porque se ha comprobado que el actor prestó tareas en todo momento, dentro del predio asignado, que constituían el objeto propio del mismo, esto es, la prestación concreta como sereno y ayudante en general conforme determinación de la 5ª categoría del convenio de personal de clubes de campo, más allá que durante todo el período de la relación se utilizara la interposición de distintas empresas de servicios de vigilancia privada que aparecieron como empleadoras formales.
3. — La aparición continuada de las distintas sociedades comerciales que figuraron como empleadoras aparentes, evidencia la existencia de un fraude, pues se trató de un mero acto a los fines de fragmentar la antigüedad del trabajador y eludir las obligaciones laborales, pues más allá del cambio formal del agente de contratación y

pago, existió continuidad de la relación laboral entre el actor y el club de campo.

4. — El actor se desempeñó para el country en forma ininterrumpida a través de interpósita persona jurídica, por lo que corresponde aclarar que el encuadramiento convencional no es discrecional de las partes, sino que viene determinado por la índole de la actividad desarrollada en el establecimiento y por la representación que tanto empleador como empleado tuvieron en el negocio colectivo.
5. — La multa prevista por el art. 132 bis, LCT, no corresponde sea aplicada en este caso, por cuanto si bien la misma se encuentra dirigida a sancionar la falta de ingreso a los organismos de seguridad social de las contribuciones y aportes respectivos, no resulta aplicable a los casos de una relación no registrada por el real empleador, que no retuvo los aportes previstos por la legislación vigente ni violó sus obligaciones como agente de retención, sino que mantuvo al trabajador fuera del registro mediante una intermediación fraudulenta de otro sujeto, en los términos del art. 29, LCT, pero en momento alguno cometió el ilícito tipificado por la norma.

CNTrab., sala V, 14/07/2021. - Bogado, Carlos Artemio c. Securitas Countries SA y otros s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/108026/2021]

COSTAS

Se imponen a la demanda vencida.

Expte. n° CNT 052112/2015/CA001

Buenos Aires, julio 14 de 2021.

Considerando:

La doctora *Ferdman* dijo:

I. Contra la sentencia de grado dictada virtualmente el 12/11/2020, que hizo lugar a la demanda en lo principal, se agravan ambas partes. La parte actora lo hace en los términos y con los alcances del memorial presentado en forma digital con fecha 20/11/2020, mientras que Club de Campo Gran Bell S.A. y Codecop SRL lo hacen en los términos y con los alcances de los memoriales presentados con fecha 20/11/2020 y 24/11/2020 respectivamente. Todos merecieron réplica de la contraria que surge agregado en el mismo formato digital. Asimismo Seras S.A. se agravia por la imposición de costas. Por sus honorarios se agravian

la perito contadora y la representación letrada de la parte actora.

El recurso interpuesto por Club de Campo Grand Bell I S.A. se encuentra dirigido a cuestionar la valoración de la prueba recibida en origen respecto a la vinculación directa del trabajador con dicha codemandada como real empleadora, prueba que llevó al juzgador a condenar a la apelante en los términos previstos por el art. 29 LCT. Explica que el actor nunca revistió el carácter de dependiente del Club de Campo no obstante haber prestado servicios dentro del ámbito de la empresa como dependiente de Securitas Countries S.A. y Codecop SRL en distintos períodos de tiempo. Que la vinculación con dichas empresas es de índole comercial a los fines que las mismas brindarían servicios de vigilancia. Que, en el caso, no corresponde aplicar las normas del art. 29 o 30 LCT, y por ende, tampoco la responsabilidad solidaria decretada. Para ello, hace hincapié en la pericia contable que dio cuenta que el actor figuraba registrado por las codemandadas, por lo que el mismo no era empleado del Club.

La codemandada Codecop SRL se agravia porque considera que en la presente causa no existe posibilidad que el actor se le aplique otro CCT distinto al de seguridad privada ya que no se desempeñó a ordenes directa de Grand Bell, ya que ésta no podía contratar servicios de seguridad en forma directa, por disposición legal, o sea que no podía prescindir de las empresas habilitadas al efecto. Además, menciona que el hecho que Bogado realizara tareas que excedían el marco de las propias de su actividad de vigilador, no implica que deba prescindirse de la real relación que mantuvo o que ello implique la adecuación de sus tareas a un CCT distinto, como erróneamente propuso el juez de grado. Que del intercambio telegráfico surge que el actor intimó por sus tareas de vigilador en seguridad privada, e inclusive manifestó haberse desempeñado como vigilador principal, pero en ningún momento adujo haber realizado otro tipo de tareas, ni haberse desempeñado a órdenes de Grand Bell en tareas propias de otra actividad. Por ello sostiene que la decisión del juez de grado, que determina que el actor debió ser inscripto bajo las previsiones del CCT de UTEDyC es dogmática y carece de fundamento legal y por tanto, solicita que el encuadre convencional se efectúe en el marco del CCT 507/07 de seguridad privada.

En segundo lugar plantea que las razones argumentadas por el juez de la anterior instancia para no aplicar las sanciones previstas en el artículo 132 bis LCT son infundadas, por cuanto no se trata que la relación no estaba debidamente registrada y entonces no hubo retención de haberes, sino que la misma resulta inaplicable ante el incumplimiento por

parte del trabajador de intimar conforme el art. 1 del dec. 146/01.

A su turno, la parte actora cuestiona el rechazo de la multa contenida en el art. 132 bis LCT por cuanto sostiene que en el caso existió retención de aportes y falta de ingreso al sistema de la seguridad social por parte de la intermediaria durante los períodos sep. 13 hasta feb. 14 conforme la planilla de AFIP agregada por auto de fecha 23/09/2020. En este sentido refirió que una empresa contratante como lo fue Codecop, retuvo aportes al actor y omitió ingresarlos al sistema de seguridad social, con lo que tanto ésta, como Grand Bell -como verdadera empleadora- y Securitas, como partícipe del fraude al ser otra de las contratantes, son responsables en los términos del art. 132 bis de la LCT. Por ello, solicita a esta alzada revierta el rechazo de dicha multa. Por último, la codemandada Seras S.A. se agravia por la imposición de costas en el orden causado por el rechazo de la acción seguida en su contra.

Para así decidir el Sr. Juez de la anterior instancia concluyó que, conforme la prueba testimonial y contable aportada a la causa, la real empleadora del actor desde el inicio de la relación fue Club de Campo Gran Bell I S.A. -13/04/2006-, en los términos dispuestos por el art. 29 LCT. Para ello sostuvo que: “En efecto, digo esto puesto que las constancias que surge de la totalidad de las declaraciones testimoniales obrantes en autos -fs. 309, 311, 317 y 319- no dejan dudas respecto a que efectivamente el accionante prestó servicios en beneficio bajo relación laboral y cumpliendo órdenes y directivas del club de Campo Grand Bell I S.A... analizada la prueba testimonial, entiendo que el actor desarrolló funciones que trascendían las tareas de un mero vigilador, pues no se limitó a la protección de personas y bienes, sino que beneficiaron sus labores al country. Sobre todo, en la participación de funciones administrativas como el otorgamiento de turnos de las actividades deportivas que se desarrollaban en las distintas instalaciones del predio. Más aun, recibía instrucciones y órdenes del propio administrador del country, como así también en ocasiones una parte del sueldo era abonada por dicha persona. En síntesis, en el contexto fáctico descripto y analizado (cfr. art. 386 C.P.C.C.N.) me persuado que el supuesto de autos debe juzgarse a la luz de lo dispuesto por el art. 29 primera parte de la LCT que, como es sabido, contempla la hipótesis de provisión de mano de obra por un tercero a favor de una empresa principal para que ésta se sirva de los servicios del trabajador, por lo que cabe considerar a Club de Campo Grand Bell I S.A. como empleadora directa del actor y a SECURITAS COUNTRIES SA y a CODECOP SRL como responsable solidarios de todas las obligaciones emergentes de ese vínculo laboral”.

II. Delimitados así los agravios, diré liminarmente, que no resulta ser un hecho controvertido ante esta alzada que la relación laboral habida entre las partes se desarrolló dentro del predio del club y que, desde el comienzo de la relación laboral el actor estuvo vinculado a través de las codemandadas que prestaban servicios de vigilancia al club. De hecho, el apelante, al momento de contestar demanda sostuvo que el vínculo comercial que lo unía con estas empresas era precisamente a esos fines. Tampoco se encuentran discutidas el tipo de tareas que realizaba el actor dentro de las instalaciones.

Lo que sí se discute, es si las empresas referidas actuaron como agentes de contratación y pago, cuya finalidad era proporcionar personal a la empresa usuaria - real empleadora del actor- en los términos dispuestos por el art. 29 párrafo 1º de la LCT, y de ser así, si las tareas que realizaba el actor podían encuadrarse en el CCT de vigilancia o en el CCT del personal de clubes de campo.

Desde tal perspectiva, entiendo que la hipótesis analizada en la sentencia de la anterior instancia conforme la prueba colectada en grado (art. 386 CPCCN), debe ser confirmada en los términos en los que me expediré seguidamente, teniendo en cuenta los límites de los agravios expuestos por la accionada.

Me explico. En primer término, cabe destacar que el actor se presentó ante esta jurisdicción indicando que realizó tareas como vigilador y otras que hacían a la actividad del club. Que desde su inicio, fue registrado por Codecop SRL, quien con posterioridad lo obligó a renunciar para pasar a la empresa Securitas Countries S.A., siendo que la codemandada explicó al contestar la acción que contrató a Codecop SRL para que prestara servicios de seguridad privada, entre ellos los de personal de vigilancia en cuya nómina se encontraba el actor.

En este contexto, los testimonios brindados por los testigos citados en la sentencia de grado son contestes en que el actor realizaba tareas de control de ingresos y egresos del personal del country, de propietarios, de visitas, de personal doméstico, entrega de correspondencia, control de luminarias, prendido y pagado de las mismas, búsqueda de animales extraviados, encendido de luces de distintas canchas, tomaba los turnos del canchas de deportes y llamaba a los propietarios para informar las visitas que, que el lugar de trabajo era dentro del club de campo Gran Bell, que las ordenes se las daba el gerente del club, de cómo querían que se manejen los temas de los turnos, la guardia, el trato con los propietarios y el control de las empleadas domésticas que ingresaban al country.

Estas declaraciones, promovidas por compañeros de trabajo que se desempeñaron con el accionante durante un período de tiempo coincidente con el actor, deben analizarse, además, conjuntamente con los reconocimientos efectuados por las codemandadas. De hecho, es de destacar que los testigos indicaron que el actor realizaba tareas de vigilancia y además tareas propias del club que excedían las del servicio de vigilancia. Por ello, conforme las reglas de la sana crítica (cfr. art. 386 C.P.C.C.N.), encuentro concordante las declaraciones testimoniales referidas, respecto a los datos denunciados en el escrito inicial, en tanto los testigos tomaron conocimiento personal de los hechos sobre los cuales declararon, resultando convincentes y corroborando la modalidad de contratación descripta al demandar, por lo que cabe otorgarles plena eficacia probatoria en el tema en controversia (cfr. arts. 90 L.O. y 386 del C.P.C.C.N.).

No soslayo que el apelante refirió en un párrafo de sus agravios que los testigos mantenían juicio pendiente con la demandada, pero lo cierto es que dicha circunstancia no lleva a descalificar sus testimonios, sino que impone examinarlos con mayor rigor crítico y con mayor estrictez, pero aun así los mismos resultaron coincidentes y corroboraron la versión inicial, sin ser controvertidos por prueba en contrario.

Concatenadamente, considero pertinente destacar que, en el caso particular de autos, ninguna prueba se produjo en la causa tendiente a demostrar que las aludidas empresas actuaran como reales empleadoras del actor, por lo que la plataforma jurídica referida por el club deviene improcedente, si se tiene en cuenta que era la única beneficiaria del trabajo respectivo, prestación que efectuó el trabajador desde su ingreso y en forma ininterrumpida a pesar de la existencia de dos empresas distintas que figuraron como sus contratantes.

En efecto, todos los elementos probatorios colectados en la causa permiten corroborar que el trabajador prestó servicios en el establecimiento del country desde su inicio y bajo órdenes de su personal, insertándose en la organización empresarial por interpósita persona -en los hechos-, para dirigirlo y aprovecharse de su trabajo, asumiendo el carácter de real empleadora (cfr. art. 26 LCT). Ello así, porque se ha comprobado que el actor prestó tareas en todo momento, dentro del predio asignado, que constituían el objeto propio del mismo, esto es, la prestación concreta como sereno y ayudante en general conforme determinación de la 5° categoría del convenio de personal de clubes de campo (1), más allá que durante todo el período de la relación se utilizara la interposición de distintas empresas de servicios de vigilancia privada que aparecieron como empleadoras formales.

Esto no permite una interpretación distinta de la norma legal, en tanto la aparición continuada de las distintas sociedades comerciales que figuraron como empleadoras aparentes, evidencia la existencia de un fraude, pues se trató de un mero acto a los fines de fragmentar la antigüedad del trabajador y eludir las obligaciones laborales, pues más allá del cambio formal del agente de contratación y pago, existió continuidad de la relación laboral entre el actor y el Club de Campo Grand Bell I S.A.

Por lo expuesto, cabe concluir que la demandada revistió el carácter de empleadora real utilizando en forma directa la prestación del actor en los términos dispuestos por los arts. 14 y 29 párrafo 1° párrafo de la LCT, aclarando que el contrato de trabajo prescinde de las formas frente a la evidencia incontestable de los hechos, por lo que ninguna relevancia tienen las manifestaciones que pudieren haber realizados las partes de buena o mala fe para calificar sus relaciones cuando, como en el caso, quedó acreditado la configuración de los presupuestos previstos por los arts. 14 y 29 de la LCT antes citados.

En definitiva, estas circunstancias aquí analizadas me llevan confirmar lo decidido en la anterior instancia respecto al rol implementado por el club de campo como empleadora directa del actor, considerando válida la decisión del trabajador de colocarse en situación de despido ante el silencio mantenido por su real empleadora, por lo que la misma debe cargar con las consecuencias de su obrar ilegítimo (cfr. art. 245, 232 y 233 LCT), así como también los rubros salariales debidos y reconocidos en la anterior instancia.

III. Concatenado con ello, y teniendo en cuenta que uno de los responsables solidarios plantea un error interpretativo por parte del magistrado en relación con el CCT aplicable, debo decir en primer lugar la plataforma fáctica utilizada por el solidario para concluir de esa forma es precisamente la hipótesis no demostrada en la presente causa, ya que, como quedó demostrado previamente con el análisis de la prueba rendida, el actor se desempeñó para el country en forma ininterrumpida a través de interpósita persona jurídica, por lo que corresponde aclarar que el encuadramiento convencional no es discrecional de las partes, sino que viene determinado por la índole de la actividad desarrollada en el establecimiento y por la representación que tanto empleador como empleado tuvieron en el negocio colectivo, cuestión que excede el marco de este recurso en la medida en que la materia no fue planteada por las partes en los escritos constitutivos del proceso.

En este contexto, tratándose de tareas desarrolladas en función del club de campo e incorporadas al CCT 581/10, corresponde la confirmación de lo ex-

presado en la anterior instancia, máxime cuando en momento alguno el apelante asumió los fundamentos expresados por el a quo “Dado que la empleadora no registró al actor en el libro especial, cabe presumir como verdadera la fecha de ingreso (13.04.2006) y la remuneración (\$19.047) invocada en autos, en virtud de lo dispuesto por los arts. 52 y 55 de la LCT... Aclaro que encontrándose prestando servicios para el country la relación laboral debió regirse por el CCT 581/10. Pesaba entonces sobre la empleadora la carga probatoria de contrarrestar tales extremos y, sin embargo, no aportó ninguna prueba en tal sentido”. Técnicamente el agravio debería ser declarado desierto (cfr. art. 116 LO).

IV. A su turno se agravio la parte actora por el rechazo de la multa prevista por el art. 132 bis LCT -condena requerida respecto a su real empleadora-, por considerar que la retención de contribuciones realizadas por las empleadoras aparentes durante algunos meses del 2013 y su falta de ingreso al organismo de la seguridad social, hace responsable a su real empleadora.

Sin embargo, debo decir que dicha multa no corresponde sea aplicada en este caso, por cuanto si bien la misma se encuentra dirigida a sancionar la falta de ingreso a los organismos de seguridad social de las contribuciones y aportes respectivos, no resulta aplicable a los casos de una relación no registrada por el real empleador, que no retuvo los aportes previstos por la legislación vigente ni violó sus obligaciones como agente de retención, sino que mantuvo al trabajador fuera del registro mediante una intermediación fraudulenta de otro sujeto, en los términos del art. 29 LCT, pero en momento alguno cometió el ilícito tipificado por la norma. Por otro lado, la plataforma indicada por el actor, dentro de la figura del art. 29 LCT, es la existencia de pagos salariales fuera de registro, omitiendo considerar que los mismos no se encuentran sometidos a descuento alguno, por lo que mal puede configurarse los presupuestos de la multa reclamada, ya que, si no existió descuento realizado por el empleador real, tampoco existió retención indebida por lo que no se configuró el tipo punido.

En tanto lo dispuesto precedentemente respecto a la reforma de la sentencia de grado, los restantes argumentos esgrimidos en los memoriales recursivos se ven alcanzados por los mismos y, por ende, sin materia para su tratamiento.

V. Respecto al agravio por costas efectuado por Seras S.A. debo decir que la tesis utilizada en grado en virtud que el actor pudo considerarse con mejor derecho para accionar, debe ser confirmada.

Los honorarios regulados en la anterior instancia a los profesionales intervinientes no resultan desajustados con relación a las tareas realizadas, su complejidad y la relevancia para la resolución de la causa, teniendo en cuenta las pautas del artículo 38 LO y las escalas arancelarias de la actividad pericial, por lo que también propicio su confirmación.

Teniendo en cuenta el hecho objetivo de la derrota las costas de alzada deben ser impuestas a la demandada vencida en lo principal. Los honorarios de alzada establecen en el 30% de lo que les fuera regulado en origen (artículo 30 ley 27.423).

La doctora *González* dijo:

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

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el tribunal *Resuelve*: 1. Confirmar la sentencia de grado en lo que fue materia de agravios. 2. Costas de alzada a la demandada vencida. 3. Regular los honorarios de los letrados interviniente en alzada conforme considerandos del primer voto. 4. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas C.S.J.N. 15/13 (punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando las señoras juezas por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la doctora Graciela Liliana Carambia no vota (art. 125, LO). — *Beatriz E. Ferdman. — María D. González.*

(1) CCT 581/10 – Art. 22: 5ª Categoría: auxiliares calificados: comprende: personal de limpieza y mucamas, ciclistas, zapateros, caseros, marinos, mozos, sereno, de reloj, peones y/o ayudantes en general/laguneros/ serenos.

ABANDONO DE TRABAJO

Plazo prudencial de 48 horas para extinguir la relación laboral. Ausencia de voluntad del trabajador de abandonar el vínculo

1. — En su planteo recursivo el apelante reconoce que la actora recibió su intimación el día viernes; que solo aguardó el día lunes para ver si aquella se presentaba a trabajar y que, como no lo hizo, finalmente la despidió el día martes siguiente con fundamento en el art. 244 de la LCT. De dichas circunstancias surge que la empleadora no respetó el plazo prudencial de 48 horas para extinguir la relación laboral.
2. — No surge la voluntad de la trabajadora de querer abandonar la relación laboral, toda vez que

la apelante reconoció que la actora atravesaba un conflicto con la entidad gremial (a la que acusaba de hostigamiento) y que unos días previo al despido le había solicitado licencia sin goce de haberes; todo lo cual demuestra que no existió por parte de aquella una inequívoca voluntad de querer concluir la relación de trabajo sino —contrariamente— de querer mantener el vínculo pese al problema que atravesaba con la entidad gremial.

CNTrab., sala VIII, 06/04/2021. - Juárez, Susana Beatriz c. Instituto Cardiovascular de Buenos Aires SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/7582/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expte. N° 28905/2016

2ª Instancia. - Buenos Aires, abril 06 de 2021.

La doctora *González* dijo:

I. La sentencia de grado acogió la demanda que procuró el cobro de diversos créditos de naturaleza laboral.

Contra dicha decisión se alzan en apelación la parte demandada y, en relación a sus honorarios, el perito contador.

II. El recurso de la demandada es improcedente y en esa inteligencia me explicaré.

a) La apelante insiste en la procedencia del despido dispuesto por su parte con fundamento en el artículo 244 de la LCT.

Al respecto, cabe recordar que para la existencia de la figura del artículo 244 de la LCT, es necesario que concurren las siguientes circunstancias, a saber: a) ausencia del trabajador al empleo; b) que el empleador constituya en mora al trabajador para que preste servicios y justifique inasistencias y c) persistencia del trabajador de no prestar tareas sin justificación alguna, esto es, la existencia de una voluntad inequívoca de no continuar con la relación laboral que venía manteniendo.

En ese orden de ideas, y pese al esfuerzo argumental del recurrente, coincido con la Sra. Juez de grado que dichos extremos no concurren en el caso.

En efecto, en su planteo recursivo el apelante reconoce que la actora recibió su intimación el día viernes 11/12/2015; que solo aguardó el día lunes 14/12/2015 para ver si aquella se presentaba a trabajar y que, como no lo hizo, finalmente la despidió el día martes 15/12/2015 con fundamento en el mentado artículo 244 de la LCT. De dichas circunstancias surge que la empleadora no respetó el plazo prudencial de 48 horas para extinguir la relación laboral.

Asimismo, tampoco surge la voluntad de la trabajadora de querer abandonar la relación laboral, toda vez que la apelante reconoció que la actora atravesaba un conflicto con la entidad gremial (a la que acusaba de hostigamiento) y que unos días previo al despido le había solicitado licencia sin goce de haberes; todo lo cual demuestra a las claras que no existió por parte de aquella una inequívoca voluntad de querer concluir la relación de trabajo sino —contrariamente— de querer mantener el vínculo pese al problema que atravesaba con la entidad gremial.

Desde tal perspectiva, propongo mantener dicho aspecto de la sentencia.

