

LA LEY

ACTUALIDAD

Buenos Aires, martes 21 de febrero de 2006

Año LXIX N° 37 / ISSN 0036-1636

Servicio doméstico: se generaliza Régimen de aportes y contribuciones y se posibilita la deducción en Ganancias

POR RICARDO H. FERRARO

1 — Introducción

A fines de 2004, cuando comenzó a transitar esta parte del paquete Anticivisión II, cuyo objetivo es los recursos de la Seguridad Social, la AFIP tenía registrados como empleadores puros de trabajadores del servicio doméstico bajo relación de dependencia alrededor de 1.300 sujetos y como dadores de trabajo por el régimen simplificado de cotización fija (ley 25.239), aproximadamente unos 45.000. Pero el INDEC determinó que en este tipo de labores domésticas había involucrados entre 800 y 900 mil trabajadores. La diferencia era elocvente.

En ese momento afirmaba Guillermo Farías, Director General de la Dirección General de Recursos de la Seguridad Social del organismo: "Entonces elaboramos un proyecto de ley que se discute en el Congreso, donde se deja vigente sólo el régimen simplificado (se refiere a la ley 25.239), reafirmando la vigencia, para que no haya confusiones, del estatuto del Personal Doméstico, y además generamos una deducción como gasto en Ganancias al dador de empleo de hasta 4020 pesos" (Cfr. Suplemento Novedades fiscales, diario Ambiente Financiero, 21/12/2004).

En el mensaje de elevación del proyecto de ley recientemente aprobado bajo el N° 26.063, se argumentaba: "actualmente coexisten diversos regímenes para determinar las obligaciones de aportes del personal citado (se refiere al servicio doméstico), lo que implica, asimismo, distintas modalidades de recaudación. Esta dualidad y complejidad entorpecen el control del ingreso de las obligaciones".

En razón de ello se propuso como de aplicación obligatoria para tales trabajadores, el régimen instituido por el Título XVIII de la ley 25.239, "así se encuentren en relación de dependencia, conforme a las prescripciones del dec.-ley 326 de fecha 14 de enero de 1956 o revistan el carácter de trabajadores autónomos".

Más precisamente, el art. 15 de la ley 26.063 expresamente dispone: El Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico instituido por el Título XVIII de la ley 25.239 es de aplicación obligatoria para aquellos sujetos que prestan servicio dentro de la vida doméstica y que no importen para el dador de trabajo lucro o beneficio económico, en los términos previstos en la referida norma, sea que dichos sujetos encuadren como empleados en relación de dependencia —de conformidad con lo estipulado por el Estatuto del Personal del Servicio Doméstico, aprobado por el dec.-ley 326 de fecha 14 de enero de 1956 y su reglamentación— o como trabajadores independientes.

En función de lo transcrito, a partir de la vigencia de la ley citada, debe entenderse la sustitución de un régimen de seguridad social por otro para los trabajadores del sector, pero sin que medie norma de transición alguna con respecto al cambio establecido. En efecto, varios son los interrogantes y cabos que quedan sueltos. Por ejemplo, para quienes habían

establecido su relación laboral en los términos del dec. 326/56, ¿cómo o queda su futuro previsional? ¿Cómo se compatibilizan para las prestaciones los aportes y contribuciones realizados bajo uno y otro régimen? ¿Cuáles la situación del empleador que aplicaba el dec. 326/56?

Vale destacar que si bien la ley 26.063 generaliza la aplicación obligatoria del Régimen Especial creado por el art. 21 de la ley 25.239, no sustituye ni modifica su texto el cual textualmente expresa: "Establécese un régimen especial de seguridad social, de carácter obligatorio, para los empleados que presten servicios dentro de la vida doméstica y que no importen para el dador de trabajo lucro o beneficio económico, sujeto a las modalidades y condiciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la plena vigencia del Estatuto del Personal de Servicio Doméstico, aprobado mediante el dec.-ley 326, del 14 de enero de 1956 y su reglamentación". Esta posibilidad existente en la norma transcripta ¿es de aplicación o quedó sin efecto definitivamente? Por imperio de la ley 26.063 se aplica en adelante un solo régimen: el de la ley 25.239. Y la aplicación del dec. 326/56 permanece a los fines de determinar una relación laboral de dependencia, es decir la sujeción al superior, lo que implica el pago de aguinaldo, indemnización por despido y todos los derechos derivados para el trabajador de una relación laboral de este tipo. La diferencia estriba en que en lugar de calcular las obligaciones en función de la remuneración deberá determinarlas de acuerdo a las cotizaciones fijas que luego se detallan.

Concomitantemente, con el propósito de incentivar la regularización de dichos trabajadores, la ley 26.063 establece la deducción como gasto, con tope, en el Impuesto a las Ganancias, del sueldo o remuneración pagado al trabajador y las contribuciones patronales indicadas en el art. 3° del Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico, aprobado por el art. 21 de la ley 25.239.

