

Revista de **DERECHO LABORAL** **Actualidad**

SUPLEMENTO DIGITAL

Reforma laboral de la Ley de Bases

Dossier N° 9

CÉSAR ARESE – RAÚL HORACIO OJEDA

Directores

DIEGO GUIRADO

Secretario de redacción



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - 1013 Buenos Aires
Salta 3464 - Tel. (0342) 401-9300 - 3000 Santa Fe
editorial@rubinzal.com.ar - www.rubinzal.com.ar
www.rubinzalonline.com.ar - www.facebook.com/rubinzal.culzoni

Fechas de publicación:

Dossier Nº 1: 3 de abril de 2020

Dossier Nº 2: 14 de abril de 2020

Dossier Nº 3: 28 de abril de 2020

Dossier Nº 4: 21 de mayo de 2020

Dossier Nº 5: 2 de junio de 2022

Dossier Nº 6: 17 de enero de 2024

Dossier Nº 7: 27 de febrero de 2024

Dossier Nº 8: 28 de febrero de 2024

Dossier Laboral Actualidad Nº 9 : Revista de Derecho Laboral Actualidad : suplemento digital : Reforma Laboral de la Ley de Bases / Mauricio César Arese ... [et al.] ; Dirigido por Mauricio Cesar Arese ; Raul Horacio Ojeda. - 1a ed revisada. - Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2024.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: online
ISBN 978-987-30-5038-1

1. Derecho. 2. Derecho Laboral. I. Arese, Mauricio Cesar, dir. II. Ojeda, Raul Horacio, dir.
CDD 344.01

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

ÍNDICE GENERAL

<i>Presentación</i> , por CÉSAR ARESE, RAÚL HORACIO OJEDA y DIEGO GUIRADO.	5
<i>Despidos en el Estado nacional: el derecho a una decisión fundada</i> , por MATÍAS CREMONTE y RODRIGO N. EXPÓSITO	7
<i>La aplicación temporal (art. 7º, CCCN) de la reforma laboral (ley 27.742)</i> , por JUAN J. FORMARO.	16
<i>La deficiente redacción del Título V de la ley 27.742: obiedad, contradicciones y algo más, por JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)</i>	29
<i>La resiliencia de la norma social. A propósito de las derogaciones de la ley 27.742, por NICOLÁS MENESTRINA y EDUARDO E. CURUTCHET</i>	38
<i>Unas bases que tambalean</i> , por SEBASTIÁN SERRANO ALOU.	67
<i>¿Excluyendo lo excluido? A raíz de la “reforma” del artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo, introducida por la “Ley de Bases”, por RICARDO LEÓN CHÉRCOLES</i>	84
<i>El nuevo 23, Ley de Contrato de Trabajo. Del logos al mito. La regresiva involución del Derecho como ciencia</i> , por ALFREDO JUAN MANUEL BRITOS.	97
<i>Brutal cambio de las reglas legales en materia de provisión de personal en la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos</i> , por MIGUEL ÁNGEL MAZA	103
<i>El período de prueba (art. 92 bis, LCT) en la Ley de Bases</i> , por FERNANDO ALFREDO CALANDRA.	115

<i>La vuelta de la tarifa para el despido discriminatorio,</i> por CARLOS ALBERTO LIVELLARA	127
<i>Fondo de cese laboral y derechos</i> <i>humanos, por LORENZO P. GNECCO</i>	152
<i>Primeras reflexiones sobre la Ley de Bases y las</i> <i>leyes 24.013, 25.323 y 25.345. A propósito del</i> <i>fallo “Alves”, por DANIELA FAVIER</i>	166
<i>La Ley de Bases y la violación del principio de</i> <i>indemnidad del trabajador, por DAVID DUARTE</i>	185
<i>Sobre los efectos de la derogación de las multas (sí, multas)</i> <i>por la ley 27.742, por NAHUEL N. ESPINILLO</i>	203

PRESENTACIÓN

A TONO CON LA HORA

No debe “extrañar que la ley consagre desigualdades de modo de compensar las que de por sí se dan en la relación (art. 19), síntesis de la tesis proteccionista”, decía Norberto Centeno, refiriéndose a la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), unos pocos días después de que entrara en vigencia, el 20 de abril de 1974¹. A medio siglo, la reforma laboral inserta en la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (LB) 27.742 (B. O. del 8-7-2024) viene a revisar, en parte, aquella esencia original de la LCT reequilibradora y progresiva en derechos sustanciales y procesales, como no se apreciaba desde la reforma de facto de 1976.

De ahí la explicación de que un conjunto extraordinario de operadores del Derecho del Trabajo se movilizaran expresivamente para examinar y desentrañar los propósitos de título “modernización laboral” de la LB. De inmediato, además, se registró una reacción jurisprudencial, a favor y en contra, de la aplicación retroactiva de las disposiciones que derogaron las indemnizaciones relativas a la no registración del empleo, la omisión de pago de indemnizaciones, el ingreso de aportes y la extensión de documentación laboral. La creación de un fondo de cese mediante convenios colectivos como instrumento sustitutivo del tradicional sistema indemnizatorio a cargo del empleador en caso de despido sin justa causa o la generación de la figura el trabajador independiente con colaboradores, entre otras novedades, han conmocionado el mundo del trabajo.

¹ CENTENO, Norberto O., *Introducción a la Ley de Contrato de Trabajo*, en *Revista Legislación del Trabajo*, Año XXII, N° 262, octubre de 1974, p. 865. Refiere al hoy art. 17 bis de la LCT.

Es por ello que, urgentemente, se convocó a referentes nacionales de doctrina para conocer los posicionamientos futuros frente a la LB. Se pensó en un suplemento, pero la efervescencia de ideas obligó a duplicarlo, rotulándolo como *Dossier 9 y 10*, Suplemento Digital, de la *Revista de Derecho Laboral Actualidad* que Rubinzal-Culzoni, en esta primera entrega, pone libremente a disposición del mundo jurídico nacional.

CÉSAR ARESE – RAÚL HORACIO OJEDA
Directores

DIEGO GUIRADO
Secretario de redacción

DESPIDOS EN EL ESTADO NACIONAL: EL DERECHO A UNA DECISIÓN FUNDADA

por **MATÍAS CREMONTE** y **RODRIGO N. EXPÓSITO**

I

La Constitución Nacional garantiza la estabilidad en el empleo público. Ésa es la regla. La normativa permite al Estado contratar personas por un plazo determinado y por ende sin derecho a la estabilidad, pero en casos realmente excepcionales.

En la Administración Pública Nacional, la modalidad más extendida en los últimos años fue la de los contratos por tiempo determinado, con fundamento en el artículo 9° de la ley 25.164¹, y su reglamentación, la resolución SGP 48/2002.

Esa rendija lleva décadas convertida en una puerta abierta de par en par, por la que todos los gobiernos incorporan personal eludiendo el derecho a la estabilidad. En la mayoría de los casos, los contratos se renuevan anualmente durante mucho tiempo.

En efecto, desde hace décadas, la Administración Pública Nacional contrata personal no permanente para tareas propias de la actividad estatal, convirtiendo ilegalmente la excepción en regla.

Y si bien no en todos los gobiernos se producen despidos masivos,

¹ Art. 9°: “El régimen de contrataciones de personal por tiempo determinado comprenderá exclusivamente la prestación de servicios de carácter transitorio o estacionales, no incluidos en las funciones propias del régimen de carrera, y que no puedan ser cubiertos por personal de planta permanente. El personal contratado en esta modalidad no podrá superar en ningún caso el porcentaje que se establezca en el convenio colectivo de trabajo, el que tendrá directa vinculación con el número de trabajadores que integren la planta permanente del organismo”.

los que sí lo hacen sólo deben esperar que venza el plazo de esos contratos y no renovarlos.

Es lo que ocurrió al asumir el presidente Javier Milei, que lleva más de 20.000 despidos encubiertos en no renovaciones de contratos por tiempo determinado.

Esas personas, además, son despedidas sin invocación de causa, y sin el pago de una indemnización. Es decir, no cuentan con ninguno de los derechos constitucionales previstos: ni estabilidad en el empleo público, ni protección contra el despido arbitrario.

II

Es obvio que en la mayoría de los casos se trata de un fraude a la ley, o de una simulación ilícita, cuya consecuencia debiera ser el reconocimiento de la estabilidad en el empleo.

Sin embargo, la CSJN sólo reconoció, en determinadas circunstancias, el derecho a una indemnización por despido incausado².

Y no es en todos los casos, ya que al igual que ante despidos en el empleo privado no registrado, la persona despedida debe probar en un largo proceso judicial que el contrato por tiempo determinado era sólo una formalidad que ocultaba una verdadera relación de empleo público.

Si se acredita la utilización fraudulenta del contrato, la Corte fijó su doctrina fundada en la “desviación de poder” por parte de la Administración, lo que genera un daño que debe ser reparado.

El camino hacia una sentencia que reconozca ese derecho es largo y cuesta arriba, pues además en la mayoría de los casos la Justicia Nacional del Trabajo se declara incompetente para tramitarlos³. El pro-

² Sobre el tema: CREMONTE, Matías, *La protección de los trabajadores “contratados” de la Administración Pública: comentario de los fallos “Ramos” y “Sánchez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Compendio Jurídico Erreius-Errepar*, N° 42, julio de 2010, ps. 131-141; *La doctrina de la Corte Suprema ante el fraude laboral en el empleo público*, en *Compendio Jurídico Erreius-Errepar*, N° 51, agosto de 2011, ps. 187-197.

³ Sobre el tema: CREMONTE, Matías, *La competencia laboral en materia de empleo público*, en D. T. 2011-A-1363 a 1371; VIDAL, Verónica, *Competencia laboral. La interpretación de los Convenios Colectivos de Trabajo como puerta de*

ceso se deriva al fuero en lo Contencioso Administrativo, que no cuenta con garantías para este tipo de trabajadores⁴: los empleados y empleadas del Estado no son sujetos de preferente tutela jurisdiccional. Según el fuero, uno mira los intereses del Estado y el otro el de las personas que trabajan. De este modo, se hace realidad uno de los versos que escribió Ramón de Campoamor⁵ y que alguna vez tomó prestados Enrique Cadícamo⁶ y resuenan de inmediato: “...en todo, siempre el color es del cristal con que se mira”.

La tramitación del proceso es distinta, las tasas de interés también y al final del camino el empleado público injustamente despedido puede terminar con una sentencia favorable pero con montos licuados por la inflación, luego de esperar la inclusión de su crédito en el ejercicio presupuestario correspondiente. Y todo ello pese a que la propia Constitución en su artículo 14 bis hace extensivo el “principio protectorio” al “trabajo en sus diversas formas”, el cual obviamente abarca al empleo público y, por ende, al acceso a un fuero especializado como una de las manifestaciones tutelares de las personas que trabajan por cuenta ajena.

III

Es de público y notorio conocimiento que desde fines de 2023 se están produciendo despidos masivos en el Estado nacional, y en la mayoría de los casos se trata de no renovaciones de contratos por tiempo determinado.

Primero fue el decreto PEN 84/2023 del 26 de diciembre de 2023,

acceso a la justicia diferenciada del fuero Laboral en punto al empleo público, en *Compendio Jurídico Errepar*, N° 43, agosto de 2010; DUARTE, David, *La problemática de la competencia en el empleo público*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2022-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 123-140.

⁴ Entre otros perjuicios, a diferencia de lo que ocurre en la Justicia Nacional del Trabajo, el proceso no es de oficio, no existen los poderes gratuitos, la tasa de interés que se aplica en caso de obtener un resarcimiento económico es la tasa pasiva promedio mensual publicada por el BCRA, y por supuesto no se aplican los principios generales del Derecho del Trabajo, empezando por el principio protectorio.

⁵ Poema de DE CAMPOAMOR, Ramón, *Las dos linternas*, 1846.

⁶ Tango *La luz de un fósforo*, de 1946, con letra de Enrique Cadícamo.

mediante el cual se dieron de baja todos los contratos regidos por el artículo 9° de la ley 25.164 con antigüedad iniciada a partir de enero de 2023.

Esa misma norma dispuso la renovación del resto de los contratos –anteriores a esa fecha– por el plazo de 90 días. Por eso, el 31 de marzo de 2024 se dispusieron decenas de miles de despidos, sin ningún fundamento.

Esas segregaciones suponen un daño evidente para cada una de esas personas, como en todos los casos en los que alguien es dejado sin empleo.

Pero a esa tragedia personal se le suma la estigmatización promovida por el Gobierno Nacional para fundar esos despidos.

El vocero presidencial Manuel Adorni, en su conferencia del día 3 de abril de 2024, anunció: “Esto es parte del trabajo que venimos haciendo para achicar los gastos del Estado y personal que no es necesario, que no siga cobrando un ingreso del Estado. Como digo yo siempre, por más que les canse, del otro lado hay un contribuyente que lo paga. En este caso, quienes no tenían un trabajo definido, era un ingreso que sostenía un contribuyente que muchas veces tiene problemas para llegar a fin de mes; no es justo”.

Así, a todas las personas que fueron despedidas se las catalogó como sin trabajo definido. O lo que es lo mismo, personas que no trabajaban, pero cobraban un salario.

Insistimos, se trata en la absoluta mayoría de los casos de verdaderas relaciones de empleo público a las que les corresponde el derecho a la estabilidad. Pero más allá de la forma de reparar el daño causado por el despido, esos trabajadores y trabajadoras tienen derecho a una decisión fundada, a que se exprese la causa de la no renovación de su contrato.

IV

El artículo 7° de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549, recientemente modificado por la “Ley de Bases”, obliga, entre

otras cuestiones, a la Administración Pública Nacional a motivar sus actos, resultando uno de sus elementos fundamentales.

Y dicha fundamentación no se limita a los hechos y al derecho invocado sino que la Administración tiene que explicar los motivos y las razones que se tuvieron en cuenta para dictar el acto en cuestión, justamente porque ello es lo que le permite a los jueces, ante planteos concretos, verificar la legalidad y la razonabilidad de lo decidido en el ejercicio del poder, máxime cuando se trata de actos discrecionales, tal como ocurre en el caso de los despidos.

No se trata de que el Poder Judicial se inmiscuya o entrometa en las competencias del Poder Ejecutivo, sino simplemente de garantizar la legitimidad de los actos de gobierno.

En este sentido, Balbín señala que “el elemento motivación (elemento esencial igual que las causas del acto) tiene efectos radiales, esto es, incide en el plano de los derechos, porque sólo a través de la expresión de las razones que sirven de fundamento a las decisiones estatales, las personas afectadas pueden conocer el acto íntegramente e impugnarlo fundadamente en sus propias raíces”⁷.

En este orden de ideas, deviene claro que en un Estado Democrático de Derecho los actos de gobierno, además de ser adoptados por una autoridad competente y formalmente legal, deben ser legítimos (legales y razonables) y públicos, explícitos, darse a conocer sus fundamentos.

Particularmente, el Convenio Colectivo de Trabajo para la Administración Pública Nacional (CCT 214/2006) establece –en referencia a las personas contratadas por tiempo determinado– que “Dicho personal carece de estabilidad y su designación o contratación podrá ser cancelada en cualquier momento mediante decisión fundada” (art. 30).

Ello así, la Administración no puede valerse de una vía de hecho, inaceptable en un Estado de Derecho, para hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero, ni por tanto imponer una condena infundada a los trabajadores sin pruebas. Es decir, su legitimidad política no puede validar sus actos ilegales, ni valer como criterio de formación de prueba.

⁷ BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed. act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, p. 71.

En dicho aspecto, cabe señalar que no se encuentra solamente afectado el legítimo derecho al trabajo de los 15.000 o 20.000 trabajadores afectados, sino el interés de la sociedad toda que no puede tolerar esas prácticas tomadas irresponsablemente, sin transparencia, ni información y echando por tierra todo el sistema de garantías previsto constitucionalmente, justamente para evitar el atropello de los derechos de la ciudadanía.

De admitirse este tipo de prácticas, se tiene como víctima siempre al eslabón más débil de la estructura estatal, como son los trabajadores contratados, situación de precariedad laboral por la cual el Poder Ejecutivo piensa que puede despedirlos sin necesidad de un acto administrativo, por el mero vencimiento del plazo contractual, sin necesidad consiguientemente de expresar fundamentos para la medida, soslayando el control jurisdiccional, legislativo o de los organismos autónomos de control.

Eso es falso, el Estado debe fundamentar en cada caso la razón por la cual decide no renovar masivamente esos contratos; es un derecho de cada trabajador y cada trabajadora saber la razón de su descarte. De otro modo, cada uno cargará con el estigma de haber sido echado por “ñoqui”, cuando ello no se acreditó.

Como señalara García de Enterría: “Las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de utilidad pública, o de interés general”⁸.

El presidente de la Nación, en su doble carácter de empleador y mandatario elegido democráticamente por el pueblo, debe fundar sus acciones, puesto que su mandato se enmarca dentro de la constitucional forma republicana de gobierno (art. 1º, CN). La Norma Fundamental, en su artículo 28, establece el principio de proporcionalidad y razonabilidad de las leyes reglamentarias y más aún de los actos de gobierno (art. 31, CN).

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, en *Revista de Administración Pública*, N° 38, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1962, p. 168.

V

En este sentido, respecto a la motivación de las decisiones de la Administración en general y en particular respecto a sus facultades discrecionales, tiene dicho la CSJN: “Que la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia”⁹.

Este criterio que obliga a fundamentar y motivar este tipo de decisiones también tiene respaldo en los antecedentes referidos a cuestiones de empleo público, tales como el caso “Schnaiderman”¹⁰, en el cual la Administración canceló sin motivo la designación del actor durante el período de prueba, luego de haber concursado su cargo, y dijo que “...la circunstancia de que la entidad administrativa obrare en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, como tampoco de la omisión de los recaudos que, para el dictado de todo acto administrativo, exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias (doctrina de *Fallos*: 307:639 y 320:2509)”, criterio que también se siguió en otros casos¹¹.

En el fallo “Scarpa”, la CSJN compartió el dictamen de la procuradora, quien sostuvo que “...admitido el control de los elementos reglados de un acto discrecional, es dable reparar que en el *sub lite* la disposición de cese no invocó ningún hecho concreto como causa de la remoción, antes bien sólo se fundó en ‘razones de servicio’, que, de por sí, no constituyen un fundamento suficiente para la revocación de la designación. Tal omisión torna ilegítimo el acto, sin que quepa

⁹ “Industria Maderera Lanin SRL c/Nación Argentina”, *Fallos*: 298:223.

¹⁰ *Fallos*: 331:735.

¹¹ Entre otros, en “Micheli”, “Silva Tamayo”, “Scarpa” y recientemente en “Reta”.

dispensar la ausencia de las razones que lo justifiquen por el hecho de haberse ejercido facultades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia mayor de la debida motivación (conf. doctrina de *Fallos*: 324:1860; 331:735)...”

En un Estado de Derecho, los actos de gobierno deben respetar las disposiciones del sistema normativo en su conjunto para adquirir la juridicidad necesaria.

VI

Por momentos, parece olvidarse que el presidente de la Nación es el primero que debe cumplir con el principio de legalidad, que tiene que explicar y fundar sus decisiones, que las mismas deben abordarse, analizarse y fundamentarse con relación al interés público comprometido en el caso y que sus decisiones afectan, en definitiva, al erario público.

Si una persona estuvo contratada, supongamos, durante más de 10 años, ¿por qué ahora dejó de ser necesaria?, ¿era transitoria su tarea o en realidad era permanente? Si esa persona deja de trabajar, ¿cómo o de qué manera va a cumplir el Estado con esa política pública?, ¿no van a traer consecuencias sobre el erario público los reclamos indemnizatorios? Una persona que siempre cumplió con sus tareas, comprometida, formada, con años de experiencia, que ve afectado uno de sus derechos fundamentales, tal como es su derecho al trabajo y, por ende, a contar con un salario y ve trastocado su proyecto de vida, ¿no tiene derecho a que le expliquen por qué dejó de ser necesaria?, ¿los ciudadanos no tienen derecho a conocer los motivos que llevan al presidente o sus ministros y secretarios a despedir a miles de personas?

Tal como lo hizo la Corte recientemente, quizás haya que remontarse al año 1992 y rescatar uno de los considerandos de la Corte¹² y su cita: “...aun en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que ‘la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica confe-

¹² “Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos”, *Fallos*: 315:1361.

rirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba' (D. M. K. Realty Corp. V. Gabel, 242 N. Y. S. 2d. 517, 519 [Sup. Ct. 1963]), en tanto ello llevaría a consagrar –como bien se ha señalado– ‘una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos’ (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1984, t. I, p. 433)”.

Quizás el fallo reciente de la Corte implique un mensaje subliminal y alguien debería tomar nota.

LA APLICACIÓN TEMPORAL (ART. 7º, CCCN) DE LA REFORMA LABORAL (LEY 27.742)

por JUAN J. FORMARO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Advertencia liminar. 3. Reglas de Derecho transitorio. a) Situaciones y relaciones jurídicas. Sus fases. b) Aplicación inmediata. c) Aplicación retroactiva. d) Ultraactividad de las normas supletorias en materia contractual. 4. Operatividad de las reglas en relación con la reforma laboral. 5. Norma más favorable, principio de progresividad, derechos adquiridos e interpretación en caso de duda en relación con el Derecho transitorio. 6. Vigencia de la normativa supralegal. Consecuencias.