Ello torna irrelevante el siguiente agravio referido a la actitud de la demandada respecto al conflicto de la actora con la entidad gremial, ya que es un tema ajeno al despido dispuesto por la demandada.

b) El agravio referido a los rubros “Sac Proporcional” y “Vacaciones proporcionales 2015” debe ser desestimado, toda vez que la demandada no acreditó su cancelación conforme a lo dispuesto en el artículo 138 de la LCT, considerando que los recibos acompañados por la quejosa fueron desconocidos por el actor (ver fs. 77).

c) La multa del artículo 2 de la Ley 25.323 debe ser confirmado, toda vez que el actor intimó al pago de las indemnizaciones por despido y, ante la renuencia de la demandada, debió iniciar acciones legales para su cobro.

d) La misma suerte debe correr la multa del artículo 80 de la LCT, atento que los certificados acompañados por la quejosa no cumple acabadamente con la obligación y, además, fueron confeccionados posteriormente a la fecha en que los puso a disposición del actor (ver fs. 53 y fs. 68 vta.).

e) Las costas del proceso se adecuan a la regla del artículo 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación y por ello deben ser confirmadas.

f) Las regulaciones de honorarios lucen razonables, considerando la importancia, mérito y extensión de las tareas cumplidas (art. 38 de la LO y concordantes de las leyes 21.839 y 27.423).

III. Por las razones expuestas propongo en este voto: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda por su actuación en la anterior instancia (artículos 68 del Código Procesal y 30 de la ley 27.423).

El doctor *Catardo* dijo:

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

Por ello, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de recursos y agravios. 2) Imponer las costas de Alzada a la demandada. 3) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de lo que, en definitiva, les corresponda por su actuación en la anterior instancia. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *María D. González*. — *Luis A. Catardo*.

ACCIÓN CIVIL

Responsabilidad de la ART por incumplimiento de sus deberes. Prueba.

Si la ART demandada hubiera satisfecho adecuadamente las obligaciones a su cargo, debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque pesquero, las máquinas, instrumentos y demás elementos que provocaron el accidente del trabajador, y dicha información debería haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde, por lo que cabe concluir que no ha cumplido eficazmente su deber de prevención, nacido del art. 4º, LRT, lo que deriva en la existencia de omisiones justificantes de la responsabilidad civil concurrente en los términos del art. 1074 del Cód. Civil.

CNTrab., sala VIII, 21/04/2021. - Benítez, Juan Luis c. Pesca Austral SA y otro s/ accidente - acción civil.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/9677/2021]

Expte. N° 48079/2013

2ª Instancia. -Buenos Aires, abril 21 de 2021.

La doctora *González* dijo:

I. Llegan las actuaciones a conocimiento de esta Sala, para dilucidar los recursos de apelación deduci-

dos por las partes actora y codemandada Galeno ART SA, en formato digital, contra la sentencia de primera instancia dictada con fecha 13 de agosto de 2020.

II. Del relato inicial, se extrae que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 27 de enero de 2012, mientras se encontraba embarcado, prestando servicios para Pesquera Austral, empresa en la que había ingresado sólo diez días antes, como Marinero de Cubierta. Refiere que el siniestro acaeció cuando la máquina pesquera eyectó con violenta velocidad una plomada, que impactó en su rostro, provocándole un traumatismo nasal y malar derecho. Dice que fue atendido por personal del buque y que al desembarque, el día 02/03/2012, efectuó la denuncia ante la ART, quien le otorgó las prestaciones y fijó su incapacidad en el 7,2% TO, porcentaje luego ratificado por la Comisión Médica.

Por considerar que la incapacidad que padece es del 20% TO y que las codemandadas deben responder civilmente, viene a demandar judicialmente en procura de una reparación integral.

III. No se encuentra controvertido en la causa el acaecimiento del accidente objeto del reclamo.

La sentencia, por otra parte, está firme para la codeemandada Pesca Austral SA, quien se encuentra incurrida en la situación prevista en el art. 71 de la ley de rito.

IV. Por razones de buen método, trataré de inicio los agravios de la ART codeemandada.

De comienzo, se queja Galeno, porque sostiene que no está demostrado en autos incumplimiento alguno de su parte, y que el actor no formula imputaciones específicas en su demanda. Reclama que en el caso, la jueza *a quo* no establece la relación de causalidad adecuada, por lo que, a su parecer, el fallo recurrido no constituye una derivación razonada del derecho vigente y las constancias agregadas a la causa.

No le asiste razón. Mal puede la recurrente formular semejante afirmación, cuando en la demanda se dedican dos capítulos (v. fs. 22 vta. /25 vta.), a la responsabilidad que el demandante le imputa la aseguradora de riesgos del trabajo y donde, inequívocamente, efectúa concretas imputaciones respecto de los incumplimientos en que incurrió Mapfre (hoy Galeno ART). Vale destacar que la magistrada de grado toma en cuenta tal imputación y la pone en valor, lo que no se encuentra controvertido en la pieza del recurso que se trata.

Como puedo observarse, entonces, sus desacuerdos carecen de sustento fáctico, desde que las imputaciones concretas se encuentran articuladas en la

demanda y el fallo expresamente se refiere a los incumplimientos de las obligaciones que le incumbían.

Sobre el tópico, por otra parte, forzoso es recordar que, como vengo sosteniendo en causas análogas, en los procesos de daños se ha de poner en juego el principio de la carga dinámica de la prueba (conf. art. 1735 Nuevo Cód. Civ. y Comercial). En ese contexto, frente a los desconocimientos de la ART, no cabe duda alguna que ésta se encontraba en mejor situación para probar la sinrazón de las afirmaciones del actor. La carga dinámica de la prueba constituye la aplicación de los principios básicos del debido proceso y, entre ellos, tiene especial importancia el de igualdad: si a una de las partes le resulta imposible o muy difícil probar mientras que a la otra le es sumamente simple, será ésta última quien debe traer los elementos en que funde su pretensión, defensa o excepción; de esa forma se evita la “indiferencia a las diferencias”, usando palabras de Ferrajoli.

Desde esa óptica, es digno de mención que, como es sabido, son obligaciones de las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo, entre otras, realizar la evaluación periódica de los riesgos existentes en las empresas afiliadas y su evolución, efectuar los exámenes médicos periódicos para vigilar la salud de los trabajadores expuestos a riesgo, visitar periódicamente a los empleadores para controlar el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos del trabajo, promover la prevención, informando a la SRT acerca de los planes y programas exigidos a las empresas, mantener un registro de siniestralidad por establecimiento, controlar la ejecución del Plan de Acción de los empleadores y denuncia ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo los incumplimientos, brindar asesoramiento y asistencia técnica a los empleadores y a sus trabajadores en materia de prevención de riesgos del trabajo y denunciar los incumplimientos de los empleadores a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (<https://www.argentina.gob.ar/srt/art/funcion-de-las-art-ea>).

Cabe precisar que todas las acciones reseñadas precedentemente, que se encuentran en cabeza de las ART, las obligan a velar por el cumplimiento de sus deberes, de lo que se sigue que tal responsabilidad no les es ajena. Por lo tanto, si hubiera satisfecho adecuadamente las obligaciones reseñadas “*ut supra*”, la recurrente debería haber tenido cabal conocimiento de las condiciones en que se encontraba el buque pesquero, las máquinas, instrumentos y demás elementos, y dicha información debería haberse incorporado a la causa, como complementaria de las negativas formuladas en su responde. Así, Galeno debió decir expresamente, con qué referencias y resultados de inspecciones contaba en su poder, relativas al cumplimiento de sus deberes, intimaciones a la emplea-

dora, denuncias ante la SRT, entre otras. Lo que, en vista de lo expuesto, se ha omitido.

De acuerdo a ello, no tengo la menor duda de que la aseguradora no ha cumplido eficazmente su deber de prevención, nacido del art. 4 LRT, lo que deriva en la existencia de omisiones justificantes de la responsabilidad civil concurrente en los términos del citado art. 1074 del Cód. Civil. Como se trata del olvido de obligaciones de alcance legal y se verifica una suficiente y eficiente relación de causalidad entre las omisiones de la ART y las afecciones del actor, entiendo activada la responsabilidad —concurrente con la de la causadora directa del daño— del art. 1074 del Cód. Civil. En otras palabras, la aseguradora de riesgos concurre con las restantes codemandadas a la causalidad del daño, por la omisión de conductas impuestas legalmente y cuyo cumplimiento, insisto, seguramente hubieran conculcado el riesgo y las situaciones que originaron las secuelas incapacitantes.

En vista de lo reseñado, tales reflexiones dan por tierra lo que postula la pretensora, en cuanto pretende exonerar su responsabilidad, al sostener que aquella que concierne al adecuado cumplimiento de las normas de higiene y seguridad son de incumbencia exclusiva del empleador.

En definitiva y como corolario de lo aquí analizado, el agravio que se trata deberá desestimarse, y así lo dejo propuesto.

V. Tampoco luce admisible la queja que trasluce su disconformidad por haber sido condenada por responsabilidad civil, al expresar que “el único contrato de afiliación suscripto entre mi mandante y la demandada por los riesgos de accidente del trabajo, exclusivamente ampara las contingencias establecidas en el sistema de riesgos del trabajo, y de ninguna manera puede extenderse su garantía a sistemas reparatorios expresamente prohibidos por ley (art. 39° Ley 24.557)”.

Soslaya la recurrente que en la sentencia de grado se declara la inconstitucionalidad de la mencionada norma. En esa dirección, deviene inverosímil y hasta casi obsceno, pretender exculparse según el argumento de que la empleadora era quien debía adoptar las medidas de seguridad. La ART es obligada primigenia por ser coautora de la omisión de adoptar las medidas preventivas para evitar infortunios como el que se trata en el *sub lite*.

Sobre el particular, repárese que el Estado ha delegado en las aseguradoras de riesgos de trabajo todo lo relativo al control y sujeción de los empleadores a las normas de higiene y seguridad, imponiéndoles a estos gestores privados del sistema diversas obligaciones

de control y supervisión (art. 18 decreto 170/1996). Se genera así, una ampliación de los sujetos responsables, de modo tal que deja de ser el empleador el único sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales, por lo cual la omisión o cumplimiento deficiente de aquella función “cuasi-estatal” genera la responsabilidad de la ART, cuando se comprueba un nexo de causalidad adecuada con el daño sufrido por el trabajador (art. 901, 902 y 904 Cód. Civil).

Por lo demás, se debe recordar que, en acciones por accidente fundadas en normas de derecho común, si bien el reclamante tiene a su cargo aportar las pruebas necesarias, de modo tal que el juez pueda evaluar si en el caso mediaron algunos de los presupuestos que prevén los arts. 1113, 1109, 1074 y conc. del Cód. Civil de Vélez (invocado por el actor como fundamento normativo de su demanda) el hecho se encuentra reconocido, lo que torna abstracta la imposición legal.

Sentado ello, es menester destacar que la “obligación de seguridad” que recae sobre las ART, proviene del principio protectorio enunciado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, representada en diversas conductas a seguirse: control, asesoramiento, capacitación, asistencia y vigilancia en materia de prevención de infortunios del trabajo. Dicho principio dispone que las leyes deben asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, sumándose a ello todo lo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para el que uno de los más antiguos aspectos de sus estándares en el campo laboral fue el de asegurar que las condiciones de trabajo resultasen, a la vez, seguras y saludables.

En esas condiciones, la demandada resulta responsable civilmente por haber omitido observar sus obligaciones, lo que ha devenido en el daño que padece el accionante (conf. arg. arts. 1074, 512, 1081, 1109 y conc. del Cód. Civil).

En función de lo expuesto, auspicio desechar los argumentos aquí dilucidados, por improcedentes. Al tiempo que tengo por tratado también el tercer agravio de la pretensora, que también se debe rechazar. Así lo voto.

VI. Seguidamente, la ART se queja porque, según alega, el perito no fundamenta la minusvalía que estima en la faz psicológica, porque —dice— el dictamen psicológico carece de sustento para su vinculación con el accidente sufrido.

Nada más erróneo, al punto que parecería que se ha omitido una adecuada lectura del dictamen obrante a fs. 240/242. Repárese que allí, el experto, luego de una medulosa evaluación —a la que me remito— consigna, entre otras consideraciones, que

“Consideraciones medico legales: por lo expuesto considero que el traumatismo en la cara que padeció Benitez en ocasión del golpe con la plomada en el buque, ha despertado síntomas y signos compatibles con estrés post traumático. Hay evocación persistente del trauma, hay recurrencia de la situación vivida. Hay exacerbación de la insuficiente madurez, hallazgo del psicodiagnóstico que por el trauma padecido resultó en acentuación de los rasgos de la personalidad de base con recursos defensivos insuficientes que evidencian trastorno mixto de angustia y ansiedad con indicación de tratamiento psicoterapéutico por el termino de 1 año, sesión por semana 400 pesos el valor de la sesión. Reacción Vivencial anormal neurótica grado II (...) a) Se realizó en el examen psíquico la evaluación de todos los test que se hallan en el expediente judicial. Se evidenció trastorno mixto de angustia y ansiedad. b) Hay suficiente evidencia que el trauma padecido en el buque y la persistencia de síntomas por la secuela anatómica y funcional respiratoria ha tenido impronta en la estructura yoica de Benitez configurando una situación traumática que acentuó los rasgos de la personalidad de base con modificación del carácter y alteración de la conducta. c) Reacción Vivencial Anormal Neurótica grado II. d) Si. Hay evidencia que el trauma ha perturbado la vida familiar y social, es interesante el hallazgo de tendencia al aislamiento e introversión con marcada dificultad para las relaciones interpersonales.

e) Incide en la falta de estímulo para la realización de determinadas actividades. f) Ya se expresó en los síntomas de estrés post traumáticos con angustia, ansiedad, evocación persistente del trauma y recurrencia de la situación vivida. Esto genera miedo, incertidumbre y mecanismo defensivo con tendencia al aislamiento, represión y negación. g) El pronóstico es dependiente de la readaptación que pueda lograr el paciente Benitez a su nueva realidad...”

De lo expuesto se colige que no le asiste razón a la pretensora en este tramo.

Tampoco, en cuanto pide que se aplique el método de capacidad restante. En efecto, recuérdese que la llamada fórmula de Balthazard (del año 1928) o de la capacidad residual, establecida en el Anexo I del Dec. 478/1998, corresponde cuando se trata de “lesiones sufridas por el trabajador provenientes de sucesos distintos y que hayan afectado a distintas partes del cuerpo, en cuyo caso correspondería meritir cada lesión individualmente obteniendo la incapacidad por la sumatoria de cada una de las incapacidades consideradas individualmente”. Dicha situación, conforme lo expuesto, no se configura en el caso bajo análisis.

Sin desmedro de lo cual, en la medida en que en la recurrente pide que se adecue el porcentaje de inca-

pacidad laboral, trataré la cuestión, por entender que en este segmento le asiste razón.

En efecto, esta Sala sostiene invariablemente que, como criterio general, es razonable sostener alguna proporcionalidad entre daño físico y psicológico, dado que este último es consecuencia del primero. Ciertamente es que el impacto psicológico de un suceso es distinto en cada persona, a partir de las propias herramientas psíquicas de cada individuo, pero tal proporcionalidad debería establecerse con algún criterio general de razonabilidad. Si bien otro nivel de análisis permitiría identificar situaciones en las que tal correspondencia no sea exigida, por ejemplo, en aquellos casos en los que las propias características del suceso (especialmente trágicas o traumáticas) deriven en un daño psíquico identificable, en los casos como el presente, para analizar la procedencia de las indemnizaciones que reparan daños vinculados causalmente con los eventos que se juzgan dañosos, a mi juicio el daño psicológico no puede ser receptado en igual dimensión que el daño físico. En efecto, el daño psicológico está intrínsecamente ligado a la existencia de una minusvalía física de tal envergadura, que amerite ponderar que la incapacidad, que provoca, origina un padecimiento en la psiquis del accidentado.

Desde esa óptica, entiendo que la proporcionalmente baja incapacidad física derivada del accidente objeto de esta causa (es del 10% de la T. o, lo que no llega cuestionado a esta Alzada) amerita reducir la minusvalía psíquica derivada del siniestro objeto de autos, al 5% de la TO.

De tal modo lo dejo propuesto.

VII. Ambos contendientes controvierten el quantum indemnizatorio fijado en grado. La demandada afirma que es exorbitado e irrazonable. La parte actora, de su lado, cuestiona la base de cálculo (salario del trabajador) y por ende, el monto diferido a condena, por considerarlo reducido.

No les asiste razón en cuanto a la plataforma fáctica-jurídica que exhiben en sendos agravios. En efecto, recuérdese que en acciones fundadas en normas de naturaleza civil, es decir, cuando no se trata de demandas fundadas en leyes forfatorias ni tarifadas (como sería el caso de una acción fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo), los jueces no están sujetos a fórmulas matemáticas, pautas, cálculos ni parámetros predeterminados —como pretende en su agravio— para fijar una reparación integral. Sino que, tal estimación, queda sujeta a los criterios que emanan de su sana crítica (conf. art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). El juez no tiene obligación de explicarse en este aspecto, sin que ello implique irregularidad ni arbitrariedad alguna.

Valorar daño es una tarea compleja, dado que importa una actividad previa que se relaciona con el conocimiento que debe tener o tiene el juez antes del caso puesto a resolver, respecto del contenido “in abstracta” de cada rubro factible de ser resarcido. Es a partir de esa tarea de ilustración, que se llega a una conclusión propia, la que permite conceptualizar cual es el contenido en particular de cada daño resarcible. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “El valor de la vida humana no resulta apreciable tan sólo sobre la base de criterios exclusivamente materiales, ya que no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres” (A. 436. XL; Recurso de hecho: “Arostegui, Pablo M. c. Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pametal Peluso y Compañía SRL, del 8 de abril de 2008), en la cual el Alto Tribunal también señaló que “La incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable”.

Acorde con lo expuesto, debo añadir que conforme la doctrina que se desprende de numerosos fallos de la CSJN (vgr. “Aquino c. Cargo”, citado anteriormente, “Cura c. Frigorífico Rizoma SA, del 14/06/2005 y, este último, con la ratificación y remisión del pronunciamiento en “Recurso de Hecho deducido por Giomon SRL en la causa Roldán, Germán E. c. Giomon SRL y otro”, del 07/08/2012), un reclamo amplio debe encontrar respuesta en una reparación que involucre aspectos tales como el daño moral, la pérdida de “chance” cuando las afecciones priven o limiten a la víctima de posibilidades de acceso a determinados trabajos, el lucro cesante como pérdida de ganancias. En el fallo aludido, el máximo tribunal cita como fundamento de su decisión tratados en materia de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Desde esa perspectiva, estimo que el monto de la reparación patrimonial con base en el derecho común, establecido en la sentencia de primera instancia, resulta exigua, aun teniendo en cuenta la detracción que sugiero por la minusvalía psíquica. Por lo tanto, a la luz de las facultades que me confiere el art. 386 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, propicio elevar el monto que se difiere a condena, a la suma de

\$800.000.- por todo concepto (daño psicofísico, daño moral, lucro cesante, pérdida de chance), suma que considero adecuada, razonable y equitativa.

VIII. Resta dilucidar el planteo de la aseguradora respecto de los intereses, el que, adelante, no será admitido.

De conformidad con lo dispuesto por esta Sala en autos: "Ibarra, Braian G. (1253) c. Provincia Art SA s/ accidente - ley especial" (Expte. 14.595/2016), del 07/10/2019, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad, los intereses deben computarse desde la fecha del accidente.

Ello así, en un todo conforme con lo establecido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, que consagra el derecho a los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable; los tratados internacionales de Derechos Humanos contemplados en el artículo 75 inciso 22 del mencionado cuerpo legal; el artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y los artículos XIV y XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que contemplan el derecho a la integridad personal en los aspectos físico, psíquico y moral.

En ese contexto, esos derechos deben ser reconocidos y resguardados por esta jurisdicción, del único modo posible, es decir reconociendo los accesorios durante el lapso que corre desde el infortunio y hasta la efectiva satisfacción del crédito reconocido a la víctima o, en caso de enfermedad profesional desde la fecha de toma de conocimiento de la incapacidad o de la primera manifestación invalidante.

En función de lo cual, el inicio del cómputo de los intereses sobre el capital de condena fijado en grado, debe ser confirmado.

Con relación a la tasa, también cabe desestimar la queja. Los jueces son soberanos para ponderar y fijar, asimismo, los intereses compensatorios que devengará el capital de condena. Tal facultad no puede ser cuestionada.

Dicho ello, esta Cámara, mediante el Acta 2601 del 21 de mayo de 2014 estableció, como criterio a seguir, que los créditos emergentes de las relaciones individuales del trabajo deben actualizarse, desde su exigibilidad, mediante la utilización de la tasa nominal anual que el Banco de la Nación Argentina aplica para préstamos de libre destino, en un plazo de 49 a 60 meses. Más tarde se adecuó, mediante el Acta 2630/2016, fijándola en el 36% anual (Acta 2630/2016) y, desde el 1° de diciembre de 2017, la Tasa activa efectiva anual

vencida, Cartera General Diversas, del Banco Nación (conf. Acta CNAT N° 2658 del 08/11/2017).

En la medida en que esta Sala viene adhiriendo a lo resuelto por este cuerpo en las distintas actas citadas, deberá mantenerse lo dispuesto en primera instancia y fijar los intereses según las disposiciones referidas.

IX. En la medida en que se modifica el capital de condena, por influjo de lo dispuesto en el art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, se debe dictar nueva decisión sobre sobre costas y honorarios (conf. art. 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Las codemandadas deben responder por las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente. Galeno ART SA, también por las generadas ante esta Alzada (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

X. Por las razones expuestas voto por: Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto pronuncia condena y elevar el importe al que accede el actor a la suma de \$800.000.-, que llevará los intereses dispuestos en grado; imponer las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente, a ambas codemandadas; que se regulen los honorarios por los trabajos de primera instancia, a favor de la representación y patrocinio del actor en el 16%, de Galeno ART SA en el 13%, y los de los peritos médico, contador y psicólogo en el 6% para cada uno de ellos (conf. art. 38 LO, arts. 6, 7, 18, 19, 39 y 47 ley 23.349, art. 21 y conc. ley 27.423 y dec. ley 16.638), que se calcularán sobre el capital de condena y sus intereses; y regular los honorarios de los letrados que suscriben los escritos dirigidos a esta Cámara, en el 30% de lo que les corresponda percibir por su actuación en la etapa previa (conf. art. 30 ley 27.423).

El doctor *Catardo* dijo:

Que por análogos fundamentos, adhiere al voto que antecede.