Ahora bien, la ley 26.063, introduce un importante cambio en lo que hace a los aportes y contribuciones ya que compatibiliza tanto las obligaciones con trabajadores autónomos como con dependientes dentro del régimen de sumas fijas estipulado por el Régimen Especial de Seguridad Social para Empleados del Servicio Doméstico (Título XVIII, ley 25.239). En efecto este régimen especial es, como ya señaláramos, de aplicación obligatoria para aquellos sujetos que prestan servicio dentro de la vida doméstica y que no importen para el dador de trabajo lucro o beneficio económico (de ser así correspondería el régimen general de aportes y contribuciones), en los términos previstos en la referida norma, sea que dichos sujetos encuadren como empleados en relación de dependencia —de conformidad con lo estipulado por el Estatuto del Personal del Servicio Doméstico, aprobado por el dec.-ley 326/56— o como trabajadores independientes. Antes, quienes se encontraban en rela-

(Continúa en pág. 2) ▶

El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de pareja de homosexuales hombres

POR MARIO J. A. OVARZÁBAL

A fines de agosto pasado, la prensa dio cuenta del caso de una pareja conformada por dos hombres, Martín y Andrew Farach-Colton, el primero de nacionalidad argentina y el segundo estadounidense, residentes en Nueva York, que tuvieron hijos mellizos mediante la fecundación de un óvulo comprado y la gestación en un vientre alquilado en los Estados Unidos, y que podrían mudarse próximamente a la Argentina (ver Clarín, 18/8/05; La Nación, 19/08/2005). El caso presenta varias aristas que vale la pena analizar desde la perspectiva del derecho internacional privado, que es la rama del derecho que se aboca precisamente al estudio de las relaciones jurídicas privadas (familiares, contractuales, etc.) que ponen en contacto más de un país.

La primera cuestión es si se debería admitir en la Argentina la filiación válida para el derecho estadounidense, cuando el derecho argentino desconoce los contratos de "alquiler de vientres" o "maternidad subrogada" y la renuncia por los padres (la madre en este caso) de sus deberes-derechos sobre los hijos que derivan de la patria potestad. El principio es que sí. En el derecho argentino, la filiación matrimonial, cuando no se cuestiona la validez del matrimonio de los padres como en este caso (Martín y Andrew se casaron en Canadá, cuya legislación autoriza el matrimonio homosexual; y aunque ese matrimonio no es actualmente reconocible en la Argentina, el asunto no atañe aquí a su reconocimiento, sino a la legitimidad de la filiación), se rige por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo, que es la estadounidense y según la cual los mellizos son hijos de la pareja. Por lo demás, su paternidad surge de la partida de nacimiento estadounidense que lo acredita y que el derecho argentino reputa válida sin necesidad de prueba corroborante del derecho extranjero.

Una cuestión distinta es si la filiación estadounidense debería rechazarse en la Argentina por ser ambos padres del mismo sexo, con fundamento en la violación del orden público argentino relativo a la composición de la familia, o la inverosimilitud del hecho del estado civil extranjero, es decir que los mellizos sean hijos biológicos de dos hombres. Me inclino por la negativa, porque no sería congruente con el principio del *favor filii* —de privilegiar que al hijo se le atribuya un "estado", en lo posible de hijo legítimo— que inspira la legislación argentina interna y la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por Argentina y constitucionada por la reforma de 1994) (Adla, L-D, 3693), y la tendencia del derecho comparado de aceptar la aplicación de leyes extranjeras más liberales en cuanto a las posibilidades de establecimiento de una filiación, a la luz de la realidad no sólo biológica sino también sociológica que revela la posesión de estado. Distinto sería si la pareja hubiera vivido en la Argentina al tiempo de la concepción o el nacimiento de los hijos y hubiese viajado

a Estados Unidos para hacer allí lo que el derecho argentino le prohíba. En este caso, la filiación extranjera podría desconocerse con fundamento en el fraude al derecho argentino; a menos que se considerase que el derecho de los niños a una filiación sostenida (*favor filii*) debe también en estas situaciones prevalecer.

Reconocida la paternidad de Martín y Andrew en el país, cabe derivar todas las consecuencias legales referentes a la condición de padres, la más importante de las cuales es la patria potestad. En el aspecto migratorio, los mellizos podrán optar por la nacionalidad argentina de su padre Martín u obtener la residencia permanente en el país por ser hijos de un argentino nativo; en tanto que Andrew tendrá oportunamente derecho a radicarse por ser padre de argentinos por opción o residentes permanentes de la República Argentina, en el marco de la legislación argentina en vigor. Los otros derechos y deberes que incumben a los padres sobre las personas de los mellizos mientras sean menores, comprendidos la guarda, educación, alimentos y representación, así como las facultades administrativas y de enajenación de sus bienes, quedan regidos por el derecho del país de la residencia habitual de los hijos, que es donde la patria potestad en definitiva se ejerce —actualmente, Estados Unidos; y eventualmente la Argentina si los Farach-Colton concretan su mudanza al país—.

Una última cuestión se refiere a si las madres de los mellizos (la que aportó el óvulo o la que los gestó) podrían reivindicar su maternidad, o el padre que aportó el semen impugnar la paternidad del otro padre, ante una autoridad argentina, o hacer valer una decisión extranjera en ese sentido en nuestro país. El criterio predominante es que no, por considerar que los contratos de subrogación materna (del que ambas madres y ambos padres participaron) son ilegales y carecen de eficacia en la República por oponerse a principios de orden público argentino. Sin embargo, la prohibición no alcanzaría a los hijos, cuya pretensión es escindible del contrato ineficaz, y por lo tanto, podrían reclamar la maternidad o impugnar la paternidad, en la medida que el derecho aplicable —que es el estadounidense, por ser el del domicilio conyugal al momento del parto— lo autorice.

Se criticará que las respuestas no superan la ambigüedad y la duda. La causa radica en que las normas del derecho internacional privado argentino son tan escuetas como inadecuadas a los desafíos actuales que plantean el empleo de técnicas biogénicas y el desarrollo de formas familiares no tradicionales. Los principios de solución planteados parten de aquellas normas, que son las únicas existentes, integrándolas con el principio del interés superior del niño prevaleciente en el derecho civil argentino (internacionalmente inspirado) de filiación. De esta suerte, suministran una guía, fundada y motivada por el derecho vigente, para resolver (o comenzar a resolver) éste y otros casos semejantes que se puedan en el futuro presentar. ♦