

Nota a fallo

Seguro de desempleo

Inconstitucionalidad del tope en la asignación. Omisión del Poder Ejecutivo en la actualización de la suma.

1. - La omisión de la administración de actualizar los valores para la asignación por desempleo establecidos en el decreto 267/2006 llevó a convertir en irrisoria e inequitativa la asignación que le correspondía a la actora y desnaturalizó de esta forma el mecanismo de protección social, frustrando el derecho que cuenta con sustento en la Constitución Nacional y en la normativa internacional sobre derechos

humanos. No resulta objetable y corresponde confirmar la decisión que declaró la inconstitucionalidad de la norma.

2. - La asignación por desempleo debe estar sujeta a dos requerimientos claros y precisos: por un lado, que sea determinada en proporción al salario en actividad del trabajador cotizante y, por otro, que preserve su significación económica en el tiempo mediante una razonable movilidad de los montos mínimos y máximos estipulados.
3. - El seguro de desempleo integra el derecho de la seguridad social consagra-

do en el art. 14 *bis* CN y en diversos tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional o suprallegal a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 9º —y su proyección en los arts. 11 y 12— PIDESC, art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 9 del Protocolo Adicional a la CADH).

CS, 25/04/2023. - Patterer, Susana Alicia c. Estado Nacional s/ Amparo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/46965/2023]

Control de constitucionalidad

Se declara inconstitucional el decreto 267/2006.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY, del 02/08/2023, p. 4, Atención al Cliente, <https://www.laleynext.com.ar/> o en Proview]

La actualización monetaria del seguro de desempleo por omisión del Poder Ejecutivo



Julián A. de Diego

Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Emérito y director del Posgrado en Conducción de RR.HH. (UCA). Académico de Número y secretario de la Junta Directiva de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Académico de Número de la Academia Nacional de Educación. Autor de numerosas publicaciones especializadas, veintidós libros unitarios, dos tratados, y más de 30 colaboraciones como coautor. Ha publicado más de 4000 artículos en revistas especializadas, y en La Nación, Clarín, Ámbito Financiero, El Cronista, e Infobae. Es un activo conferencista.

SUMARIO: I. Introducción.— II. La omisión del Poder Ejecutivo de la actualización monetaria del subsidio por desempleo.— III. Conclusión.

I. Introducción

La Corte Suprema ha dictado sentencias originadas en la mora del Poder Ejecutivo ordenando suplir omisiones, falta de reglamentación, o mora en la observancia de las normas y principios generales.

Basta con recordar el caso “Etcheverry” en donde se intimó en un plazo prudencial al Gobierno Nacional para que reglamente el art. 179 de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre guarderías y salas maternas, lo que generó el decreto 144/2022, que cumplió con el cometido, después de 44 años de que la norma refería a la reglamentación sin que se cumpliera con el mandato legal hasta el citado fallo (1).

El deterioro del signo monetario por efecto de la inflación es una realidad incontrovertida, que así y todo es permanentemente vulnerada por los distintos estamentos del poder administrador, generalmente en perjuicio de los que más necesitan de un ingreso actualizado, como son los desempleados, los jubilados y pensionados, y los beneficiarios de planes sociales.

II. La omisión del Poder Ejecutivo de la actualización monetaria del subsidio por desempleo

Los incumplimientos de los deberes propios del Poder Ejecutivo y de los funcionarios a cargo pueden ser por acción, por omisión o por acción por omisión.

En relación con los valores que deben actualizarse en los distintos institutos, tenemos incontables ejemplos basados en el simple silencio de quienes tienen a su cargo el ajuste de las prestaciones.

Basta con recordar lo ocurrido con las jubilaciones o las pensiones, o con el ajuste del Salario Mínimo Vital y Móvil, que no respeta el mandato constitucional ni lo establecido al respecto en el art. 116 de la Ley de Contrato de Trabajo.