1. Introducción

El llamado “Derecho transitorio” regula la aplicación de la ley en relación con el tiempo, constituyendo un tema central de la teoría general del Derecho². Bajo tal denominación, aludiéndose al ámbito de aplicación temporal de las normas o conflicto de las leyes en el tiempo, se sitúa una cuestión de interés permanente, pues de continuo existen leyes que se suceden, mutan o vienen a ocupar un espacio carente de regulación.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor de Derecho del Trabajo (UBA). Director de la Comisión de Derecho del Trabajo de la FACA y del Instituto de Derecho del Trabajo del CASI.

² Se ha llegado a decir que “no hay problema más difícil en la Ciencia del Derecho que éste”, que su dificultad “parece insoluble”, que los sistemas contruidos a priori son “incapaces de ofrecer panaceas jurídicas”, que se trata de una de las “zonas de penumbra del Derecho” y que aquí no pueden pedirse más que meras “aproximaciones” (conforme las citas de Bonnetcase, Planiol, Demogue, De Castro y Bravo, De Page y Bibiloni, que efectúa NIETO BLANC, Ernesto, *Retroactividad de la ley y daño moral*, en L. L. 146-273).

Sin perjuicio de aquella importancia constante, el tema tiene especial vitalidad y se sitúa como medular ante las modificaciones que la ley 27.742 introdujera en materia laboral.

En tal contexto, es objeto del presente sentar las nociones generales que regulan el tema, con especial referencia a ciertos aspectos que poseen incidencia práctica en la órbita del Derecho del Trabajo.

2. Advertencia liminar

Es sabido que la pretendida “modernización laboral” que la llamada “Ley de Bases” efectúa en su Título V resulta en múltiples aspectos una flexibilización atentatoria de una pléyade de principios estructurales de la disciplina laboral, y de derechos y garantías constitucionales.

El análisis de la aplicación temporal de la norma no implica abdicar el cuestionamiento del que aquélla es pasible, pero se impone de modo previo, pues si las disposiciones son inaplicables resultará impertinente escudriñar sobre su contenido.

3. Reglas de Derecho transitorio

El Código Civil y Comercial dispone sobre la “eficacia temporal” de la ley en su artículo 7º.

La norma sigue en esencia el modelo del artículo 3º del Código Civil derogado (texto según ley 17.711), con el agregado de la regulación que atañe al Derecho del Consumidor.

Se trata de la regla general que juega para enlazar las leyes que se suceden, para cuyo análisis es preciso memorar sus antecedentes.

En su redacción originaria (ley 340), el Código Civil regulaba la aplicación de la ley en el tiempo, haciendo pie, fundamentalmente, en la distinción entre derechos adquiridos y derechos en expectativa.

Su artículo 3º expresaba: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efectos retroactivos ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”.

A su vez, el artículo 4044 decía: “Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores cuando sólo priven a los particulares de derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos”.

El Código, como se lee, fundaba su sistema de Derecho transitorio en el principio de la intangibilidad de los derechos adquiridos.

Debatida la cuestión en el “III Congreso Nacional de Derecho Civil” (antecedente de la reforma que se introdujera mediante la ley 17.711), se concluyó, sobre la base de la ponencia oficial de Borda, que la expresión aludida (“derechos adquiridos”) era imprecisa, no tanto en su noción estricta sino en su vinculación con el sistema de irretroactividad de la ley.

Según se expuso allí: “es muy difícil en verdad que una nueva ley modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquella”, siendo ello inconciliable con la necesidad de hacer posible el progreso jurídico por medio de una reforma legislativa. Se trataba entonces de hallar una solución entre los dos extremos dados por la protección absoluta de todos los derechos adquiridos y el imperio, sin limitaciones, de la nueva ley.

La confusión de criterios existente sobre ese álgido tema fue en parte esclarecida a partir de los estudios de Roubier³, al precisar el concepto de retroactividad y distinguirlo de los efectos inmediatos de la ley (fincando en la diferencia entre situaciones agotadas y en curso).

La ley 17.711, a su turno y sobre la base de lo expuesto, derogó los artículos 3º, 4º, 5º, 4044 y 4045 del Código Civil original, sustituyendo el primero de aquéllos por el siguiente: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

El Código Civil y Comercial (art. 7º) sigue el modelo de la norma transcrita con sutiles modificaciones, pues la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto pensó inadecuado apartarse de un esquema normativo que, requiriendo las normales interpretaciones ca-

³ *Les conflits des lois dans le temps*, de 1929, obra reelaborada bajo el título *Le Droit transitoire*, de 1960.

suísticas, no generó mayores inconvenientes según se consideró. Ello sin perjuicio de que el propio estudio de Roubier fue motivo de interpretaciones encontradas⁴, llegándose a admitir soluciones contrarias con la misma invocación de ese autor⁵. De todos modos, la posición extendida es dejar librado al criterio judicial la delicada tarea de establecer cuándo una ley tiene efecto inmediato⁶, sin hacer distinciones ni condicionar su aplicación.

Lo cierto es que, para ser adecuadamente comprendido, el tema debe ser estudiado con especial detenimiento sobre los temas que siguen.

a) *Situaciones y relaciones jurídicas. Sus fases*

Ante el texto que consagra el artículo 7º del Código Civil y Comercial, refiriendo a las “relaciones y situaciones jurídicas”, es preciso analizar su alcance.

La “situación jurídica” es aquella organizada por la ley, de carácter permanente, igual para todos los que se encuentren en ella (por ejemplo, los derechos reales o de familia). La “relación jurídica”, en cambio, está organizada por la voluntad de las partes, es esencialmente modificable por éstas, varía de caso a caso (tales son las relaciones nacidas de los contratos)⁷. La diferencia, de todos modos, pierde sentido práctico pues en ambos supuestos la solución del legislador es la misma⁸.

⁴ Véase, como simple muestra, el arduo contrapunto al respecto entre Allende –Artículo 3º del Código Civil: volver al Código Civil. Graves errores de la reforma y del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, en L. L. 1977-A-703– y Borda –Sobre el artículo 3º del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende), en L. L. 1977-B-737; Sobre el artículo 3º del Código Civil (Punto final a una polémica), en L. L. 1977-C-755–.

⁵ Conforme reconoce el doctor Vernengo Prack en su voto en CNCiv., en pleno, 15-8-79, “Falland, Federico F. s/Suc.”, L. L. 1979-C-530.

⁶ PARDO, Alberto, *El artículo 3º del Código Civil según la ley 17.711*, en L. L. 135-1354.

⁷ BORDA, *Sobre el artículo 3º del Código Civil (A propósito de un artículo del doctor Guillermo L. Allende)* cit., p. 737.

⁸ CLARIÁ, Enrique y CLARIÁ, José, *Ámbito de aplicación temporal de la ley*, en E. D. 56-785.

Lo importante, siguiendo la doctrina de Roubier, es distinguir las fases en que se encuentran aquéllas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Para el profesor francés la fase dinámica corresponde a los momentos de constitución y extinción, y la fase estática a la que atrapa la producción de los efectos.

Aunque pueda llevar a confusión (pues podría pensarse en distinguir justamente a la inversa –es decir, denominar estático al momento de constitución y al de extinción, y dinámico al correspondiente a los efectos–), en concreto se pretende lo siguiente: la constitución y la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas se rigen por las leyes vigentes en el momento en que acaecen; y las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones no agotadas (*in fieri*) que se producen durante la nueva ley quedan alcanzadas por ésta (aunque las relaciones o situaciones de que deriven se encuentren constituidas con anterioridad).

b) *Aplicación inmediata*

La aplicación inmediata, lejos de ser una excepción, es el efecto propio y normal de la ley.

Es evidente que la nueva legislación se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro (es decir, a partir de la vigencia de la nueva ley). Pero también atrapa a las relaciones y situaciones que se encuentran en curso de constitución, y a aquellas ya constituidas y existentes en cuanto no estén agotadas.

El esquema puede sintetizarse del siguiente modo⁹:

- a) Las situaciones o relaciones que ya se han agotado totalmente –por haber cubierto las etapas de constitución, modificación, consecuencias y extinción– se rigen por la ley antigua (es decir, la vigente en aquel momento).
- b) Las situaciones o relaciones jurídicas en curso de constitución –mediante la producción de ciertos hechos aptos para comenzar su gestación que no se han consumado íntegramente– al momento de entrar en vigencia la nueva ley son regidas por esta última.

⁹ Véase MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La irretroactividad de la ley y el efecto diferido*, en J. A. 1972-817, Sec. Doct.

- c) Las consecuencias de una situación o relación ya constituida que se producen a partir de la vigencia de las nuevas normas son atrapadas por éstas.
- d) Las situaciones o relaciones que son íntegramente posteriores a la nueva ley serán reguladas por ella en todos sus aspectos.

c) *Aplicación retroactiva*

La ley es retroactiva cuando su aplicación se proyecta temporalmente al pasado. Se trata de una suerte de ficción de preexistencia de la normativa, para atrapar estadios superados.

En torno a ello es preciso aclarar que la irretroactividad de las leyes no es un principio estrictamente constitucional, sino de índole legal.

En efecto, a diferencia de lo que acontece en materia penal, en la que aquella irretroactividad está consagrada por la Constitución (art. 18), y a salvo el beneficio de la ley más benigna (art. 2º, CP), en materia civil es un principio legislativo¹⁰ antes normado en el artículo 3º del Código Civil y ahora replicado en el artículo 7º del Código Civil y Comercial. Por eso la propia ley inferior permite al legislador disponer la aplicación retroactiva del nuevo ordenamiento (art. 7º, párr. 2º, CCCN).

La cuestión se halla enraizada con la Constitución sólo en la medida que la posible aplicación retroactiva importe en el caso el agravio efectivo de una garantía allí amparada.

Si bien esa limitación (prohibición de violar garantías constitucionales) resulta obvia de la propia estructura del sistema normativo, la aclaración en el texto de la ley obedece a lo dictaminado por Orgaz en el ya citado “III Congreso Nacional de Derecho Civil”, en orden a la función docente de la ley, para claridad y precisión de la doctrina.

Es por ello que la disposición general de Derecho transitorio no omite la mención expresa de ese límite que surge de la Ley Suprema¹¹.

¹⁰ CSJN, 10-4-50, “Ley de Boche, Eleonora L. c/Fuchs, Ludovico F.”, *Fallos*: 216:303; 6-9-57, “Ferreiro de Raviña, Manuela c/Outin de Auge, María G.”, *Fallos*: 238:496.

¹¹ ORGAZ, Alfredo, *Dictamen en el III Congreso Nacional de Derecho Civil*, en *Actas*, t. I.

d) *Ultraactividad de las normas
supletorias en materia contractual*

El principio general del efecto inmediato cesa en el caso de las normas supletorias (art. 7º, párr. 3º, CCCN), donde rige la ultraactividad de las vigentes al momento de celebrar los contratos que se hallan en curso de ejecución (con la excepción que se incorpora para las relaciones de consumo).

El fundamento de la regla de la sobrevida de la ley antigua¹² es sencillo, pues siendo que las leyes supletorias son aquellas que tienen como misión suplir la voluntad de las partes cuando éstas no la han manifestado expresamente, en ese caso formarían parte del contrato.

Los contratantes habrán callado porque la ley ya preveía lo que querían estipular; por consiguiente, ante una reforma legislativa, los contratos en curso deberían ser juzgados, en ese aspecto, por la vieja ley que forma parte de ellos, a efectos de respetar la voluntad de las partes.

El límite a la regla de la ultraactividad en materia de consumo (art. 7º, última parte, CCCN) es también congruente con los principios de la especialidad, donde rige la norma más favorable al contratante tutelado, solución que eventualmente se aplicaría por analogía en el Derecho del Trabajo (art. 11, LCT), aun cuando la regla podría carecer de campo de actuación donde justamente existen normas de ordinario imperativas¹³.

Cabe agregar, en torno a lo expuesto en este apartado, que si bien parte de la doctrina pretendió distinguir entre leyes imperativas (frente a las cuales los particulares no pueden acordar un régimen distinto), dispositivas (desechables en el caso concreto pero creadas teniendo en miras el interés general) y supletorias (tocantes al mero interés del individuo porque sirven simplemente para suplir su falta de declaración), la mayoría de los autores y de la jurisprudencia no ingresaron en aquella diferenciación. La excepción a la aplicación inmediata de

¹² Regla sostenida por Borda –en minoría– en el III Congreso Nacional de Derecho Civil, que luego receptara la ley 17.711 y que mantiene el Código Civil y Comercial.

¹³ PODETTI, Humberto, *Ámbito de aplicación temporal de las leyes sobre indemnizaciones por despido*, en L. T. XVI-338.

la nueva ley fue aplicada a las normas supletorias y a las dispositivas, sin distinguir entre ellas. El Código Civil y Comercial tampoco ingresa en esa discusión¹⁴, incluso colocando un precepto para evaluar el carácter de las normas legales relativas a los contratos (art. 962, CCCN).

4. Operatividad de las reglas en relación con la reforma laboral

El artículo 237 de la ley 27.742 establece: “Las disposiciones de la presente ley entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina, salvo en los capítulos o títulos en donde se señala lo contrario”.

Dado que la ley citada fue publicada en el Boletín Oficial con fecha 8 de julio de 2024, la misma comenzó a regir el 9 de julio de 2024.

La vigencia de las disposiciones que hacen a la reforma laboral debe analizarse teniendo en cuenta ese hito temporal, en función de las reglas de Derecho transitorio ya explicadas.

Siendo que el presente aporte persigue un objetivo práctico enmarcado en el desarrollo teórico efectuado, pueden esbozarse las siguientes ideas en relación con los principales preceptos de la nueva legislación. Ello impone advertir que en el sinuoso terreno del Derecho intertemporal las afirmaciones que se efectúen son tentativas y obviamente pasibles de reinterpretaciones a la luz de los derechos y principios en juego.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podría sostenerse en torno a algunas de las principales reformas, sólo a modo de ejemplo:

Aun cuando la nueva redacción impresa al artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 88, ley 27.742) es intrascendente pues resulta obvio que la normativa laboral no se aplica a las contrataciones reguladas por el Código Civil y Comercial, la disposición opera sólo para las relaciones jurídicas engendradas a partir del 9 de julio de 2024 (pues el precepto hace a la constitución de la relación, que se rige por la ley vigente en aquel momento).

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 46.

La limitación efectuada a la presunción del artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 89, ley 27.742) también juega sólo para las contrataciones efectuadas a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley. Ello pues si bien podría pensarse que se aplica como si fuera una norma de naturaleza procesal al hacer referencia a la prueba, Roubier distinguió dos tipos de leyes relativas a aquélla: las vinculadas a su administración (cómo se rinde la prueba) y las que se vinculan directamente al Derecho de fondo (entre ellas, las que hacen a las presunciones legales). La regla de la aplicación inmediata no es aplicable al segundo grupo¹⁵. En rigor, de hacer jugar ello para las contrataciones anteriores, sería operar con efecto retroactivo, pues aquí también estamos en el campo de la constitución de la relación.

La ampliación del período de prueba (art. 91, ley 27.742) sólo puede regir para los nuevos contratos. Los celebrados con anterioridad al 9 de julio de 2024, aun cuando a dicha fecha se encontraran bajo el período del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo en su texto anterior, se rigen por la ley vigente al momento de la celebración del vínculo (pues se trata de un elemento que opera sobre la constitución de la relación jurídica).

La nueva redacción del artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 94, ley 27.742) podría aplicarse únicamente a hechos ocurridos a partir de la vigencia de la ley, pues la cuestión hace a la extinción de la relación jurídica, aplicándose para ello la ley que rige en aquel momento. Lo mismo ocurre con el artículo 245 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 95, ley 27.742) en lo tocante a los actos discriminatorios (siendo preciso reiterar que la cuestión temporal es independiente del análisis del contenido de la norma que, como ocurre paradigmáticamente a nuestro parecer en este caso, puede resultar a todas luces inconstitucional).

La pretendida figura del trabajador independiente colaborador (art. 97, ley 27.742) sólo podría invocarse para las relaciones jurídicas en-

¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes* cit., p. 117.

gendradas a partir del 9 de julio de 2024, pues las relaciones jurídicas anteriores se rigen por la ley vigente al momento de ser constituidas.

Concluyendo con el catálogo ejemplificativo, las derogaciones referentes a las leyes 24.013, 25.013, 25.345, 26.727, 26.844 y 25.323 (arts. 99 y 100, ley 27.742) obligan a atender a los recaudos impuestos para que los créditos reconocidos por aquéllas se devengaran.

Así, a título de ejemplo, las indemnizaciones de los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013 se habrán devengado si antes de la entrada en vigencia de la ley 27.742 se hubieran cumplido los recaudos del artículo 11 de la Ley Nacional de Empleo. Lo mismo ocurre con la prevista en el artículo 1º de la ley 25.323, que operará cuando el despido relativo a la relación laboral no registrada (o registrada de modo deficiente) hubiera acaecido con anterioridad al 9 de julio de 2024.

Siguiendo la misma lógica, el agravante del artículo 2º de la ley 25.323 se habrá devengado si antes de la fecha señalada se hubiera intimado a abonar las indemnizaciones, obligando a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa obligatoria para su percepción.

La indemnización del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y la sanción conminatoria del artículo 132 bis del mismo cuerpo legal se adeudarán: en el primer caso, si la entrega de los certificados hubiera sido requerida con anterioridad a la vigencia de la ley 27.742; en el segundo supuesto, si los recaudos impuestos en la norma (extinción del contrato sumada a la retención y falta de ingreso de los conceptos que indica) se hubieran configurado antes del 9 de julio de 2024. En orden a estos preceptos es preciso recordar los cuestionamientos constitucionales que mereciera el decreto reglamentario 146/2001 por exceder su función y alterar la normativa.

Todas estas derogaciones (arts. 99 y 100, ley 27.742) sólo quitan la cuestión del campo tarifario y abren la posibilidad de reclamar indemnizaciones plenas. La cuestión es evidente, pues no entra en las atribuciones del legislador derogar la acendrada manda constitucional que impone la justa reparación de los daños causados (art. 19, CN).

5. Norma más favorable, principio de progresividad, derechos adquiridos e interpretación en caso de duda en relación con el Derecho transitorio

El Derecho transitorio es el terreno donde opera particularmente el principio de progresividad¹⁶, instrumentador del garantismo social¹⁷, que juega como límite al quehacer del legislador.

En función de aquél, en materia de derechos sociales la cuestión de las leyes en el tiempo tiene una mecánica propia de control, pues la aplicación de las nuevas normas de acuerdo a las reglas del Derecho común es factible de ser desactivada por violatoria de la regla que impide la regresividad en la protección alcanzada.

Por ende, aun cuando se desactive formalmente la regla de la norma más favorable (art. 9º, párr. 1º, LCT) al decir que no existirá hipótesis de concurrencia cuando una disposición sea reemplazada por otra que por ende pasa a ocupar su lugar borrando la posibilidad de coexistencia¹⁸, funcionará el principio de progresividad para el control de la regresión pretendida.

También cabe advertir que, si bien la teoría general de la aplicación temporal de la ley no se ciñe –como hemos visto– a la mera distinción entre derechos en expectativa y derechos adquiridos, la nueva ley no puede afectar estos últimos, circunstancia que se presenta cuando no hay pendencia y se han cumplido los elementos que configuran el hecho jurídico¹⁹. Afectar los derechos adquiridos implica una violación constitucional. En nuestro caso, la existencia de un contrato de características especiales y donde la ley tiene centralmente función tutelar de uno de los sujetos impone al legislador obrar con cuidado de aquello que la ley anterior reguló durante la vigencia del vínculo, aun cuando el Derecho no se hubiera perfeccionado. Por ello es prudente recordar

¹⁶ CSJN, 26-2-2008, “Medina, Orlando R. y otro c/Solar Servicios On Line Argentina SA y otro”, *Fallos*: 331:250, entre muchos otros.

¹⁷ CORNAGLIA, Ricardo, *Reforma laboral. Análisis crítico*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 315.

¹⁸ CNAT, en pleno, 28-2-91, “Villamayor, José D. c/La Franco Argentina SA”, voto del doctor Morando, L. L. 1991-B-441.

¹⁹ SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, *Parte general*, Arayú, 1953, vol. 3, p. 115.

que se ha desarrollado una importante jurisprudencia en relación con el control constitucional de la tarifa cuando aquella luce insuficiente, de la mano del concepto de reparación justa. Todos esos postulados siguen vigentes.

Por último, es oportuno advertir que en materia de Derecho transitorio –terreno especialmente fangoso– opera la máxima que impone la interpretación favorable al trabajador en caso de duda (art. 9º, párr. 2º, LCT).

6. Vigencia de la normativa supralegal. Consecuencias

Aun cuando es sabido que no existe un derecho a la inmutabilidad de las leyes, la tutela jurídica alcanzada no puede desactivarse sin consecuencias.