Por ello, el Tribunal resuelve: 1. Confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto pronuncia condena y elevar el importe al que accede el actor a la suma de \$800.000.-, que llevará los intereses dispuestos en grado 2. Imponer las costas de primera instancia, conjunta y solidariamente, a ambos codeemandados. 3. Regular los honorarios por los trabajos de primera instancia, a favor de la representación y patrocinio del actor en el 16%, de Galeno ART SA en el 13%, y los de los peritos médico, contador y psicólogo en el 6% para cada uno de ellos, que se calcularán sobre el capital de condena y sus intereses 4. Fijar los honorarios correspondientes a los profesionales que suscriben los escritos dirigidos a esta Cámara en el 30% de lo que les correspondiere por su actuación en

la instancia previa. Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4° Acordada CSJN 15/2013 del 21/05/2013 y oportunamente, devuélvase. — *María D. González.* — *Luis A. Catardo.*

REINTEGRACIÓN DEL TRABAJADOR

Obligación del empleador de otorgar tareas acordes a la enfermedad del trabajador.

Se verifica en el caso el supuesto contemplado en el art. 212 de la LCT, pues encontrándose vigente el plazo de conservación del empleo, el certificado médico da cuenta que la trabajadora podía reincorporarse a sus tareas, pero no estaba en condiciones de realizar las que cumplía con anterioridad y, en consecuencia, su empleadora debió asignarle otras tareas que pudiera ejecutar sin disminución de su remuneración y estaba a cargo de esta demostrar -en su caso- que se encontraba impedida de otorgarle a la trabajadora tareas con las características descriptas por su médico tratante, circunstancia que no ha sido demostrada en autos, por lo cual la conducta adoptada de no otorgarle tareas y comunicarle que continuaba en reserva de puesto no resultó ajustada a derecho.

CNTrab., sala IX, 11/06/2021. - Rodríguez, Giselle Jeanette c. Cirugía Endovascular SA s/ despido.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/73428/2021]

Expte. n° CNT 043119/2018/CA001

Buenos Aires, junio 11 de 2021.

El Doctor Álvaro E. Balestrini dijo:

I.- Contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar al reclamo en lo sustancial, recurren las partes actora y demandada a mérito de las presentaciones del 30/10/20 y del 3/11/20, que merecieron las réplicas de sus contrarias del 6/11/20 y del 4/11/20 respectivamente.

Así también, la accionada objeta los honorarios regulados a la representación letrada de la actora y a la perito contadora interviniente por considerarlos elevados y, por su parte, las representaciones letradas las partes y la perito antes referida -mediante presentación del 27/10/20- objetan los propios por bajos.

II.- La Sra. Juez de grado tuvo en cuenta que la actora afirmó al iniciar su reclamo que ingresó a trabajar el 12/11/10; que realizaba tareas en las áreas de enfermería, guardia e internación, vinculadas con la aten-

ción de pacientes y el manejo de materiales; que trabajaba de 6.00 a 14.00 hs con seis francos mensuales rotativos y que su remuneración devengada ascendió a la suma \$18.995,76; que en abril del 2017 le diagnosticaron "hemocromatosis juvenil", patología que afecta su metabolismo y provoca una acumulación desmedida de hierro en determinados tejidos, que cuenta con un cardiodesfibrilador implantable en su corazón y sufre un alto riesgo de padecer arritmias -entre otras cuestiones-.

Sostuvo que el 6/11/17 le otorgaron el alta médica con prescripción de tareas livianas que no implicaran esfuerzos físicos intensos con un jornada reducida de 6 hs., la realización de tareas pasivas, con autorización para efectuar eritroaféresis pautadas mensualmente; que ante esta circunstancia y en atención a que no fue atendida por el Jefe de Recursos Humanos, intimó a su empleadora a fin que le otorgara tareas de acuerdo con la prescripción médica mencionada, bajo apercibimiento de considerarse despedida y entender que resultó discriminatoria su desvinculación e intimó al pago de horas trabajadas en exceso de la jornada legal y que -frente a la negativa de la demandada relativa a la existencia de tareas acordes a las requeridas- se consideró despedida.

Así también, la sentenciante ponderó que la actora, con fundamento en la ley antidiscriminación y por incumplimiento del deber de ocupación previsto en el art. 78 L.C.T., sostuvo que resultaba poco probable que una clínica no posea ninguna tarea que se ajuste a lo requerido por su médico tratante y consideró que correspondía concluir que la actitud de su empleadora resultó discriminatoria y justificó su decisión de dar por finalizado el vínculo.

También se indicó en la sentencia apelada, que Cirugía Endovascular S.A. al contestar la acción reconoció la fecha de ingreso denunciada; afirmó que la accionante se desempeñó en la categoría de ayudante del C.C.T. 122/75 aplicable; desconoció la remuneración devengada y sostuvo que sus remuneraciones surgían de los recibos de haberes acompañados; afirmó que a fin de preservar la continuidad del vínculo colocó a la actora en reserva de puesto y que la desvinculación dispuesta por la trabajadora resultó improcedente y prematura y demostró su falta de intención de conservar el vínculo y de someterse a un control médico; sostuvo que el delicado estado de salud de la accionante le hizo imposible otorgarle tareas dentro de la institución; destacó que le otorgó licencias por enfermedad extensas en varias oportunidades por patologías psiquiátricas, circunstancia que -sumada a las afecciones físicas denunciadas- la habrían dejado sin otra opción que disponer la reserva de su puesto de trabajo y alega que de la prescripción

médica que acompaña la propia actora surge que -en definitiva- no tenía el alta médica invocada.

Es así, que la señora magistrada indicó que correspondía a la accionante demostrar los hechos en los cuales sustentó su decisión de dar por finalizado el vínculo (art. 377 C.P.C.C.N.); señaló que el intercambio telegráfico se inició el 5/10/17, cuando la empleadora le comunicó que a partir del 4/10/17 cesaba su licencia en los términos de lo previsto en el art. 208 de la L.C.T. y se iniciaba la reserva de su puesto de trabajo, conforme lo prescripto en el art. 211 de la L.C.T.; que posteriormente, el 01/12/17 la trabajadora intimó a la demandada a fin que le otorgue tareas acordes con su patología, de conformidad con lo indicado por su médico personal en el informe del 6/11/17 que “sugiere actividades que no impliquen esfuerzos físicos intensos. No debe cargar el tren superior (brazos) 5 kg de peso. Evitar potenciales accidentes con daño directo sobre el tórax, evitar en lo posible, todo contacto físico brusco que pueda hacerle caer y/ o golpearse en la zona del implante, ya que el dispositivo o los cables podrían resultar dañados. Jornada laboral inicial reducida máximo 6 horas, sin actividad intensa, actividades pasivas que no impliquen esfuerzo físico. Autorización para la realización de eritroaféresis pautadas mensualmente. Tener presente por tratarse de una paciente anticoagulada, el potencial riesgo de sangrados” (TCL obrante en sobre de fs. 3, coincidente con el acompañado por la demandada a fs. 60); que -frente a ello- mediante comunicación del 07/12/17 su empleadora contestó dejando constancia que del informe médico acompañado por la actora surgía que no se encontraba en condiciones óptimas de retomar tareas y que continuaba en tratamiento y afirmó que, dada “la gravedad de sus afecciones y las características de labor descriptas por su médico tratante” no contaba con tareas acordes para otorgarle, conforme lo detallado por su médico y la categoría laboral para la cual fue contratada; rechazó los restantes incumplimientos imputados y le hizo saber que continuaba la reserva de su puesto de trabajo -art. 211 de la L.C.T.- (ver sobre fs. 3 y misiva acompañada por la demandada a fs. 52) y que, frente a la negativa de otorgar tareas livianas y considerando que la demandada tenía múltiples opciones con esas características, se consideró despedida y atribuyó a la desvinculación a una conducta discriminatoria (ver sobre fs. 3 y reconocimiento de la demandada de fs. 50).

En el contexto descripto, la señora magistrada indicó que -en definitiva- la desvinculación dispuesta por la actora se sustentó en la negativa de su empleadora de otorgarle tareas acordes a la enfermedad que padece. Al efecto, señaló que la demandada -en ningún momento- negó que le fuera otorgada a la trabajadora el alta médica sino que afirmó no poseer tareas livianas para otorgarle, no obstante la autorización mé-

dica para trabajar dispuesta por su médico tratante, en las condiciones expresadas y consideró que si su empleadora no estaba de acuerdo con la prescripción médica emitida por su médico, debió indicar o instrumentar la realización del respectivo control médico y -en caso de verificarse una discrepancia de diagnósticos- podría haber recurrido a una tercera opinión (arts. 62, 63 y conc. L.C.T.), a fin de no negar tareas a la trabajadora, en atención al trastorno económico que ello implicaba debido a que se hallaba en el período de reserva en el puesto (art. 211 de la L.C.T.).

A fin de analizar si la negativa de la empleadora a otorgar tareas acordes a las solicitadas resultó justificada, la señora magistrada hizo mérito a los testimonios brindados en autos y concluyó que -claramente- las tareas de rotación y baño de pacientes que efectuaba la actora no podían ser calificadas de “livianas” ni encuadraban dentro de la indicación del médico tratante, pero que no surgían demostrados los motivos por los cuales la demandada no podía otorgarle labores acordes a su capacidad, dentro del área de enfermería o del sector administrativo con el que contaba el nosocomio, integrado por un total de alrededor de 200 empleados, algunos de los cuales realizaban tareas livianas, e indicó que la demandada tampoco produjo prueba a fin de acreditar la cantidad de puestos de trabajo que tenía, los empleados que tenía a su cargo, ni haber efectuado alguna medida para reubicar a la accionante en función de su capacidad (art. 386 C.P.C.C.N.).

En el marco descripto, se señaló en la sentencia recurrida que el hecho que la accionante se encontrara transitando el período de reserva en el puesto (el art. 211 L.C.T.) no tenían incidencia en la resolución del conflicto, pues la ley determina las distintas situaciones que podrían ocurrir para la reintegración del trabajador si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva en su capacidad laboral y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, supuestos regulados en los párrafos 2º, 3º y 4º del art. 212 de la L.C.T. y concluyó que la demandada incurrió en un incumplimiento que impidió la prosecución del vínculo al negarle a la actora la posibilidad de reincorporarse cumpliendo tareas acordes a su capacidad laboral, que -en consecuencia- la decisión adoptada por la trabajadora resultó ajustada a derecho y admitió las indemnizaciones correspondientes (arts. 232, 233 y 245, cfr. art. 212 3º párrafo L.C.T.).

III.- Por razones de método, trataré -en primer término- el recurso articulado por la parte demandada, quien cuestiona que la Sra. Juez de grado haya considerado que asistió derecho a la trabajadora para dar por finalizado el vínculo, que haya entendido que existió una discrepancia con relación a lo dictamina-

do por el médico tratante, la valoración de la prueba rendida en autos y lo establecido respecto a la carga probatoria, el modo en que fue calculado el preaviso y la imposición de los agravamientos a los que alude el art. 2° de la ley 25323 y el art. 80 de la L.C.T.

En cuanto al fondo de la cuestión, argumenta la demandada que, si bien la accionante finalizó el vínculo por considerar que pudo haberle otorgado tareas acordes con su capacidad residual, lo sustancial en el caso es que dio debido cumplimiento con las obligaciones a su cargo, le otorgó licencia paga por enfermedad en reiteradas oportunidades y que el certificado acompañado por la accionante no constituía un alta médica ni una indicación de tareas livianas, sino que documentaba la total incapacidad de la trabajadora para realizar tareas en el Sanatorio demandado, sostiene que la accionante tenía un perfil de puesto que no era posible aplicar a la actividad de la accionada, que a menor exigencia física en el cumplimiento de las tareas es mayor la responsabilidad del puesto que las cumple y que en atención al perfil psicológico de la actora y de sus afecciones físicas resultó correcta su decisión de pasarla a reserva de puesto, a fin que se recupere físicamente y pueda reintegrarse a sus tareas habituales; sostiene que era la trabajadora quien tenía a su cargo demostrar los hechos en los que sustentó su decisión de considerarse despedida; que no existió la discrepancia médica a la que alude la sentenciante, sino que el presunto certificado de alta médica con tareas livianas, en el cual no se especifica qué tipo de tareas puede realizar la trabajadora dados sus padecimientos psíquicos y físicos, es –en realidad– un certificado de discapacidad, por lo cual de conformidad con lo previsto en el art. 75 de la L.C.T. era su obligación salvaguardar la salud física y psíquica de la actora.

En primer término cabe señalar que concuerdo con lo decidido por la sentenciante respecto a que lo sustancial en el caso es que el certificado médico acompañado por la trabajadora – en definitiva– indica que a pesar que debía continuar con su tratamiento, la actora podía reincorporarse a su trabajo, no obstante que debían otorgársele tareas acordes con su patología y que si –como en el presente caso– la empleadora no concuerda con lo dictaminado por el médico tratante, debió recurrir a las facultades que le otorga el art. 210 de la L.C.T. y efectuar a la accionante el control médico pertinente, sin que resulte relevante que el referido certificado no precise –en concreto– que tareas podía realizar la actora, pues era su empleadora quien debía determinar cuáles de las tareas que se desarrollan en el Sanatorio se ajustan a las indicaciones médicas aludidas.

En consecuencia, considero que se verifica en el caso el supuesto contemplado en el art. 212 de la

L.C.T., pues encontrándose vigente el plazo de conservación del empleo, el certificado en cuestión da cuenta que la trabajadora podía reincorporarse a sus tareas, pero no estaba en condiciones de realizar las que cumplía con anterioridad y, en consecuencia, su empleadora debió asignarle otras tareas que pudiera ejecutar sin disminución de su remuneración.

No soslayo que la demandada, hace referencia a que el certificado acompañado expedido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 64) da cuenta de la incapacidad de la actora y sostiene que –como consecuencia de ello– debió dar cumplimiento con las obligaciones que le imponen el art. 75 de la L.C.T.

Sin embargo, lo cierto es que de dicho Certificado surge en forma clara que el mismo no comprende una evaluación de la capacidad laborativa y –menos aun– certifica que la trabajadora presentara una incapacidad absoluta y que le resultara imposible efectuar tarea alguna como afirma la apelante y lo cierto es que el art. 212 aludido prevé idénticas opciones para el caso en el cual un trabajador sufra una disminución definitiva de su capacidad laboral, por lo cual lo indicado en nada modifica lo señalado precedentemente.

Así también, la norma citada establece que en caso que un empleador no pueda dar cumplimiento con su obligación de otorgarle tareas acordes con su capacidad por causa que no le fuere imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de dicha norma.

En consecuencia, considero que en virtud de lo dispuesto estaba a cargo de la empleadora demostrar –en su caso– que se encontraba impedido de otorgarle a la actora tareas con las características descriptas por su médico tratante, circunstancia que no ha sido demostrada en autos, y que –de todos modos– en caso de verificarse dicha imposibilidad debió abonar a la trabajadora el resarcimiento al que alude el art. 247 de la L.C.T., por lo cual la conducta adoptada por la demandada de no otorgarle tareas a la accionante y comunicarle que continuaba en reserva de puesto no resultó ajustada a derecho.

Tampoco pierdo de vista que la demandada invoca que la actora gozó de sucesivas licencias por enfermedad como consecuencia de los ataques de pánico que sufría. Sin embargo, lo sustancial en el caso es que la propia accionante afirma al contestar la acción que la trabajadora había sido de alta respecto de su licencia psiquiátrica (fs. 911/vta.) y que en caso que la empleadora tuviese alguna duda vinculada a su capacidad psíquica de efectuar determinadas tareas debió –en su caso– recurrir a la facultad que le otorga en mencionado art. 210 de la L.C.T.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial rendida en autos, la demandada señala –en primer término– que los testimonios brindados parten de la premisa de la existencia de una capacidad residual de la actora, sin que sus declaraciones hayan sido merituadas a dichos fines, para lo cual corresponde estar a lo indicado por su médico tratante.

Con relación a la invocada falta de objetividad de las declaraciones analizadas, lo cierto es que la accionada se limita a efectuar apreciaciones genéricas sin indicar –en concreto– la presencia de inconsistencias o contradicciones en sus testimonios que justifiquen restarle eficacia convictiva y lo sustancial en el caso es que –en definitiva– la demandada se limita a postular el valor probatorio de los testimonios brindados por los testigos ofrecidos por su parte respecto de la ausencia de tareas livianas en el sector de enfermería, sin indicar –en concreto– de qué modo considera que ha quedado demostrada dicha circunstancia o el motivo por el cual no podía otorgarle a la accionante tareas en otro sector del Sanatorio.

A mérito de lo expuesto, concuerdo con lo decidido en la sentencia de grado respecto a que la negativa de la accionada de otorgar a la trabajadora tareas acordes a sus posibilidades, justificó la decisión de la misma de considerarse despedida y, por ende, de resultar acreedora a las indemnizaciones pertinentes. Así lo dejo propuesto.

IV.- Con relación al cálculo del preaviso, argumenta la apelante que la sentenciante no contempló el criterio de normalidad próxima y que –en cambio– se tomó en cuenta la supuesta mejor remuneración mensual y habitual.

No obstante, lo relevante en el caso es que la recurrente indica que el último salario ascendió a la suma de \$ 18.995,26, suma idéntica a la utilizada a fin de calcular la indemnización substitutiva de preaviso (18.995,26x2), lo que sella la suerte adversa de la queja en este punto.

IV.- Tampoco ha de tener favorable recepción el cuestionamiento vinculado a la imposición de la sanción prevista en el art. 2° de la ley 25323.

En cuanto a la procedencia del incremento indemnizatorio aludido en los casos de despido indirecto, resulta aplicable por analogía la doctrina legal emergente del Fallo Plenario de esta Cámara N° 310 del 1/3/2006 “in re” “Ruiz, Víctor Hugo c/ Universidad Argentina de la Empresa U.A.D.E. s/despido”, ya que, si bien refiere a la disposición del art. 16 de la ley 25.561, se trata de una norma de efectos y redacción similar.

Por lo demás, considero que no se verifican en el caso circunstancias que convaliden recurrir a las facultades eximitorias que pone a disposición del sentenciante el mismo art. 2° de la ley 25.323 en su última parte.

V.- En cuanto a la procedencia del agravamiento al que alude el art. 80 de la L.C.T., sostiene la demandada que con posterioridad a que con fecha 29/01/18 la actora haya reclamado la entrega de la documentación mencionada en dicha norma, procedió a expedir la documentación requerida, que no fue retirada por la actora, por lo cual reconvino por la falta de recepción de la dicha documentación en las actuaciones celebradas ante el SECCLO con fecha 11/04/18.

En primer término cabe señalar que, si bien surge de las constancias de autos que la demandada habría emitido los certificados a los que hace referencia el art. 80 citado el 20/02/18, lo cierto es que del intercambio telegráfico acompañado por la accionada no surge que haya puesto a disposición de la actora la documentación reclamada, sino que –frente al requerimiento efectuado mediante misiva del 29/01/18– la demandada negó que debiera hacer entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la L.C.T. mediante misiva del 02/02/18 y alegó que la trabajadora se encontraba en reserva de puesto, en los términos de lo previsto en el art. 211 de la L.C.T. (fs. 47).

Con relación a la invocada puesta a disposición de la documentación referida en la audiencia celebrada ante el SECCLO, lo cierto es que la demandada no invocó dicha circunstancia al momento de contestar la acción (ver fs. 94/95 vta.), por lo cual el planteo formulado resulta innovativo, lo cual obsta su tratamiento actual (art. 277 del C.P.C.C.N.), no resultado suficiente al efecto, el hecho de haber acompañado el acta referida a su contestación de demanda.

VI.- A continuación, cabe analizar la queja articulada por la actora, quien cuestiona que haya sido desestimado el resarcimiento por daño moral reclamado.

La Sra. Juez de grado tuvo en cuenta que la accionante sostuvo que su desvinculación fue consecuencia de un medida discriminatoria dispuesta por su empleadora, motivada en su estado de salud, y fundó su reclamo en lo dispuesto en la ley 23592; señaló que dicha circunstancia no implica que deba tenerse por acreditada la conducta discriminatoria imputada y, con sustento en el criterio sentado por la C.S.J.N. en autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cenconsud S.A. s/Acción de amparo” del 7/12/10, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados del 15/11/11 y “Varela, José Gilberto c/Disco S.A. s/ Amparo sindical” del 4/09/18, indicó que frente a la presencia de indicios razonables en el sentido expuesto, es

la empleadora quien debe demostrar que la extinción del vínculo no resultó discriminatoria (art. 377 C.P.C.C.N.). En el contexto descripto, analizó la prueba rendida en autos y considero que los testimonios bridados no resultaban suficientes a fin de tener por verificado algún indicio que justifique exigirle a la empleadora que demuestre que la extinción del contrato de trabajo -decidido por la trabajadora, destacado no estuvo motivado en razones discriminatorias, en el caso, por la enfermedad que padecía la misma (art. 386 C.P.C.C.N.).

En consecuencia, de prosperar mi voto, la queja articulada por la actora no ha de tener favorable recepción pues considero que no cumple debidamente con lo requerido en el art. 116 de la L.O.

En efecto, la accionante afirma de un modo por demás genérico que los testimonios rendidos en autos dan cuenta que existen casos en los cuales la demandada ha otorgado tareas livianas con determinadas limitaciones a otros trabajadores, sin indicar -en concreto- a que testimonios hace referencia y menos aún reseñar las declaraciones que darían cuenta de dichas circunstancias, lo que sella la suerte de la queja.

En consecuencia, no habiendo sido demostrada la actitud discriminatoria imputada a la empleadora y en atención a que el resarcimiento reclamado se sustentó en lo previsto en la ley 23592, devine abstracto el tratamiento de la objeción vinculada a que haya sido desestimada la producción de la prueba pericial psicológica.

VII.- En atención a la importancia, complejidad, extensión, mérito y calidad de las tareas llevadas a cabo por los profesionales intervinientes y a lo normado en el art. 1255 del CCyCN, art. 38 L.O. y normas arancelarias aplicables, propongo reducir los honorarios regulados a la representación letrada de la actora a la suma de \$ 170.232,00 -equivalente a 42 UMA a valores del día de la fecha-; elevar los honorarios regulados a la representación letrada de la parte demandada a la suma de \$ 149.472,00 -equivalente a 36 UMA a valores del día de la fecha- y los de la perito contadora interviniente a la suma de \$ 62.280,00 -equivalente a 15 UMA valores del día de la fecha.