En el fallo que nos ocupa (2) el Poder Ejecutivo tiene a su cargo la actualización por efecto de la inflación de los valores de la asignación por desempleo establecidos en el decreto 267/2006, que, en el caso bajo aná-

lisis, llevó a convertir en irrisoria e inequitativa la asignación que le correspondía a la reclamante y desnaturalizó de esta forma el mecanismo de protección social, frustrando el derecho que cuenta con sustento en la Constitución Nacional y en la normativa internacional sobre derechos humanos.

Por ende, es totalmente procedente calificar la omisión de un acto cuestionable con la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

En el fallo se destaca que la asignación por desempleo debe estar sujeta a dos requerimientos claros y precisos: por un lado, que sea determinada en proporción al salario en actividad del trabajador cotizante y, por otro, que preserve su significación económica en el tiempo mediante una razonable movilidad de los montos mínimos y máximos estipulados.

A su vez, el seguro de desempleo integra el derecho de la seguridad social consagrado en el art. 14 *bis* CN y en diversos tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional o suprallegal a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 9º —y su proyección en los arts. 11 y 12— PIDESC, art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 22 y

25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 9 del Protocolo Adicional a la CADH).

Sobre reglamentación del seguro, expresada por el decreto 267/2006, en su carácter de reglamento de ejecución, debe cumplir los recaudos básicos del artículo 99, inciso 2, de la CN, que atribuye al titular del Poder Ejecutivo la facultad de expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, pero cuidando de no alterar su espíritu (Fallos: 322:1318, “Tantucci”; también dictámenes de la Procuración General de la Nación a los que remitió la Corte en Fallos: 327:4932, “Cha Cha Huen” y 3274937, “Giordano”).

Se vulneran así principios de la ley 24.013, que establece que se debe “organizar un sistema eficaz de protección a los trabajadores desocupados” (artículo 2 inc. h); y con ese propósito instituye un “sistema integral de prestaciones por desempleo” (título IV, capítulo único), cuya finalidad es proteger a la persona desempleada y su grupo familiar, así como garantizarle el acceso a un mínimo vital en momentos en los que ha quedado privada de su fuente regular de ingresos.

Dicha protección contra el desempleo incluye una renta mensual, prestaciones médico-asistenciales y el pago de las asig-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DE DIEGO, Julián A., “La obligación de habilitar guarderías y el pago del subsidio por sala maternal a través de la reglamentación”, SJA 12/05/2023, 1, JA 2023-II,

92, TR LALEY AR/DOC/973/2023.

(2) CS, “Patterer, Susana Alicia c. Estado Nacional s/ Amparo”, 25/04/2023, TR LALEY AR/JUR/46965/2023.

naciones familiares, que se computan a los efectos previsionales (art. 119, ley 24.013). Deberíamos recordar que un desocupado es un sujeto que se sostenía en sus necesidades básicas y en su desarrollo con el salario de un empleo, y que por distintas razones dejó de trabajar y no pudo reinsertarse.

En ese marco, el subsidio por desempleo es una prestación alimentaria que debe atender necesidades mínimas, mientras el desempleado no encuentre un nuevo empleo en condiciones convenientes.

Es por ello que el legislador buscó fijar algún parámetro material para relacionar el ingreso del trabajador que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación salarial, con el subsidio mismo, a fin de que el mismo resulte eficaz para la función para la que fue creado.

El subsidio por desempleo, en tal caso, consiste en una suma equivalente a un porcentaje del importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador en los seis meses previos al despido, que debe ser fijado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil (CNE), y en ningún caso podrá ser inferior al mínimo ni superior al máximo que a ese fin determine la misma entidad (art. 118, ley 24.013).

Se trata además de una prestación de naturaleza contributiva, de modo tal que el trabajador o el empleador financian el sistema a través de aportes y contribuciones cuando el dependiente se encuentra activo, financiando a aquellos que están cubiertos por el subsidio, en el contexto de un sistema de reparto, similar al que resulta vigente dentro de las normas de la seguridad social del sistema previsional.

El trabajador debe haber cotizado al Fondo Nacional de Empleo durante al menos seis meses en los tres años anteriores a la finalización del contrato de trabajo que dio lugar a su situación de desempleo (art. 113, inc. c, ley 24.013).