En primer lugar, opera el control sobre la validez de las reformas, a la luz de los derechos y garantías constitucionales (en esencia, en nuestro caso, a partir de las derivaciones de los arts. 14 bis, 17, 18, 19, 28, 33 y 75 de la CN).

En segundo término, se impone el análisis sistémico de la nueva normativa, que no puede quebrar los principios inderogables de la disciplina. Allí ingresa, a su vez, la interpretación coherente con todo el ordenamiento.

A la par de todo ello, juega la articulación con el Derecho común, con relación al cual la especialidad no consiente tratos peyorativos pues su razón de ser estriba en la concreción del principio protectorio. A modo de ejemplo, mal podría discriminarse al trabajador de modo tan irrazonable y burdo (art. 95, ley 27.742) frente a la ley general que justamente sanciona tal flagelo (ley 23.592).

En adición y conectado con lo anterior, pareciera no haber advertido el legislador que en su afán no ha hecho más que abrir reclamaciones extrararifarias, fácilmente inestables, dando pábulo a reparaciones plenas.

Por ende, tal como desarrollaremos en próximos aportes, la avidez que en el plano laboral denota la ley 27.742, pretendiendo engullir irrazonablemente derechos afincados e intentando instaurar premisas incongruentes con las bases del Derecho del Trabajo, no hace más

que engendrar litigiosidad y sembrar inseguridad jurídica. La cuestión es tan clara como afirmar que la Constitución Nacional no ha sido derogada.

En definitiva, la legislación no puede ser caprichosa ni arbitraria, porque una ley vive en cuanto consulta la naturaleza de las cosas, el ser físico o moral de los bienes y los hombres alcanzados por la regulación de que se trata²⁰.

²⁰ RISOLÍA, Marco, *Grandeza y desprestigio de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 23.

LA DEFICIENTE REDACCIÓN DEL TÍTULO V DE LA LEY 27.742: OBVIEDAD, CONTRADICCIONES Y ALGO MÁS

por JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h)

Fatal es la ilusión en que cae el legislador, decía Rivadavia, cuando pretende que su talento y voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas, o suplir a ella sancionando y decretando creaciones.

JUAN BAUTISTA ALBERDI¹

SUMARIO: 1. Contenido de esta publicación. 2. El título presuntoso de la ley. 3. La tergiversación. 4. La obviedad. 5. El desliz. 6. Las inconsistencias. 7. El problema que plantea la contradicción entre dos normas. 8. La autocontradicción y el error de concepto. 9. Más preguntas. 10. Cierro evocando a Alberdi.

1. Contenido de esta publicación

Mediante el decreto 592/2024, de 5 de julio, fue promulgada la ley 27.742 (B. O. del 8-7-2024), titulada “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (en adelante, Ley de Bases). En virtud de lo dispuesto en su artículo 237, rige desde “...el día siguiente al de su publicación [...] salvo en los capítulos o títulos en donde se señala lo contrario”. De todos modos habrá que aguardar la reglamen-

¹ *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Terramar Ediciones, Colección *Pensamiento argentino*, Buenos Aires, 2009, p. 102.

tación de varias normas (arts. 77, 79, 96 y 7º de la ley 24.013, según texto de la ley 27.742), a concretarse dentro de “...un plazo máximo de noventa (90) días a partir de su entrada en vigencia...” (art. 236), para su aplicación integral.

El contenido de esta publicación se limita a identificar defectos propios de una redacción precaria de varias normas insertas en su Título V, naturalmente incompatible con la seguridad jurídica. Expondré, pues, acerca de la deficiente técnica legislativa. Sólo de eso.

2. El título presuntuoso de la ley

Haber copiado casi a pie juntillas el título de una de las obras escritas por Juan Bautista Alberdi es una presuntuosidad que pone en evidencia –lo diré sin rodeos– no haber leído *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*.

Ninguna ley debería atribuirse el rol que expresa el título de la ley 27.742 porque las “Bases [...] para la libertad de los argentinos”, en nuestro sistema normativo, están en la Constitución Nacional. De hecho, Alberdi utilizó la palabra “bases” para referirse al contenido de su Proyecto de Constitución, a la que concibió por encima de toda ley: “Para dar una idea práctica del modo de convertir en institución y en ley la doctrina de este libro, me he permitido bosquejar un Proyecto de Constitución, concebido según las bases generales desenvueltas en él”². “No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con el pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias”³.

3. La tergiversación

Un número significativo de normas destinadas a la reforma laboral están agrupadas dentro del título *Modernización laboral*. Una rúbrica que distorsiona la realidad en razón de que la pretendida “moder-

² Ídem, p. 227.

³ Ídem, p. 201.

nización” brilla por su ausencia. La omisión acerca de la repercusión de las nuevas tecnologías en el trabajo es manifiesta. No hay una sola palabra sobre inteligencia artificial y sus proyecciones a la relación laboral de principio a fin (contratación del trabajador, facultad de control del empleador, distribución del trabajo, fijación de la remuneración, despidos), pese al riesgo de discriminaciones por discapacidad, raza, orientación sexual y otras causales que trae aparejadas su utilización. Carencia que se proyecta al trabajo prestado mediante el uso de plataformas digitales y al esquirolaje tecnológico (por dar algunos ejemplos).

La reforma discurre por los otros canales de “modernización laboral”, a saber:

- a) La posible extinción de la acción penal de “...delitos relativos a los recursos de la seguridad social de la ley 24.769...” (art. 77, inc. a) y de condonación de no menos del 70% de las deudas por capital e intereses originadas por “...la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social...” (art. 77, inc. c).
- b) El reconocimiento a los trabajadores regularizados, independientemente del tiempo que hayan trabajado en fraude a la ley, del derecho a computar “hasta sesenta (60) meses de servicios con aportes [...] calculados sobre [...] el salario mínimo vital y móvil únicamente a fin de cumplir con los años de servicios requeridos por la ley 24.241 [...] para la obtención de la prestación básica universal y para el beneficio de la prestación por desempleo...”, quedando fuera del cómputo los meses regularizados “...a los fines de la [...] prestación compensatoria...” y de la “...prestación adicional por permanencia” (art. 78).
- c) La derogación de los regímenes sancionatorios, por carencia de registro de la relación de trabajo y por la declaración falsa de la fecha de ingreso del trabajador o de su remuneración, incorporados a las leyes 24.013, 25.323 y 26.844 (art. 99).
- d) La derogación del régimen sancionatorio por el pago fuera de término de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado y de las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 99 y 100).

- e) La imposibilidad de declarar nulo el despido discriminatorio y de ordenar la readmisión del trabajador afectado, a cambio de una indemnización (no acumulable con cualquier otra) cuyo monto, de acuerdo “a la gravedad de los hechos”, podría ser de hasta el 100% del que correspondiera en concepto de indemnización por antigüedad reconocida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.
- f) Más período de prueba en más tipos contractuales en razón del aumento de su plazo en el contrato por tiempo indeterminado (sin distinción) a “...los primeros seis (6) meses de vigencia...”, con posibilidad de extensión por convenio colectivo “...hasta ocho (8) meses en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores”, y “...hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores” (art. 92 bis).
- g) La posible reducción del ámbito de aplicación de la indemnización por despido sin causa reconocida en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo por la habilitación al “convenio colectivo” –sin ningún aditamento en cuanto a su ámbito funcional– para “sustituir la indemnización prevista en el art. 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral”.
- h) Menos trabajo dependiente en virtud de la deslaboralización de las relaciones de trabajo cuando el número de personas ocupadas por un “trabajador independiente” no sea superior a “tres (3)”.

4. La obviada

El artículo 88 de la Ley de Bases engrosó el listado de las exclusiones individualizadas en el artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo al disponer: “Las disposiciones de esta ley no serán aplicables [...] d) A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

Al margen de la redundancia que refleja la redacción entrecomillada porque los contratos de obra y servicios y de agencia también están regulados por el Código Civil y Comercial (arts. 1251 a 1279 y arts. 1479 a 1501, respectivamente), el nuevo inciso incurrió en una auténtica perogrullada. A no ser que la idea del legislador haya sido excluir del

ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo a cualquier persona por el solo hecho de haber suscripto cualquier contrato regulado en el Código Civil y Comercial. Si eso fuera real, estaríamos delante de una sesuda norma redactada con la más depurada técnica legislativa que, seguramente, acumulará innumerables muestras de acatamiento de los jueces.

5. El desliz

El artículo 87 de la Ley de Bases dispone que “El Sistema Único de Registro concentrará [...] a) La inscripción del empleador y la afiliación del trabajador al Instituto Nacional de Previsión Social, a las cajas de subsidios familiares...” Esos organismos fueron disueltos hace más de treinta años por el decreto 2281/91 (arts. 91 y 96).

6. Las inconsistencias

Primera. El artículo 89 de la Ley de Bases dice así: “La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales [...] y se emitan [...] facturas correspondientes a dichas formas de contratación...”

La redacción de la norma es realmente rudimentaria al expresar que la presunción de laboralidad es inaplicable “...cuando la relación se trate de contrataciones...” Estamos delante de una frase que confunde relación jurídica y contrato. Es muy posible que el legislador haya querido decir cuando la relación se origine o tenga por fuente contratos de obras o servicios, porque ésa es la vinculación entre una relación (contractual) y, como diría Santi Romano, el acto jurídico normativo no autoritario⁴ (el contrato) normalmente constitutivo de la misma.

Ahora bien, si las contrataciones de obra y servicios están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, ¿qué sentido tiene haber dispuesto que a las mismas no se les aplica la presunción de laboralidad?

⁴ *Fragments de un diccionario jurídico*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, p. 27.

Segunda. El artículo 96 de la Ley de Bases expresa: “Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo [...] Los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo...”

En rigor de verdad, la indemnización que se puede asegurar es la prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, no la prevista en el presente artículo, porque el artículo 96 de la Ley de Bases no prevé ninguna. En todo caso debió decir: “a fin de solventar” dicha indemnización.

7. El problema que plantea la contradicción entre dos normas

El artículo 91 de la Ley de Bases, modificatorio del artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, le reconoce competencia normativa al convenio colectivo para ampliar el período de prueba “...hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores”.

A su vez, el artículo 97 de la Ley de Bases, en lo que interesa por ahora, expresa lo siguiente: “El trabajador independiente podrá contar con hasta otros tres (3) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo Nacional. El mismo estará basado en una relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos...”

De la primera norma se infiere que la existencia de relaciones laborales por tiempo indeterminado no está condicionada por un determinado umbral de ocupación en razón de que, respecto de las empresas de “hasta cinco (5) trabajadores”, los convenios colectivos tienen competencia para ampliar el período de prueba general (6 meses) “hasta un (1) año”. Dicho de otro modo: por esa vía, en las relaciones laborales por tiempo indeterminado, el período de prueba podrá alcanzar aquel tope sea que la empresa ocupe uno, dos, tres, cuatro o cinco trabajadores y sin que resulte determinante a fin de engrosar la cantidad de ocupados por la empresa el tipo contractual porque la ley no exige un número

mínimo de trabajadores por tiempo indeterminado (ocupados). Ergo, en el cómputo de ocupados suman los trabajadores temporales y los de tiempo indefinido.

Al margen de la cuestión constitucional que no viene a cuento en esta oportunidad⁵, si se interpretara que la ley le otorga naturaleza autónoma a todas las relaciones entre un empleador y un trabajador cuando el número de ocupados fluctúe entre uno y tres, habría que concluir que, en el artículo 97 de la Ley de Bases, la dependencia queda descartada sólo por esa razón, vale decir, por no alcanzar un determinado umbral de ocupación (cuatro trabajadores) y sin necesidad de apelar al método indiciario en caso de controversia entre las partes de la relación.

Tal vez el legislador haya pensado que no hay tal contradicción entre ambas normas debido a que el artículo 91 de la Ley de Bases toma como referencia de ocupación a la empresa, y el artículo 97 a un “trabajador independiente”. Lo cierto es que en los conceptos de empresa y empresario adoptados por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 5º) no hay un condicionante numérico. Incluso, el propio artículo 97 de la Ley de Bases alude a “un emprendimiento productivo” a ser llevado a cabo por un “trabajador independiente” que encaja en la noción de empresa de la Ley de Contrato de Trabajo.

Dos preguntas: si un “trabajador independiente” ocupara tres “trabajadores independientes” y luego contratara tres trabajadores más, esta vez, dependientes, ¿los “independientes” se transforman en dependientes por el mero hecho de las nuevas contrataciones? En ese ejemplo, ¿el total de trabajadores ocupados, a los efectos del período de prueba, es seis o tres?

8. La autocontradicción y el error de concepto

Luego de descartar un “vínculo de dependencia” entre “el trabajador

⁵ Sobre el particular, *Los “trabajadores colaboradores”. Una manifestación del renacimiento del Derecho social como “jerigonza jurídica” y de un indiscreto retorno al arrendamiento de servicios. Inconstitucionalidad del artículo 96 del DNU 70/2023, del 20 de diciembre de 2023*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad, Dossier N° 8*, Supl. Digital, Rubinzal Online, 2024, p. 102, de mi autoría.

independiente” que lleva “adelante un proceso productivo” y los “trabajadores independientes” contratados a ese fin siempre y cuando no sean más de tres, el artículo 97 de la Ley de Bases aclara lo siguiente: “El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes...”

Una notoria tautología acompañada del siguiente error (grosero) de concepto: “...es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica”. Esta vez, la obviedad es necesaria: la ausencia de los aspectos técnico o económico de la dependencia no supone, per se, que la relación entre las partes sea “independiente”.

9. Más preguntas

El tercer párrafo del artículo 97 de la Ley de Bases (referido a los “trabajadores independientes con colaboradores”) está redactado en estos términos: “Queda prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley”.

¿Qué significa “fragmentar o dividir los establecimientos”? Por ejemplo, si un empresario por razones organizativas decidiera “llevar adelante un emprendimiento productivo” con dos establecimientos en los que piensa ocupar, en total, seis “colaboradores”; tres en uno y tres en el otro, ¿incurriría en fraude? Lo que en definitiva habrá que encontrar, porque la ley no da ninguna pauta, es la línea que separa la facultad de organización del empresario que se reconduce a los derechos fundamentales de trabajar, comerciar y ejercer toda industria lícita y el fraude.

Resuelto el problema planteado en el párrafo anterior y habiéndose concluido que, en el caso, existió fraude, ¿cuál sería la consecuencia? La Ley de Bases no tiene la respuesta.

El artículo 245 bis incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo por el artículo 95 de la Ley de Bases dice así: “Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de [...] opinión política o gremial...” La única consecuencia, como adelanté, es el agravamiento de la indemnización establecida en el

artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ni la nulidad del despido ni la readmisión del trabajador afectado por la discriminación.

Si la tuviera, ¿cuál es la incidencia de la reforma en el artículo 47 de la ley 23.551? ¿Sería posible sostener que el artículo 245 bis de la Ley de Contrato de Trabajo es derogatorio del primero en razón de lo que dispone el artículo 100 de la Ley de Bases? (“Derógase [...] y toda norma que se oponga o resultare incompatible con el contenido del presente título”).

10. Cierro evocando a Alberdi

“Los estatutos constitucionales, lo mismo que las leyes y las decisiones de la justicia, deben ser motivados. La mención de los motivos es una garantía de verdad y de imparcialidad, que se debe a la opinión; y un medio de resolver las dudas ocurridas en la aplicación por la revelación de las miras que ha tenido el legislador y de las necesidades que se ha propuesto satisfacer...”⁶

La versión aprobada por el Congreso nacional de la Ley de Bases y promulgada por el Poder Ejecutivo no cuenta con una Exposición de Motivos. Y si bien es cierto que el proyecto originario remitido por el segundo a la Cámara de Diputados estuvo precedido por el Mensaje N° 7/2023 (del 27-12-2023), también lo es que no contenía las normas laborales que hoy integran la Ley de Bases.

⁶ *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* cit., p. 231.

LA RESILIENCIA DE LA NORMA SOCIAL

A PROPÓSITO DE LAS DEROGACIONES DE LA LEY 27.742

por NICOLÁS MENESTRINA y EDUARDO E. CURUTCHET¹

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. Control de constitucionalidad por violación del principio de progresividad y prohibición de regresión. 1. Contenido normativo del principio de progresividad (faz positiva y faz negativa). 2. Pautas hermenéuticas para determinar la regresión normativa. 3. Control de constitucionalidad y justificación posible de la medida regresiva. 4. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad por violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad: aplicación de la norma anterior. 5. ¿Es correcto tratar este supuesto como un caso de reviviscencia judicial? 6. La aplicación práctica del control de constitucionalidad de normas regresivas del Derecho del Trabajo por la CSJN. III. Carácter regresivo de las derogaciones de la Ley de Bases. 1. La derogación de las indemnizaciones de la ley 24.013 por trabajo sin registro. 2. La derogación de los recargos indemnizatorios de la ley 25.323 y del artículo 50 de la ley 26.844. 3. Derogación de los artículos 43 y 45, ley 25.345 (que implementan las indemnizaciones previstas en los arts. 80 y 132 bis, LCT). IV. Conclusiones.

Resumen

Los autores plantean la posibilidad de la aplicación ultraactiva de la norma de Derecho social derogada a instancias del control difuso de constitucionalidad, como medida necesaria para mantener el piso de derechos alcanzados por la norma derogada y garantizar así la supremacía constitucional de los mandatos protectorios y de progresividad.

¹ Estamos particularmente agradecidos al Dr. Miguel Benedetti y al Dr. Diego Barreiro por aportarnos material de doctrina muy valioso para la elaboración de este artículo. Valoramos y agradecemos también los intercambios de opiniones que con motivo de las ideas que aquí se exponen hemos tenido con los Dres. César Arese, Pablo Topet, Gastón Valente y Ricardo Cornaglia.

I. Presentación del tema

La ley 27.742, conocida también como de “Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”², derogó el sistema de indemnizaciones y agravamientos indemnizatorios previstos por los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013, 9º de la ley 25.013, 45 de la ley 25.345, 15 de la ley 26.727 y 50 de la ley 26.844, e hizo lo propio con la sanción conminatoria prevista por el artículo 43 de la ley 25.345, al tiempo que abrogó la ley 25.323.

Se trata de medidas legislativas que ya habían sido adoptadas por el DNU 70/2023, de efímera vigencia efectiva en la materia, en virtud de la temprana suspensión de sus efectos por vía cautelar primero y por resolución de fondo posteriormente, hallándose en la actualidad el caso a estudio de la Corte Suprema de Justicia³.

Nos proponemos en esta oportunidad examinar los efectos de la derogación de una regla de Derecho por otra que es declarada inconstitucional –por resultar lesiva de los principios protectorios y de progresividad–, a través de la “teoría de la reviviscencia” de la regla derogada o abrogada⁴, que conduce a su aplicación en el caso concreto,

² La práctica de bautizar a la ley con un breve título había tenido, hasta el momento y con excepción del empleo de algún adjetivo puntual, un tinte descriptivo de su contenido. Habrá que revisar la utilidad de hacerlo cuando el título empleado abandona esa finalidad y asume un propósito diferente.

³ La causa “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo nacional s/Acción de amparo” (expte. 56.862/2023) tuvo un vertiginoso trámite durante la feria de verano de 2024, que llevó a que se dictara una primera resolución cautelar por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –sala de feria–, frente a la denegatoria en primera instancia, con fecha 3 de enero de 2024. Luego, el juzgado de feria dictó sentencia definitiva el 24 de enero de 2024, en la que acogió parcialmente la acción de amparo, aunque limitándola a aquellos capítulos que afectaban en forma directa a las entidades sindicales (arts. 73, 79, 86, 87, 88 y 97 del DNU 70/2024). Esa decisión fue modificada poco menos de una semana después, el 30 de enero de 2024, por la sala de feria, que con carácter de sentencia definitiva, en la que declaró la invalidez constitucional del Título IV (arts. 53 a 97) del DNU 70/2024, por ser contrario al art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional, y dejó sin efecto la “aclaración” formulada en el apartado 2 de la parte resolutive del fallo de primera instancia, que se refería a la validez del DNU para el caso que la Comisión Bicameral lo ratificara.

⁴ Más adelante en este trabajo nos ocupamos de disentir con el término “reviviscencia”. Aclaremos desde ahora al lector que en rigor nosotros nos referiremos al

como modo de mantener los estándares de protección alcanzados por el Derecho social. En el caso de las derogaciones de la ley 27.742 a las que nos estamos refiriendo, esta técnica de control de constitucionalidad tiene el efecto de tornar aplicables las indemnizaciones tarifadas derogadas a los supuestos de hecho que ellas contemplaban. Ello sin perjuicio de la restante vía de reclamación, que tiene fuente directa en el Derecho de Daños Laborales, para cuyo desarrollo remitimos al material específico⁵.

El tema pone en centro de nuestro análisis los principios protectorios y de progresividad, con su correlativa prohibición de regresividad y los efectos concretos que de ellos se derivan en el momento de efectuar el test de validez sustancial en nuestro sistema judicial-difuso de control de constitucionalidad.