VIII.- Sugiero imponer las costas de alzada por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas y en razón que la totalidad de los agravios de ambas partes son desestimados (art. 68 2° párrafo del C.P.C.C.N.) y regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por sus intervenciones ante esta alzada, en el 30% de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por su actuación en la anterior instancia (cfr. art. 38 LO y arts. 16 y 30 ley 27.423, normativa arancelaria aplicable cfr. criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, CSJ 32/2009).

El Doctor *Roberto C. Pompa* dijo:

Por compartir los fundamentos, adhiero al voto que antecede. El Doctor Mario S. Fera no vota (art. 125 de la LO).

A mérito del acuerdo al que se arriba, el Tribunal *Resuelve*: 1) Confirmar la sentencia de grado en lo que ha sido objeto de apelación y agravios, a excepción de las regulaciones de honorarios efectuadas; 2) Reducir los honorarios regulados a la representación letrada de la actora a la suma de \$ 170.232,00 -equivalente a 42 UMA a valores del día de la fecha-; 3) Elevar los honorarios regulados a la representación letrada de la demandada a la suma de \$ 149.472,00 -equivalente a 36 UMA a valores del día de la fecha- y los de la perito contadora interviniente a la suma de \$ 62.280,00 -equivalente a 15 UMA valores del día de la fecha-; 4) Imponer las costas de alzada por su orden y 5) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes, por sus intervenciones ante esta alzada, en el 30% de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por su actuación en la anterior instancia.

Hágase saber a las partes y peritos que rige lo dispuesto por la ley 26685 y Ac. C.S.J.N. Nro. 38/13, Nro. 11/14 y Nro. 3/15 a los fines de notificaciones, traslados y presentaciones que se efectúen.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Roberto C. Pompa*. — *Álvaro E. Balestrini*.

SEGURIDAD SOCIAL

ASIGNACIONES FAMILIARES

ACTUALIDADES

Montos y rangos del Régimen de las Asignaciones Familiares

Gerardo M. Corti

Sumario: I. Introducción.— II. Movilidad de las Prestaciones de la Seguridad Social.

I. Introducción

El actual Régimen de Asignaciones Familiares instituido por la ley 24.714 **(1)** sus normas complementarias y modificatorias, se encuentra implementado —con alcance nacional y obligatorio— en: “... a) Un subsistema contributivo fundado en los principios de reparto de aplicación a los trabajadores que presten servicios remunerados en relación de dependencia en la actividad privada, cualquiera sea la modalidad de contratación laboral, beneficiarios de la Ley sobre Riesgos de Trabajo y beneficiarios del Seguro de Desempleo (...) a’) Un subsistema contributivo de aplicación a las personas inscriptas y con aportes realizados en el Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS) establecido por la ley 24.977, sus complementarias y modificatorias (...) b) Un subsistema no contributivo de aplicación a los beneficiarios del Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA), beneficiarios del régimen de pensiones no contributivas por invalidez, y para la Pensión Universal para el Adulto Mayor (...) c) Un subsistema no contributivo compuesto por la Asignación por Embarazo para Protección Social y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, destinado, respectivamente, a las mujeres embarazadas y a aquellos niños, niñas y adolescentes residentes en la República Argentina; que pertenezcan a grupos familiares

que se encuentren desocupados o se desempeñen en la economía informal...” (conforme actual art. 1º).

Las empleadas del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares [ley 26.844 **(2)**] se encuentran incluidas en el “subsistema no contributivo” (inc. c del citado artículo), siendo beneficiarias de la Asignación por Embarazo para Protección Social **(3)** y la Asignación Universal por Hijo para Protección Social **(4)**, quedando excluidas de los incs. a) y b) del citado artículo con excepción del derecho a la percepción de la Asignación por Maternidad.

II. Movilidad de las Prestaciones de la Seguridad Social

La ley 26.417 estableció que las prestaciones previsionales otorgadas en virtud de la ley 24.241, de regímenes nacionales generales anteriores a esta y sus modificatorias, de regímenes especiales derogados, o por las excajas o institutos provinciales y municipales de previsión cuyos regímenes fueron transferidos a la Nación, se ajustarán conforme lo establecido en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias y com-

(1) Publicada en el Boletín Oficial del día 18 de octubre de 1996 (BO: 28.503).

(2) Publicada en el Boletín Oficial del día 12 de abril de 2013 (BO: 32.617).

(3) En adelante, AUH.

(4) En adelante, AUE.

plementarias **(5)** que implementó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), actual Sistema Integrado Previsional Argentino **(6)**.

Por su parte la ley 27.160 dispuso que el cálculo del índice de la movilidad de los montos de las Asignaciones Familiares y Universales, como así también de los rangos de ingresos del grupo familiar previstos en la ley 24.714, sus normas complementarias y modificatorias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6º de esta, se realizará conforme a lo previsto por el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias.

La Ley 27.541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva **(7)** instituyó la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, suspendiendo —entre otras cuestiones— la aplicación del art. 32 de la ley 24.241.

Durante el plazo de suspensión, el *Poder Ejecutivo Nacional* fijó trimestralmente el incremento de los haberes previsionales correspondientes al régimen general de la ley 24.241, atendiendo al precepto constitucional de movilidad de las prestaciones, como así también a los principios cardinales de solidaridad, redistribución y sustentabilidad del SIPA, dando prioridad a los beneficiarios de más bajos ingresos (conforme se encuentra definido en el art. 55 de la ley 27.541).

En cumplimiento de dicha manda legal se dictaron los decs. 163 de fecha 18 de febrero de 2020 **(8)**, 495 de fecha 26 de mayo de 2020 **(9)**, 692 de fecha 24

(5) Publicada en el Boletín Oficial del 18 de octubre de 1993 (BO: 27.745).

(6) En adelante, SIPA.

(7) Publicada en el Boletín Oficial del 23 de diciembre de 2019 (BO: 34.268).

(8) Publicado en el Boletín Oficial del 19 de febrero de 2020 (BO: 34.311). Su art. 2º determinó "... un incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las Asignaciones Familiares previstas en la ley 24.714, sus normas modificatorias y complementarias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6º de esta, el cual será equivalente al trece por ciento de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2º de la res. ANSeS 284/2019...".

(9) Publicado en el Boletín Oficial del día 27 de mayo de 2020 (BO: 34.390). Según su art. 2º se dispuso "... un in-

de agosto de 2020 **(10)** y 899 de fecha 24 de noviembre de 2020 **(11)** por los cuales se dispusieron los incrementos correspondientes al primer, segundo, tercer y cuarto trimestre (*consistentes en trece; seis con doce; siete con cincuenta y cinco por ciento de incremento respectivamente*), en atención a los principios aludidos de solidaridad, redistribución y sustentabilidad que rigen a nuestro Sistema Previsional.

II.1. Ley 27.609. Nuevo Índice de Movilidad Jubilatoria

El art. 1º de la ley 27.609 **(12)** sustituyó el art. 32 de la ley 24.241 y estableció una nueva fórmula para el cálculo de la movilidad previsional.

Ello implicó una modificación del esquema de la suspendida ley 27.426 **(13)**, estableciendo aumentos trimestrales (*marzo, junio, septiembre y diciembre*) y determinados por una ecuación que pondera en partes iguales a la variación salarial, optando por la mayor variación entre dos índices, la Remuneración Imponible Promedio

cremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las Asignaciones Familiares previstas en la ley 24.714, sus normas modificatorias y complementarias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6º de esta, el cual será equivalente al seis coma doce por ciento (6,12%) de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2º de la res. ANSeS 75/2020...".

(10) Publicado en el Boletín Oficial de fecha 25 de agosto de 2020 (BO: 34.458). Por su art. 2º se estableció "... un incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las Asignaciones Familiares previstas en la ley 24.714, sus normas modificatorias y complementarias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6º de esta, equivalente al siete coma cincuenta por ciento (7,50%) de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2º de la res. ANSeS 166/2020...".

(11) Publicado en el Boletín Oficial de fecha 25 de noviembre de 2020 (BO: 34.528). Su art. 2º dispuso "... un incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las Asignaciones Familiares previstas en la ley 24.714, sus normas modificatorias y complementarias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6º de esta, equivalente al cinco por ciento (5%) de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2º de la res. ANSeS 312/2020...".

(12) Publicado en el Boletín Oficial del día 4 de enero de 2021 (BO: 34.553).

(13) Publicada en el Boletín Oficial de fecha 28 de diciembre de 2017 (BO: 33.780).

de los Trabajadores Estables (RIPTE) **(14)** y el Índice General de Salarios (IS) **(15)**, y la otra mitad del aumento depende de la variación de la recaudación tributaria de la Administración Nacional de la Seguridad Social **(16)**.

En ese marco, se impuso a la ANSeS la carga de elaborar y aprobar el índice trimestral de la movilidad correspondiente para luego realizar su consecuente publicación.

Mediante dec. 104 de fecha 12 de febrero de 2021 **(17)** se reglamentó el art. 32 de la ley 24.241 y su Anexo, que —como se adelantara— fueran sustituidos por el art. 1º de la ley 27.609.

Así se precisaron los alcances de aquellos términos que integran dicha fórmula; los contenidos de la información que deberán remitir, en cada caso, los organismos involucrados en su determinación; y la forma de publicar los valores de las variables que se tuvieron en cuenta para su cálculo, así como la metodología prac-

ticada a tal fin, en cumplimiento de los principios de transparencia y publicidad de los actos de gobierno:

— Recursos Tributarios: se refiere a la suma de los ingresos con destino a la ANSeS originados en la aplicación de las siguientes normas de Impuestos con afectación específica:

- impuesto sobre Combustibles Líquidos y Gas Natural: Tít. III de la ley 23.966 **(18)**, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones,

- impuesto sobre Cigarrillos: art. 1º de la ley 24.625 **(19)** y sus modificatorias,

- régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS): Anexo de la ley 24.977 **(20)**, sus modificatorias y complementarias,

- impuesto sobre Créditos y Débitos en cuenta corriente bancaria. Ley 25.413 **(21)** y sus modificatorias,

- impuesto al Valor Agregado (IVA): ley 20.631 **(22)**, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, y

(14) RIPTE se define como la remuneración promedio sujeta a aportes al Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) que perciben los trabajadores que se encuentran bajo relación de dependencia y que han sido declarados en forma continua durante los últimos trece [13] meses. Las variaciones de la RIPTE intervienen además, en el cálculo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo. Su publicación se encuentra a cargo de la Secretaría de la Seguridad Social dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y se realiza a los cuarenta y cinco [45] días de finalizado el periodo correspondiente debido al tiempo que transcurre entre la recepción y el procesamiento de las Declaraciones Juradas que los empleadores presentan ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

(15) IS estima las variaciones de los salarios tanto del sector público como del privado en cada mes a partir de la comparación de meses sucesivos. Para la obtención de los salarios se efectúa una encuesta de periodicidad mensual a las empresas del sector privado y se recaba información en los circuitos administrativos correspondientes del sector público. Respecto del sector privado no registrado se realiza una estimación de la evolución de sus salarios sobre la base de la información obtenida mediante la Encuesta Permanente de Hogares (EPH). Su publicación se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) organismo desconcentrado del Ministerio de Economía.

(16) En adelante, ANSeS.

(17) Publicada en el Boletín Oficial del 13 de febrero de 2021 (BO: 34.585).

(18) Ley de "Financiamiento del Régimen Nacional de Previsión Social. Afectación del Impuesto al Valor Agregado (IVA). Impuesto Sobre Combustibles Líquidos y Gas Natural. Modificaciones a la Ley del Fondo Nacional de la Vivienda. Derogación de Regímenes de Jubilaciones Especiales. Impuesto Sobre Los Bienes Personales No Incorporado al Proceso Económico. Destino de los Recursos de Privatizaciones. Modificación de la Ley de Tasas Judiciales", publicada en el Boletín Oficial del 20 de agosto de 1991 (BO: 27.201).

(19) Ley de Creación del Impuesto Adicional de Emergencia sobre el precio final de venta en el territorio nacional de cada paquete de cigarrillos, publicada en el Boletín Oficial del 9 de enero de 1996 (BO: 28.307).

(20) Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes (RS). Ley publicada en el Boletín Oficial del 06/07/1998 (BO: 28.931).

(21) Ley de creación de "un impuesto a aplicar sobre los créditos y débitos en cuenta corriente bancaria. Agentes de liquidación y percepción. Excepciones. Alcance. Modificación de las leyes 24.452 y 25.345", publicada en el Boletín Oficial del día 26 de marzo de 2001 (BO: 29.616).

(22) Ley de Impuesto al Valor Agregado (IVA), publicada en el Boletín Oficial del 31 de diciembre de 1973 (BO: 22.821). Texto ordenado según dec. 280 de fecha 26 de marzo de 1997 (BO: 28.626 del 15 de abril de 1997).

- “impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria (PAIS): Cap. 6 de la ley 27.541 **(23)** y sus modificaciones.

— Recursos totales: es la suma de los ingresos previstos en el apartado precedente más los ingresos con destino a la ANSeS originados en el pago de aportes y contribuciones.

— Beneficio: se remite a las prestaciones del SIPA, incluyendo las Pensiones no Contributivas, las prestaciones otorgadas por aplicación del Libro I del Tít. III de la ley 27.260 y sus modificatorias y las otorgadas por leyes anteriores cuya liquidación se encuentre a cargo de la ANSeS; con exclusión de los pagos originados exclusivamente en la liquidación de Cajas Complementarias transferidas a dicho Organismo.

(23) Ver nota 7. En lo que aquí respecta cabe señalar que el cap. 6 de la ley 27.541 establece el “Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria (PAIS) que se aplica sobre las siguientes operaciones: a) Compra de billetes y divisas en moneda extranjera —incluidos cheques de viajero— para atesoramiento o sin un destino específico vinculado al pago de obligaciones en los términos de la reglamentación vigente en el mercado de cambios, efectuada por residentes en el país; b) Cambio de divisas efectuado por las entidades financieras por cuenta y orden del adquirente locatario o prestatario destinadas al pago de la adquisición de bienes o prestaciones y locaciones de servicios efectuadas en el exterior, que se cancelen mediante la utilización de tarjetas de crédito, de compra y débito comprendidas en el sistema previsto en la ley 25.065 y cualquier otro medio de pago equivalente que determine la reglamentación, incluidas las relacionadas con las extracciones o adelantos en efectivo efectuadas en el exterior. Asimismo, resultan incluidas las compras efectuadas a través de portales o sitios virtuales y/o cualquier otra modalidad por la cual las operaciones se perfeccionen, mediante compras a distancia, en moneda extranjera; c) Cambio de divisas efectuado por las entidades financieras destinadas al pago, por cuenta y orden del contratante residente en el país de servicios prestados por sujetos no residentes en el país, que se cancelen mediante la utilización de tarjetas de crédito, de compra y de débito, comprendidas en el sistema previsto en la ley 25.065 y cualquier otro medio de pago equivalente que determine la reglamentación; d) Adquisición de servicios en el exterior contratados a través de agencias de viajes y turismo —mayoristas y/o minoristas—, del país; e) Adquisición de servicios de transporte terrestre, aéreo y por vía acuática, de pasajeros con destino fuera del país, en la medida en la que para la cancelación de la operación deba accederse al mercado único y libre de cambios al efecto de la adquisición de las divisas correspondientes en los términos que fije la reglamentación.

La reglamentación en cuestión estableció que el INDeC y la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social —cada una en el ámbito de sus respectivas competencias— deben proporcionar a la ANSeS (con anterioridad al primer día hábil de los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año) los valores del IS y del RIPTE, respectivamente, con el fin de calcular el índice de movilidad que determina el art. 32 de la ley 24.241, sustituido conforme el art. 1º de la ley 27.609.

Así, la ANSeS, debe publicar cada uno de los valores de las variables que se tuvieron en cuenta para el cálculo del índice de movilidad correspondiente y la metodología practicada a tal fin.

La Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social elaborará y publicará, a partir del 1º de marzo de 2021, en forma trimestral, el índice combinado para la actualización de las remuneraciones a las que se refiere el art. 24, inc. a) y las mencionadas en el art. 97 de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, conforme lo dispuesto en el art. 2º de la ley 26.417, sustituido por el art. 4º de la ley 27.609 y la metodología utilizada para su confección.

II.2. Resoluciones ANSeS por Movilidad prevista en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias (mensuales marzo, junio y septiembre de 2021)

i. Mediante res. ANSeS 48 de fecha 24 de febrero de 2021 **(24)** se da cuenta de que el INDeC y la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, suministraron el Informe Técnico sobre la evolución del IS del mes de diciembre de 2020 y la variación observada para el cuarto trimestre de 2020 del RIPTE, respectivamente; a los fines de calcular el índice de movilidad que determina el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias.

Cabe destacar que a través de la res. SSS 3 de fecha 19 de febrero de 2021 **(25)**, la Secretaría

(24) Publicada en el Boletín Oficial del 28 de febrero de 2021 (BO: 34.596).

(25) Publicada en el Boletín Oficial del 22 de febrero de 2021 (BO: 34.591).

de la Seguridad Social estableció que “... las disposiciones contenidas en la ley 27.609 serán de aplicación a partir del 1° de marzo de 2021, para todas las prestaciones previsionales a cargo de la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), otorgadas en virtud de la ley 24.241, sus modificatorias y complementarias, de regímenes nacionales generales anteriores a esta y sus modificatorias, de regímenes especiales derogados, o de las excajas o institutos provinciales y municipales de previsión cuyos regímenes fueron transferidos a la Nación”.

En consecuencia, ANSeS estableció que el valor de la movilidad prevista en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias, *correspondiente al mes de marzo de 2021, es de ocho con siete centésimos por ciento (8,07%)* el cual será aplicable a las prestaciones previsionales otorgadas en virtud de la ley 24.241 y sus modificatorias, de regímenes nacionales generales anteriores a esta y sus modificatorias, de regímenes especiales derogados, o por las excajas o institutos provinciales y municipales de previsión cuyos regímenes fueron transferidos a la Nación; como así también a los montos de las asignaciones familiares y universales y a los rangos de ingresos del grupo familiar previstos en la ley 24.714, sus normas complementarias y modificatorias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6° de esta (asignación por maternidad).

ii. Por res. ANSeS 105 de fecha 18 de mayo de 2021 **(26)**, se determinó que el valor de la movilidad prevista en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias, *correspondiente al mes de junio de 2021, fue de doce con doce centésimos por ciento (12,12%)*.

iii. Por res. ANSeS 171 de fecha 18 de agosto de 2021 **(27)**, el valor de la movilidad prevista en el art. 32 de la ley 24.241 y sus modificatorias, *correspondiente al mes de septiembre de 2021, fue de doce con treinta y nueve centésimos por ciento (12,39%)*.

(26) Publicada en el Boletín Oficial del 19 de mayo de 2021 (BO: 34.659).

(27) Publicada en el Boletín Oficial del 20 de agosto de 2021 (BO: 34.729).

II.3. Res. SSS 20/2021. Índice combinado (art. 2° de la ley 26.417)

En tal orden, mediante res. SSS 20 de fecha 24 de agosto de 2021 **(28)** de la Secretaría de Seguridad Social se establecieron los coeficientes de actualización de las remuneraciones mensuales percibidas por los afiliados que hubiesen prestado tareas en relación de dependencia, cesados a partir del 31 de agosto de 2021 o soliciten su beneficio desde el 1° de septiembre de 2021.

II.4. Res. ANSeS 174/2021. Incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las asignaciones familiares previstas en la ley 24.714

En el marco de las facultades reglamentarias, complementarias, interpretativas y aclaratorias concedidas, la ANSeS dictó la res. ANSeS 174 de fecha 25 de agosto de 2021 **(29)** mediante la cual se establece que el incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las asignaciones familiares previstas en la ley 24.714, sus normas complementarias y modificatorias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6° de esta, será equivalente al doce con treinta y nueve centésimos por ciento (12,39%) de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2° de la res. ANSeS 109 de fecha 22 de mayo de 2021 **(30)**, conforme lo previsto en el art. 1° de la res. ANSeS 105/2021.

En cuanto a los rangos y montos de las asignaciones familiares contempladas en la ley 24.714, sus complementarias y modificatorias, a partir del mes de septiembre de 2021, son los siguientes:

(28) Publicada en el Boletín Oficial del 25 de agosto de 2021 (BO: 34.732).

(29) Publicada en el Boletín Oficial del 27 de agosto de 2021 (BO: 34.734). La res. ANSeS 109/2021 estableció un incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las asignaciones familiares previstas en la ley 24.714, sus normas complementarias y modificatorias, con excepción de la establecida en el inc. e) del art. 6° de esta, equivalente al doce con doce centésimos por ciento (12,12%) de los rangos y montos establecidos en los Anexos mencionados en el art. 2° de la res. ANSeS 51 de fecha 26 de febrero de 2021, conforme lo previsto en el art. 1° de la res. ANSeS 105/2021.

(30) Publicada en el Boletín Oficial del 27 de mayo de 2021 (BO: 34.665).