Además, el tiempo total de las prestaciones que percibe el trabajador se determina en función de la extensión del período en que este ha cotizado al sistema (art. 117, ley 24.013); y su pago se interrumpe obviamente, si el beneficiario logra reinsertarse en el mercado laboral (art. 123, inc. c, ley 24.013).

A su vez, a efectos de garantizar la vigencia de este derecho y la finalidad protectora del instituto, se estipula el deber legal, en cabeza del Consejo Nacional de Empleo, de actualizar los montos mínimo y máximo de la prestación por desempleo en forma periódica (art. 135, inc. b). De esta manera, el seguro puede adecuarse a la situación socioeconómica y evitar la pérdida de poder adquisitivo.

En síntesis la ley de empleo fija pautas precisas que deben ser seguidas por el Poder Ejecutivo al momento de la reglamentación.

En especial impone que la prestación sea fijada en función de un porcentaje del salario de actividad, que guarde, por ende, una adecuada relación con este salario y con los aportes realizados y que, además, preserve su significación económica en el tiempo me-

dante una fórmula o mecanismo razonable de movilidad que actualice regularmente los montos mínimos y máximos estipulados.

Estas pautas normativas están en línea con la postura del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que, al interpretar este aspecto del derecho a la seguridad social, señala que “los Estados Partes deben tratar de ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o falta de ingresos debida a la incapacidad de obtener o mantener un empleo adecuado” y que esas prestaciones, “ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficientes en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y acceso suficiente a la atención de salud”.

El principio de suficiencia, originado en la Doctrina Social de la Iglesia (3), en alguna medida está contenido en el art. 116 de la Ley de Contrato de Trabajo al definir los objetivos del Salario Mínimo Vital y Móvil.

Asimismo indica que “los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente, para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto”.

En el fallo la Corte recalca que “cuando una persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente” (cf. Comité DESC, Observación General 19, Derecho a la Seguridad Social, 2007, párrs. 16 y 22).

En igual sentido se ha pronunciado la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al señalar que las indemnizaciones por desempleo total que se calculen sobre la base de cotizaciones pagadas por la persona protegida o en su nombre, o en función de sus ganancias anteriores, deberán abonarse en forma de pagos periódicos y “se fijarán en el 50%, por lo menos, de las ganancias anteriores dentro del límite eventual de máximos de indemnización o de ganancias”. Y agregó que estas indemnizaciones, juntamente con cualesquiera otras prestaciones a que puedan tener derecho deberán garantizarles unas condiciones de vida saludables y dignas, según las normas nacionales” (Convenio 168 sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo, 1988, arts. 15, inc. 1 a; y 16).

También el Convenio 102 sobre la Seguridad Social de la OIT, ratificado por la Argentina, contiene una disposición que establece un piso mínimo para la prestación por desempleo. Estipula que esta prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, debe ser “por lo menos” igual al 45% del total de las ganancias anteriores del beneficiario (cf. arts. 22, inc. 1, y 65 y el cuadro incorporado como anexo).

Debemos tener en cuenta, además, que el régimen de desempleo creado por la Ley Nacional de Empleo ha tenido una evolución alineada con la concepción de que el subsidio tiene carácter alimentario y que su monto requiere adecuación a ese concepto.

El sistema integral de prestaciones por desempleo de la ley 24.013 (1991) fue reglamentado, el 29 de abril de 1992, a través del decreto 739. El 16 de julio de ese año se constituyó el Consejo Nacional de Empleo (decreto 1148/1992) que, por resolución 1 de fecha 25 de septiembre de 1992, estableció, por primera vez, la prestación por desempleo.

El 30 de agosto de 1994, mediante resolución 2 consideró que correspondía a ese ente “determinar periódicamente los montos mínimos y máximos y el porcentaje previsto en el artículo 118” de la ley 24.013, “de forma tal que guarde relación con el importe del salario mínimo, vital y móvil; con los mínimos salariales convencionados más representativos y con las pasividades mínimas que se perciben”.