II. Control de constitucionalidad por violación del principio de progresividad y prohibición de regresión

1. Contenido normativo del principio de progresividad (faz positiva y faz negativa)

El principio de progresividad, tal como ha sido concebido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entraña una directiva dirigida a los poderes públicos del Estado, sobre el modo en que se debe alcanzar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales: la actividad del Estado debe procurar que

efecto jurídico del escrutinio de constitucionalidad como de “perduración de los efectos tuitivos de la norma derogada por regresión”. Cuando utilicemos el vocablo “reviviscencia”, lo hacemos en este preciso sentido. Nosotros preferimos sostener, aunque con el mismo alcance a fin de cuentas, que aquella doctrina de la reviviscencia, que se trata de un efecto de “supervivencia ultraactiva” de las conquistas sociales alcanzadas por el mandato constitucional de no regresividad en la formulación estatal de normas sociales protectorias, que no pueden ser derogadas si no son sustituidas simultáneamente por otras que garanticen idéntico o mayor nivel de protección del derecho en cuestión.

⁵ FORMARO, Juan J., *Reparación plena de los daños antes tarifados por las leyes 24.013 y 25.323*, en Rubinzal Online, RC D 451/2024; CURUTCHET, Eduardo, *El Derecho de Daños Laborales frente a la Ley de Bases*, en *Microjuris*, MJ-DOC-17849-AR.

los mismos se realicen gradual y sucesivamente, comprometiendo para ello los recursos necesarios. Éste es su contenido positivo. Tiene a su vez un contenido normativo negativo y operativo inmediato: el Estado se debe abstener de retroceder en la situación de protección que ha alcanzado un determinado derecho social en su jurisdicción. Sostiene Gialdino que este efecto negativo se vincula con la obligación de “respetar” dado que si el Estado ha contraído la obligación de conducirse en un determinado sentido, con mayor razón aún está compelido a no hacerlo en sentido opuesto⁶. Este principio aparece consagrado en el sistema interamericano de derechos humanos, en el artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica⁷, en el artículo 1º del Protocolo de San Salvador⁸ y en el sistema universal de protección de derechos humanos: el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹.

⁶ GIALDINO, Rolando E., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 105. Existe entonces un principio de prohibición de retroceso en materia de Derecho social conforme el cual consagrada legalmente una cierta prestación o tutela el legislador no puede volver sobre sus pasos sin manejar otras alternativas o compensaciones (aut. y ob. cit., citando a J. J. Gómez Canotilho, p. 110).

⁷ También llamada Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en Costa Rica el 22-11-69, aprobada por Argentina mediante ley 23.054, e incorporada al bloque de constitucionalidad por conducto del art. 75, inc. 22, de la CN desde la reforma del año 1994. El precepto dice: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

⁸ “...adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

⁹ Firmado en Nueva York el 19-12-66, aprobado por Argentina mediante ley 23.313 e incorporado al bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22, párr. 2º, CN) desde la reforma del año 1994. El artículo 2.1 dice: “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, especialmente económicas y téc-

Entraña también una directiva constitucional expresa dirigida al Congreso de la Nación en el artículo 75, inciso 23, al disponer que corresponde al Congreso “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen [...] el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos...”

En la Provincia de Buenos Aires el principio fue expresamente consagrado en la Constitución Provincial en su artículo 39.3¹⁰.

En el Derecho del Trabajo este principio impide que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias del trabajador alcanzados en un determinado ordenamiento jurídico “y se expresa articuladamente con el principio de la irrenunciabilidad y las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa”¹¹.

2. *Pautas hermenéuticas para determinar la regresión normativa*

Una norma jurídica es regresiva cuando el nivel o grado de reconocimiento, protección y garantía de tutela efectiva que ha alcanzado el derecho en cuestión, en un momento dado, queda reducido, restringido, retaceado o denegado con el nuevo escenario normativo.

Esta situación de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales no sólo resulta *justiciable*¹², sino que en ese proceso de control judicial la medida regresiva estará sometida a un test estricto de constitucionalidad, tal como se verá.

nicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

¹⁰ El art. 39.3 dispone: “En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador”.

¹¹ CORNAGLIA, Ricardo, *El ataque al principio de progresividad*, en *Doctrina Laboral Errepar*, t. VIII, p. 178; especialmente: *Reforma laboral. Análisis crítico*, La Ley, Buenos Aires, 2001, en donde dicho jurista desarrolla plenamente los alcances del principio de progresividad.

¹² Corte IDH, “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1-7-2009, Serie C, N° 198, párr. 102.

Existen amplios catálogos descriptivos de situaciones que pueden considerarse regresivas, sobre todo cuando remiten a una confrontación entre unas nuevas reglas de Derecho con otras anteriores que fueron sustituidas. En ese sentido, dice Courtis: “para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior”¹³.

La forma de comparación de las unidades legislativas –la derogada y aquella que la deroga– determina la conveniencia –tal como lo señalan Abramovich y Courtis– de recurrir al método del conglobamiento por instituciones, sobradamente conocido como técnica de comparación por el iuslaboralismo, en virtud de lo que establecen los artículos 9º de la Ley de Contrato de Trabajo y 6º de la ley 14.250¹⁴.

Si bien este método resulta adecuado para el cotejo de niveles de beneficios entre dos cuerpos normativos que lleven diferentes grados de tuición, pareciera existir un amplio consenso acerca de que el caso más paradigmático de regresividad está dado por la derogación de una norma jurídica que consagraba un determinado derecho o tutela de un derecho social, que no es sustituida por ninguna otra que la reemplace.

En ese sentido se suelen citar las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁵, que en su apartado 14.a, reconoce como regresiva la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza.

3. *Control de constitucionalidad y justificación posible de la medida regresiva*

Para que una norma jurídica pueda ser considerada constitucionalmente válida debe no sólo respetar los procedimientos formales para su sanción, sino también los mandatos de producción referidos a su

¹³ COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás*, 1ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 4.

¹⁴ Auts. cites., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª ed., 2ª reimp., Trotta, Madrid, 2014, ps. 102-105.

¹⁵ Maastricht, 22 a 26 de enero de 1997.

contenido sustancial. Ratificando esta idea, Luigi Ferrajoli denominaba críticamente como concepción “paleopositivista” de la validez de las leyes a aquella que identificaba validez con existencia porque la asociaba a sus condiciones formales de creación, ignorando las normas sustanciales de producción que emergen de la Constitución Nacional¹⁶.

Por lo tanto, si la norma jurídica no respeta los mandatos constitucionales en cuanto a su contenido esencial, puede por esa sola razón ser declarada su inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, no puede la norma social válidamente desconocer el sentido protectorio que la debe guiar por mandato del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, ni tampoco la prohibición de regresividad a la que nos hemos referido antes (art. 75, incs. 22 y 23, CN).

Nos referimos a mandatos y a principios fundamentales con igual alcance, pues como lo ha afirmado Robert Alexy: “Los principios son mandatos de optimización”. Es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las “posibilidades jurídicas y fácticas”¹⁷.

Agrega el autor que el carácter de principio “significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, de la necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”¹⁸.

En otras palabras, el test de constitucionalidad en relación con la posible violación de uno de estos principios debe ser particularmente estricto, y exige ponderar no sólo la debida adecuación (idoneidad de los medios para alcanzar los fines), sino también su necesidad (que entre todos los medios posibles se hubiera escogido el que resulte menos perjudicial a los derechos en juego) y la proporcionalidad o razonabilidad en sentido estricto (que el medio logre efectivamente promover el fin buscado).

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006, p. 21.

¹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 86 y 111-112.

¹⁸ Ídem, p. 112.

Incluso ante la constatación inicial acerca de la confrontación entre la norma y estos principios se debe presumir la invalidez de la norma.

En ese sentido, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N° 18, relativa al derecho al trabajo, sostuvo: “...21. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, no deben adoptarse en principio medidas regresivas en relación con el derecho al trabajo. Si deben adoptarse deliberadamente cualesquiera medidas regresivas, corresponde a los Estados Partes en cuestión demostrar que lo han hecho tras considerar todas las alternativas y que están plenamente justificadas, habida cuenta de la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto y en el contexto del pleno uso de los máximos recursos disponibles por los Estados Partes”.

Al respecto y con referencia a una observación general anterior con el mismo alcance, decían Abramovich y Courtis que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha fijado los términos del posible marco argumental del Estado, cuando pretende justificar la validez de una norma regresiva: “...por un lado, la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que ha considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla [...] Por otro lado, el Comité también establece las condiciones y contenido de la posible justificación: la medida deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispone...”¹⁹

Concluyen los autores citados sosteniendo que “...la verificación del carácter regresivo de una norma tiene efectos similares a la existencia de un factor de discriminación de los expresamente vedados: conlleva, de antemano, una presunción de ilegitimidad de la medida, y conduce a la necesidad de realizar un escrutinio estricto o un severo control de razonabilidad y legitimidad de la medida y del propósito de la norma, quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad”²⁰.

¹⁹ ABRAMOVICH y COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles* cit., 2002, ps. 109 a 111.

²⁰ *Ibíd.*

De modo que siguiendo a los mencionados autores: “...el impugnante de una norma podría trasladar la carga de demostrar su razonabilidad si logra acreditar prima facie que dicha norma es regresiva...”, agregando que “lo será, en principio, partiendo de la definición del artículo 2º del Pidesc, cuando el grado de efectividad del derecho social reglamentado por la norma impugnada resulte menor al que había alcanzado en el Derecho interno antes de la sanción de esa norma”²¹.

El órgano jurisdiccional que ha trabajado más intensa, fundada y productivamente este asunto fue sin dudas la Corte Constitucional de Colombia, quien llegara a afirmar que “...el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto...”²²

Es decir que, incluso desde un punto de vista procesal constitucional, la sola constatación del carácter regresivo de una norma social hace presumir su inconstitucionalidad. Y es el Estado –o quien defienda la constitucionalidad de la norma– quien debe esforzarse, si quiere sostener su validez constitucional, por justificar la medida de acuerdo al estándar estricto referido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo al respecto que la implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales “...podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”²³.

Este criterio fue recogido por la CSJN en el caso “ATE”, al sostener que “el principio de progresividad [...] impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente regresivas en materia de derechos humanos [...] requieran la consideración ‘más cuidadosa’, y deban ‘jus-

²¹ Ídem, p. 112.

²² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-671/02, del 20-8-2002, parágrafo VI, *Consideraciones y fundamentos*, pto. 13.

²³ “Caso Acevedo Buendía”, cit., párr. 102.

tificarse plenamente’, verbigracia, con referencia a la ‘totalidad de los derechos previstos’ en el Pidesc y en el contexto del aprovechamiento pleno del ‘máximo de los recursos de que el Estado disponga’ [...] En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una ‘fuerte presunción’ contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el Pidesc”²⁴.

Este control estricto de constitucionalidad de toda norma regresiva en materia de derechos sociales no sólo implica entonces una presunción contraria a su validez, sino que para revertir esa presunción se debe presentar una cuidadosa justificación de *fin*es y *medios* que la norma regresiva ha tenido en vista. En cuanto a los fines, no pueden ser de cualquier tipo, sino que deben estar orientados a “promover el bienestar general en una sociedad democrática”²⁵, y en particular, en nuestro sistema constitucional, deben estar enfocados a satisfacer los mandatos que emergen del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, es decir, deben perseguir una finalidad protectoria del trabajo, propender al establecimiento de condiciones justas y equitativas de labor, a reducir la jornada de labor, a sostener la estabilidad y la protección contra el despido arbitrario, a garantizar el derecho de huelga, etcétera.

En cuanto a los medios que se utilicen para alcanzar ese fin, deben ser sometidos a un test de proporcionalidad, en el sentido de verificar que realmente las medidas adoptadas son eficaces en términos abstractos para alcanzar esos fines. No basta una relación de mera adecuación o de simple razonabilidad entre medio y fin. Además se exige, para valorar esta razonabilidad intensa, que la medida adoptada sea, entre otras que pudieran implementarse, la que menor retroceso producirá al derecho en cuestión.

Si falla cualquiera de esas dos líneas argumentales, la presunción de inconstitucionalidad se impone, lo que determina la declaración de

²⁴ Fallos: 336:672, del 18-6-2013.

²⁵ Ello se desprende del art. 4º del Pidesc al establecer que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

regresión y la consecuente inconstitucionalidad e inconvencionalidad del precepto sujeto a escrutinio.

El sistema de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales estructurado a partir del principio de progresividad funciona entonces con dos mecanismos o “válvulas” que lo equilibran y le hacen avanzar. En primer lugar, como dice con elocuencia Ricardo Cornaglia, este principio funciona como válvula de retención dentro del sistema, que no permite que se pueda retroceder en los niveles de conquistas protectorias logrados e impide el retroceso a condiciones propias de períodos históricos superados²⁶. Nosotros consideramos que, además de esa válvula antirretorno, que permite el flujo de ingreso, pero bloquea el de salida, se debe reconocer la existencia de una válvula de liberación o escape, que opera bajo el sistema que estamos explicando, de presunción de invalidez, y sólo permite ese regreso o salida del sistema si se satisface el escrutinio estricto que hemos descrito.

4. *Efectos de la declaración de inconstitucionalidad por violación del principio de progresividad o prohibición de regresividad: aplicación de la norma anterior*

Tal como lo afirma Ricardo Cornaglia: “Es evidente que el progreso es instrumento de realización de los derechos humanos y que la orientación que en tal sentido debe guardar el orden jurídico en general crea una obligación. La dificultad actual está en distinguir la naturaleza de la obligación, sus destinatarios, su objeto y el tipo de sanciones que reconoce”²⁷.

Prohijando sus enseñanzas, estamos en condiciones de avanzar con el núcleo de nuestro aporte, es decir, el examen de los efectos jurídicos que provoca la declaración de inconstitucionalidad de una ley del Congreso, por afectación del principio de progresividad –por regre-

²⁶ CORNAGLIA, Ricardo, *El principio de progresividad y su conceptualización en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema*, en *Doctrina Laboral Errepar*, N° 234, febrero de 2005, ps. 107 y ss.

²⁷ Véase *El principio de progresividad*, en *Ponencias del Primer Congreso Nacional de Abogados: “Hacia nuevas formas de defensa de los trabajadores”*, celebrado en el salón Germán Abdala, Buenos Aires, los días 10 y 11 de octubre de 1997, p. 11; disponible para su consulta en <https://www.rjcornaglia.com.ar/>.

sión normativa–, principio que, como hemos visto, tiene para nosotros un sentido hermenéutico fuerte.

Como primera medida, es necesario recordar una vez más que nuestro análisis estriba en nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad, de carácter difuso, contencioso y oficioso²⁸. Con esto queremos significar que las ideas que anotamos funcionan en el ámbito de un conflicto jurídico específico que debe ser resuelto en los tribunales y no constituye en modo alguno un alzamiento respecto de nuestro sistema republicano de pesos y contrapesos.

Es bueno aclarar este punto, que ya había preocupado a Hans Kelsen al comparar los efectos de la decisión de un Tribunal Constitucional como el existente en Austria en relación con las consecuencias de la decisión en el ámbito de la Constitución norteamericana, que guarda algunas semejanzas con la nuestra en este punto. Afirmaba Kelsen que en el caso del sistema constitucional austríaco la decisión del Tribunal Constitucional importa un acto de legislación positiva, en tanto que en el caso de la práctica norteamericana esa decisión está limitada al caso en particular²⁹. Al igual que el filósofo vienés, resulta para nosotros de mayor interés dejar debidamente aclarado el asunto, puesto que en otro caso el razonamiento que estimamos correcto entra en interferencia conflictiva con principios eminentes de nuestro Derecho Constitucional, tales como el sistema republicano de gobierno, que se construye a partir de unos equilibrios competenciales delicados.

Aclarado a qué nos referimos a los efectos del caso en particular, lo que presupone una pretensión concreta que inexorablemente imponga el escrutinio constitucional, afirmamos que la declaración de inconstitucionalidad por regresión peyorativa acarrea la nulidad absoluta de la norma, que implica la restitución al estado de cosas anterior *ex*

²⁸ Sobre este punto véase BARREIRO, Diego, *Control de constitucionalidad de oficio y congruencia*, en FORMARO, Juan J., *Jurisprudencia laboral*, N° 5, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, p. 61.

²⁹ KELSEN, Hans, *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austríaca y norteamericana*, en *Dereito*, vol. IV, N° 1, 1995, ps. 213-231; disponible para su consulta en sitio web de la Universidad de Santiago de Compostela, https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/2226/pg_215-236_dereito4-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

tunc. Ésta es la única interpretación consistente del sistema de control de constitucionalidad con el principio de progresividad, puesto que en cualquier otra alternativa hermenéutica este principio quedaría de inmediato vaciado de un contenido jurídico exigible, lo que implicaría per se la negación de su condición axiológica como mandato de optimización.

En definitiva, la interpretación antes postulada es la que mejor comulga y resulta compatible con una interpretación conforme del texto constitucional en su actual dimensión y de cara a un caso concreto³⁰.

En este punto, el propio Kelsen había afirmado en su estudio constitucional comparativo, antes citado, que “En los casos donde una ley que ha sido anulada por ser inconstitucional ha reemplazado a una ley anterior o a una norma del *common law* que regula el mismo asunto, es mejor dejar que la primera ley o la previa norma del *common law* anteriormente válidas sea restaurada antes de tener un status legal que deja al asunto libre de toda regulación”³¹.

Así, consideramos que cuando se ha declarado judicialmente que una norma es inconstitucional por implicar un retroceso vedado en el nivel de protección alcanzado por un determinado derecho social la judicatura debe mantener el estándar de protección imperante hasta el momento, que constituye un piso de marcha impenetrable, a excepción de que se tenga por satisfecha la exigencia del escrutinio estricto de control de constitucionalidad que hemos referido.

³⁰ Definido como “...la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección” (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios constitucionales*, 9[2], 2011, ps. 531-622; recuperado el 9-7-2024 de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&tlng=es).

³¹ Aut. y ob. cit., p. 230. Es importante aclarar que preocupaba a Kelsen desde el punto de vista estructural la diferencia entre la “anulación” y la “nulidad ab initio” como efectos de la descalificación constitucional. Nosotros adscribimos a la noción de la nulidad ab initio.

Al respecto sostiene Courtis que “desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del tratado de derechos humanos que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces”³².

Lo que estamos sosteniendo podría homologarse con el supuesto de “reviviscencia de la norma abrogada”, lo que por cierto ha sido un recurso frecuentemente utilizado por la CSJN, al que nosotros hemos preferido denominar como de “resiliencia de la norma de Derecho social”.

Cristian Abritta realizó un minucioso estudio de las variopintas circunstancias en las que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ensanchado sus atribuciones constitucionales, y entre ellas encontramos una práctica constitucional compatible con la reviviscencia, que se ha reiterado en numerosas oportunidades y que da pábulo a nuestra lectura favorable a la conservación del nivel de beneficios recortado por la norma regresiva³³. Abritta cita los casos “Colella”³⁴, “Famyl”³⁵ y “Martínez”³⁶, en los que aparece nítida la reviviscencia judicial, lo que permite abrir paso a la interpretación antes señalada.

Es necesario destacar que en el supuesto de declaración de inconstitucionalidad por regresión normativa, la reviviscencia o la aplicación ultraactiva de la norma de Derecho social derogada constituye el nervio central del principio en el que se apoya la declaración de inconstitucionalidad, por lo que lejos de ser un efecto anómalo del control de constitucionalidad, constituye el ámbito exacto e inherente de actuación del principio de progresividad.

³² COURTIS, *Ni un paso atrás* cit., p. 17.

³³ Aut. cit., *La (última) anomalía que (vanamente) se pregona sobre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en *Suplemento Constitucional N° 2*, dir. por María Angélica Gelli, La Ley, Buenos Aires, 2022.

³⁴ Fallos: 268:352, del 9-8-67, en donde declaró la invalidez de la ley 16.881 por ausencia de promulgación, lo que significó la reviviscencia de la ley 11.729.

³⁵ Fallos: 323:2256, del 29-8-2000, en donde declaró inválida la promulgación de una norma inescindiblemente ligada a otra observada por el PEN.

³⁶ Fallos: 312:826, del 6-8-89. Al declarar inválido el agravamiento del monto de una pena, recobró efectos la ley anterior.

Pues bien, el resultado hermenéutico arroja que la declaración de inconstitucionalidad por regresión implica para el caso concreto la ultraactividad del nivel de beneficios de la norma derogada. A este efecto se lo denomina, pensamos que impropriamente, “reviviscencia judicial”. Expresa el distinguido y recientemente fallecido constitucionalista Sa-güés, con su habitual claridad docente, que cuando un tribunal reputa inconstitucional una norma, caben al menos cuatro alternativas básicas, según esa declaración lleve efectos generales o entre partes, en función del sistema jurídico. Por las razones que ya hemos apuntado, sólo nos interesan las consecuencias atingentes a nuestro propio modelo constitucional, que se resumen así: a) la inaplicación al caso concreto, sin evaluación de los efectos; b) midiendo las consecuencias de la decisión, inaplicarla, pero agregar la realización de una exhortación al Congreso de la Nación, para que dicte una norma compatible con la Constitución; c) descalificar la norma por inconstitucional, con aplazamiento de los efectos de la resolución, en casos extremos; d) en la variable más audaz, declarar la inconstitucionalidad y restablecer el texto abolido, esto es, la reviviscencia judicial³⁷.