Rangos y montos de asignaciones familiares para trabajadores en relación de dependencia registrados y titulares de la Ley de Riesgos del Trabajo

Asignaciones Familiares	Valor Gral.	Zona 1	Zona 2	Zona 3	Zona 4
MATERNIDAD					
Sin tope de Ingreso Grupo Familiar (IGF)	Remuneración Bruta				
NACIMIENTO					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.904.-	\$ 5.904.-	\$ 5.904.-	\$ 5.904.-	\$ 5.904.-
ADOPCIÓN					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 35.312-	\$ 35.312-	\$ 35.312-	\$ 35.312-	\$ 35.312-
MATRIMONIO					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 8.841.-	\$ 8.841.-	\$ 8.841.-	\$ 8.841.-	\$ 8.841.-
PRENATAL					
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-	\$ 5.063.-	\$ 10.924.-	\$ 10.116.-	\$ 10.924.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-	\$ 4.511.-	\$ 6.759.-	\$ 8.988.-	\$ 8.988.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-	\$ 4.065.-	\$ 6.102.-	\$ 8.122.-	\$ 8.122.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-	\$ 2.082.-	\$ 3.118.-	\$ 4.126.-	\$ 4.126.-
HIJO					
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-	\$ 5.063.-	\$ 10.924.-	\$ 10.116.-	\$ 10.924.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-	\$ 4.511.-	\$ 6.759.-	\$ 8.988.-	\$ 8.988.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-	\$ 4.065.-	\$ 6.102.-	\$ 8.122.-	\$ 8.122.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-	\$ 2.082.-	\$ 3.118.-	\$ 4.126.-	\$ 4.126.-
HIJO CON DISCAPACIDAD					
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 16.496.-	\$ 16.496.-	\$ 24.722.-	\$ 32.953.-	\$ 32.953.-
IGF entre\$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 11.668.-	\$ 15.912.-	\$ 23.847.-	\$ 31.786.-	\$ 31.786.-
IGF desde \$ 115.062,01.-	\$ 7.364.-	\$ 15.319.-	\$ 22.962.-	\$ 30.609.-	\$ 30.609.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL					
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-	\$ 7.083.-	\$ 8.463.-	\$ 8.463.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD					
Sin tope de IGF	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-	\$ 7.083.-	\$ 8.463.-	\$ 8.463.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1, Zona 2, Zona 3 o Zona 4.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Río Negro y Neuquén; en los Departamentos Bermejo, Ramón Lista y Matacos en Formosa; Departamento Las Heras (Distrito Las Cuevas); Departamento Luján de Cuyo (Distritos Potrerillos, Carrizal, Agrelo, Ugarteche, Perdriel, Las Compuertas); Departamento Tupungato (Distritos Santa Clara, Zapata, San José, Anchoris); Departamento Tunuyán (Distrito Los Árboles, Los Chacayes, Campo de Los Andes); Departamento San Carlos (Distrito Pareditas); Departamento San Rafael (Distrito Cuadro Venegas); Departamento Malargüe (Distritos Malargüe, Río Grande, Río Barrancas, Agua Escondida); Departamento Maipú (Distritos Russell, Cruz de Piedra, Lumlunta, Las Barrancas); Departamento Rivadavia (Distritos El Mirador, Los Campamentos,

Los Árboles, Reducción, Medrano) en Mendoza; Orán (excepto la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán y su ejido urbano) en Salta.

Zona 2: Provincia del Chubut.

Zona 3: Departamento Antofagasta de la Sierra (actividad minera) en Catamarca; Departamentos Cochinoca, Humahuaca, Rinconada, Santa Catalina, Susques y Yavi en Jujuy; Departamentos Los Andes, Santa Victoria, Rivadavia y Gral. San Martín (excepto la ciudad de Tartagal y su ejido urbano) en Salta.

Zona 4: Provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

Rangos y montos de asignaciones familiares para titulares de la prestación por desempleo

Asignaciones Familiares	Valor Gral.
NACIMIENTO	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.904.-
ADOPCIÓN	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 35.312.-
MATRIMONIO	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 8.841.-
PRENATAL	
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-
HIJO	
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-
HIJO CON DISCAPACIDAD	
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 16.496.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 11.668.-
IGF desde \$ 115.062,01.-	\$ 7.364.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 4.244.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	
Sin tope de IGF	\$ 4.244.-

Rangos y montos de asignaciones familiares para titulares del Sistema Integrado Previsional Argentino

Asignaciones Familiares	Valor Gral.	Zona 1
CÓNYUGE		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 1.227.-	\$ 2.436.-
HIJO		
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-	\$ 5.063.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-	\$ 4.511.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-	\$ 4.065.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-	\$ 2.082.-
HIJO CON DISCAPACIDAD		
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 16.496.-	\$ 16.496.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 11.668.-	\$ 15.912.-
IGF desde \$ 115.062,01.-	\$ 7.364.-	\$ 15.319.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD		
Sin tope de IGF	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Provincia de Buenos Aires.

Rangos y montos de asignaciones familiares para veteranos de guerra del Atlántico Sur

Asignaciones Familiares	Valor Gral.	Zona 1
NACIMIENTO		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 5.904.-	\$ 5.904.-
ADOPCIÓN		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 35.312.-	\$ 35.312.-
MATRIMONIO		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 8.841.-	\$ 8.841.-
CÓNYUGE		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 1.227.-	\$ 2.436.-
PRENATAL		
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-	\$ 5.063.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-	\$ 4.511.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-	\$ 4.065.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-	\$ 2.082.-

Asignaciones Familiares	Valor Gral.	Zona 1
HIJO		
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 5.063.-	\$ 5.063.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 3.415.-	\$ 4.511.-
IGF entre \$ 115.062,01.- y \$ 132.844.-	\$ 2.064.-	\$ 4.065.-
IGF entre \$ 132.844,01.- y \$ 210.278.-	\$ 1.063.-	\$ 2.082.-
HIJO CON DISCAPACIDAD		
IGF hasta \$ 78.454.-	\$ 16.496.-	\$ 16.496.-
IGF entre \$ 78.454,01.- y \$ 115.062.-	\$ 11.668.-	\$ 15.912.-
IGF desde \$ 115.062,01.-	\$ 7.364.-	\$ 15.319.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL		
IGF hasta \$ 210.278.-	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD		
Sin tope de IGF	\$ 4.244.-	\$ 5.662.-

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Provincia de Buenos Aires.

Montos para titulares de asignaciones universales para protección social

Asignaciones Universales para Protección Social	Valor Gral.	80% (31)	20% (32)	Zona 1	80% (33)	20% (34)
EMBARAZO	\$ 5.063.-	\$ 4.050,40	\$ 1.012,60	\$ 6.582.-	\$ 5.265,60	\$ 1.316,40
HIJO	\$ 5.063.-	\$ 4.050,40	\$ 1.012,60	\$ 6.582.-	\$ 5.265,60	\$ 1.316,40
HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 16.496.-	\$ 13.196,80	\$ 3.299,20	\$ 21.445.-	\$ 17.156,00	\$ 4.289,00
AYUDA ESCOLAR ANUAL	\$ 4.244.-	-----	-----	\$ 4.244.-	-----	-----
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 4.244.-	-----	-----	\$ 4.244.-	-----	-----

Valor General: Todo el país a excepción de las localidades comprendidas como Zona 1.

Zona 1: Provincias de La Pampa, Chubut, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Partido de Patagones, Provincia de Buenos Aires.

(31) Ochenta por ciento (80%) sobre la liquidación normal.

(32) Veinte por ciento (20%) acumulado de la AUH contra la presentación de la Libreta Nacional de Seguridad Social, Salud y Educación más la Declaración Jurada del adulto responsable. Veinte por ciento (20%) acumulado de la AUE contra la presentación del Formulario "Solicitud Asignación por Embarazo para Protección Social" con los rubros 1 y 3 debidamente cumplimentados, adjuntando además, la constancia de Inscripción en el Plan Nacer/Programa SUMAR del recién nacido y la Partida de Nacimiento o Certificado de Defunción/Interrupción del Embarazo.

(33) Idem nota 30.

(34) Idem nota 31.

Rangos y montos de asignaciones familiares para trabajadores monotributistas

Asignaciones Familiares	Categorías				
	A, B, C	D	E	F, G, H	I, J, K
PRENATAL	\$ 5.063.-	\$ 3.415.-	\$ 2.064.-	\$ 1.063.-	-----
HIJO	\$ 5.063.-	\$ 3.415.-	\$ 2.064.-	\$ 1.063.-	-----
HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 16.496.-	\$ 11.668.-	\$ 7.364.-	\$ 7.364.-	\$ 7.364.-
AYUDA ESCOLAR ANUAL	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	-----
AYUDA ESCOLAR ANUAL PARA HIJO CON DISCAPACIDAD	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-	\$ 4.244.-

Finalmente, la norma prevé que cuando, por aplicación del incremento otorgado, el monto de las asignaciones familiares y/o el valor de los rangos de ingresos del grupo familiar resulten con decimales, se aplicó un redondeo al valor entero siguiente.

El límite de ingresos máximos aplicable a los titulares y a las titulares de los incs. a) y b) del art. 1º de la ley 24.714 y sus modificatorias, correspondiente al grupo familiar referido en el art. 1º del dec. 1667 de fecha 12 de septiembre de 2012 (35), no fue modificado encontrándose en la suma de pesos doscientos diez mil doscientos setenta y ocho (\$210.278).

En función de ello, la percepción de un ingreso superior a pesos ciento cinco mil ciento treinta y nueve (\$105.139) por parte de una de las personas integrantes del grupo familiar, excluye a dicho grupo del cobro de las asignaciones familiares, aun cuando la suma de sus ingresos no supere el límite máximo de ingresos del grupo familiar.

II.6.g. Res. ANSeS 178/2021. Incremento de las Prestaciones de la Seguridad Social

La res. ANSeS 178 de fecha 25 de agosto de 2021 **(36)** determinó que el haber mínimo garantizado vigente a partir del mes de septiembre de 2021, dispuesto de conformidad con las previsiones del art. 8º de la ley 26.417, es de pesos veinticinco mil novecientos veintidós con cuarenta y dos centavos [\$25.922,42 (37)].

Por su parte el haber máximo vigente a partir del mes de septiembre de 2021, dispuesto de conformidad con las previsiones del art. 9º de la ley 26.417, es de pesos ciento setenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y tres con treinta y ocho centavos [\$174.433,38 **(38)**].

Las bases imponible mínima y máxima previstas en el primer párrafo del art. 9º de la ley 24.241, texto según la ley 26.222, conforme lo establecido en el art. 5º del dec. 692/2020, quedaron establecidas en la suma de pesos ocho mil setecientos treinta con sesenta y siete centavos (\$8.730,67) y pesos doscientos ochenta y tres mil setecientos cuarenta y dos con sesenta centavos (\$283.742,60)

(35) Publicado en el Boletín Oficial del 13 de septiembre de 2012 (BO: 32.480).

(36) Publicada en el Boletín Oficial del 27 de agosto de 2021 (BO: 34.734).

(37) El "Haber Mínimo" correspondiente al mensual 08/2020 (res. ANSeS 108 de fecha 22 de mayo de 2021) ascendía a la suma de pesos veintitrés mil sesenta y cuatro con setenta centavos (\$23.064,70).

(38) El "Haber Máximo" del mensual 08/2021 ascendía a la suma de pesos ciento cincuenta y cinco mil doscientos tres con sesenta y cinco centavos (\$155.203,65).

respectivamente, a partir del período devengado septiembre de 2021 **(39)**.

El importe de la Prestación Básica Universal (PBU), de acuerdo con lo previsto en el art. 19 de la ley 24.241 y sus modificatorias, se fijó a partir del mes de septiembre de 2021, en la suma de pesos once mil ochocientos cincuenta y ocho con treinta y tres centavos [\$11.858,33 **(40)**].

El importe de la Pensión Universal para el Adulto Mayor [PUAM **(41)**], aplicable a par-

(39) Reemplazando a las que estaban establecidas en la suma de pesos siete mil setecientos sesenta y ocho con diecinueve centavos (\$7768,19) y pesos doscientos cincuenta y dos mil cuatrocientos sesenta y dos con cincuenta centavos (\$252.462,50) respectivamente, a partir del período devengado junio de 2021.

(40) El valor de la PBU al 08/2021 ascendía a la suma de pesos diez mil quinientos cincuenta y uno con cinco centavos (\$10.551,05).

(41) Prevista en el art. 13 de la ley 27.260.

tir del mes de septiembre de 2021 se estableció en la suma de pesos veinte mil setecientos treinta y siete con noventa y cuatro centavos [\$20.737,94 **(42)**].

Las remuneraciones de los afiliados que cesaren en la actividad a partir del 31 de agosto de 2021 o los que, encontrándose encuadrados en la compatibilidad establecida por el art. 34 de la ley 24.241 y sus modificatorias, continúen en actividad y solicitaren la prestación a partir del 1º de septiembre de 2021, se actualizarán a los fines establecidos por el art. 24, inc. a) de la ley 24.241 y sus modificatorias, según el texto introducido por el art. 12 de la ley 26.417, mediante la aplicación de los índices de actualización determinados por la Secretaría de Seguridad Social en la res. SSS 20 de fecha 24 de agosto de 2021.

(42) El valor de la PUAM al 08/2021 ascendía a la suma de pesos dieciocho mil cuatrocientos cincuenta y uno con setenta y seis centavos (\$18.451,76).

Actualidad en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires 11/2021

Rafael E. Toledo Ríos

Sumario: I. Haber previsional.— II. Procedimiento administrativo y judicial.— III. Perspectiva de género.

I. Haber previsional

I.1. Pensión. Herederos civiles. Cargo deudor. Potestad anulatoria de la administración. Art. 117, dec.-ley 7647/1970. Art. 62, dec.-ley 9650/1980. Aplicación analógica. Prescripción bienal. Actualización monetaria. Improcedencia. Art. 4030 del Cód. Civil. Intereses. Costas por su orden

SCBA, 23/02/2021, “de Arrascada, Carlos Marcelo y otra c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social). Demanda contencioso-administrativa” (B. 66.581)

I.1.a. Resultado

La Suprema Corte hizo lugar a la demanda, anulando el cargo deudor formulado, y condenando al IPS a abonar a los actores en su carácter de únicos y universales herederos de Juan Carlos de Arrascada y María Carmen Rosito, los haberes pensionarios devengados desde el 15/07/1991 hasta el 19/05/1998, con intereses a la tasa pasiva.

I.1.b. Antecedentes

— el 22/03/1991 Juan Carlos de Arrascada solicita Jubilación por invalidez y anticipo jubilario ante el IPS;

— el 14/07/1991 fallece Juan Carlos de Arrascada;

— el 25/07/1991 María Carmen Rosito solicita pensión en el IPS, en carácter de esposa;

— el 23/09/1991 María Carmen Rosito solicita ante la Caja de Industria y Comercio el reconocimiento de servicios de su esposo, para hacerlos valer ante el IPS;

— el 29/12/1992 ANSeS remitió al IPS el reconocimiento de servicios nacionales desempeñados por Juan Carlos de Arrascada;

— el 19/05/1998 fallece María Carmen Rosito;

— en diciembre de 1998 el IPS dicta resolución reconociendo el goce de pensión a María Carmen Rosito desde 15/07/1991 hasta 19/05/1998, declarando de legítimo abono las sumas devengadas en ese concepto a favor de los herederos que se acrediten como tales;

— la auditoría del IPS aconseja formular cargo deudor por el período 15/07/1991 a marzo/1993, fecha de baja de la pensión anteriormente otorgada en el ámbito nacional;

— en septiembre/2002 el IPS revoca la resolución del año 1998, estableciendo que no existen sumas a favor de los derechohabientes del causante Juan Carlos de Arrascada ni de María Car-

men Rosito, y declarando legítimo el cargo deudor formulado, por valor de \$29.846,24;

— los actores Carlos Marcelo de Arrascada y María Laura de Arrascada, fueron declarados únicos y universales herederos de sus padres Juan Carlos de Arrascada y María Carmen Rosito.

I.1.c. Referencias

Legislativa: Dec. 9316/1946; ley 23.604; dec.-ley 7647/1970, art. 117; ley 23.604; Cód. Civil, arts. 622, 623, 738, 762, 1055, 4023, 4030; Cód. Civ. y Com., arts. 2º, 7º, 768, 770; ley 23.928, art. 7º; dec.-ley 9650/1980, arts. 61, 62; ley 12.008; ley 18.037, arts. 82, 83; ley 14.236.

Jurisprudencia: “Taberner de Ávila”, B. 59.953; “Sotura de Oteiza”, B. 63.509; “Rosati”, B. 61.645; “Dimitroff”, B. 57.574; “Volpi”, B. 66.922; “Faga”, B. 62.786; “Aranda”, B. 63.032; “Ubertalli”, B. 62.488; “Maio”, B. 58.550; “Polizza”, B. 57.577; “Buján”, B. 53.040; “Angulo”, B. 57.736; “Conde”, B. 64.968; “Macchi”, I. 75.111; “Buffarini de Rakijar”, B. 59.451; “Morossi de Ferraro”, B. 55.958; “Kodak Argentina”, B. 67.344; “Moreno”, B. 63.335; “Rocha”, B. 64.669; “Mazzulli”, B. 62.790; “Correo Argentino SA”, B. 65.432; “Sisterna”, B. 60.937; “Miralles”, CS, 18/04/1985; “Baldi de Perveri”, B. 59.637; “Grillo”, B. 60.283.

Doctrina: LINARES, J. F., “Caso administrativo no previsto”, ps. 18 y ss.

I.1.d. Fundamentos

“La cuestión a resolver estriba en determinar si la autoridad administrativa al dictar la res. 497.904/2002, que revocó la res. 422.852/1998 y formuló cargo deudor a los derecho habientes de los señores Juan Carlos de Arrascada y María Carmen Rosito, se ajusta a derecho”.

“Los agravios de los demandantes sobre los cuales sientan su pretensión anulatoria son los siguientes: i. De un lado, invocan el art. 117 del dec.-ley 7647/1970 y sostienen que la revocación de la res. 422.852/1998 es contraria a la ley por el tiempo transcurrido. Plantean, además, la defensa de prescripción. ii. Del otro, cuestionan que la autoridad demandada ejerció la potestad anulatoria sin su intervención, omitiendo darles traslado de la liquidación del cargo deudor aquí cuestionado”.

“[E]n el período 6/1992 el beneficio de la señora Rosito ya se encontraba suspendido, no habiendo prueba que acredite que haya sido percibido por la beneficiaria desde el 11/91 hasta el período 5/92”.

“[E]sta información vinculada a los servicios desempeñados en la jurisdicción nacional y beneficios otorgados al causante y cónyuge superviviente fueron puestas en conocimiento del organismo previsional demandado con la remisión de las correspondientes actuaciones el 29 de diciembre de 1992, es decir, más de seis años antes del acto que reconoció el derecho de pensión a la señora Rosito (v. resolución IPS 422.852/98 - v. fs. ...) y casi diez años antes del dictado del acto que por esta acción se impugna (v. resolución IPS 497.904/02 - fs. ...).”

“Teniendo en cuenta la realidad que emana de las actuaciones administrativas, tal como se expusiera y por imperio del principio de seguridad jurídica, concluyo que asiste razón a la parte actora cuando cuestiona en este punto el comportamiento administrativo”.

“[J]uzgo que es fundada la impugnación que se plantea en cuanto a que el ejercicio de la potestad anulatoria se verificó de modo extemporáneo. Y estimo, por ello, que corresponde aplicar el art. 117 del dec.-ley 7647/1970 para invalidar el obrar seguido en la especie por la autoridad administrativa”.

“[E]n orden al cargo deudor determinado por la supuesta percepción indebida de haberes jubilatorios y pensionarios, entiendo que a la fecha del dictado de la res. 497.904/2002 había operado la prescripción”.

“[H]e expresado desde tiempo atrás mi posición en orden a buscar solución en la legislación previsional (conf. voto del doctor Negri al que adherí en la causa B. 66.922, ‘Volpi’, sent. de 17/12/2014 y sus citas, entre muchas otras)”.

“El art. 62 del dec.-ley 9650/1980 (t.o. 1.994) regula para los haberes que le son debidos al afiliado, un plazo de prescripción bienal cuando estos fueran devengados con posterioridad a la solicitud de la prestación”.

“[L]a legislación le confiere a la demandada el derecho a liberarse de abonar deudas anteriores al plazo antes referido, pero, ante la situación inversa, cuando los afiliados deben devolver las sumas percibidas indebidamente, no les reconoce el mismo derecho, haciendo recaer sobre ellos las consecuencias de un error sobre la causa o motivo que originó la propia autoridad demandada.”

“Tal discriminación, que no puede obedecer sino a una omisión del legislador, resulta a todas luces arbitraria y, ante ello, cobra especial vigor el método constructivo de interpretación jurídica que se fundamenta en la totalidad sistemática que conforma un texto jurídico (conf. LINARES, J. F., ‘Caso administrativo no previsto’, ps. 18 y ss.)”

“Sobre dicha base, teniendo en consideración el plazo de prescripción que fija el art. 62 del texto legal citado y haciendo mérito de que en materia previsional debe procurarse la aplicación racional de las normas que la integran y debe evitarse la adopción de soluciones injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto (conf. doctrina causas B. 51.853, ‘Napp’, sent. de 31/05/1990; B. 50.915, ‘Sucaret’, sent. de 02/10/1990; B. 53.529, ‘Soler’, sent. de 27/04/1993; B. 54.179, ‘Vacare’, sent. de 24/08/1993 y B. 54.616, ‘Delgado’, sent. de 21/09/1993), estimo que ha de estarse al plazo regulado por el citado art. 62, tercer párrafo del dec.-ley 9650/1980 (prescripción bienal), aplicando analógicamente lo dispuesto en ese precepto, sobre la base de los principios de razón y justicia que deben prevalecer en el caso (conf. mis votos en las causas B. 62.790, ‘Mazzulli’, sent. de 03/06/2009; B. 62.786, ‘Faga’, sent. de 21/12/2011; e.o.)”

“[T]eniendo en cuenta que el monto liquidado en concepto de cargo deudor lo fue por el período 1 de febrero de 1990 al 14/07/1991, respecto al señor Juan Carlos de Arrascada y, por el lapso transcurrido entre el 15/07/1991 y marzo de 1993, con relación a la señora María Carmen Rosito; y considerando que la res. 497.904/2002 que lo refrendara, emanada de la máxima autoridad del organismo previsional, fue debidamente notificada a la parte actora el 17 de octubre de 2002 (v. fs. ...) concluyo que la deuda determinada a esa fecha había prescripto”.

“[E]n cuanto a la petición de que las sumas reclamadas sean abonadas con actualización

monetaria, entiendo que debe ser rechazada de conformidad con lo ordenado por los arts. 10 de la ley 23.928 (t.o. ley 25.561) y la doctrina que surge de las causas ... y B. 63.032, ‘Aranda’, sentencia de 21/11/2018”.

“[C]orresponde anular las resoluciones 497.904/2002 y 507.254/2003 dictadas por el Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires y dejar sin efecto la liquidación del cargo deudor formulado a los actores por la suma de pesos veintinueve mil ochocientos cuarenta y seis con 24/100 (\$29.846,24)”.

“[C]onforme lo términos en que fue planteada la pretensión, deberá la demandada abonar a los actores, en su carácter de únicos y universales herederos de la señora María Carmen Rosito, los haberes pensionarios devengados desde el 15/07/1991 hasta el 19 de mayo de 1998, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2º de la resolución del IPS 422.852/1998, la que a tenor del presente decisorio recobra plena vigencia”.