En consecuencia, estipuló que el monto de la prestación por desempleo correspondía inicialmente al 50% del importe neto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador, durante los seis meses anteriores al cese del contrato de trabajo que dio lugar a la situación de desempleo (art. 1) y fijó los montos mínimo y máximo en \$150 y \$300, respectivamente (art. 3).

El 9 de marzo de 2006, el Poder Ejecutivo, en uso de las atribuciones emergentes del artículo 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, sancionó el decreto 267, en donde se destacó que la situación en la que se dictaba esa medida impedía aguardar a que culminara el trámite de aprobación de los montos mínimo y máximo de la prestación mensual de desempleo por parte del Consejo Nacional de Empleo.

Afirmó que los montos vigentes habían sido fijados el 30 de agosto de 1994, de modo que resultaba imprescindible y oportuna su actualización, “para adecuarlos a la situación socioeconómica actual, permitiendo que la prestación mensual de desempleo pueda en la práctica cumplir con la finalidad para la cual fue creada”.

Del análisis de los hechos y en sus peculiares circunstancias, la aplicación del tope máximo del decreto 267/2006 al caso concreto equivale a reducir en un 74% el monto del subsidio que resulta de aplicar el porcentaje establecido como parámetro por el CNE. Esta reducción sustancial de la cobertura, producto de la falta de actualización del tope máximo desde el año 2006, en un contexto inflacionario, resulta inequitativa y arbitraria, y frustra el objeto de la protección por desempleo que la ley 24.013, las disposiciones complementarias y las normas constitucionales citadas reconocen a la trabajadora.

En el mismo sentido, la Corte Suprema en “Vizzoti” sostuvo que no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista como pauta para determinar la indemnización por despido del artículo 245 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo (LCT) resulte disminuida en más de un 33%, por aplicación del tope allí establecido, pues ello vulnera el principio protectorio del trabajador y resulta confiscatorio (Fallos: 327:3677, “Vizzoti”, consid. 110) (4).

En “Ascuá” se sostuvo que “la pérdida de ingresos o de capacidad de ganancia de la víctima “ no pueden desnaturalizar los fi-

nes de una norma (Fallos: 333:1361, “Ascuá”, consid. 8º).

Por otra parte, esa Corte tiene establecido que la omisión de la autoridad pública se configura cuando existe un claro mandato legislativo que ha sido desoído por un tiempo a todas luces irrazonable desde la promulgación de la ley (Fallos: 337:1564, “Villareal”, consid. 11).

La omisión de la administración en su deber de actualizar el tope máximo regulado impidió, en la práctica, que el seguro cumpliera con la finalidad para la cual fue creado por el legislador, es decir, sustituir temporalmente el ingreso perdido para paliar el riesgo social del desempleo, cercenó las justas expectativas del desempleado que al haber realizado las contribuciones legales durante su actividad laboral tenía derecho a percibir una prestación por desempleo que le asegurara su subsistencia en condiciones dignas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que “la conformidad que debe guardar un decreto respecto de la ley no consiste en una coincidencia textual entre ambas normas, sino de espíritu, y que, en general, no vulneran el principio establecido en el art. 99, inciso 2, de la CN, los reglamentos que se expidan para la mejor ejecución de las leyes, cuando la norma de grado inferior mantenga inalterables los fines y el sentido con que la ley haya sido sancionada” (Fallos: 318:1707, “Barrose”, consid. 5º y sus citas).

Se agrega que en el supuesto de que un decreto reglamentario desconozca o restrinja de manera irrazonable los derechos que la ley reconoce o de cualquier modo subvierta su espíritu o finalidad, se contraría la jerarquía normativa configurándose un exceso del Poder Ejecutivo en el ejercicio de funciones que le son encomendadas por la Constitución (Fallos: 327:4932, “Cha Cha Huen” y 327:4937, “Giordano”). Conjuntamente el principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional (Fallos: 328:566, “Itzcovich”, considerando 10º; y 338:1455, “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, consid. 110).