Esta última alternativa es la que tuvo lugar en la resonada causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”³⁸, que fue objeto de numerosas críticas, por cuanto el debate encerraba el escrutinio constitucional de una norma que había regido durante más de quince años, respecto de la composición de una institución constitucional como lo es el Consejo de la Magistratura de la Nación.

Sin abrir juicio de valor positivo sobre esa aplicación puntual de la reviviscencia judicial –que desarrollada por la Corte federal como última palabra de cierre podría asimilarse a la actividad de legislar–,

³⁷ Nosotros nos permitimos agregar una quinta alternativa a las expuestas por el constitucionalista rosarino, que es aquella que la CSJN desarrolló en el caso “Vizzoti” (*Fallos*: 327:3677, del 14-9-2004). En este caso, lejos de limitarse a declarar la invalidez constitucional, erigió un estándar de tolerancia constitucional por remisión a los principios que gobiernan los límites de la presión tributaria. Así, la solución pretoriana (que paradójicamente rige hasta hoy por cuanto fue positivizada mediante el DNU 70/2023, regla formal, ¡declarada inconstitucional por transgredir el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional!), implica en la práctica la alteración de la regla del Congreso, lo que se parece bastante a legislar en forma positiva.

³⁸ *Fallos*: 344:3636, del 16-12-2021.

consideramos que ese fallo deja dos enseñanzas específicas, como lo son que la reviviscencia judicial no está reñida con nuestro diseño constitucional y que si la Corte Suprema, en las condiciones en que lo hizo, echó mano a esa herramienta de solución, tanto más válido supone su recurso para la resolución de los conflictos individuales. Ninguna diferencia de tratamiento debería existir para determinar la aplicación ultraactiva de la norma de Derecho social derogada, cuando media una demostrada hipótesis de regresión.

5. *¿Es correcto tratar este supuesto como un caso de reviviscencia judicial?*

La doctrina que se ha enfocado en los efectos de la “doble derogación”, es decir, de la situación que se da cuando una norma (c) deroga a otra norma (b) que a su vez había derogado a una norma anterior (a), explican este efecto como un supuesto de reviviscencia normativa (de la norma a)³⁹.

La reviviscencia judicial, por analogía, sería la que ocurre no ya cuando una norma deroga a otra, sino cuando es declarada inconstitucional una norma derogante de otra, lo que hace regir en forma ultraactiva a la norma anterior derogada⁴⁰.

Explicaba Sagüés que “a favor de la tesis de la reviviscencia judicial obra el argumento de que si una ley inconstitucional resulta jurídica-

³⁹ No siempre se reconoce ese efecto, pues si la ley que deroga la derogante anterior trae una regulación distinta del asunto, se aplica ésta. Díez-Picazo sostenía: “Hay que asumir que, cuando la disposición derogatoria está recogida en una ley con regulación sustantiva, existe una norma implícita en la ley nueva que excluye la reviviscencia [...] La pura derogación de la derogación no puede sino implicar la cesación del efecto derogatorio [...] En suma [...] la derogación de la derogación no puede sino equivaler a una nueva aprobación tácita de una ley que había sido derogada” (DÍEZ-PICAZO, Luis María, *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, ps. 243, 246 y 248).

⁴⁰ “La declaración de inconstitucionalidad de la ley derogatoria, de este modo, sería un supuesto de reviviscencia de la ley en sentido propio, ya que aquí la recuperación de la vigencia no procede de un nuevo acto positivo de ejercicio de la potestad legislativa –como ocurre en la derogación de la disposición derogatoria–, sino de la propia ley derogada. Al desaparecer el efecto derogatorio, la ley derogada, por sí sola, recupera la vigencia que aquél había hecho cesar” (DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 251).

mente nula (decisión aplicable ya para todos, ya solamente para las partes de un proceso, de acuerdo con el sistema operante en cada Estado), dicha norma carece –en su orden– de efectos jurídicos, y mal podría derogar a una norma preexistente (*quod nullum est nullum effectum producit*). A esta última, por ende, se la debería considerar (*erga omnes* o *inter partes*, según el caso) como no derogada”⁴¹.

A este fenómeno jurídico se lo ha denominado de diversas formas: supervivencia, revivificación, revalidación, restauración, reversibilidad, etcétera, pero quizás el término que cobró mayor popularidad en la comunidad jurídica es el de “reviviscencia judicial”, (*reviviscenza*, en la doctrina italiana), vocablo que fue acuñado en el ámbito del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad, con eficacia *erga omnes*⁴², pues en tal sistema, declarada la inconstitucionalidad de la norma, ésta pierde vigencia. Es decir, el término fue concebido allí donde el control de constitucionalidad opera en la *dimensión de la vigencia de la ley*⁴³.

⁴¹ SAGÜÉS, Néstor P., *Sobre la reviviscencia judicial de las leyes*, en L. L. del 11-5-2022, p. 1; L. L. 2022-C-248.

⁴² Explica Pineda Mazariego que “Empezó a conceptualizarse el efecto de reviviscencia desde que se creó el primer tribunal constitucional con competencia exclusiva para conocer del control constitucional en el sistema concentrado”. El autor afirma que “incluso Kelsen indicaba que podría darse una excepción a la regla y se refiere a ‘efectos retroactivos limitados’ de la anulación de una norma por declaración de inconstitucionalidad general, de la siguiente forma: ‘Debería, quizá, hacerse la excepción en el caso de que se anulara una ley que consistiera únicamente en la abrogación de una ley hasta entonces en vigor; puesto que el solo efecto posible sería la desaparición de la única consecuencia que ha tenido la ley –la abrogación de la ley anterior–; es decir, la entrada en vigor de esta última’. En tal sentido, indicaba Kelsen, el pronunciamiento no debería ser que ‘se anula la ley’ sino que ‘la ley es inconstitucional’, y como su único efecto es derogar otra, entonces debe evitarse su aplicación conllevando a que el tribunal constitucional pueda restablecer la vigencia de la ley derogada” (PINEDA MAZARIEGO, Carlos Humberto, *Análisis del efecto de reviviscencia, sus alcances y límites en el caso de control constitucional abstracto de normas jurídicas*, en *Campus central Guatemala de la Asunción*, septiembre de 2017, p. 148).

⁴³ Se comprende entonces por qué en aquellos sistemas concentrados de control de constitucionalidad suele ser muy estricta la aplicación de la doctrina que acepta la reviviscencia judicial. Al respecto decía Díez-Picazo: “Existe a este respecto un notable grado de consenso en el sentido de que, en principio, no es posible la reviviscencia de las leyes derogadas, incluso en aquellos ordenamientos en los que no hay una norma prohibitiva expresa” (ob. cit., p. 236).

En cambio, en el sistema difuso de control de constitucionalidad, como el argentino, la declaración de invalidez de la norma se limita al “caso” concreto y *opera en la dimensión de la eficacia* de la norma, es decir, en el ámbito de su aplicabilidad, al supuesto que es sometido a control de constitucionalidad.

Por lo expuesto consideramos que no es correcto en nuestro ordenamiento jurídico explicar el efecto de la aplicación de la ley anterior en un caso concreto en que su abrogación resulte inconstitucional, como un supuesto de reviviscencia normativa, más allá de las críticas que este término ha recibido⁴⁴.

Preferimos explicar este fenómeno como un caso de *aplicación ultraactiva de la ley derogada*, en el sentido que, a instancias del control difuso de constitucionalidad, podría resultar aplicable para regir el caso, a pesar de haber sido derogada por otra norma, cuando esta norma derogatoria resulta a su vez inconstitucional.

La norma no renace, porque no recobra vigencia normativa en términos abstractos y generales, sino que sólo recobra efectividad para ser aplicada en el caso individual y concreto. Son dos planos claramente distintos de actuación. La norma derogada continúa derogada, pero se aplica a la situación jurídica concreta que regulaba la norma derogada en un caso concreto.

Que la magistratura en un caso concreto decrete la inconstitucionalidad de una norma que deroga un beneficio social no quiere decir que esa norma recobra vigencia *erga omnes*. Por lo tanto descartamos para nuestra tesis la teoría de la reviviscencia, pues como ha dicho un autor que ha estudiado en profundidad el tema “muerto el cazador, no revive la liebre”⁴⁵.

Siguiendo a Díez-Picazo, diremos que desde nuestro punto de vista la norma no recobra vigencia pero sí mantiene su eficacia ju-

⁴⁴ La reviviscencia fue acuñada bajo el “mito de la muerte de la ley”: “Según una creencia bastante difusa, la derogación sería irreversible porque una ley que ha dejado de existir y, en este sentido, que ha muerto no puede por sí sola resucitar. El carácter cuasibiológico que subyace a semejante concepción del efecto derogatorio es evidente y resuena en la propia palabra empleada al respecto: reviviscencia” (DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 236).

⁴⁵ PINEDA MAZARIEGO, ob. cit., p. 145.

rídica para regir el caso concreto. Hablamos de eficacia como sinónimo de aplicación⁴⁶.

Llegados a este punto, queremos destacar, además, que los juristas que hemos citado no centran sus estudios en el Derecho social, y por tanto sus conclusiones podrían no coincidir con las que corresponden a esta disciplina, que tiene sus propios principios rectores, así como también los tienen el Derecho Civil, el Derecho Comercial, el Derecho Penal o el Derecho Administrativo, etcétera. En efecto, rige en nuestra disciplina el principio de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad y ello resulta sumamente relevante para la solución que proponemos.

Sostenemos entonces que a instancias de esa prohibición de regresividad en el nivel de protección alcanzado de un Derecho social no es posible, al menos en principio, que una norma infraconstitucional derogue ese piso de protección o beneficios sin sustituirlo por otro de similar o superior alcance: nuestra tesis en ese sentido es que la amplia potestad legislativa de derogar normas, llamada *facultas abrogandi*, no opera con absoluta libertad en el campo de los derechos sociales.

No es posible aquí pensar en normas derogatorias que tienen por finalidad simplemente generar un vacío (desregulatorio) que resulte menos protectorio al sujeto social protegido y libere al sujeto social pasivo de esa carga.

Tampoco cabe aquí el argumento contrario según el cual derogada la ley rige el principio de reserva, y por lo tanto el empleador –en nuestro caso– nada adeudaría sin ley que se lo imponga, porque si esa derogación es constitucionalmente inválida, sigue rigiendo la solución prevista en una norma sancionada por el Congreso, por lo que la conducta captada por la norma no ingresa en el principio constitucional de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Es que no se trata que la derogación genere un vacío que hay que llenar, sino que se trata de reconocer la *resiliencia de la norma social* que aun derogada puede continuar proveyendo la solución del caso a instancias del control difuso de constitucionalidad y justamente por el mandato protectorio y de no regresividad.

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, *La derogación de las leyes* cit., p. 171.

En efecto estamos convencidos de que las normas sociales gozan de cierta *resiliencia*⁴⁷ que les permite reponerse incluso a su derogación expresa para regir la solución en un caso concreto, previo control de constitucionalidad de la norma derogatoria, al menos mientras no sea sustituida por otra que resulte en su contenido respetuosa del principio constitucional y convencional de progresividad.

Esa vocación para continuar rigiendo el caso es necesaria para garantizar la supremacía constitucional (arts. 14 bis y 75, incs. 22 y 23, CN).

Se trata, a fin de cuentas, de reconocer que en Derecho social el margen de libertad de configuración normativa de los poderes públicos se encuentra limitado al menos en un aspecto: no se puede retroceder en el nivel de tutela alcanzado en un momento histórico dado. Las mejoras alcanzadas tienen vocación de permanencia, y sólo pueden ser sustituidas por otras que sean superadoras en términos de protección y efectividad del Derecho social en cuestión.

6. *La aplicación práctica del control de constitucionalidad de normas regresivas del Derecho del Trabajo por la CSJN*

En la práctica, sin entrar a teorizar al respecto, la CSJN ha aplicado esta solución (la resiliencia de la norma anterior) en varios casos laborales en los que declaró la inconstitucionalidad de una norma por violar el principio de progresividad y en particular la prohibición de regreso. Así lo hizo, por ejemplo, en los siguientes supuestos:

1. Caso “Milone” (*Fallos*: 327:4607), donde reconociendo que el pago en forma de renta implicaba un retroceso respecto del régimen jurídico anterior, dispuso que el pago de la indemnización se haga en forma de un único capital, otorgando en la práctica la misma solución que venía impuesta por la anterior ley 9688 (modificada por ley 18.913).

⁴⁷ Según la 2ª acepción que reconoce al término la RAE, la resiliencia es la “Capacidad de un material, mecanismo o sistema para recuperar su estado inicial cuando ha cesado la perturbación a la que ha estado sometido”. La solución prevista en la norma derogada recupera su capacidad de regir la solución del caso cuando la norma derogante (perturbadora de su eficacia) cesa en su aplicación por efectos del control de constitucionalidad.

2. Caso “Aquino” (*Fallos*: 327:3753), en el que invalidó la prohibición de perseguir una reparación plena con arreglo al Derecho común, como había regido prácticamente desde 1915 (ley 9688 a ley 24.028), restableciéndola desde entonces.
3. Caso “Medina” (*Fallos*: 331:250), donde se resolvió que la exclusión de los padres como beneficiarios de las indemnizaciones por fallecimiento de sus hijos en el esquema original de la ley 24.557 era inconstitucional por violatoria del principio de progresividad, en relación con la anterior norma (ley 24.028), que se remitía a la nómina de beneficiarios del artículo 38 del decreto-ley 18.037, donde sí estaban comprendidos los progenitores.
4. Caso “ATE” (*Fallos*: 336:672), donde al margen de reconocer la aptitud de la entidad sindical para representar los intereses colectivos aun sin personería gremial, decidió que la rebaja de sueldos operada por una norma provincial era inconstitucional por violar el principio de progresividad, lo que en definitiva mantuvo aplicable la norma anterior.
5. Causa “Renatre” (*Fallos*: 338:1347), donde luego de afirmar el carácter constitucional y convencional del principio de progresividad y no regresión, declaró la invalidez de los artículos 106 y 107 de la ley 26.727 y dejó así en pie en los hechos la ley 25.191⁴⁸, que hasta hoy continúa resiliente –por imperio judicial entre febrero de 2016, con efectos *ex tunc* al 27 de diciembre de 2011 y por imperio del artículo 61 de la ley 27.341 a partir del 1º de febrero de 2017–. Este caso es sumamente significativo, por cuanto muestra el punto que hemos trazado, en orden a la operatividad de la supervivencia ultraactiva y la forma en que ella opera, frente a la afectación del principio de progresividad. En este caso, el mandato que la Corte Suprema emitió al descalificar al fallo emitido originalmente por la sala VII de la

⁴⁸ Corrobora este aserto la resolución 68/2017 del Renatre, que en sus considerandos describe la secuela de este pronunciamiento, a partir del cual la sala IV de la CNAT decretó el 22 de febrero de 2016 la inconstitucionalidad de los artículos 106 y 107 de la ley 26.727, lo que implicó el restablecimiento del Renatre y la reviviscencia de la ley 25.191.

CNAT fue el de una hipótesis de “reviviscencia”, puesto que su propia sentencia no podía ser interpretada en otro sentido –y no lo fue– por la sala IV de esa misma Cámara a la que le tocó zanjar nuevamente el asunto.

III. Carácter regresivo de las derogaciones de la Ley de Bases

En este apartado vamos a fundamentar por qué estamos convencidos de que las derogaciones que estamos tratando constituyen claras regresiones vedadas en materia de Derecho del Trabajo y que no existe una justificación argumental de fines y medios, según los estándares de control que hemos relatado, que pueda justificarlas.

1. *La derogación de las indemnizaciones de la ley 24.013 por trabajo sin registro*⁴⁹

Resulta oportuno recordar que el Mensaje de Elevación del PEN que acompañó al proyecto de ley que se convirtiera en la Ley Nacional de Empleo (24.013) explicaba que las disposiciones de la misma “se dirigen a concretar los mandatos constitucionales de protección del trabajo y del otorgamiento de los beneficios de la seguridad social (artículo 14 bis Constitución Nacional)”. Claramente se trata de una norma concebida como herramienta de lucha contra la evasión previsional, que tendía a promover el trabajo registrado y decente en las relaciones de empleo.

⁴⁹ El art. 99 de la ley 27.742 deroga los arts. 8° a 17 de la ley 24.013, es decir, la indemnización en favor del trabajador equivalente al 25% de las remuneraciones mensuales devengadas sin registro durante toda la relación (art. 8°), o sobre el menor período comprendido hasta que se concretó el registro (art. 9°) o sobre la parte de la remuneración no registrada (art. 10). Eliminando el procedimiento que regulaba la intimación extrajudicial al registro de la relación, la forma de hacer efectivo ese registro o en su caso el pago de las indemnizaciones pertinentes en favor de la persona trabajadora (arts. 11 a 14, 16 y 17), así como la duplicación de las indemnizaciones por despido en el caso de padecer un despido represalia con posterioridad a la intimación de registro de la relación (art. 15). Así como también por medio del mismo art. 99 de la ley 27.742 se deroga el artículo 50 de la ley 26.844, norma que implementaba idéntica duplicación indemnizatoria en perjuicio de las trabajadoras de casas particulares que al momento del despido no estén registradas o lo estén de forma deficiente.

Se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los agravantes y recargos que implementara la ley 24.013 ante situaciones de trabajo irregularmente registrado. Para nosotros no son meras multas, sino propiamente indemnizaciones tarifadas que operan como pisos reparatorios en favor de la parte trabajadora que ha sido víctima de los daños causados por tal irregularidad⁵⁰. Se trata de un obrar ilícito del empleador, que ciertamente causa daños a los derechos subjetivos e intereses legítimos del trabajador.

La tarifa (calculada con base en el salario y el tiempo de trabajo en los arts. 7º, 8º y 9º y sobre las indemnizaciones por despido en el art. 15, LNE) dispensa a la persona trabajadora de la prueba concreta de los daños padecidos. Ésta es la postura también de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que no sólo reiteradamente se refiere a las “indemnizaciones” de la ley 24.013, sino que además ha descartado que se deba aplicar un criterio de interpretación restrictivo a su respecto (regla de hermenéutica de aplicación respecto de las multas y otras penalidades)⁵¹. También hay quienes sostienen que se trata de “daños punitivos” de carácter disuasorio⁵².

En cualquier caso es claro para nosotros que su eliminación constituye un retroceso en la protección del derecho de toda persona tra-

⁵⁰ Hablamos de daños laborales en su sentido técnico-jurídico como lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona del trabajador en el marco de una relación de trabajo, su patrimonio, o un derecho laboral de incidencia colectiva (conf. art. 1737, CCyC).

⁵¹ Ha resuelto la SCJBA que la ley 24.013 no puede ser interpretada “con criterio restrictivo en beneficio de los evasores, pues ello contraría la finalidad de la ley y el principio sentado en el artículo 9º, segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo” (SCJBA, “Liencura”, sent. del 7-6-2010, causa L. 90.485; 18-10-2017, “Simari”, causa L. 120095 S; 13-5-2015, “Dietrich”, causa L. 117039 S; 7-9-2016, “Galarza”, causa L. 119782 S). Y que “Mediante la ley 24.013 se persiguió desalentar eventuales conductas evasivas del empleador, por lo que éste no puede verse premiado mediante la eximición del pago de las indemnizaciones allí previstas a tenor de un rigorismo extremo en la aplicación del texto de la norma” (SCJBA, 30-3-2016, “Ortemberg”, causa L. 116891 S).

⁵² Así lo interpreta la Dra. Graciela A. Vázquez en el plenario de la CNAT 323 (del 30-6-2010) al sostener que a su criterio el art. 8º de la LNE “constituye en esencia una versión particular del Derecho del Trabajo de lo que en la doctrina civilista se denomina ‘daño punitivo’, traducción literal del inglés «*punitived damages*»”.

bajadora a un empleo decente (con seguridad social, prevención y reparación de riesgos del trabajo), debidamente registrado, y a no ser despedido por reclamar justamente que se cumpla esa obligación patronal.

La derogación de una forma de reparación tarifada podría conducir al equívoco de sostener que esa medida no es regresiva porque habilita las reclamaciones plenas con arreglo al principio constitucional del artículo 19 de la Constitución Nacional. Si bien resulta incuestionable la aplicación del principio constitucional de la reparación en las relaciones de trabajo, ese principio ya regía con anterioridad, porque no existía bajo la ley 24.013 un sistema de opción excluyente al respecto. De modo que la percepción de la tarifa operaba como piso indemnizatorio dispensando la prueba de los daños y en ningún momento se ha vedado a quienes han sido sometidos a esas condiciones de trabajo clandestino reclamar por la vía de la reparación integral todos los daños que invocare y pudiese acreditar. La derogación de los pisos indemnizatorios tarifados constituye de por sí una regresión, por exponer a la persona trabajadora a vías procesales de resultados inciertos en cauces procesales más complejos.