“A los montos que surjan de la correspondiente liquidación se adicionarán intereses que, en este supuesto, deberán calcularse exclusivamente sobre el capital, de acuerdo con la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a ‘Costas por su orden (art. 17, ley 2961 por remisión del art. 78, inc. 3º, ley 12.008 —texto según ley 13.101-)’ (del voto de la Dra. Kogan).”

“[T]al solución —declaración de invalidez y eventual reenvío a la autoridad administrativa para que adopte una nueva decisión observando los trámites debidos— solo ha de proceder cuando, según la prudente valoración del órgano jurisdiccional y en función del objeto de la pretensión deducida, como de la prueba efectivamente producida en la causa, no sea factible o jurídicamente procedente dirimir en su sede la cuestión planteada”.

“[S]i bien considero que la omisión en la que incurrió el IPS es grave en términos de derecho de defensa, advierto que las quejas levantadas por los coactores en su demanda a fs. 20/21 son susceptibles de abordaje en la presente instancia judicial, razón por la cual una anulación sobre tal supuesto con el consecuente reenvío no sería sino un improductivo remedio. De hecho, la ateniendo a la extinción de la potestad revo-

catoria ya fue verificada en el voto de la doctora Kogan al cual presté mi adhesión, mientras que la defensa de prescripción para el cargo deudor sobre la base de lo percibido por el señor de Arrascada fue acogida más arriba”.

“[L]a falta de percepción material de la pensión derivada que le fuera concedida a la señora Rosito por la ANSeS como continuadora de la ex Caja de Industria y Comercio no altera la circunstancia de que el IPS, no habiendo sido anoticiado de dicha situación, efectivamente desembolsó sumas de su propio sistema a fin de pagarle a esta última similar beneficio en la órbita provincial producto de la jubilación por incapacidad del señor de Arrascada como efectivo del Servicio Penitenciario Bonaerense. En tales condiciones, es innegable que la autoridad previsional sufrió un perjuicio patrimonial que el art. 61 del dec.-ley 9650/1980 la autoriza a recuperar, máxime al no verificarse que esas sumas no cobradas hayan sido a la postre transferidas al IPS para cubrir la erogación” (del voto del Dr. Soria).

“[S]i consideramos razonable el establecimiento de un plazo prescriptivo diferenciado para el pago de las prestaciones devengadas y no abonadas por el IPS, en aras del interés general, no deberíamos luego admitir la aplicación analógica de la misma solución a favor de quien ha *percibido sin causa* fondos de ese mismo sistema que se pretende preservar, pues ello importaría un contrasentido”.

“No se puede poner en un pie de igualdad, por vía de la aplicación analógica (arts. 16, Cód. Civil —actual 2º, Cód. Civ. y Com.— y 171, Const. prov.), sin quebrar el sistema solidario, a quienes teniendo derecho no percibieron sus haberes por aplicación de una norma que limita el plazo de prescripción liberatoria, con quienes han percibido parte de sus ingresos sin justa causa, enriqueciéndose injustamente”

“Descartada la aplicación de los arts. 16 de la ley 14.236 y 62 del dec.-ley 9650/1980 (t.o. 1994), entiendo, más allá de lo postulado por las partes (principio *iuria novit curia*), que resulta de aplicación el plazo bienal de prescripción liberatoria previsto en el art. 4030 del Cód. Civil (SCBA, B.60.283, ‘Grillo’, sent. de 17/12/2003)”.

“El pago por error no impide repetir lo abonado sin causa (art. 791, Cód. Civil), pues de lo contrario se estaría convalidando un enriquecimiento ilícito en detrimento del organismo público, pero queda como toda deuda exigible al instituto de la prescripción liberatoria”.

“Por lo expuesto, juzgo que el plazo de prescripción liberatoria es el bienal establecido en el art. 4030 del Cód. Civil (entonces, vigente, conf. art. 7º, Cód. Civ. y Com.), atento que no se trataba de una suma determinada con audiencia de parte” (del voto del Dr. Pettigiani).

1.2. Insalubridad. Instrumentadoras quirúrgicas del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) “Dr. Oscar Alende” de Mar del Plata. Resolución 143/2004. Horas extras. Recategorización. Insuficiencia del RIL. Cuestiones fácticas. Falta de configuración del absurdo. Actuar negligente del Ministerio de Salud. Crítica insuficiente. Costas (mayoría). Presupuestos de insalubridad. Tareas de refacción. Períodos. Insalubridad por el lugar y no por las tareas (minoría)

SCBA, 09/04/2021, “Gutiérrez, María Beatriz y otros c. HIGA y otro s/ pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (A. 75.654)

I.2.a. Resultado

El Tribunal por mayoría rechazó el RIL deducido por la Fiscalía de Estado, contra el fallo de la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata que reconoció a los actores la insalubridad decretada por res. 143/2004 de la Subsecretaría de Trabajo, ordenó abonar diferencias de haberes por horas extras de acuerdo con la jornada reducida conforme art. 26, apart. XIV, dec. 4161/1996, y dispuso informar al IPS la recategorización de los demandantes a los fines previsionales.

I.2.b. Antecedentes

- en el Juzgado Contencioso Administrativo N° 1 de Mar del Plata se desestimó la demanda promovida por agentes y exagentes instrumentadores quirúrgicos del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) “Dr. Oscar Alende”, en la que reclamaban el reconocimiento de la insalubridad, el pago de horas extras y su recategorización previsional;

- la sentencia se fundamentó en que la res. 143/2004 de la Subsecretaría de Trabajo fue dictada con base en circunstancias coyunturales y subsanables, y que la declaración de insalubridad debía ser efectuada por el Ministerio de Salud;

- la Cámara interviniente hizo lugar a la apelación de la parte actora, argumentando que en realidad la Subsecretaría de Trabajo es quien tiene competencia exclusiva para declarar la insalubridad, y que el Ministerio de Salud procedió negligentemente con relación a los reclamos efectuados, por lo que se configuró el “silencio administrativo” quedando habilitada la vía del art. 12, inc. 2º del Código Contencioso Administrativo;

- la Fiscalía de Estado interpuso RIL.

I.2.c. Referencias

Legislativa: Resolución 143/2004 Subsecretaría de Trabajo Provincia de Buenos Aires; ley 10.430; ley 10.149; dec.-ley 9650/1980, arts. 4º, 26; dec. 1351/1971; Código Contencioso Administrativo, art. 16; Cód. Proc. Civ. y Com. Prov. Bs. As., arts. 68, 279, 289, 384.

Jurisprudencia: “Aued”, A. 73.507; “Valentini”, A. 71.412; “Tarchini”, A. 74.085; “Longarini”, A. 70.082; “Schaefer”, B. 62.791.

I.2.d. Fundamentos

“[E]l agravio relacionado con la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo para declarar la insalubridad con fundamento en la pretendida vulneración de los arts. 25, inc. “e” de la ley 10.430; 37 de la ley 10.149; 4º y 26 del dec.-ley 9650/1980 y decs. 476/1981 y 430/1981 no es de recibo”.

“[P]ara reconocer la competencia de la Subsecretaría de Trabajo para emitir la res. 143/2004 —mediante la cual declaró la insalubridad de las tareas desarrolladas en el área de quirófanos del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) ‘Dr. Oscar Alende’ de la ciudad de Mar del Plata—, el Tribunal de Alzada se sustentó en los arts. 2º, 3º, inc. “c” y 37 de la ley 10.149 que asignan al mentado organismo competencia y jurisdicción para entender en materia de trabajo en la Provincia de Buenos Aires”.

“[L]a verificación de las condiciones de salubridad ambiental y, a consecuencia de ello, la

declaración de insalubridad de los lugares de trabajo y de las tareas constituye uno de los cometidos específicos de la mentada Subsecretaría como autoridad administrativa laboral, sin que su actuación se vea circumscripita solo a la inspección de esos aspectos, tal como esgrime el impugnante”.

“[L]a pieza recursiva se limita a proponer una visión subjetiva de los efectos de las normas que aduce como transgredidas en el caso y no contiene una idónea impugnación de los fundamentos que estructuran la sentencia del Tribunal de Alzada, desatendiéndose de su línea argumental a través de un criterio personal distinto en orden a la interpretación de las disposiciones invocadas, sin conseguir demostrar que haya existido errónea aplicación de la ley (doctr. causas ... A. 73.507, ‘Aued’, sent. de 06/06/2018; e.o.)”.

“Esta Suprema Corte ha expresado que resulta insuficiente el remedio procesal deducido que se limita a insistir en un enfoque legal de las circunstancias de autos, disímil al del órgano juzgador sin otro sustento que el afán de hacer prevalecer el propio criterio y cuyas motivaciones esenciales no son rebatidas, lo que conlleva el rechazo de los reproches desplegados (doctr. causa A. 71.412, ‘Valentini’, sent. de 16/12/2016; e.o.)”.

“Para que este Tribunal ingrese a la consideración de cuestiones fácticas al recurrente no le alcanza con argumentar que el hecho, la valoración de la prueba, la relación dialéctica entre los hechos y las normas, pudo ocurrir o hacerse de otra forma, tanto o más aceptable; resultando indispensable demostrar que, de la manera que lo afirma la sentencia, no pudo ser (conf. causas ... A. 70.082, ‘Longarini’, sent. de 29/03/2017; e.o.)”.

“[L]as objeciones formuladas conforman meras discrepancias con lo resuelto, lo que no constituye base idónea para los agravios, pues —como quedó expresado— el absurdo solo se configura cuando media cabal demostración de su existencia, extremo que, tal como se expresó, no aconteció en el *sub-lite*”.

“Tampoco merece acogida la denuncia de intromisión en esferas de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo en que habría incurrido el fallo impugnado”.

“[P]ara resolver como lo hizo, [la Cámara] ponderó el actuar negligente del Ministerio de Salud respecto a los numerosos pedidos de las agentes en torno a la emisión del pertinente acto particular de aplicación de la res. 143/2004 como así también en instar —eventualmente y de considerar que así correspondiere— el dictado del acto de salubridad pertinente si las falencias verificadas habrían sido subsanadas”.

“Esta Corte ha expresado en punto a la denegatoria ficta que ‘El silencio administrativo negativo no equivale a una resolución administrativa desestimatoria, sino que constituye una herramienta en virtud de la cual el interesado puede, si lo desea, acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa a partir de la *fictio iuris* de una respuesta en tal sentido. La ley cubre el vacío derivado de la pasividad de la autoridad pública otorgándole un determinado sentido, con el fin de que aquel pueda llegar a la vía jurisdiccional superando los efectos de aquella omisión’ (doctr. causa SCBA B. 62.791, ‘Schaefer’, sent. de 24/05/2016)”.

“Aquella estructura argumental brindada por Cámara conforme al criterio sentado por este Superior Tribunal provincial tampoco ha sido abordada y criticada con la suficiencia requerida por esta Corte para la procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal”.

“Las costas se imponen al recurrente vencido (arts. 60, inc. 1º, ley 12.008, texto según ley 13.101; 68, primer párrafo y 289 *in fine*, Cód. Proc. Civ. y Com.)” (del voto mayoritario del Dr. Pettigiani).

“En fecha 2 de septiembre de 2008 la Dirección Provincial de Hospitales comunicó que se habían subsanado las deficiencias oportunamente constatadas, desapareciendo el presupuesto de insalubridad. A ello se añade el reconocimiento judicial que constató tareas de refacción edilicia en el área de quirófanos y que, por ello, funcionaban temporalmente en la planta baja”.

“[E]l período de reconocimiento pretendido comprende desde el 3 de marzo de 2004 hasta el día 2 de septiembre de 2008, como límite máximo, debido a los trabajos en sectores transitoriamente insalubres”.

“[A]l constatare deficiencias en el área quirófanos y encararse su refacción, las tareas fueron trasladadas a otro ámbito del hospital, de manera transitoria”.

“Sobre las condiciones de salubridad de estos nuevos espacios quirúrgicos, no hay constancias de su inconveniencia o riesgo para la salud del personal”.

“En ese escenario la sentencia de la Cámara actuante ha resuelto reconocer parcialmente el derecho de las actoras condenando a abonarles las diferencias de haberes entre las horas efectivamente trabajadas en el nosocomio y las que debieron laborar, conforme la jornada reducida dispuesta por el art. 26, apart. XIV del dec. 4161/1996 —reglamentario de la ley 10.430—, desde la notificación del acto que reconoció la insalubridad y hasta las fechas indicadas por cada una de las peticionarias en el escrito liminar”.

“El elemento que corresponde añadir a este análisis consiste en que la insalubridad decretada lo era respecto del espacio laboral y no en cuanto al tipo de trabajo en sí mismo”.

“Claramente la fecha de inicio del período de reconocimiento resulta incontrovertible, mas su extensión —por virtud del funcionamiento de quirófanos en un nuevo espacio— no surge de las constancias acompañadas a la causa”.

“La fijación de la condena, lógicamente, no puede alcanzar hasta el día de la finalización de las obras de refacción, esto es en fecha 2 de septiembre de 2008, sino que presumiblemente lo ha sido en un tiempo bastante anterior”.

“Ello por cuanto, al clausurarse los espacios insalubres, es evidente que las actoras no realizaban allí sus tareas”.

“[C]onsidero que debe hacerse parcialmente lugar al recurso de inaplicabilidad de ley articulado por la Fiscalía de Estado, revocando el pronunciamiento cuestionado en cuanto a la extensión de la condena dispuesta y disponer que las actuaciones se remitan a las instancias ordinarias a los fines de que —en la etapa de ejecución de la sentencia— se dirima el período del reconocimiento pretendido por las actoras, conforme las pautas señaladas precedentemente” (del voto en minoría del Dr. Genoud).

II. Procedimiento administrativo y judicial

II.1. Sucesión. Juicio de reajuste iniciado por el causante. Derechohabientes y herederos civiles. Derecho de accionar en el proceso judicial del reajuste

CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 04/02/2021, “Paolini, Nélide R. s/ sucesión *ab intestato*” (exp. 171.066) (1)

II.1.a. Resultado

La Cámara Federal de Mar del Plata confirmó lo resuelto por la magistrada de 1ª instancia, que había rechazado el planteo efectuado por la apoderada de los herederos de Nélide Rosa Paolini, porque el mismo se refería al cónyuge de la causante Oscar Rubi Gimeno, en cuya sucesión debía ser presentada dicha petición.

II.1.b. Antecedentes

— el causante Oscar Rubio Gimeno inicia juicio de reajuste jubilatorio, el cual tuvo sentencia favorable en 1ª instancia el 10/03/2015, y confirmación de Cámara el 15/12/2017;

— habiendo fallecido Oscar R. Gimeno [no se consigna fecha en la sentencia] su esposa Nélide Rosa Paolini obtiene pensión derivada de ese beneficio jubilatorio;

— la pensionada Nélide R. Paolini se presenta en el juicio de reajuste a fin de continuar con la tramitación;

— el 04/09/2019 fallece Nélide Paolini, cuando aún ANSeS no había liquidado las sumas correspondientes al juicio de reajuste;

— la apoderada de los herederos se presenta en la causa “Paolini, Nélide R. s/ sucesión *ab intestato*”, solicitando que se libre oficio a ANSeS con la declaratoria de herederos de este sucesor para que liquide las sumas adeudadas por sentencia, y las transfiera a la cuenta de autos;

— la Jueza resuelve el 28/10/2020 que tratándose de un impulso referido al juicio de reajuste del causante Oscar R. Gimeno, la presentación

debía efectuarse en los autos “Gimeno, Oscar Rubi s/ sucesión *ab intestato*”;

— la apoderada de los herederos de Nélide R. Paolini interpone recurso de apelación respecto de dicha resolución del 28/10/2020.

II.1.c. Fuentes

Legislativa: ley 24.241, art. 53; Cód. Civ. y Com., arts. 464, 465; Cód. Proc. Civ. y Com., arts. 34, 36, 161, 242 inc. 3º.

Doctrina: PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de Sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 261.

II.1.d. Fundamentos

“El recurso no puede prosperar”. “Es preciso destacar, que el art. 53 de la ley 24.241 reconoce el derecho a pensión a la viuda, viudo, conviviente, e hijos menores hasta los 18 años y/o incapacitados. Así, cuando el trabajador estuviere jubilado, con su muerte la jubilación se extingue naciendo el derecho a la pensión; este derecho pensionario tiene una finalidad absolutamente distinta de la transmisión *mortis causa*, ya que, tiende a proteger económicamente a las personas que, aunque en el caso concreto no sean herederos, la ley presume que estuvieron protegidos o amparados por el causante y, en consecuencia, fallecido este, necesitan ahora la protección del Estado. La pensión no estaba en el patrimonio del jubilado o del afiliado, y se funda en el deber de asistencia que la sociedad se ha impuesto (argto. PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de Sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 261)”.

“Cabe efectuar una distinción entre derechohabientes y herederos, toda vez que, en tal carácter, los primeros tienen derecho a solicitar el beneficio de pensión, cuyo objetivo es el resguardo frente a las contingencias que acarrea el fallecimiento del causante. Así, la existencia de derechohabientes previsionales origina la pensión por fallecimiento, y a ellos corresponden los derechos derivados de este beneficio, mientras que, ante la ausencia de estos, son los herederos quienes tienen derecho a las acreencias derivadas de la jubilación que no fueron percibidas por el causante”.

(1) Se incluye este fallo de la Cámara Federal marplatense por el tema previsional debatido.

“Ahora bien, el juicio de reajuste de haberes fue iniciado en vida por el Sr. Gimeno, y luego de su deceso, la viuda —beneficiaria de la pensión como derechohabiente—, se presentó en la causa, denunció el fallecimiento de su cónyuge y su carácter de pensionada a fin de continuar con su tramitación (conf. proveído Juzgado Federal N° 2, del 06/08/2018). Repárese que la sentencia que admitió el pedido de reajuste fue dictada el 10/03/2015, y confirmada por la Cámara Federal el 15/12/2017”.

“No cabe duda que, ante la existencia de derechohabientes, estos se subrogan en los derechos del causante, titular del juicio de reajuste, y pueden continuarlo, tal como ocurrió con la causante, pues era beneficiaria de la pensión. Pero, al momento de su fallecimiento —el 04/09/2019—, las sumas derivadas del pedido de reajuste aún no habían sido liquidadas”.

“De ello se sigue, que ante la ausencia de derechohabientes, los legitimados para continuar el juicio iniciado en vida por el causante contra ANSeS, solicitar el cumplimiento de la sentencia y percibir las acreencias debidas en razón de la admisión del pedido de ajuste, son los herederos declarados en la sucesión de Oscar Daniel Gimeno, pues tales sumas forman parte del caudal relicto (conf. arts. 464, inc. ñ y 465, inc. d del Cód. Civ. y Com.)”.

“Por los argumentos expuestos, y teniendo en cuenta que no existe impedimento alguno para que los herederos formulen su pedido ante la sucesión de Oscar Daniel Gimeno, de trámite ante el mismo juzgado donde se encuentra radicado el presente sucesorio, corresponde rechazar el recurso de apelación intentado” (de la sentencia suscripta conjuntamente por los Sres. Jueces Loustaunau y Monterisi).

III. Perspectiva de género

III.1. Creación de la Comisión Permanente en materia de Género e Igualdad. Acuerdo SCBA 4032, del 13/08/2021

Visto: que esta Suprema Corte viene desarrollando políticas comprometidas en dar cumplimiento con lo dispuesto en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de

Belém do Pará y los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género y la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, y;

Considerando: 1º) Que en la concreción de ese compromiso, la Suprema Corte ha regulado a través de los Acuerdos 3690, 3925, 3949 y 3964; y las Resoluciones SC 3211/2013, 1819/2013, 2447/2016, SC 2881/19, 656/20, 113/21, 214/21; Res. Pres. 272/13, SPL 140/15, SSJ 298/20, y los Convenios 269/12 y 489/19, acciones específicas que apuntan a la creación de bases sustentables para la consolidación de una vida libre de violencia.

2º) Que más allá de que la función central de este Tribunal es el dictado de sus sentencias con perspectiva de género, a fin de avanzar en nuevas líneas de acción, esta Suprema Corte participa activamente de la Mesa Permanente de Articulación de Políticas de Género y Diversidad Sexual entre los poderes de gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

3º) Que en consecuencia, y con el objeto de profundizar en los avances sobre esta materia, resulta oportuno proponer la creación de una Comisión permanente en materia de género e igualdad, en el ámbito de esta Suprema Corte, que funcione como mecanismo de promoción, seguimiento y articulación de políticas públicas en dicha materia, en el ámbito del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires

4º) Que dicha Comisión, tendrá por cometido incorporar la perspectiva de género en la planificación institucional y en los procesos internos, a fin de alcanzar la equidad, tanto para quienes recurren al sistema de justicia como para quienes actúan dentro de su ámbito, por medio de la articulación y coordinación interinstitucional de información referida a la materia.

5º) Que para alcanzar tales objetivos, la Comisión estará integrada por representantes permanentes de dependencias de la Suprema Corte de Justicia con injerencia en la materia y representación colegial y gremial.

6º) Que, a su vez, y a fin de abordar aspectos que sean necesarios articular con otros opera-

dores del sistema, oportunamente se evaluará la posibilidad de invitar a participar a representantes de otros ámbitos del estado.

Por ello, la Suprema Corte, en ejercicio de sus atribuciones (art. 32, inc. “s”, ley 5827) y con arreglo a lo dispuesto en el art. 4º del Acuerdo 3971.

Acuerda:

Art. 1º: Créase la Comisión Permanente en materia de Género e Igualdad, que funcionará como órgano colegiado de carácter consultivo en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia.

Art. 2º: La función de la Comisión consistirá en elaborar propuestas de políticas específicas en gestión con perspectiva de género para la Administración de Justicia, y para las relaciones laborales en dicho ámbito, asegurando su incorporación en la actividad jurisdiccional de todos los fueros, tomando para ello como eje lo establecido en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (C. 118.472 y acumuladas).

Art. 3º: Será su competencia:

a) Diseñar y propiciar la adopción de protocolos y guías de actuación vinculadas con la temática de género.

b) Relevar y sistematizar sentencias y demás resoluciones judiciales vinculadas con la temática de género.

c) Proponer y sistematizar buenas prácticas en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia de género que se enfoquen en el tratamiento de las problemáticas del servicio de justicia.

d) Seguimiento de la implementación de instrumentos de igualdad en el ámbito del Poder Judicial.

e) Proponer a la Suprema Corte de Justicia actividades de formación permanente en la materia y la implementación de programas y políticas concretas en aras del cumplimiento de sus objetivos.

f) Celebrar reuniones de trabajo con equipos técnicos y organismos no gubernamentales.

g) Invitar a exponer sobre cuestiones afines a representantes del Poder Ejecutivo o Legislativo provincial.