La Corte Suprema ha destacado que la Constitución Nacional, en cuanto norma jurídica, reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne (Fallos: 335:452, “Q.C.S.Y.”; 339:1077, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad”).

Otro tanto se ha dicho en el sentido de “reconocer un derecho, pero negarle un remedio apropiado, equivale a desconocerlo” (Fallos: 325:524, “Mignone”, considerando 90), y si bien el Poder Judicial debe mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema, es también su misión impedir que se

(3) Ver encíclicas *Mater et Magistra*, *Pacem in Terris* y *Laborem Exercens* en la Página Web de el Vaticano.

(4) CS, “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A.”, 14/09/2004, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 25 con nota de ETALA, Juan José - RECALDE, Héctor P. - RECALDE, Mariano - FUNES de RIOJA, Daniel - CAPÓN FILAS, Rodolfo - SCHICK, Horacio - DE DIEGO, Julián A., DJ 2004-3, 266, 322, con nota de Sergio J. Alejandro - DT 2004 (septiembre), 1211, LA LEY 04/10/2004, 5 con nota

de Mario Ackerman - IMP 2004-B, 2581 TySS 2004, 766 - JA 2004-IV, 199 - TR LALEY AR/JUR/1979/2004: La limitación a la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa —art. 245, párrs. 2º y 3º, ley de contrato de trabajo 20.744 (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175)— solo debe aplicarse hasta el treinta y tres por ciento de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, pues lo contrario significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusa-

ble del art. 14 bis de la Constitución Nacional, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor, contrariando el principio de razonabilidad del art. 28 de la Ley Suprema. Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un

instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. (Con nota de AHUAD, Ernesto J.). DE DIEGO, Julián A., “Mensajes de la Corte Suprema al mundo del trabajo”, LA LEY, 2015-F, 1136, TR LALEY AR/DOC/3592/2015.

frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable de los jueces (Fallos: 329:3089, “Badaro”, consid. 18º).

III. Conclusión

La inflación ha generado infinidad de desacoples en todo tipo de prestaciones, en especial, ha afectado los salarios y sus accesorios, y las prestaciones y beneficios de la seguridad social como las jubilaciones y pensiones.

Basta con recordar el desfase que se ha producido en el Salario Mínimo Vital y Móvil, que generalmente se ubica debajo de la canasta familiar básica integral pu-

blicada por el INDEC, en los básicos de los convenios colectivos que siguen la carrera entre precios y salarios, ajustando los últimos en lapsos cada vez más cortos, y las jubilaciones y pensiones de los beneficiarios del sistema previsional que, con los distintos subsistemas aprobados por el Parlamento, han generado pérdidas del ingreso respecto de sus valores originales, desconociendo la movilidad que impone el art. 14 bis CN.

El Estado debe velar por el bien común y el bienestar general y, en ese marco, la actualización de prestaciones alimentarias a su cargo, como el seguro de desempleo, es una función central, dado que es una prestación

alimentaria que tiene por objeto atender necesidades elementales de la persona que, queriendo trabajar, no logra concertar un empleo conveniente.

Parece una contradicción que el Fisco nacional reclame los aportes y contribuciones, los impuestos y las deudas fijadas por el marco regulatorio, imponiendo intereses compensatorios, moratorios y punitivos, que muchas veces superan la inflación llegando a fronteras confiscatorias y, a la vez, no aplique criterios concomitantes con quienes deben recibir del mismo ente que recauda las prestaciones debidamente actualizadas para que cumplan con funciones básicas ligadas a la subsistencia de los beneficiarios.

En este sentido el fallo comentado de la Corte, con un consistente respaldo de antecedentes, y siguiendo los imperativos de los tratados internacionales y de la Constitución Nacional sumado al marco regulatorio específico, vuelve a instar al Poder Ejecutivo a que cumpla con su función que, en primer lugar, tiene como finalidad no defraudar a los beneficiarios de sistemas contributivos, por los cuales ha cobrado el acceso a los beneficios con un sistema contributivo de pago previo al otorgamiento de las contingencias cubiertas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2367/2023