Ante esta derogación, el argumento de la ineficiencia de ese elenco normativo para revertir el flagelo del empleo carente de registración⁵³ es insuficiente para justificar su derogación, mientras no sea reemplazado por otras normas que procuren el mismo objetivo. Ima-

⁵³ No estamos convencidos que pueda hablarse con certeza de un fracaso de esas medidas para combatir el flagelo del trabajo informal, sobre todo si se tiene en cuenta el contexto regional. Al respecto estima la OIT para América Latina y el Caribe que “La tasa de informalidad promedio en los mercados laborales de la región se situó en un 48 por ciento a mediados del 2023; sin embargo, en algunos países superó el 70 por ciento” (disponible en <https://www.ilo.org/es/resource/news/oit-pesar-de-presentar-una-menor-tasa-de-desocupacion-en-2023-recuperacion#:~:text=La%20tasa%20de%20informalidad%20promedio,super%C3%B3%20el%2070%20por%20ciento>). Apunta Gastón Valente, con fuente en investigaciones de ese organismo, que no hay vínculo directo entre legislación laboral protectora y la tasa de empleo, así como que las reformas laborales desregulatorias aumentan el desempleo a corto plazo si se ejecutan durante períodos de crisis (aut. cit., *Fondo de cese laboral y disponibilidad colectiva*, en *Dossier de Actualidad*, N° 2, *Derecho del Trabajo*, dir. por Mario Daniel Stolarczyk y Guillermo Unzaga Domínguez, julio de 2024).

ginamos una batería de medidas que podrían ser consideradas adecuadas a fin de promover el empleo formal y desalentar las prácticas de trabajo informal, como por ejemplo:

1. Reducción de los costos del trabajo formal para el empleador, sin merma de derechos para el trabajador⁵⁴.
2. Inspección más activa por parte de la autoridad del trabajo.
3. Regular los derechos de las personas que trabajan en nuevas modalidades de empleo, como los trabajadores de plataformas.
4. Tipificar penalmente el delito en que incurre un empleador que se sirve de trabajadores sin darles de alta formalmente.
5. Recrudescer las indemnizaciones legales en favor de los trabajadores que son sometidos a trabajo informal y sobre todo la protección del despido de quien reclama la regularización de la relación.
6. Una política estatal efectiva de transformación de planes sociales en trabajo formal.
7. Una norma que consagre la invalidez sustancial (ineficacia extintiva opcional para el trabajador) del despido sin causa de la persona trabajadora no registrada⁵⁵.

Todas esas medidas –y aun tantas otras más– podrían resultar adecuadas al propósito de luchar contra el flagelo del trabajo informal y ninguna implica “desregular” la situación, sino todo lo contrario.

⁵⁴ Aunque si no es acompañada por alguna política que tienda a fomentar un cambio cultural que destaque en la sociedad la importancia y el deber de registrar a los trabajadores, es difícil creer que el abaratamiento de las cargas sociales va a provocar de por sí un incremento del registro de las relaciones de empleo, pues si fuera sólo una cuestión de costos no se comprende por qué razón en el sector del trabajo de casas particulares, cuyo registro es simple e indiscutiblemente económico, persiste una situación de casi un 80% de trabajo sin registrar.

⁵⁵ Aunque con la derogación del art. 15 de la LNE es posible ahora que la justicia del trabajo, a pedido de parte, decida anular el despido del trabajador en represalia a su pedido de regularización, por aplicación directa de normas constitucionales y la doctrina de los órganos de control de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como también por aplicación de la ley 23.592, que autoriza a dejar sin efecto el acto discriminatorio.

2. La derogación de los recargos indemnizatorios de la ley 25.323 y del artículo 50 de la ley 26.844

Esta norma persigue un doble propósito. En su artículo 1º, el de combatir el trabajo sin registrar o deficientemente registrado, operando con carácter complementario a la ley 24.013, cuando el trabajador es despedido sin haber podido realizar en forma previa el reclamo de regularización del vínculo en el marco del procedimiento extrajudicial contemplado en el artículo 11 de la ley 24.013 e inclusive en un contexto de mayor amplitud en relación con las tres situaciones que recepta la Ley Nacional de Empleo. En cambio, su artículo 2º tiene por propósito de promover el pago oportuno de las indemnizaciones por despido sin expresión de causa, evitar la judicialización de las mismas y por lo tanto indemnizar mediante una tarifa (equivalente al 50% de las indemnizaciones por despido) el daño moratorio causado por el pago tardío de la indemnización tarifada por despido. Constituye desde nuestro punto de vista una ratificación del carácter transaccional de la indemnización tarifada por despido, realizando en esa transacción el carácter expedito que debe tener su pago.

La derogación de la ley 25.323 claramente genera un menor estado de protección sobre el derecho a trabajar en condiciones decentes, como también al derecho a percibir dentro de los plazos legales las indemnizaciones tarifadas por despido (arts. 128 y 255 bis, LCT).

En el caso de la derogación de la indemnización prevista en el artículo 50 de la ley 26.844, la situación asume aún mayor gravedad, por cuanto afecta en forma abrumadora a trabajadoras mujeres, generalmente pertenecientes a clases estructuralmente pobres y por lo tanto hipervulnerables⁵⁶. Es además violatorio del artículo 6º del Convenio N° 189 de la OIT.

⁵⁶ Si bien la estadística no está actualizada, la contenida en la Encuesta Nacional a Trabajadores sobre Condiciones de Empleo, Trabajo, Salud y Seguridad, correspondiente al año 2018, los datos son elocuentes, dado que el 99,3% de las personas que trabajan en el marco de la ley 26.844 son mujeres, el 44,1% a su vez sostén de hogar, el 64,7% no ha alcanzado el secundario completo y un 76,8% se encuentra en condiciones de informalidad registral (el informe está disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_tdcg_-_ecetss_2018.pdf).

3. *Derogación de los artículos 43 y 45, ley 25.345
(que implementan las indemnizaciones
previstas en los arts. 80 y 132 bis, LCT)*

La ley 25.345⁵⁷ también fue concebida como instrumento de “prevención de la evasión fiscal”. En su Mensaje de Elevación al Congreso el PEN explicaba que se proponía con esta ley combatir los “altos niveles de evasión previsional y del llamado trabajo en negro”, estimando en ese momento que la evasión previsional era superior al 50%. Como herramientas al servicio de ese propósito se establecía una indemnización en favor del trabajador, cuando siendo debidamente intimado el empleador no entregara el certificado de trabajo o las constancias documentadas del ingreso de los fondos de la seguridad social, equivalente a tres remuneraciones (art. 80, LCT). Asimismo se contemplaba una sanción conminatoria mensual (de una suma equivalente a una remuneración mensual) en favor de la persona trabajadora que ha sido víctima de una retención indebida de aportes por parte de su empleador (y debidamente intimado una vez extinta la relación laboral, no ingresara esos fondos, art. 132 bis, LCT).

La derogación de esas medidas de prevención de la evasión y de fomento del trabajo decente (el registrado, por supuesto) coloca a los trabajadores en un escalón de menor tutela respecto a las posibilidades de satisfacción de sus derechos de la seguridad social (art. 14 bis, CN). Son desde este punto de vista derogaciones claramente regresivas, sobre todo porque no son sustituidas por ninguna otra medida que tienda a alentar el cumplimiento de las cargas patronales para con los organismos de la seguridad social y sindicales, privando además al trabajador de un instrumento idóneo para exigir a título personal que esas cargas sean satisfechas, particularmente en los casos de las personas trabajadoras que se encuentren marginadas del adecuado registro del contrato de trabajo.

IV. Conclusiones

Ante los cambios normativos en el Derecho del Trabajo, el mandato

⁵⁷ Del 17 de noviembre de 2000.

de progresividad nos remite generalmente al debate acerca de la aplicación inmediata de las nuevas normas sociales más benéficas, mientras que la prohibición de regresividad nos remite al debate acerca de la supervivencia o aplicación ultraactiva del estándar de protección anterior, mientras no sea reemplazado por otro de similar o más intensa protección.

Es tiempo de reconocer abiertamente que la prohibición de regresividad significa que la amplia libertad de la que gozan las oscilantes mayorías parlamentarias para dictar leyes se encuentra sustancialmente condicionada al menos en un aspecto: las nuevas normas no pueden retrogradar el nivel de tutela alcanzado a ese momento por un determinado derecho económico, social o cultural.

Si la nueva norma desconociera esa prohibición limitando o anulando un derecho social –tal como se ha visto– deberá ser sometida a un control estricto de constitucionalidad, en un marco argumental que condiciona la justificación de los fines propuestos, así como los medios implementados por la norma para alcanzarlos. Los primeros deben estar orientados, tal como lo establece el artículo 4° del *Pidesc*, a *promover el bienestar general de una sociedad democrática*, y en particular, en un Estado Social de Derecho como el nuestro, a satisfacer los mandatos que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional dirige al legislador; y los segundos deben servir para promover en forma efectiva al fin perseguido.

Declarada la inconstitucionalidad de la norma por desconocer el mandato de progresividad y no regresividad, debe aplicarse al caso concreto la solución que contemplaba la norma derogada (en la medida que estén presentes sus presupuestos de aplicación), en mérito a su necesaria supervivencia judicial, mientras no sea reemplazada por otra norma que provea similar o más intensa protección.

Podemos convenir incluso con quienes pudieren disentir con la solución que sostenemos, consistente en la aplicación ultraactiva de la ley anterior derogada por una norma que es a su vez declarada inconstitucional, en que sea aplicado el mismo nivel de protección previsto en la ley anterior, no ya mediante el recurso de aplicación de una ley anterior, sino bajo la discrecionalidad judicial en el caso concreto, a partir de la expresa manda del artículo 165 del

CPCCN⁵⁸, que puede recurrir como parámetro razonable de evaluación, a falta de otras pruebas de mayores daños, a una solución idéntica o similar a la indemnización tarifada que rigiera hasta entonces.

Finalmente, pensamos que esta vía de reparación de los daños que contemplaban las normas antes derogadas, mediante su aplicación ultraactiva directa o referencial, puede perfectamente ser concatenada –y esto resulta aconsejable en la práctica profesional– en forma acumulativa o subsidiaria con la pretensión de reparación plena sustentada en Derecho común, desde que no existe una norma expresa que lo prohíba u obligue a optar entre esas vías.

⁵⁸ Esta regla está presente, con leves variantes, en todos los Códigos provinciales.

UNAS BASES QUE TAMBALEAN

por SEBASTIÁN SERRANO ALOU¹

SUMARIO: 1. Unas bases que tambalean. 2. La insalvable inconstitucionalidad. 3. La limitación temporal a su discusión. 4. Las normas vigentes que mantienen derechos. 5. Todos los derechos: los planteos subsidiarios.

1. Unas bases que tambalean

A poco de andar, ya se empiezan a tambalear las supuestas bases que se han querido imponer a las relaciones laborales por medio de la ley 27.742. Las razones son múltiples y no excluyentes, por eso su poca estabilidad y la certeza de que esos cambios van a caer en un futuro. No sería la primera vez que una norma que vulnera derechos laborales cae. Tampoco la primera vez que al caer una norma injusta

¹ Abogado laboralista. Egresado de la Universidad Nacional de Cuyo. Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Docente adscripto a la Cátedra de Derecho Laboral y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Rosario (resolución CD 252/2021). Miembro de la Asociación de Abogadas y Abogados Laboralistas de Rosario desde el año 2009, encargado durante los años 2010 y 2011 de la sección Jurisprudencia y Comentarios e integrante del Consejo Redactor, años 2021-2023, de la revista de la Asociación: *La Causa Laboral*, elegido presidente para los años 2022/2023 y reelegido para el período 2024/2025. Integrante de la fundamentación de la “Carta Sociolaboral Latinoamericana”, documento de la Asociación Latinoamericana de Abogados Laboralistas. Presidente de la Comisión de Seguimiento de la Reforma Laboral del Colegio de Abogados de Rosario (años 2016/2017). Presidente (años 2018, 2020 y 2021) y vicepresidente (año 2019) del Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Colegio de Abogados de Rosario. Conferencista/disertante. Autor de artículos de doctrina en distintas publicaciones jurídicas y de notas periodísticas en medios de comunicación.

deja atrás una realidad más injusta que la existente al momento de su dictado a pesar de las promesas de mejora que la acompañaron².

Como decía, las razones que me llevan a afirmar lo anterior son múltiples. Me parece importante centrarme en las más importantes desde lo jurídico, y enumerarlas en el orden de importancia que considero que tienen: 1) la insalvable inconstitucionalidad de este tipo de normas, algo que vengo manteniendo desde un principio³; 2) la limitación temporal a su discusión, algo sobre lo que han girado las reflexiones de la colega Daniela Ducros Novelli⁴; 3) las normas vigentes que mantienen derechos que pretenden eliminar, algo que también he planteado, coincidiendo en varios puntos con el colega Eduardo Curutchet⁵.

Las razones sociales y políticas escapan a este trabajo, pero pueden ser conocidas fácilmente recurriendo a nuestra historia, fundamentalmente viendo los movimientos pendulares del último medio siglo (1974-2024).

2. La insalvable inconstitucionalidad

La vigencia de la Constitución Nacional no es una cuestión menor: hace a la calidad institucional y la seguridad jurídica de un país. Si no es respetada la norma que ocupa la cúspide en la pirámide normativa y establece las regulaciones fundamentales, el contrato social básico que organiza y reglamenta las relaciones de todo tipo, la paz y la justicia se ven resentidas, pudiendo llegar a quedar totalmente ausentes.

² En este sentido, es muy interesante analizar el período 1976-2001, con el cual el actual gobierno se identifica en gran parte en el fondo y las formas. Las políticas económicas, reformas laborales y consecuencias pueden encontrarse en un breve análisis –pero no por eso menos contundente–: GAMBINA, Julio C., *Una sociedad empobrecida*, en *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, edición 131, mayo de 2010.

³ SERRANO ALOU, Sebastián, *Las bases están en la Constitución Nacional*, en Rubinzal Online, RC D 421/2024, del 15-7-2024.

⁴ DUCROS NOVELLI, Daniela, *La Ley de Bases, la subsistencia de la condición más beneficiosa y el artículo 7º*, CCyCN, en *Microjuris*, del 24-7-2024, MJD17877.

⁵ CURUTCHET, Eduardo, *El Derecho de Daños Laborales frente a la Ley de Bases*, en *Microjuris*, del 18-6-2024, MJD17849.

El artículo 14 bis, incorporado a la Constitución Nacional de 1853, es la norma más importante sobre Derecho de Trabajo que existe desde 1957 en nuestro país. Es también la “concesión” de una dictadura que anuló por bando militar la Constitución que un gobierno democrático sancionó en 1949.

El artículo referido establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...” Es decir que la normativa laboral como principio debe surgir de leyes, no de un decreto o norma del Ejecutivo (menos para ir contra la Constitución), y las mismas deben ser protectorias del trabajo y las personas que trabajan, siendo la forma de lograrlo asegurarles derechos fundamentales. Este artículo se ha visto potenciado y enriquecido por la conformación del bloque de constitucionalidad federal (BCF), al incorporarse en 1994 al texto constitucional diez tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, además de dar jerarquía superior a las leyes al resto de los tratados.

Si alguna duda hubiera sobre la dirección de las nuevas normas y las reformas a las existentes en materia de Derecho del Trabajo, principios constitucionales como el protectorio, el de progresividad, el pro persona, el de justicia social, el de igualdad y no discriminación, entre otros, marcan el camino. Estos principios indican que deben lograr en la mayor medida posible la realización de los derechos humanos de las personas que trabajan; no recortarlos en su vigencia o alcance. Los derechos humanos, conforme el texto de los instrumentos que los contienen y la exégesis que de los mismos hacen sus intérpretes naturales, deben ser entendidos en forma evolutiva, ampliando sus contornos, extendiendo sus efectos a las nuevas situaciones que se van generando en las sociedades. Hoy como ayer se trata de cumplir mejor con el artículo 14 bis, integrándolo y ampliándolo con los tratados de derechos humanos, no de ignorarlo⁶.

Se debe legislar en materia laboral privilegiando las políticas que hacen al desarrollo humano con dignidad frente a los planteos económicos que se centran en la protección del mercado, la inclusión al goce de los bienes materiales e inmateriales de las personas en lugar

⁶ Ver: CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA”.

de las ganancias de las empresas; no se trata de negar la importancia de generar riquezas y desarrollar un mercado dinámico, sino de establecer un orden de prioridades⁷.

La intención de desplazar el Derecho del Trabajo, normativa específica y protectoria, por el Derecho Civil, Derecho general, es un retroceso a los tiempos en que el primero no existía, ni siquiera en la Constitución Nacional, y el segundo sí. En el marco del Derecho Civil y Comercial no existen los derechos laborales ni las protecciones específicas para las personas que trabajan. En el mismo sentido se encamina el invento fallido del artículo 97 de la ley 27.742. El objetivo central es “deslaborizar”, con un retroceso a principios del siglo XX; las alusiones a una supuesta “modernización” no borran la realidad⁸. Esto resulta inconstitucional por vulnerar el derecho protectorio del artículo 14 bis, pero también principios como el de progresividad, el pro persona y el de justicia social.

Eliminar la obligación del empleador de registrar la relación laboral y/o descartar las indemnizaciones por falta de registro o deficiente registro de la relación laboral pone en un pie de igualdad frente a la ley al empleador que cumple sus obligaciones centrales y al empleador que no lo hace, mientras que pone en situaciones totalmente desiguales a las personas que tienen registro correcto de su relación laboral frente a las que no. Se trata de discriminaciones graves, que además implican regresiones desprotectorias, generando situaciones de injusticia social. Evidentemente, este tipo de decisiones son inconstitucionales e inconventionales.

Las distintas vías por las que se busca debilitar o dejar sin efecto la protección contra el despido arbitrario tienen las mismas causas y consecuencias. El fundamento principal de la protección contra el despido arbitrario es democratizar la empresa y, a partir de esto, la economía, evitando la existencia de un poder arbitrario y abusivo.

⁷ Como se señaló en CSJN, 14-9-2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA SA”.

⁸ La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional. Ver CSJN, 1-9-2009, “Pérez, Aníbal c/Disco SA”.

Lo primero que se vulnera con el despido arbitrario, y mucho más el discriminatorio o represalia, es la dignidad de la persona que trabaja. Lo anterior se potencia en casos de despidos discriminatorios y represalias, sobre todo cuando se busca avalar, justificar y/o dar impunidad a ese tipo de conductas. Por lo tanto, en el caso de los artículos 91 y 94 a 96 de la ley 27.742, se trata de modificaciones que en primer lugar atentan contra el principio pro persona, como derivación de éste y por las particularidades del caso contra el principio protectorio, además de ser también una decisión regresiva que atenta contra principios como el de reparación justa y el de la justicia social y, en mayor o menor medida, contra el principio de igualdad y no discriminación. Pero van más allá, y atentan contra los valores democráticos que manda consolidar nuestra Constitución Nacional (art. 75, inc. 19).

La tercerización es una de las formas más sutiles para recortar derechos en el marco de una relación laboral. Por lo tanto, cuando se trata de normas que buscan facilitarla y justificarla sólo con ese objetivo, a diferencia de las que buscan generar responsabilidad en casos de tercerización económica, resultan contrarias a la Constitución Nacional por desprotectorias, pero también por las situaciones de desigualdad e injusticia que generan.

El Derecho del Trabajo es una herramienta para la justicia social. Si no hay consecuencias reales por incumplir derechos laborales, empezando por desconocer la existencia de una relación laboral y/o sus extremos, despedir en forma arbitraria y violenta, no cumplir en tiempo y forma con las obligaciones centrales derivadas de un vínculo que requiere una especial protección, las relaciones laborales van a ser cada vez más injustas, aportando a una mayor conflictividad social. Esto fue receptado en nuestra Constitución Nacional, primero con el avance de la reforma de 1949, luego con el artículo 14 bis en 1957 (que reconoció límites aun en la regresión), finalmente con la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en 1994. Por lo tanto, considero que lo primero que se debe petitionar es la vigencia y respeto de la Constitución, para lo que es necesario declarar la inconstitucionalidad de la ley 27.742 y el DNU 70/2023 en sus intentos de reforma laboral.

3. La limitación temporal a su discusión

Las leyes –por regla general– tienen efectos y se aplican a las situaciones que se originan luego de su entrada en vigencia. Excepcionalmente se aplican retroactivamente a situaciones anteriores y –nuevamente por regla general– cuando mejoran la situación a quienes les son aplicadas. Por lo tanto, las reformas introducidas por la ley 27.742 no deberían aplicarse a relaciones y situaciones originadas antes de su vigencia, con otras reglas, menos si causan perjuicio a quienes se les aplican los cambios, y de ninguna manera si la persona perjudicada debe recibir –por manda constitucional– una preferente tutela.

Los derechos surgidos de las relaciones de trabajo iniciadas y concluidas antes de la sanción de la ley 27.742 de ninguna manera pueden verse limitados o suprimidos por ésta, ya que se trata de derechos que fueron ya definidos/consolidados, que no pueden ser modificados por no existir más una relación vigente. Aunque la norma hubiera pretendido que si alcanzaba esos derechos –lo que no dice su texto– ello no hubiera sido válido, porque se trata de derechos amparados por la Constitución Nacional.

El segundo párrafo del artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es muy claro: “Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales”. Esta norma general resulta aplicable a otra rama del Derecho con características particulares porque no hay colisión, no hay contradicción entre lo que dispone la norma de Derecho común con los principios que rigen en el Derecho del Trabajo.