Art. 4º: Estará integrada por:

a) Un representante de la Suprema Corte de Justicia, quien tendrá a su cargo la dirección de las sesiones y deliberaciones del órgano, la proposición de los lineamientos generales del trabajo y la información al cuerpo de lo actuado.

Recibirá asistencia de las Secretarías de Servicios Jurisdiccionales y Personal, la Dirección de Justicia de Paz Letrada y el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte en lo que corresponda.

b) Un representante del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

c) Un representante de la Asociación Judicial Bonaerense.

d) Será secretario de la Comisión Permanente en materia de Género e Igualdad el Funcionario Relator de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia.

Art. 5º: En los casos que el Ministro que ejerza las funciones indicadas en el art. 4º, inc. a) lo considere, convocará a participar como miembros invitados a los representantes del Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, o al organismo que considere oportuno.

Art. 6º: El Presidente de la Suprema Corte de Justicia, dictará las disposiciones reglamentarias para el adecuado funcionamiento de la Comisión Permanente en materia de Género e Igualdad.

Art. 7º: Invítese al Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, y a la Asociación Judicial Bonaerense a formar parte de la Comisión creada por el presente Acuerdo, y a comunicar la persona que habrá de representarlos en calidad de integrante de dicho órgano.

Art. 8º: Solicítese al Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual y al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de

la Provincia de Buenos Aires, la designación de representantes para que en la oportunidad dispuesta en el art. 5º del presente Acuerdo sean convocadas.

Art. 9º: Dentro de los diez [10] días de Integrada la Comisión y aprobado su reglamento, el representante de la Suprema Corte de Justicia convocará a la primera reunión.

Art. 10: Regístrese, comuníquese vía electrónica, publíquese en el Boletín Oficial y en la página web de la Suprema Corte de Justicia, encomendando a la Dirección de Comunicación y Prensa su amplia difusión.

Firmado: Luis Esteban Genoud.— Hilda Kogan.— Sergio Gabriel Torres.— Daniel Fernando Soria.— Matías José Álvarez, Secretario.

Actualidad en Jurisprudencia Provincial 11/2021

Reajustes, amparo por mora y honorarios: fallos de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Rosanna E. Bermúdez

Sumario: I. Introducción.— II. La resolución de los reajustes.— III. La resolución del amparo por mora.— IV. La resolución del recurso arancelario.

I. Introducción

En este artículo reseñaremos tres recientes e interesantes fallos emitidos por la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca al resolver un reajuste de haberes, una acción de amparo en el marco de la Reparación Histórica y un recurso de apelación arancelario en que los profesionales de la parte actora recurrieron por bajos sus honorarios.

II. La resolución de los reajustes

En los autos caratulados “Scamardella, Ana c. Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios”(1), originarios del Juzgado Federal de Viedma, ante los recursos de apelación interpuestos por ambas partes intervino la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

II.1. La sentencia de primera instancia

Había admitido parcialmente la demanda promovida contra la ANSeS y condenado al Organismo a redeterminar la Prestación Compensatoria (PC) y la Prestación Adicional por Permanencia (PAP), de acuerdo con las pautas establecidas por la CS en el fallo “Blanco, Lucio

O. c. ANSeS s/ reajuste varios”(2) y “Elliff, Alberto J. c. ANSeS s/ reajustes varios”(3), es decir, según el índice establecido en la res. ANSeS 140/1995, pero sin la limitación temporal allí contenida.

Asimismo, entendió aplicables las consideraciones vertidas por la CS en el precedente “Quiroga”(4) en lo referido al reajuste de la Prestación Básica Universal (PBU).

Admitió también el reclamo de la actora sobre los aportes efectuados en carácter de autónomo y en consecuencia indicó aplicar lo resuelto en el precedente “Makler, Simón c. ANSeS s/ inconstitucionalidad ley 24.463”(5) de la CS.

Finalmente se pronunció sobre los topes a las prestaciones, ordenando el pago del nuevo haber y las retroactividades correspondientes en los términos que establece el art. 22 de la ley 24.463, conforme al texto modificado por el art. 2º de la ley 26.153 —según la liquidación cuya confección puso en cabeza de la demandada—, con más sus intereses calculados a la Tasa

(2) CS, Fallos: 341:1924.

(3) CS, Fallos: 332:1914.

(4) CS, Fallos: 337:1277.

(5) CS, M. 427.XXXVI, 20/05/2003, Revista de Jubilaciones y Pensiones, t. XIII, p. 428.

(1) Expediente 15060/2017, fallo de fecha 07/09/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA) e impuso las costas en el orden causado.

II.2. Los agravios de la parte actora

Se sustentaron, en primer lugar, en la decisión de diferir el pronunciamiento relativo a la pertinencia de ordenar la actualización de la PBU con la que se integró su haber inicial. Exigió se determine el parámetro de actualización aplicable para el recálculo de la componente y cuestionó la carga de demostrar la confiscatoriedad ante la ausencia de ajuste.

Insistió en la ilegalidad de la retención en concepto de Impuesto a las Ganancias sobre sus haberes.

Luego, requirió la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 27.426, que modificó el índice de movilidad.

Finalmente, discutió la aplicación al caso de la tasa de interés pasiva, postulando que debía utilizarse la activa.

II.3. Los agravios de la parte demandada

Atacaron el modo en que la sentencia ordenó aplicar la doctrina elaborada por la CS en el fallo “Elliff”, reprochando concretamente que para actualizar las remuneraciones a tomar en cuenta para determinar el haber inicial de la actora, se ordenase el empleo del Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción —conocido como “ISBIC”—, el cual, postuló, no fue mentado por ese Alto Tribunal en dicho precedente y no podría prevalecer por sobre el que mide la variación de la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables —en sus siglas “RIPTE”— sobre cuyas ventajas, en detrimento de aquel, se exployó.

En segundo lugar, postuló que resultaba incorrecto aplicar al caso la doctrina del fallo “Quiroga” de la Corte, debido a que el beneficio previsional había sido obtenido con posterioridad a la reforma del art. 20 de la ley 24.241 producida por el art. 4º de la ley 26.417, norma que modificaba sustancialmente el modo de establecer la PBU inicial y, por lo tanto, implicaba un sustrato fáctico diferente al que había dado fundamento al citado pronunciamiento del Címero Tribunal.

Agregó que la solución en “Makler” no resultaba aplicable al caso, pues el beneficiario había completado sus aportes como autónomo a través de un Plan de Regularización de Deuda Previsional, lo que implicaba que aquellos se encontraban correctamente actualizados a la fecha de obtención del beneficio.

Además, se agravio por la decisión de diferir el tratamiento de la inconstitucionalidad de los topes a la etapa de ejecución de sentencia, así como también por la omisión de aplicar los lineamientos de los fallos “Villanustre, Raúl F.” (6) y “Gualtieri” (7).

Finalmente dejó planteada, ante un eventual rechazo del primer agravio, la queja relativa al alcance temporal que otorgó el juez de grado al índice previsto en el fallo “Elliff”.

II.4. Las consideraciones de la Cámara

En lo sustancial, destacó que las cuestiones propuestas guardaban sustancial analogía con las resueltas por esa Cámara en los autos “De Luca, Vicente c. ANSeS s/ reajuste de haberes” (8) y en tal sentido señaló que la doctrina citada continuaba siendo aplicable debido a que la res. SSS 6/2009 y la correspondiente res. ANSeS 135/2009 —cuyo anexo 1 detalla los coeficientes de actualización— no saneó el congelamiento de los índices entre marzo de 1991 y febrero de 2009, fecha en la cual comenzó a regir el creado por el art. 6º de ley 26.417 (sustituto del art. 32 de la ley 24.241).

Asimismo, recordó que esa Cámara Federal, al pronunciarse en autos “Riquelme, Ana María c. Administración Nacional de la Seguridad Social - ANSeS s/ rectificación haber inicial” (9), había declarado inaplicable la res. ANSeS 56/2018, descartando de ese modo la pertinencia de la utilización —para actualizar las remuneraciones devengadas entre abril de 1995 y la entrada en vigencia de la Ley 26.417— del índice RIPTE en los beneficios otorgados con anterioridad al

(6) CS. V.30.XXII, 17/12/1991.

(7) CS, Fallos: 332:1914.

(8) Expediente 41018494/2011, fallo de fecha 25/11/2014 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(9) Expediente 15042/2016, fallo de fecha 07/09/2018 (www.cij.gov.ar/sentencias).

dictado del dec. 807/2016 y, con ello, respaldó la validez del criterio que, en cuanto a la necesidad de computar haberes actualizados, quedó expuesto en “De Luca”.

Sostuvo que con posterioridad la CS, al pronunciarse sobre este asunto en la causa “Blanco, Lucio O. c. ANSeS s/ reajustes varios”, adoptó similar tesitura y dispuso que hasta tanto el Congreso de la Nación no estableciera un índice de actualización de los salarios computables para el cálculo del haber inicial en el período en juego, la doctrina expuesta en el fallo “Elliff” mantenía plena operatividad y vigencia (conforme los consid. 21 y 22).

Por ello, concluyó en ese punto que las consideraciones precedentes resultaban aplicables al caso, pues versaba sobre un beneficio otorgado en septiembre de 2011. Consecuentemente, la PC y la PAP con que se conformó el haber inicial de la parte actora debían ser redeterminadas aplicando para ello, sobre los haberes computables, el índice al que se refiere la res. ANSeS 140/1995, pero sin la limitación temporal allí establecida y luego debía empalmarse con el creado por la ley 26.417 a partir de su entrada en vigencia en febrero de 2009.

Así y para desestimar el agravio con el que la recurrente pretendía limitar la aplicación del ISBIC al 30 de abril de 2008, señaló que ese Tribunal, en el citado fallo “Riquelme” había descartado por insuficiente el índice combinado de la res. 135/2009 que, en su art. 1º, dispuso el empalme de los coeficientes de actualización establecidos por las res. ANSeS 140/1995 y 298/2008.

Posteriormente y al brindar tratamiento a la controversia sobre la actualización de los aportes como autónomos, la alzada sostuvo que las consideraciones de la recurrente coincidían con lo sostenido por esa Cámara en “Hollmann, Enrique G. c. ANSeS s/ varios”⁽¹⁰⁾ —sent. int. S. 505/2020 del 26 de octubre de 2020, en el sentido que “los planes de facilidad de pago *ajustan el valor de los aportes al momento de la determinación de la deuda, por lo que no corresponde sujetarlos a una nueva actualización (en el mismo sentido, la CFed. Seguridad Social en autos*

‘Vaz Rodríguez, María Esther c. ANSeS s/ reajustes varios’, causa 3751/2016, sentencia del 20 de noviembre de 2018)’”.

No obstante, expresó que las constancias del expediente administrativo de la actora permitían advertir que la beneficiaria había recurrido a la moratoria para integrar apenas un periodo mensual de aportes faltantes (específicamente 12 días), por lo que el mecanismo de equivalencias entre rentas y salarios mínimos al que refería la Corte en “Makler” resultaba adecuado para reexpresar casi la totalidad de las cotizaciones efectuadas en carácter de autónomo.

En lo que respecta a la redeterminación de la PBU, señaló que la Corte Suprema de Justicia había aplicado el precedente “Quiroga” a beneficios con fecha de adquisición posterior a la de entrada en vigencia de la ley 26.417 (en autos “Pichersky, Alberto R. c. ANSeS s/ reajustes varios” CSS 080278/2012/1/RH001), por lo que consideró fundamento suficiente para rechazar el planteo de la recurrente.

Por otra parte, sostuvo que respecto a la doctrina surgida del fallo “Villanustre” de la CS, esa Cámara Federal había sostenido en autos “Martínez, Gabriel y otros c. Administración Nacional de la Seguridad Social - ANSeS s/ reajustes por movilidad s/ incidente de ejecución de sentencia de Poinot, Luis Alberto”⁽¹¹⁾, que “... lo digan o no las sentencias definitivas de cualquier instancia, ese canon funciona como un tope máximo que no debe ser sobrepasado porque, de verificarse ello, se quebraría la proporcionalidad entre el salario activo y el haber pasivo, desnaturalizando el sistema previsional. En suma, una primera conclusión es que la aplicación de ‘Villanustre’ no puede ser impedida, aun cuando nada hubiera dicho la sentencia sobre ello. Si se entiende que ello es así, una decisión judicial que declare aplicable ‘Villanustre’ sería sobreabundante...”

Finalmente, en cuanto a la queja referida a la aplicación del criterio sentado por el Supremo Tribunal en el fallo “Gualtieri”, entendió que la documental acompañada permitía constatar que ninguna de las remuneraciones incluidas en el cálculo del haber había superado el mon-

(10) Expediente 43012977/2012, fallo de fecha 26/10/2020 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(11) Expediente 51000854/2006, fallo de fecha 10/02/2020 (www.cij.gov.ar/sentencias).

to imponible máximo correspondiente al período y, por lo tanto, la beneficiaria había efectuado aportes por la totalidad de su salario. En consecuencia, el tope del art. 25 de la ley 24.241 (con remisión al art. 9º) era inocuo en el caso concreto.

Al atender los agravios de la parte actora sostuvo respecto de lo referido la redeterminación de la PBU, que debía ajustarse al criterio adoptado en el precedente “Corte, Sergio A. c. ANSeS s/ ordinario”⁽¹²⁾, donde se establecieron los lineamientos para determinar los supuestos de su procedencia.

Rechazó al agravio de la actora referido a la retención del Impuesto a las Ganancias, basado en que ese proceso no había sido sustanciado con el sujeto activo de esa obligación tributaria, que no era la ANSeS, quien solo cumple el rol de agente de retención del impuesto, sino la AFIP, de modo que sin ese recaudo —es decir, una acción concreta destinada a invalidar constitucionalmente la norma que estableció el gravamen, dirigida contra quien es su acreedor— la solución no podía ser otra que la sostenida en la sentencia apelada y que también había sido reiteradamente aplicada por esa Cámara, entre muchos otros, en autos “Mosquera, Roberto A. y otros c. Administración Nacional de la Seguridad Social - ANSeS s/ reajustes varios s/ incidente”⁽¹³⁾.

Respecto de la queja referida a la validez del sistema de movilidad instaurado por la ley 27.426 entendió que ello constituía un asunto que no había sido propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que le estaba vedado a esa Cámara pronunciarse al respecto, con forme lo normado por el art. 277 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Por último y sobre el planteo relacionado a la tasa de interés aplicable, resolvió rechazarlo atendiendo a los argumentos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación esgrimió en el fallo “Spitale”⁽¹⁴⁾, en cuanto sostuvo que “... la tasa pasiva promedio que elabora el Banco Central de

la República Argentina es adecuadamente satisfactoria del menoscabo patrimonial sufrido por la demandante, en el marco de la índole previsional de la relación jurídica en examen...”

En consecuencia, rechazó íntegramente el recurso de la parte demandada y admitió parcialmente el recurso de la actora e impuso las costas por su orden (art. 21, ley 24.463).

III. La resolución del amparo por mora

En los autos caratulados “Díaz, Estefo c. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ amparo por mora de la Administración”⁽¹⁵⁾, originarios del Juzgado Federal Nº 1 de Neuquén, ante el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la resolución que hizo lugar al amparo por mora de la Administración, tomó intervención la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.

III.1. La acción

Aquí la actora promovió acción de amparo por mora contra la ANSeS para que se ordenara pronto despacho con la finalidad que el Organismo emitiera un pronunciamiento relativo a la propuesta de acuerdo transaccional en el marco de la Reparación Histórica reglada en la ley 27.260, bajo apercibimiento de imponerle sanciones conminatorias por cada día de retardo en el cumplimiento de la manda judicial.

La demandada en su presentación impugnó la vía procesal escogida por la actora y se opuso a la fundabilidad de la demanda.

III.2. La sentencia de grado

Admitió el amparo por mora y en consecuencia ordenó a la demandada que en el plazo de cinco días desde que quedase firme la resolución, emitiera una decisión atinente a la propuesta de acuerdo aceptada por la amparista en el marco de la ley 27.260, el dec. 894/2016 y la res. ANSeS 305/2016, respecto del beneficio de pensión, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retardo.

Impuso las costas a la demandada y retribuyó las labores de los profesionales.

(12) Expediente 43011310/2010, fallo de fecha 05/02/2020 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(13) Expediente 51000226/2008, fallo de fecha 17/11/2017 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(14) CS, Fallos: 327:3721.

(15) Expediente 6306/2020, fallo de fecha 07/09/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Para decidir así, la *a quo* discurrió en torno a la vía procesal empleada por la actora y sobre el denominado Programa Nacional de Reparación Histórica para Jubilados y Pensionados, para luego concluir, con base en antecedentes judiciales que citó, que el amparo por mora era improcedente para obtener una decisión de la Administración en uno u otro sentido, pues la accionante no pretendía un pronunciamiento sobre una petición, sino que se rubricase el convenio, procurando lograr que actuara en el sentido deseado.

Más allá de manifestar su criterio en el asunto, sostuvo que razones de seguridad jurídica y economía procesal aconsejaban observar el temperamento adoptado por esa Cámara en “Aranda, Cristina N. c. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ amparo por mora de la Administración” (16), y admitir la acción.

III.3. Los agravios

En el recurso, luego de reseñar los fundamentos del auto recurrido, adujo que como la única garantía que tenía en el sistema jurídico argentino era el proceso judicial, al haberse desnaturalizado el amparo por mora se cercenaban sus derechos constitucionales.

Agregó que el agravio nació al decidirse el caso por fuera del amparo por mora y, también, de la ley 27.260, para luego preguntarse qué era más valioso para la Constitución, si decidir fundadamente o resolver tomando en consideración la economía procesal y la seguridad jurídica.

En el segundo agravio postuló el error de la decisión recurrida en materia de costas que, a su entender, debió asentarse en lo establecido en el art. 21 de la ley 24.463, para lo cual acudió a citas de sumarios de decisiones judiciales.

En el tercer agravio aludió a la exigüidad del plazo de cinco días habida cuenta el contexto de pandemia, que dificulta las tareas del personal del Organismo Previsional.

III.4. Las consideraciones de la Cámara

El Tribunal destacó, antes de ingresar al tratamiento del recurso, que esa Cámara era com-

petente para entender en el conocimiento y decisión de aquel pues el caso difiere del reglado en el art. 39 bis, inc. e), del dec.-ley 1285/1958, segundo supuesto, en la medida en que con ese amparo por mora no se perseguía compeler a la Administración al dictado de una resolución atinente a la concesión o denegación de un beneficio previsional, cuya ulterior impugnación podría hacerse en los términos del art. 15 de la ley 24.463 y su revisión ante la Alzada a la que se menciona en el art. 18 de esta última ley.

Hecha esa aclaración, señaló que solo el amplio criterio que tenía esa Cámara Federal que se había impuesto desde sus orígenes, permitía tener por satisfecho el recaudo a que alude el art. 265 del Cód. Proc. Civ. y Com. y, consecuentemente, evitar la sanción establecida en el art. 266 conforme lo resuelto en “Alcaráz, Félix A. y otros c. Hidronor SA” (17), “Sánchez, Rubén A. c. ANSeS s/ amparo por mora de la Administración” (18), “Carreras, Eva c. ANSeS s/ amparo por mora de la Administración” (19), “González, Silvia del Carmen c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) s/ prestaciones farmacológicas” (20), entre muchísimos otros.

Destacó el Tribunal que la sola mención de la indebida aplicación de un antecedente de esa Cámara sin explicar por qué ello resultaba desacertado y cuál es el perjuicio que se deriva de esa circunstancia, impedía sopesar las razones que podrían, eventualmente, autorizar a adoptar otro temperamento derivado de esa actividad recursiva, a la vez que dejaba incólume la decisión de grado, en cuanto se sustentó en esas consideraciones, como afirmó la *a quo*, la cuestión propuesta resultaba análoga a la resuelta en “Aranda, Cristina N. c. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ amparo por mora de la Administración”.

(17) No publicado.

(18) Expediente 007648/2013, fallo de fecha 20/11/2015 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(19) Expediente 16707/2018, fallo de fecha 13/08/2019 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(20) Expediente 1726/2019, fallo de fecha 16/08/2019 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(16) Expediente 16581/2019, fallo de fecha 01/09/2020 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Señaló que estaba fuera de discusión que, en la hipótesis más favorable a la recurrente (para no escoger el 22/07/2019, en que la actora habría suscripto el acuerdo mediante la colocación de su identificación biométrica), desde el 14 de septiembre de 2020 en que fue promovido ese amparo por mora hasta el 15 de diciembre de 2020, la Administración se tomó un tiempo que no aparecía como razonable en brindar una respuesta a la solicitud formulada en el ámbito del aludido programa.

En cuanto a las costas, al igual que en el recordado antecedente “Aranda”, recordó que el art. 21 de la ley 24.463 estaba excluido de estos supuestos, por lo que debía seguirse la regla general de su imposición conforme ya lo había resuelto en autos “Signore, Ignacio L. c. ANSeS s/ amparo por mora”(21).

En cuanto al agravio relativo a la exigüidad del plazo de cinco días fijado para el cumplimiento de la manda, sostuvo que admitirlo importaría cohonestar aún más demoras, siendo que la Administración había fracasado en dar razones sobre las ya verificadas.

Finalmente impuso las costas de la Alzada a la recurrente, de acuerdo con lo prescripto por el art. 68 primera parte del Cód. Proc. Civ. y Com.

Por todo lo que expuso, el Tribunal resolvió rechazar el recurso de apelación e imponer las costas de alzada a la recurrente.

IV. La resolución del recurso arancelario

En los autos caratulados “Reyes, Luis A. c. Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) s/ rectificación haber inicial” (22), originario del Juzgado Federal de General Roca, ante el recurso arancelario interpuesto por los letrados de la parte actora, intervino la Cámara Federal de Apelaciones de la misma ciudad.

Aquí la resolución apelada estableció los honorarios de los letrados del promotor del juicio por

su actuación como apoderados en un 7,50% del monto de la liquidación que oportunamente se aprobara.

Ante ello los letrados recurrieron esos estipendios, por reputarlos bajos, impugnación que fue sustanciada con la contraria.