Uno de los casos donde ya empieza a verse una inobservancia de lo anterior es el de las indemnizaciones por inexistencia o deficiencias en el registro de una relación de trabajo, o falta de pago a término de indemnizaciones derivadas de un vínculo laboral. Son incorrectos los planteos de que las indemnizaciones de los artículos 8°, 9°, 10 y 15 de la ley 24.013, o de los artículos 1° y 2° de la ley 25.323, o del artículo 9° de la ley 25.013, o del artículo 50 de la ley 26.844, son “multas” equiparables a las penas que establece el Derecho

Penal, por lo que debe considerarse la ley más benigna a favor de quien se impone la condena.

En el Derecho Penal el principio es el de favorabilidad del acusado de un delito, mientras que en el Derecho del Trabajo es el de favorabilidad de la persona que trabaja. En otras palabras, es correcto en Derecho Penal beneficiar a quien puede ser pasible de una sanción, mientras que en el Derecho del Trabajo la persona que trabaja debe ser la que resulte beneficiada.

No se puede pretender desplazar una clara tutela preferente de carácter constitucional con una forzada interpretación con asidero en normas de menor jerarquía destinadas a otro tipo de relaciones. La Constitución Nacional establece en su artículo 14 bis la protección del trabajo y los derechos a favor de la persona que trabaja, por lo que todas las normas laborales que modifica la ley 27.742 deben evaluarse en función de su impacto a los derechos de la persona de preferente tutela. El artículo 18 de la Constitución, que está después, sólo establece la “irretroactividad de la ley penal”; la aplicación de la ley penal más benigna surge del artículo 2º del Código Penal.

Por si lo anterior no fuera suficiente, me parece interesante traer a colación las agudas reflexiones de Daniela Favier⁹. La colega señala que las indemnizaciones de la ley 24.013 son sanciones pecuniarias de doble vía; por un lado, buscan desalentar la conducta evasora, tal como lo dice la misma ley en el artículo 2º, y por el otro, tienen carácter retributivo o reparatorio tarifado del daño que ocasiona el incumplimiento respecto a la obligación registral. Frente a esto, las multas de la ley 25.212 son sanciones penales, que ante infracciones sancionan con sumas de dinero tarifadas que no tienen carácter retributivo sino exclusivamente punitivo. A esto se suma que si ambas normas tuvieran la misma naturaleza y objetivos no podrían ser aplicadas en simultáneo, algo que de hecho sucede, ya que se estaría incurriendo en una violación del principio penal central por el que no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho, sin que en la práctica haya planteos en ese sentido.

⁹ La colega ha desarrollado estas ideas en exposiciones recientes, como la brindada a instancias de la agrupación “Abogacía Litigante Unida” (ALU) el 29-7-2024 (ver <https://www.instagram.com/reel/C-BiHMbPLmH/?igsh=M28zYm44M2pjdDU5>).

No es un dato menor la denominación utilizada por las normas, que denotan la intención del legislador. Las leyes 24.013 y 25.323 hablan de indemnizaciones, mientras que la ley 25.212 se refiere a multas.

En cuanto a las relaciones laborales iniciadas antes de la sanción de la ley 27.742 y vigentes luego de su entrada en vigor, comparto que no son alcanzadas por la nueva norma.

Coincido con Ducros Novelli¹⁰ en que se trata de contratos que fueron generados en el marco de leyes supletorias anteriores, en el sentido de que todo lo que las partes no acuerdan expresamente al celebrar un contrato de trabajo se integra con las leyes vigentes al momento de celebrarse. Esto se da en un marco de orden público relativo en el que las partes pueden acordar todas las condiciones del contrato, siempre que las mismas sean más beneficiosas para la persona que trabaja que las que establecen las leyes vigentes. Si no acuerdan o establecen en detalle alguna o todas las cuestiones, las normas se aplican igualmente. Es decir, siempre que no haya una voluntad expresa y superadora, las normas vigentes al momento del contrato actúan supliendo el silencio o las condiciones menos favorables.

En palabras de Enrique Arias Gibert¹¹, las normas a las que se refiere el artículo 1º de la Ley de Contrato de Trabajo no son fuentes directas de las obligaciones que emergen del contrato sino fuentes del contenido mismo del contrato. En este sentido, cuando se analiza cuál es la ley aplicable, en realidad se está analizando qué norma integra el contenido del contrato. Esta cuestión es fundamental para la elaboración de las soluciones jurídicas, en la medida que no es lo mismo analizar qué ley se encuentra vigente que analizar qué norma integra los contenidos del contrato. Las normas imperativas emergentes del orden público de protección no hacen otra cosa que determinar el objeto de licitud de la contratación individual. Cuando ha de acudirse a la integración del contrato, la función de la ley o

¹⁰ En función de la interpretación realizada de su nota: DUCROS NOVELLI, *La Ley de Bases, la subsistencia de la condición más beneficiosa y el artículo 7º*, CCyCN cit.

¹¹ Su voto en CNAT, sala V, 24-9-2018, “Carrizo, Segundo Dalmacio y otros c/San Timoteo SA s/Diferencias de salarios”, Rubinzal Online, RC J 424/19.

del convenio colectivo es supletoria. Lo que integra el contenido de voluntad es la ley vigente al momento de la celebración del negocio jurídico.

En función de lo anterior, aquí sería de aplicación el tercer párrafo –y no el primero– del artículo 7° del CCCN: “Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Es interesante la referencia del artículo 3° del CCCN a la figura del “consumidor”. Por analogía, al ser las personas en su rol de trabajadoras o consumidoras alguien que merece preferente tutela en base a la Constitución, las nuevas normas serían aplicables sólo en cuanto mejoran su situación/derechos. Si alguna duda cupiera, el principio favorable a la persona que trabaja (art. 9°, LCT), potenciado por los principios pro persona y de progresividad, además del de justicia social (BCF), termina por definir la cuestión: cuando alguien celebró un contrato en condiciones que tenía derechos que la protegían a lo largo de todo su devenir, no puede privársela en el camino de alguno de esos derechos porque aún no los hizo valer; sólo podrían otorgarse mejores derechos a los que iba a poder ejercer en su momento.

En relación con lo desarrollado hasta aquí veamos la diferencia entre derechos que se hacen valer a partir del inicio de la relación y los que se hacen valer una vez extinguida la misma.

Los derechos que ya se habían concretado no pueden ser alterados. Si ya existió –o tuvo que existir– el registro de la relación laboral, reconociendo la dependencia, no podría pretenderse por la ley 27.742 que ahora existe un contrato civil o la “pintoresca” figura del artículo 97. En el mismo sentido, si ya se había iniciado la relación entre el trabajador y su real empleador, no puede pretenderse que el empleador en realidad era un tercero. Además, si estaba vigente el artículo 7° de la ley 24.013, la obligación de registro en sus términos es un derecho que no puede borrarse, como tampoco el hecho de que ese artículo forma un sistema con los posteriores que sancionan la inobservancia del mismo (arts. 8°, 9°, 10 y 15). Si la relación tenía menos de 3 meses al 9 de julio de 2024, no podría intentar extender el período de prueba en base a la ley 27.742.

Veamos qué pasa con los derechos que se ejercen una vez extinguida la relación. En caso de un despido, no podría pretenderse que son aplicables las disposiciones de los artículos 94, 95 y 96, un recorte de las protecciones que tenía la persona al iniciar la relación laboral, que se proyectan durante su desarrollo con vistas a desalentar conductas arbitrarias, pero sobre todo conductas discriminatorias y todo tipo de represalia que busca castigar el ejercicio de derechos humanos. El certificado de trabajo y constancias a las que tenía derecho al iniciar la relación no puede borrar, como tampoco puede negarse que el incumplimiento genera un daño, al ser distinta la situación cuando se cuenta con esa información que cuando no se cuenta con la misma. Si además se debe litigar durante años para cobrar las indemnizaciones a las que por ley tenía derecho, y al inicio del vínculo tenía derecho a cobrar un plus por la maliciosa conducta de su empleador, no puede negarse la reparación de ese daño.

Una excepción, en función del tercer párrafo del artículo 3° del CCCN, podría ser la aplicación de normas como el artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo con las modificaciones del DNU 70/2023. Hablo en potencial porque el 3% anual que suma a la actualización por IPC resulta por demás insuficiente y favorable al deudor, como he mantenido en otras oportunidades¹², aunque es mejor que lo que se aplica en muchas jurisdicciones.

Las únicas relaciones laborales sobre las que habría que analizar la posibilidad de aplicar las modificaciones de la ley 27.742 son las que se iniciaron luego de su entrada en vigencia. En estos casos, la inconstitucionalidad fulmina su aplicación y, aun cuando hipotéticamente pudiera pensarse que no es así, otras normas establecen los mismos derechos que pretende eliminar.

En los demás casos, de relaciones nacidas antes de la vigencia de la ley 27.742, se debe plantear su total improcedencia: por la vigencia de la Constitución, por la aplicación temporal de las normas y porque se trata de derechos que siguen vigentes a partir de otras normas.

¹² SERRANO ALOU, Sebastián, *Demoler derechos*, en *El Cohete a la Luna*, del 31-12-2023; disponible en <https://www.elcohetealaluna.com/demoler-derechos/>; *La Corte y la licuadora*, en *El Cohete a la Luna*, del 9-3-2024; disponible en <https://www.elcohetealaluna.com/la-corte-y-la-licuadora/>.

4. Las normas vigentes que mantienen derechos

En el hipotético caso de que alguien se negara a reconocer la inconstitucionalidad e inconventionalidad de la reforma laboral contenida en la ley 27.742, y en no pocos casos además pretendiera aplicarla a relaciones que por una cuestión temporal no resultaría jurídicamente correcto, existen una multiplicidad de normas que establecen los mismos o mejores derechos que los que se busca eliminar o debilitar. Los derechos e intereses de las personas que trabajan, relacionados con su persona y/o su patrimonio, no se encuentran protegidos sólo por el Derecho del Trabajo supraconstitucional, aunque esta normativa sea –salvo excepciones– la que mejor los protege. Las normas referidas, no modificadas por la ley 27.742, empiezan por las contenidas en la Constitución Nacional, fundamentalmente los artículos 14 bis y 19, pero también en otros cuerpos normativos, como el CCCN (arts. 1737, 1738, 1740 y concs.), o leyes como la 23.592.

La mejor prueba de lo anterior la dio la Corte en el período 2004/2014, empezando por fallos como “Aquino”¹³, donde explica con claridad y en relación con las relaciones de trabajo que “...el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el ‘principio general’ que ‘prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero’: *alterum non laedere*, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’. A ello se yuxtapone que ‘la responsabilidad que fijan los artículos [...] del Código Civil sólo consagra el [citado] principio general’, de manera que la reglamentación que hace dicho Código en cuanto «a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica»”.

El voto mayoritario aclara que lo anterior “no implica la censura de todo régimen legal limitativo de la reparación por daños [...] Lo que sostiene [...] radica en que, por más ancho que fuese el margen que consienta la Constitución Nacional en orden a dichas limitaciones, resulta poco menos que impensable que éstas puedan obrar válidamente para impedir que, siendo de aplicación el tantas veces citado principio

¹³ CSJN, 21-9-2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”.

contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, resulte precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización...” Valga la aclaración: limitar no es lo mismo que eliminar.

Y para entender qué se entiende por justa indemnización, la Corte también lo indica: “«...indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento», lo cual no se logra «si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida»”, sin que las reparaciones puedan implicar el “empobrecimiento de la víctima”. Por lo tanto, toda indemnización que no logra ser justa es inconstitucional.

Los intentos de “deslaboralización” mediante la imposición de ficciones, ya sea el uso de contratos civiles en el marco de relaciones de trabajo o el “disfraz” que intenta el artículo 97 de la ley 27.742, o por la emisión de facturas, no tienen efecto frente a la única verdad, que es la realidad. Sigue vigente el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo con el principio de primacía de la realidad y nulificación del fraude. El artículo 14 de la ley, junto a otros como el 12, es parte esencial de la estructura protectoria que deriva de la implementación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Por lo tanto, difícilmente se podrán negar los derechos surgidos de una relación de trabajo por aplicación de normas de otros ordenamientos, mucho menos de una norma que ha quedado incluida en una ley que no pertenece a ninguna rama del Derecho específica –sino a intereses específicos que son contrarios a derechos y garantías constitucionales–.

El Derecho del Trabajo surge como un límite a la propensión de los empresarios a la privación de la riqueza que producen las personas que trabajan. Es la decisión de que esa riqueza se vuelque en mayor medida al desarrollo digno de las personas que la originan en lugar de un incremento de patrimonios ajenos. Ese objetivo no ha cambiado y está plasmado en el Derecho Constitucional y los tratados de derechos humanos. Por lo tanto, toda relación donde un empresario/una empresa se apropia de parte de la riqueza que genera una persona con su trabajo obliga a los apropiadores a respetar y hacer posibles los derechos laborales de los generadores.

Frente a lo anterior, no es lo mismo que un empleador registre correctamente la relación laboral, que no la registre, que la registre deficientemente o que la haga registrar por un tercero. Lo primero es lo querido por ley para proteger derechos, lo segundo son estrategias utilizadas para no cumplir derechos y causan daños. Esto lo tuvo en cuenta el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo, por eso nulifica este tipo de interposiciones. El tercero que se presta al fraude, a debilitar los derechos de la persona que trabaja frente a quien realiza la verdadera apropiación de la riqueza que produce, está perjudicando a un tercero y por lo tanto debe responder frente a los magistrados en función del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Quien no es registrado, o lo es en forma deficiente, sufre un daño que no sufrió quien fue correctamente registrado; ese daño debe ser reparado, como manda la Constitución Nacional en su artículo 19. No es lo mismo contar con una obra social, aportes jubilatorios, un recibo de sueldo para acreditar una relación laboral e ingresos, que no tener nada de lo anterior. La inseguridad y el recorte de derechos experimentado por quien no está registrado o lo está de forma deficiente es un daño real.

El nivel de daño a reparar cuando se despide a alguien correctamente registrado, a quien hasta ese momento se le respetaron todos sus derechos, no es el mismo nivel de daño a reparar cuando se despide a alguien que no está registrado o lo está de modo deficiente, porque no se le respetaron todos sus derechos o no se le respetó casi ninguno a lo largo de la relación laboral. En el primer caso se debe reparar el daño concreto provocado en un momento determinado por el despido; en el segundo caso se suman a ese daño diversos daños, la mayoría de los cuales se extendieron en el tiempo. Es la diferencia entre un duro golpe y un conjunto de golpes distintos a los que se suma un duro golpe final.

La protección frente al despido arbitrario sigue establecida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, además de que por ser un daño debe ser reparado de manera justa en función del artículo 19 de la misma norma. La estabilidad es la forma más efectiva de protección frente al despido arbitrario y es una forma prevista dentro del BCF; por lo tanto, es una opción vigente (aunque en los estrados judiciales muchas veces se nieguen a aceptarlo). Esta forma de protección fue

regulada transitoriamente por el DNU 329/2020, el que durante su vigencia mostró la efectividad de la medida, sus efectos positivos a fin de mantener la paz social en democracia, sin que se hayan registrado efectos negativos en su implementación.

Ante un pretendido período de prueba que no es tal, porque no se evaluó realmente la relación y además se prolongó excesivamente, el despido arbitrario debe ser reparado. Esto también viene impuesto por el artículo 14 bis de la Constitución, como también por el 19.

Los despidos discriminatorios siguen vedados y nulificados tanto por el BCF como por la ley 23.592, mientras que los despidos anti-sindicales son contrarios a la misma normativa, además de los convenios de la OIT y resoluciones recientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –como la 27/2021–. La reparación en estos casos debe dejar sin efecto el acto discriminatorio, reparando el daño moral y material ocasionados (art. 1º, ley 23.592). La víctima puede optar por la reincorporación y la indemnización, o por una indemnización sin incorporación; pero la elección es siempre de la víctima, no del empleador, ni tampoco del legislador (esto está claro en el art. 1º de la ley 23.592, pero también en el art. 7º, inc. d, del Protocolo de San Salvador). En el primer caso, se debe reparar el daño moral y el daño material (ejemplo, salarios devengados hasta la reincorporación); en el segundo también, siendo un parámetro mínimo en el segundo caso el de un año de remuneraciones (cfr. art. 182 de la LCT, art. 52 ley 25.331).

Los fondos o sistemas de cese laboral han demostrado en nuestro país no ser eficaces para proteger frente al despido arbitrario, además de tratarse de sumas totalmente insuficientes para reparar el daño. Partiendo de lo anterior, se puede petitionar una mayor reparación. En todos los casos en que impliquen un monto menor al que arroja el piso del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo se puede reclamar la diferencia, junto a las demás reparaciones que puedan corresponder (fundamentalmente cuando existieran deficiencias registrales o se tenga que litigar para hacerse de la reparación justa). Esto surge de la Constitución Nacional y del CCCN.

El hecho de no contar con un certificado de trabajo que el empleador debe suministrar causa un daño, ya que se priva a la persona que

trabaja de una importante herramienta para buscar y competir por un empleo. También causa daño que el empleador retenga aportes con destino a la seguridad social y se los apropie indebidamente, ya que se priva a la persona de parte de sus ingresos, desviando esa suma destinada a gozar de beneficios sociales a un beneficio indebido de quien se aprovechó de un poder que le dio el Estado para otros fines. Nuevamente, esto surge de la Constitución y del CCCN.

El daño en los casos que se vienen refiriendo no requiere de prueba en el trámite de un juicio, ya que ha sido reconocido por el legislador al establecer sanciones, aunque esas sanciones hoy quieran ser eliminadas. Se trata además en todos los casos de hechos de público conocimiento, siendo ilógico negar el daño que producen la inexistencia o deficiencia en el registro y/o reconocimiento de la relación laboral, la extinción arbitraria de un vínculo de trabajo, la falta de pago en tiempo y forma de indemnizaciones, entre otras. Exigir prueba sería actuar con un formalismo que protege el patrimonio de quien causó un daño a quien por imperativo constitucional merece preferente tutela.

En todos los casos, las normas que se pretende derogar o modificar—como aquellas que no se han tocado— cuando establecen la forma de determinar o tarifar la reparación fijan pisos y no techos. Por lo tanto, al reclamar con base en éstas u otras normas no podría determinarse indemnizaciones menores, aunque sí mayores cuando hubiera prueba de insuficiencia de las tarifas generales. Como también surge de la jurisprudencia de la Corte¹⁴, si se trata de establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados, la indemnización tarifada debe ser razonable y adecuada al daño que pretende reparar, cuidando de satisfacer lo que dispone el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Partiendo de los artículos 14 bis y 19 de la Constitución, del BCF y sus principios, además del Derecho común y otras normas, debe peticionarse se reparen los daños en la medida que se venía haciendo hasta la aparición del DNU 70/2023 y la ley 27.742, salvo que se considere que eso es insuficiente y corresponde una reparación supe-

¹⁴ Ver: CSJN, 10-8-2010, “Ascua, Luis Ricardo c/Somisa”; 17-8-2010, “Lucca De Hoz, Mirta Liliana y otro c/Taddei, Eduardo Carlos y otro”.

rior. Quienes juzgan deben hacer lugar a la petición, valiéndose de la norma que consideren más adecuada, aunque no sea la que invocó la parte, en función del principio de que quien juzga “sabe el derecho”.

5. Todos los derechos: los planteos subsidiarios

La persona que trabaja, por intermedio de quienes la representan en juicio, puede elegir cualquiera de las vías referidas anteriormente para proteger sus derechos humanos laborales y procurar la reparación del daño sufrido. Nada impide que elija todas las vías, planteándolas en forma subsidiaria, lo que resulta ser lo más recomendable. Cuando se trata de derechos humanos, como son los laborales, ninguna vía puede ser negada cuando el objetivo es el mismo: el respeto de esos derechos y/o la reparación del daño causado en relación con los mismos.

En la demanda se debe ser claros con relación a los hechos y a lo que se peticiona, qué derecho se considera vulnerado y qué reparación se pretende, siendo labor de quien juzga, por el principio de que “sabe el derecho”, definir la norma en la que va a fundar su decisión. Esto no vulnera el principio de congruencia, ya que desde un inicio se conoce que peticiona quien demanda y en base a qué hechos, pudiendo la parte demandada ejercer la correspondiente defensa, sin que el encuadramiento jurídico de los hechos referidos por las partes, como de la petición y su resistencia, implique un apartamiento del mismo. Quien juzga al dictar sentencia está encuadrando jurídicamente una decisión tomada en función de los hechos referidos por las partes y su prueba –o ausencia de la misma–.

En el ámbito del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales lo anterior se ve reforzado por la facultad que se otorga a los/las jueces/zas de fallar por encima (no por fuera) de lo peticionado por la persona de preferente tutela, supliendo la omisión del demandante, lo que habilita a condenar por la cuantía de los créditos que corresponda, aun cuando se trate de un monto superior al reclamado¹⁵.

¹⁵ Me refiero a lo que se denomina *ultra petita*. En este sentido ver MARK, Mariano H., *Aproximación al principio “iura novit curia” en el Derecho Procesal del Trabajo. Su relación con el principio de congruencia. Los planteos subsidiarios*, en R. D. L. y S. S. 2005-20-1639.