Para establecer si los honorarios son o no reducidos la Cámara Federal consignó que el accionante había obtenido, tanto la redeterminación del haber inicial como la movilidad de este último, al igual que el pago de las sumas dinerarias adeudadas como consecuencia del reconocimiento de esas dos pretensiones.

Asimismo, señaló que los trabajos fueron realizados bajo la vigencia de la ley 21.839 y que el juicio había tramitado bajo las normas del proceso ordinario (art. 38, *ibidem*), el que insumió solo una de las tres etapas del arancel (demanda y contestación, ya que, se declaró conclusa la causa para la emisión del pronunciamiento) y que finalmente, no hubo un monto o asunto del proceso, ab initio.

Destacó que si se considera que la ley aplicable establece un mínimo de 11% y un máximo de 20% (art. 7º) para el patrocinante del vencedor por tres etapas, y como allí fue insumida solo una, los trabajos debieron remunerarse con honorarios ubicados en una escala que va del 3,66% al 6,66%, a lo que habría que adicionar, el promedio del art. 9º por la representación en carácter de apoderados, lo que incrementa aquella en un 4,94% a 8,99%, con independencia de la actuación conjunta de estos (art. 10, ley 21.839).

En consecuencia, por la cantidad, calidad y eficacia de las labores, la naturaleza y complejidad del asunto o proceso, el resultado obtenido, la actuación de los profesionales con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal y, muy especialmente, la trascendencia jurídica, moral y económica que el asunto tenía para la parte y su situación (art. 6º, incs. b, c, e y f), decidió elevar el estipendio a un 9,45%, de lo que arroje la liquidación definitiva.

Por todo lo que expuso, el Tribunal resolvió admitir el recurso arancelario interpuesto contra la retribución fijada y elevar los estipendios profesionales de los letrados del actor e imponer las costas de la Alzada en el orden causado.

(21) Expediente 43012871/2012, fallo de fecha 18/11/2015 (www.cij.gov.ar/sentencias).

(22) Expediente 11000768/2012, fallo de fecha 07/09/2021 (www.cij.gov.ar/sentencias).

Actualidad Internacional en Seguridad Social 11/2021

Estela R. Martí de Minutella

Sumario: I. Bibliografía.— II. Salud.— III. Pensiones.— IV. Previsión social.— V. Riesgos del trabajo.

I. Bibliografía

I.1. *“La incidencia de los diferentes factores endógenos y exógenos sobre la sostenibilidad y suficiencia en el sistema de pensiones”*, Ed. Comares, Granada, 17/03/2021, 298 ps.

El texto, es un trabajo monográfico que como tal, consolida el aporte de varios profesores de las universidades españolas (UMA, UNED, y UCM), dirigidos por los catedráticos Francisco Vila Tierno y Miguel Gutiérrez Bengoechea, que en cuatro títulos, desarrollan la problemática de mención, a partir del estado de situación del Sistema Público de Pensiones español —cabe aclarar— en la etapa inmediatamente anterior a la reforma recientemente aprobada.

Sin embargo, esta observación temporal le confiere al documento, una relevante valoración en tanto permite el cotejo de la perspectiva que conllevan las últimas modificaciones en un marco de sociolaboral que no ha variado; la consecuente perspectiva de sostenibilidad y suficiencia; y los aspectos socioeconómicos de consideración. Como lo indican los autores, factores endógenos y exógenos que —añadimos— pueden ser trasladados a contextos regionales diversos.

I.2. *“El ingreso mínimo vital”*, de Antonio V. SEMPRE NAVARRO y M. BEGOÑA GARCÍA GIL, incluye libro electrónico, Ed. Thomson y Reuters, Aranzandi, Pamplona, marzo 2021, 204 ps.

El referido título integra la “Colección: Monografías Aranzadi de Derecho Laboral”, el cual analiza, si bien con relación a la legislación española, el “ingreso mínimo vital”, que a la fecha de cierre de esta edición permanecía en pen-

diente actualización, y mantenía en vilo la discusión entre los diferentes actores sociales y económicos, cuyo reajuste el gobierno lo ancla en el principio progresivo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

Sin perjuicio de esta acotación, el libro ve a este estipendio, como un derecho subjetivo a una prestación económica de acción protectora que garantiza un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad, en garantía de una mejora real de oportunidades de inclusión social y laboral.

Desde un punto de vista técnico, valoriza el régimen jurídico en el que se estructura, los derechos y obligaciones concernidos; y asuntos relevantes del Ingreso Mínimo Vital, su compatibilidad y los aspectos socioeconómicos y buenas prácticas.

II. Salud

II.1. *El Reino Unido y la Unión Europea: Acuerdo de retirada en materia sanitaria*

Las recientes aperturas y cierres de frontera en el ámbito europeo, que afectaron a la población de ese continente particularmente interesada en los traslados transfronterizos, tuvieron una especial impetración entre el Reino Unido, cuyos residentes son por demás proclives a vacacionar fuera de las Islas, en lo que respecta a los seguros médicos y cobertura sanitaria que con anterioridad al Brexit se hallaba de rutina fuera de preocupación de las personas. Ello, sin perjuicio del interés que también despertara en trabajadores, profesionales, estudiantes y demás a quienes les resultara pertinente el conocimiento de las nuevas condiciones en la materia.

Al respecto el Reino Unido y la UE convinieron en el Acuerdo de Retirada del 24/12/2020, que la vigencia Tarjeta Sanitaria Europea (EHIC) hasta la fecha de caducidad de cada una —unas 27 millones de ellas—. De modo tal que al expirar la vigencia de 5 años, el Gobierno Británico, emitirá en substitución a sus ciudadanos la nueva Tarjeta de Seguro de Salud (GHIC).

En defecto de la amplitud de cobertura de la anterior EHIC que todavía brinda derecho al tratamiento sanitario del Estado en caso de enfermar o tener un accidente en cualquier país de la UE, así como en Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein, que en reciprocidad cubría a los ciudadanos de la UE que se encontraban en el Reino Unido, en los supuestos de enfermedad repentina, accidentes, algunos supuestos de condiciones médicas preexistentes, cuidados rutinarios de maternidad y enfermedades crónicas de atención frecuente como la diálisis, de modo tal que aseguraba el tratamiento médico en las mismas condiciones que los ciudadanos del país, a medida del paulatino vencimiento, la sustituta GHIC, cubrirá emergencias, enfermedades crónicas o existentes y cuidados rutinarios de maternidad, pero tratamientos programados como la diálisis o la quimioterapia tendrán que ser preacordados para su disponibilidad en destino y, en todo caso, ya no será válida en Noruega, Islandia, Liechtenstein o Suiza.

Asimismo, quienes sean titulares de la nueva tarjeta británica —GHIC— y se trasladen al continente, deberán contratar “un seguro de viaje con cobertura médica”, que se extienda a los cuidados privados, como los comunes rescates en estaciones de esquí o viajes de regreso al Reino Unido.

En el caso de pensionistas del Reino Unido residentes en la UE a fin de 2020 —hay gran cantidad que mudaron su domicilio por diversas razones— los estudiantes británicos que comenzaron un curso en un país de la UE antes de esa fecha y los “trabajadores fronterizos” también suscriben una nueva tarjeta EHIC.

Por otro lado, el Reino Unido ha suscripto acuerdos sanitarios recíprocos con muchos no miembros de la UE, tales como Australia y Nueva Zelanda, que amparan gratuitamente la eventualidad de tratamientos urgentes, cuando

no, a un costo reducido. Empero, dejan expresamente de lado, los supuestos de condiciones médicas preexistentes; hipótesis susceptibles de pago a cargo del afectado.

El modelo sintéticamente aquí expuesto, deja expuesto el equilibrio perseguido a la hora de las prestaciones sanitarias de orden público, que tienen como sustentabilidad el financiamiento impositivo que se deriva de los contribuyentes de un país, en cuyas obligaciones tributarias se sustentan sus derechos. En tanto, quienes resulten ajenos a tal relación, deben ajustar todo eventual requerimiento a una situación de estricta urgencia, con específica regulación para la gratuidad, o bien someterse al imperio de acuerdos interestatales.

III. Pensiones

III.1. España: Complemento para reducir la brecha de género en las pensiones

No sin antes atender a las reservas de la UE, emanadas del Tribunal de Luxemburgo que oportunamente consideró que la ley española era contraria a la directiva europea sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, evaluando que concedía un trato menos favorable a los hombres con al menos dos hijos biológicos o adoptados, desde el mes de febrero el Gobierno Español, ha puesto en vigencia el “complemento para reducir la brecha de género en las pensiones”.

Así las cosas, por impulso del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se conforma el precitado adicional vinculado a la maternidad y a la paternidad, en miras a atemperar la brecha de género verificada al retiro de las personas de la vida activa, asociado a la “acreditación de un perjuicio en la carrera profesional” en los períodos posteriores a tener un hijo/a.

Solo puede beneficiar a uno de los dos progenitores; se tramita desde el 4 de febrero pasado junto con el pedido de beneficio, e incluye a los casos de adopción.

En principio dirigido a las mujeres —colectivo que sufre más en su vida laboral el impacto de tener un hijo— puede ser solicitado por los

padres, en tanto se hayan visto más perjudicados en su respectiva carrera laboral. Las alternativas, prevén el supuesto de que ninguno de los dos progenitores se hubiese visto perjudicado por lapsos sin cotizar o por reducciones de trabajo, supuesto en el cual se le adjudica a la madre. Y de ser dos mujeres quienes concurran, se le asigna a quien tenga la pensión de monto inferior.

Para acceder al “complemento” los padres deben: a) causar una pensión de viudedad por fallecimiento del otro progenitor por los hijos o hijas en común, siempre que alguno tenga derecho a percibir pensión de orfandad; o b) causar una pensión contributiva de jubilación o incapacidad permanente y haber interrumpido o haber visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento o la adopción, con determinadas condiciones relacionadas con la cotización.

Quedan excluidos de pleno derecho, cualquiera de los progenitores que hubieren sido privados de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial; o que tuvieren condena por ejercer violencia contra los hijos o hijas. Asimismo, se excluye al padre condenado por violencia contra la mujer, ejercida sobre la madre.

Parte de una cuantía —que se revaloriza junto con las pensiones— fijada en 378 anuales por hijo, hasta un máximo de 4, y se percibe en 14 pagas. Ej., por un hijo son 27 euros al mes más; por dos hijos, 54 euros más al mes; y así sucesivamente.

La suma es por cantidad de hijos, y se adiciona aun cuando se cobre el máximo de la pensión, o se esté cobrando el “complemento de maternidad”.

Si el primero que se jubila es el padre puede pedirlo hasta que la madre acceda a su jubilación, y si la pensión de esta fuere inferior, se extingue el complemento al primero.

Si los dos progenitores son hombres, pueden acceder siempre que cumplan los requisitos y se le reconoce a aquel que perciba pensiones públicas cuya suma sea de menor cuantía.

Requisitos específicos para los hombres:

1. Con hijos nacidos o adoptados hasta el 31/12/1994: deben acreditar más de 120 meses sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento y los 3 años posteriores o, en caso de adopción entre la fecha de la resolución judicial por la que se constituya y los 3 años siguientes, siempre que la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

2. Con hijos nacidos o adoptados desde el 01/01/1995: la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento o al de la resolución judicial por la que se constituya la adopción debe ser inferior, en más de un 15%, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores, siempre que la cuantía de las sumas de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer.

Requisitos específicos para las mujeres:

Tener derecho una pensión contributiva de Seguridad Social y, en caso de que el padre haya visto afectada su carrera profesional con ocasión del nacimiento de su hijo, la cuantía de las pensiones reconocidas debe ser inferior a las que perciba el padre.

El “complemento para reducir la brecha de género en las pensiones”, se destina para las pensiones contributivas, de incapacidad permanente, viudedad o jubilación (anticipada o no), reconocidas a partir del 04/02/2021. No durante la transitoriedad de la jubilación parcial, y hasta tanto se cumpla con la edad requerida en cada caso, para su transformación en integral.

Exige estar adscrito a cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social, aunque por análogos conceptos o complementos se regula la incompatibilidad entre sí.

Existe una “pauta macro”, de regulación general, en cuya virtud el derecho al reconocimiento del complemento de pensiones contributivas, se mantendrá en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación, causadas en el año anterior, sea superior al 5%.

Las proyecciones de la medida en comentario asumen que tendrán un complemento mayor

que el que les correspondería con la normativa anterior, en los siguientes parámetros:

a) 100% de 28.000 mujeres con un hijo que se convertirán en pensionistas cada año.

b) 78% de 91.000 mujeres cobrarán con dos hijos.

c) 66% de 42.000 mujeres lo harán con tres hijos.

d) 75% de 186.000 mujeres se convertirán en pensionistas en un año.

Como se puede apreciar, si bien el principio protectorio conceptual se asemeja al vigente en nuestro país, es diferente en cuanto a la estructura y nivel de cobertura instaurados por el dec. 475/ 2021, la res. SSS 17/2021 y la res. AN-SeS DE 154/2021, delimitados por “la computabilidad del tiempo de servicios por tareas de cuidado y licencia por maternidad y estado de excedencia”.

IV. Previsión social

IV.1. México. Reforma al sistema de pensiones en vigor desde enero de 2021

Una de las críticas al sistema de pensiones de México, ha sido la coexistencia esquemas públicos y privados; de beneficio definido (reparto) y contribución definida (cuentas individuales); planes especiales que incluyen los estatales, federales, de universidades y de empresas paraestatales, planes y para trabajadores del sector público y privado, que problematizan el acceso al retiro, en los supuestos de cambio de empleo con diferentes modalidades de pensión, disímiles reglas que no admiten la portabilidad y pueden desconocer derechos bajo riesgo de pérdida de los años cotizados y/o del saldo que acumulado.

En ese orden de ideas, los cuatro pilares tradicionales allí de referencia son:

1. *Pilar no contributivo*: de protección a los más necesitados y que no cotizan a la Seguridad Social. Pensión para Adultos Mayores y es financiada por el gobierno federal, prestación que tuvo recientemente una ampliación de la

cobertura, según lo analizáramos en el número anterior de Actualidades.

2. *Pilar obligatorio (reparto)*: planes de que reciben aportaciones, pero que los beneficios son otorgados a través de reservas financieras o un fondo solidario.

3. *Pilar obligatorio (cuentas individuales)*: computan las cotizaciones conjuntas del trabajador, su empleador y del gobierno.

4. *Pilar voluntario*: Incluye las cuentas individuales para el retiro, planes privados o planes personales en instituciones financieras.

Empero, un esfuerzo en miras a la corrección de las asimetrías ha sido el hoy vigente calificado como modelo a seguir para la región, en el informe del Banco de México “La Reforma del Sistema de Pensiones de México: Posibles Efectos sobre las Jubilaciones, la Dinámica del Ahorro Obligatorio y las Finanzas Públicas”, que focaliza el nuevo diseño en:

a) Aumento gradual de las cotizaciones del empleador, a partir del 2023 y hasta el 2030, a las cuentas para el retiro del trabajador, del 6,5% a 15% del salario.

b) Mayor flexibilidad de acceso a la Pensión Mínima Garantizada (PMG), que dejó de ser de un monto fijo, para considerar otras variables como la edad del beneficiario, las semanas de cotización y el promedio del Salario Básico de Convenio (SBC) durante la afiliación del trabajador al IMSS.

c) Reducción de las semanas de cotización para tener derecho a una pensión.

d) Límite máximo a las comisiones que se cobran las AFORES.

e) Pensiones más altas al incrementarse las aportaciones a las cuentas individuales, que antes de la reforma la media verificaba una tasa de tan solo el 27,7%, estimada por la OCDE como la más baja entre los países que integran esta Organización.

f) Recupero de saldo mayor si no se cumple con los requisitos para una pensión.

g) Beneficios para el trabajador formal que se jubilen en función de las contribuciones realizadas a su cuenta individual.

Crecimiento del ahorro interno que permitirá una mayor disponibilidad de operadas por las AFOREs. Y recursos para el financiamiento de proyectos productivos de largo plazo. “La reforma representaría sobre las finanzas públicas un ligero costo fiscal... en Valor Actual Neto (VAN) es de aproximadamente 0,3% del PIB de 2020 para todo el período de análisis (entre 2021 y 2100), aunque durante los primeros 23 años se observaría un beneficio fiscal de 4,6% del PIB, mientras que durante el resto del periodo habría un costo fiscal de 5,0% del PIB”.

Al respecto, el análisis patentiza que en régimen anterior únicamente un 25% de los trabajadores que cotizaban a lo largo de su vida, accedían a una pensión. Para extender la cobertura, la reforma de 2021 ha reducido las semanas requeridas de cotización ante el IMSS —antes 1250— pasó a 750 semanas para el año en curso; y nivel mínimo transitorio que se incrementará paulatina y anualmente en 25 semanas de cotización para alcanzar un mínimo permanente de 1000 semanas en 2031.

En adición, se supone que el último salario recibido por el trabajador sea igual al salario promedio de cotización observado durante su carrera laboral. En concordancia con esta última previsión numeraria, se prevén reformas acordadas en el mercado laboral que facilitarán el paso a la formalidad.

Más adelante, el documento destaca que “los fondos de las instituciones privadas del sistema han permitido tanto aumentar el plazo de financiamiento del Gobierno Federal, favoreciendo así la sustitución de deuda externa por interna, como dotar de profundidad y liquidez a la curva de rendimientos de dichos valores”.

En ese sentido, observa la perspectiva favorable de fideicomisos con destino a la adquisición o construcción de inmuebles en el territorio nacional; el derecho a percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes; etc., como alguno de los beneficios estructurales adicionales, en los cuales las SIEFORES como inversionistas institucionales, operan el volumen

que en definitiva operan prósperamente en el contexto financiero del Gobierno Federal, en un estimado 56% del PIB para el 2040.

De ese modo, los Estados Unidos Mexicanos, han optado por un basamento de su sistema de pensiones que, sin soslayar la responsabilidad del Estado Federal, torna esencial su sostenimiento, a través del fomento del ahorro privado, individual, cuyo producido financiero, pone a cargo de instituciones privadas.

V. Riesgos del trabajo

V.1. Campaña “Trabajos saludables” a escala de la UE digitalización y seguridad y salud en el trabajo (SST)

EL programa de investigación de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo EU-OSHA, dio como resultado la Campaña de mención prevista para el 2023, de cuya lectura no cabe sino derivar lo lejos que están nuestra región de las preocupaciones en las que se asienta en el primer mundo, en el que más de un experto laboral señala un “futuro en el cual toda empresa será una empresa que se desarrollará sobre la base de datos”.

Ello, habida cuenta que la digitalización, la inteligencia artificial (IA), la robótica avanza, la conectividad generalizada, el internet de las cosas y los macrodatos, los accesorios electrónicos de vestir, los dispositivos móviles y las plataformas en línea, han de mudar de aires la naturaleza y la ubicación del trabajo, quién trabaja y cuándo, y cómo se organiza y gestiona el trabajo.

Robots móviles, inteligentes y colaborativos —“cobots”— que asumen tareas manuales y cognitivas, equipados con algoritmos de optimización automática que aprenden de sus compañeros humanos. Personas supervisadas por tecnologías de control digital y algoritmos; un predecible futuro laboral administrado por máquinas inteligentes. Economía interconectada 24 horas al día, 7 días a la semana; puestos flexibles y nuevas modalidades como las plataformas digitales. Factores de presión sobre el rendimiento; riesgo psicosocial del trabajo y problemas de salud mental. Fabricación aditiva (impresión 3D) que produce órganos huma-

nos; y riesgos de seguridad funcional asociados con la ciberseguridad. La “gamificación”, como técnica de aprendizaje a través de juegos educativos como política de resultados. Son algunos de los asuntos relevados a sistematizar por una nueva noción conceptual del SST.

Debates entre el impacto por la cantidad de puestos de trabajo, el cual concurre con el de la calidad del empleo, en torno a minimizar los efectos negativos de la digitalización en la Seguridad y la Salud de los Trabajadores, y maximizar las prevención que brindan las tecnologías digitales.

Los “cobots” ya ejecutan labores cognitivas autónomas: apoyo a casos prácticos jurídicos; diagnósticos médicos; atención al cliente; faenas típicas del ámbito asistencial, hostelería, agricultura, fabricación, industria, transporte y servicios, que evitan tareas repetitivas al hombre, por máquinas rápidas, precisas e incansables y que incluso facilitan el acceso al trabajo de personas con discapacidad o adultos. Por otro lado, exigencia de una alta cota de rendimiento a la persona; pérdida de relaciones interpersonales; lesiones por contacto directo con robots y equipos que utilizan exoesqueletos nuevos, como mecanismos de apoyo corporal en ocupaciones de manipulación manual, plantean inquietudes, por sus efectos a largo plazo en parámetros fisiológicos, biomecánicos y psicosociales. Incluso el uso de datos, por ejemplo, para recompensar, penalizar o incluso excluir a los trabajadores podría dar lugar a sentimientos de inseguridad y estrés, generados por disposi-

tivos móviles de control miniaturizados integrados en el equipo de protección personal (EPP).

Al respecto la Agencia Europea EU-OSHA, ha puesto a disposición un amplio volumen de trabajo sobre digitalización y SST, desde informes prospectivos exhaustivos sobre los nuevos riesgos emergentes que, aunque basados en hipótesis, adunan sólidos documentos de debate, y un significativa enfoque técnico de conjunto de las investigaciones, políticas y prácticas diseñadas para su puesta en práctica en el tramo 2020-2022, hasta la campaña “Trabajos Saludables” que se emprenderá seguidamente en el 2023. Una sección específica en su “web” aporta enlaces para ampliar información adicional actualizada. “Abordar los retos y maximizar las oportunidades que presenta la digitalización depende del modo en que se apliquen, gestionen y regulen las tecnologías en el contexto de las tendencias sociales, políticas y económicas”, es una de las premisas que orienta el permanente examen de las cuestiones de progresiva aparición.

En rescate de la desfavorable apreciación del contexto regional, emerge la “Licenciatura en Ciencia de Datos”, de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales, de Universidad de Buenos Aires; carrera que brindará la plataforma básica para la deconstrucción de la problemática sociolaboral, en comentario, unida a las tradicionales disciplinas que aplican al Sistema de Riesgos del Trabajo y a un mercado del trabajo, para el cual la normativa vigente ha sido ampliamente superada por la realidad fáctica.