Frente a los ataques al Derecho del Trabajo, una vez más volvemos a la Constitución Nacional y al Derecho común, pero no para recortar derechos sino para protegerlos. Sólo desde una postura ideológica y con objetivos políticos puede convalidarse la reforma laboral de la ley 27.742 frente al BCF, ignorando que las normas tienen limitaciones temporales para su aplicación, además de hacer caso omiso a otras normas que establecen derechos que reemplazan o mantienen los que se busca eliminar.

¿EXCLUYENDO LO EXCLUIDO?

A RAÍZ DE LA “REFORMA” DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO, INTRODUCIDA POR LA “LEY DE BASES”

por RICARDO LEÓN CHÉRCOLES¹

SUMARIO: I. La “reforma” del artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo. II. ¿Excluyendo lo excluido? ¿Por y para qué? III. ¿Qué norma aplicamos? IV. ¿Cómo interpretamos la norma aplicada? V. El contrato de obra, el contrato de servicios y la relación de trabajo. VI. El contrato de agencia y la relación de trabajo. VII. ¿Y el resto de las contrataciones a las que alude el nuevo artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo? VIII. Reflexiones finales.

I. La “reforma” del artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo

El artículo 88 de la Ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante LB), además de haber aclarado que la exclusión de los dependientes de la administración pública de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) también alcanza a los dependientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en lo relevante, introdujo una “modificación” en el ámbito material de aplicación previsto en el artículo 2º de nuestra LCT, incorporando el inciso d, que establece que las disposiciones que rigieron el trabajo de las personas en nuestro país durante casi 50 años no serán aplicables “A las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”.

¹ Juez de la sala 4ª de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Especialista y profesor universitario de posgrado en Derecho del Trabajo.

II. ¿Excluyendo lo excluido? ¿Por y para qué?

Como sabemos, con anterioridad a la entrada en vigencia de la LB, tanto los contratos de obra y de servicios (que antes de la sanción de nuestro Código Civil y Comercial [CCyC] eran denominados de “locación de obra” y de “locación de servicios”)², como el contrato de agencia (que en aquel entonces no se encontraba regulado en la legislación argentina, aunque formaba parte de los contratos innominados³), y las demás “contrataciones” a las que alude el nuevo artículo 2° de la LCT se encontraban virtualmente excluidas del ámbito de aplicación de nuestra legislación laboral. Entonces, la pregunta que se impone es: ¿Por y para qué modificar el ámbito de aplicación de la LCT excluyendo lo excluido?

A partir del citado interrogante, una de las respuestas que podría ser esbozada es que si bien la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia consideraba que los contratos en cuestión se encontraban excluidos del ámbito de aplicación de la LCT, otro sector, minoritario, no compartía en un todo dicha posición, entendiendo que el contrato de servicios se encontraba abrogado o que su utilización resultaba inconstitucional⁴, razón por la cual la reforma vendría de algún modo

² El CCyC ha buscado adaptar y sustraer a los contratos de obra y servicios de las *locaciones*, debido a que la anterior regulación estaba asentada sobre la base de su antecedente en el Derecho Romano, en el cual el trabajo era realizado por esclavos (que eran considerados “cosas”), y como tales eran susceptibles de locación por parte de sus dueños. Véase: PÉREZ CRESPO, Guillermo E., *El nuevo Código Civil y Comercial y su incidencia en la corrosión del Derecho del Trabajo. El caso particular de los contratos de suministro, obra y servicios*, en DUARTE, David (coord.), *Derecho del Trabajo, un estudio sobre las implicancias del nuevo Código Civil y Comercial desde una perspectiva crítica*, B de F, Buenos Aires, 2016, ps. 238 y 239.

³ Estaban regulados en el art. 1143 del anterior Código, pero, además, el contrato de agencia era muy utilizado en la praxis comercial y “gozaba de tipicidad social”. Al respecto véase ALCEGA, María Valentina y GÓMEZ LEO, Osvaldo R., en ALTERINI, Jorge Horacio (dir. gral.); ALCEGA, María Valentina; GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (dirs. del tomo) y ALTERINI, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. VII, *Contratos en particular*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, arts. 1378 a 1707, p. 429.

⁴ A modo de ejemplo, en la causa “Rica, Carlos Martín c/Hospital Alemán y otros s/Despido”, con el voto de la doctora Estela Milagros Ferreirós y la adhesión

a revalorizar las contrataciones a las que refiere el nuevo artículo 2º de la LCT, cristalizando y reforzando ciertos límites.

Por otro lado, cabe agregar que a fin de determinar si nos encontramos frente a una relación de trabajo tutelada o no, y principalmente con el objeto de brindar protección a algunas de las nuevas formas de trabajo que se presentan en un contexto de permanente transformación tecnológica⁵, desde un sector de la doctrina y de la jurisprudencia habían comenzado a ser utilizados cada vez con mayor frecuencia ciertos elementos o indicadores de laboralidad, por ejemplo, los previstos en la Recomendación N° 198 de la OIT. Sin embargo, algunos de dichos indicadores o elementos no coinciden con los que hacen a la clásica distinción entre una relación de trabajo tutelada y los contratos a los que alude el nuevo artículo 2º de la LCT, razón por la cual, a partir de la modificación introducida por el artículo 88 de la LB, la utilización de estos indicadores podría perder relevancia.

Desde otro costado, también podría pensarse que el objeto de la reforma introducida por el artículo 88 de la ley 27.742 fue el de compatibilizar o reforzar el contenido de otras modificaciones introducidas por la misma ley, tales como la reforma del artículo 23 de la LCT (art. 89 de la LB) que excluye de la presunción de laboralidad a las contrataciones de “...obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes [...] o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente”, o como la modificación introducida por el

del doctor Néstor Miguel Rodríguez Brunengo, la sala VII de la CNAT había confirmado la condena dispuesta en la anterior instancia, ratificando la existencia de una relación laboral no registrada en detrimento de la existencia de un contrato de locación de servicios. En su voto, la doctora Ferreirós había afirmado que “en los últimos cincuenta años ningún civilista destacado ha aceptado la existencia de este contrato y todos han dado cuenta de su abrogación”, agregando que “el contrato de locación de servicios no existe más en ningún ámbito del Derecho; si alguien intentara utilizarlo estaría desarrollando una conducta inconstitucional ya que [...] el trabajo no es una mercancía y goza de la protección de las leyes entrando ya ahora en el artículo 14 bis”. Luego, con fecha 24-4-2018, dicha sentencia fue revocada por la CSJN.

⁵ Véase al respecto ARESE, César (dir.); CHÉRCOLES, Ricardo León y FERRARIO, María de los Ángeles (coords.), *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019.

artículo 97 de la LB, que faculta al “trabajador independiente” a contar “...con hasta otros tres (3) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo...”, enmarcando dicha contratación en una “...relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras...”

Además, por otra parte, también podría llegar a pensarse que el motivo de la reforma introducida por el artículo 88 de la LB fue el de dotar de cierta eficacia y validez en el “mientras tanto” a ciertas relaciones que, aunque en forma errónea (tal como prescribe el art. 85 de la LB), estuviesen formalmente enmarcadas en algunas de las establecidas en el inciso d, del artículo 2° de la LCT, es decir, dotándolas de cierta eficacia y validez mientras se desarrollan y hasta tanto fuera declarada su nulidad.

Por último, también podría especularse que “la exclusión de lo excluido” a la que nos referimos carece de sentido y relevancia en la actualidad, pero que el sentido podría ser dado por la futura reglamentación de la LB.

Ahora bien, más allá de lo expuesto hasta aquí, lo cierto es que las modificaciones introducidas en el ámbito de aplicación de la LCT a través de la ley 27.742 vienen de algún modo a revalorizar y/o promover la utilización de los contratos de obra, de servicios, de agencia y las demás “contrataciones” a las que alude, incluso incorporando atenuantes frente a la constatación de su utilización “errónea” o equivocada⁶.

Por lo expuesto entendemos que, a partir de la reforma introducida por el artículo 88 de la LB, adquieren una mayor relevancia los presupuestos normativos que, a partir de la regulación de las citadas contrataciones en nuestro CCyC, resultan útiles a fin de determinar cuándo nos encontramos frente a una relación de trabajo tutelada o cuándo estamos frente a un contrato de obra, de servicios, de agencia o a las demás “contrataciones” a las que alude el nuevo artículo 2° de la LCT.

Y a tales fines, en primera medida, habrá que tener en cuenta de qué manera deben ser aplicadas e interpretadas las normas que rigen las mentadas contrataciones en nuestro CCyC.

⁶ Tal como ocurre, por ejemplo, con la incorporación a la ley 24.013 del art. 7° quáter (a través del art. 85 de la LB).

III. ¿Qué norma aplicamos?

Al analizar la modificación incorporada por el artículo 88 de la LB, y puntualmente a fin de determinar si nos encontramos frente a alguna de las contrataciones excluidas por dicha norma, resulta importante tener en cuenta algunas cuestiones.

La primera de ellas es que si bien nuestro CCyC ha establecido el principio de libertad de contratación como uno de los ejes centrales en torno al cual giran las relaciones de los particulares entre sí (arts. 958 y 990 del CCyC), dicho principio ha sido receptado con el fin de que los individuos puedan celebrar acuerdos sobre sus intereses *para lograr una mejor calidad de vida*⁷. Por ello, sobre el referido principio pesan ciertas limitaciones que deberán ser valoradas en el caso concreto y que derivan de la propia ley, del orden público, de la moral y de las buenas costumbres (art. 958 del CCyC), así como de los principios o reglas establecidos en la primera parte del CCyC, y de la primacía del orden público por sobre las convenciones particulares (art. 12 del CCyC), que en materia contractual tiene su correlato en el artículo 958 del Código.

La segunda cuestión a tener en cuenta radica en que la primacía de la voluntad de las partes por sobre las normas legales (receptada en el art. 962 del CCyC) debe ceder cuando estas últimas fueran indisponibles o imperativas, tanto por su modo de expresión, como por su contenido o contexto⁸ (art. 962 del CCyC), a punto tal que en el supuesto de colisión se aplica la norma que integra el Derecho necesario (art. 963, inc. a), esto es, la norma imperativa o indisponible⁹, empleándola en sustitución de dicha voluntad (art. 964 del CCyC). Y si

⁷ CAMELO, Gustavo, en HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Infojus-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2015, t. III, Libro Tercero, arts. 724 a 1250, p. 346.

⁸ Véase CAMELO, en HERRERA, CAMELO y PICASSO (dirs.), ob. cit., p. 346.

⁹ STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.); DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VII, arts. 1280 a 1613, p. 551.

bien lo expuesto también se encuentra previsto en el artículo 13 de la LCT, las disposiciones civiles y comerciales en tal sentido revisten significativa relevancia, en la medida en que son las que regulan las contrataciones a las que alude el nuevo artículo 2º de la LCT. Además, resulta importante aclarar que la norma indisponible o imperativa no sólo tiene una jerarquía superior a la del precepto privado (voluntad de las partes), sino que también posee un rango preferente frente al de las normas supletorias o dispositivas¹⁰.

Como tercera cuestión, también resulta importante tener en cuenta que, en el marco de conflictos entre normas indisponibles, si bien para algunos autores el CCyC ha colocado en un mismo rango a las normas imperativas de la legislación especial (en nuestro caso laboral) y a las que revisten igual carácter en el Código (art. 963 del CCyC)¹¹, razón por la cual en estos casos “el intérprete deberá resolver cuál aplica teniendo en consideración las normas constitucionales, que se encuentran por encima de ambas normas imperativas”¹², para otros autores siempre prevalecen las normas imperativas de la ley especial¹³, máxime, añadimos, cuando su naturaleza fuera laboral¹⁴ (art. 9º de la LCT y principio *pro persona*)¹⁵.

¹⁰ STIGLITZ, en LORENZETTI (dir.), DE LORENZO y LORENZETTI (coords.), ob. cit., ps. 556 y 557. Además, hay otros autores que forman parte de una posición intermedia.

¹¹ KITAINIK, Nicolás, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*, Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 2014, t. 1, arts. 1º al 1429, p. 559.

¹² SIGAL, Martín Renato, en RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela (dirs.) y ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 220.

¹³ STIGLITZ, en LORENZETTI (dir.), DE LORENZO y LORENZETTI (coords.), ob. cit., p. 551.

¹⁴ ARESE, César, *Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo*, con algunos capítulos de autoría de José Daniel Machado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 315 y 316. El autor señala que el CCyC, a través de su art. 963, otorga prelación a la LCT (por constituir una “ley especial”) que, además, resulta indisponible (arts. 7º a 14, LCT). Es por ello que “en caso de colisión o superposición de figuras contractuales de naturaleza laboral y civil y comercial, el operador e intérprete está obligado a posicionarse sobre el Derecho sustantivo desde un derecho de protección del hombre en relación de dependencia, cualquiera sea la forma”.

¹⁵ Cuyo campo de aplicación no sólo abarca la interpretación de las normas, sino

Y, por último, no está de más mencionar que resulta importante también tener en cuenta la primacía de nuestra Carta Magna y de los tratados internacionales por sobre el resto de las leyes (arts. 27, 28, 31 y 75, inc. 22, CN).

De lo expuesto cabe concluir que, al decidir qué norma debe ser aplicada a fin de determinar si estamos frente a una relación de trabajo o a las contrataciones a las que alude el nuevo artículo 2° de la LCT, incluso conforme lo establece el propio CCyC, el orden de prelación normativo (con independencia de las normas establecidas en la CN y los tratados internacionales que son superiores) sería el siguiente: 1) las normas imperativas de la legislación del trabajo; 2) las normas indisponibles del CCyC; 3) las disposiciones contractuales derivadas de la voluntad de las partes; 4) la norma dispositiva de la legislación laboral, y 5) la norma supletoria del CCyC.

IV. ¿Cómo interpretamos la norma aplicada?

Ahora bien, una vez que sabemos qué norma vamos a aplicar a la hora de definir si estamos frente a una relación de trabajo o a alguna de las contrataciones a las que refiere el nuevo artículo 2° de la LCT, corresponde entender cómo vamos a interpretar dicha norma.

Al respecto, puntualmente en relación con las normas que rigen los contratos a los que alude el artículo 88 de la LB, cabe señalar que, a partir de la sanción de nuestro Código, toda la normativa civil y comercial se encuentra sujeta a nuevas reglas que remiten directamente a los tratados de derechos humanos como base de su interpretación (arts. 1° y 2° del CCyC) y, además, dicha normativa debe ser interpretada de acuerdo a los principios establecidos en el Título Preliminar del Código (arts. 9°, 10, 11, 12 y ss.), así como de acuerdo al principio protectorio, de justicia social, de equidad y de buena fe (entre otros, arts. 9°, 10, 11, 12, 17 y 63 de la LCT).

En otras palabras, toda norma civil y comercial que resulte aplicable a fin de determinar si una determinada contratación se encuentra ex-

también los supuestos de colisión normativa. Véase GIALDINO, Rolando, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 113.

cluida del ámbito de aplicación de la LCT debe primero pasar por el tamiz del principio protectorio (arts. 14 bis de la CN y 9° de la LCT), luego ser interpretada de acuerdo a las disposiciones de los tratados de derechos humanos (arts. 1° y 2° del CCyC) y a los principios normados en los artículos 9°, 10, 11 y 12 del Código, y, por último, adecuar su contenido al carácter antropocéntrico propio de las relaciones laborales, todo ello en consonancia con los principios *pro persona* y de *progresividad* que deben regir el paradigma normativo en el que nos encontramos inmersos.

V. El contrato de obra, el contrato de servicios y la relación de trabajo

Hechas las citadas aclaraciones, resulta importante advertir que la sanción de nuestro CCyC estableció un claro límite entre los contratos de obra y servicios y la relación de trabajo. En tal sentido, el artículo 1251 del Código expresamente dispone que el prestador de servicios “actúa *en forma independiente*”, mientras que el artículo 1252 establece que cuando los servicios son prestados *en dependencia* serán regidos “...por las normas del derecho laboral”.

Y cabe agregar, por la importancia que ello reviste, que dichas disposiciones no se encontraban establecidas en nuestro anterior Código, y su incorporación en el actual posee una significativa relevancia para el Derecho del Trabajo, a nuestro entender, en favor de la persona que trabaja.

Es que, con anterioridad a la sanción del CCyC, frente a la ausencia de las dos normas citadas más arriba (o de otras en similar sentido), gran parte de la doctrina del Derecho Civil y Comercial sostenía que entre el contrato de servicios y la relación laboral dependiente existía una relación de género a especie, en donde el primero de ellos era el género y la segunda la especie. Por ello, y aplicando la vieja normativa civil, algunos autores¹⁶ consideraban que una determinada relación contractual podía enmarcarse tanto dentro de los parámetros del contrato

¹⁶ Véase LEIVA FERNÁNDEZ, en ALTERINI (dir. gral.), ALCEGA, GÓMEZ LEO, LEIVA FERNÁNDEZ (dirs. del tomo) y ALTERINI (coord.), ob. cit., t. VI, arts. 1123 a 1377, ps. 566 y 567.

de servicios como en una relación de trabajo, por más que el prestador de los servicios o la persona que llevara a cabo sus tareas actuara *bajo la dependencia de otra*. Más aún, gran parte de la doctrina encontraba un criterio diferenciador entre el contrato de obra y el contrato de servicios en el hecho de que en el primero de ellos la prestación era independiente, mientras que en el segundo existía subordinación o dependencia¹⁷, lo que podría llevar a encuadrar ciertas relaciones de trabajo dependiente en el marco de un contrato de servicios.

Sin embargo, en la actualidad, las citadas posiciones doctrinales quedarían descartadas con el nuevo CCyC, en la medida en que, reiteramos, establece en forma expresa que el prestador de servicios actúa en forma independiente (art. 1251) y que, si se actúa bajo dependencia, habrá relación de trabajo (art. 1252).

Y tal vez ello fue lo que con posterioridad a la sanción del nuevo Código llevó a la propia doctrina del Derecho Civil y Comercial a sostener que, para determinar si nos encontramos frente a una relación laboral dependiente o a un contrato de servicios, habrá que recurrir primero a los criterios de la legislación del trabajo¹⁸, lo que constituye un avance en materia contractual.

VI. El contrato de agencia y la relación de trabajo

Similar a lo que ocurre con el contrato de obra y de servicios es lo que sucede con el contrato de agencia, aunque, en este caso, el conflicto dentro del ámbito material de aplicación generalmente se presenta entre la normativa que regula este contrato en el CCyC y las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo de los viajantes de comercio, plasmadas en el estatuto respectivo (ley 14.546), que, cabe añadir, si bien su

¹⁷ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo y GREGORINI, Leonardo R., *El contrato de servicios y el contrato de trabajo*, en BUERES, Alberto J. (dir.); COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. y GEBHARDT, Marcelo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 3-D, *Derechos Personales*, 1ª ed., Hammurabi-Depalma, Buenos Aires, 2018, arts. 1227-1452, p. 214.

¹⁸ HERNÁNDEZ, Carlos A., en LORENZETTI (dir.), DE LORENZO y LORENZETTI (coords.), ob. cit., t. VI, arts. 1021 a 1279, p. 765.

derogación se encontraba establecida en el DNU 70/2023, así como prevista en el proyecto de la LB, finamente no vio la luz.

Ahora bien, sobre el punto, cabe comenzar por señalar que el CCyC (art. 1479) ha definido al contrato de agencia en forma similar al modo en que la ley 14.546 había conceptualizado la relación existente entre el viajante de comercio y su empleador y, a la vez, la regulación del mentado contrato en el citado Código ha recurrido al uso de términos similares a los utilizados en el Estatuto del Viajante (por ejemplo: “agente”, “empresario”, “preaviso”, “clientela”, “remuneración”, etc.).

Pero más allá de ello, el principal problema radica en que la regulación del contrato de agencia en el CCyC, a la vez que redujo la autonomía que las partes que celebraban dicho contrato tenían con anterioridad a la sanción del Código¹⁹, incluyó no sólo terminología y conceptos similares, sino también condiciones contractuales que se asemejan a las existentes en una relación de trabajo dependiente encuadrada en el marco del Estatuto del Viajante.

Tal es así que cualquier relación contractual en la que una persona promueva negocios por cuenta de otra, intermediando con potenciales clientes pero sin concluir las operaciones que realiza, llevando a cabo dicha actividad en forma personal, estable, habitual, continuada, durante un período indeterminado de tiempo, en una zona geográfica determinada o determinable, sin representar al empresario, sin asumir riesgos por las operaciones que promueve, sin responsabilizarse por los incumplimientos de los clientes y a cambio de una remuneración, podría encuadrar en cualquiera de las dos figuras contractuales mencionadas, debido que todos y cada uno de los rasgos descriptos, entre muchos otros que también coinciden²⁰, se encuentran expresa y normativamente

¹⁹ El CCyC ha regulado la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de agencia; en virtud de ello, dichas partes ya no poseen tanta libertad como antes de la regulación. Por otro lado, el CCyC ha limitado el riesgo que asume el agente, y a su vez ha traído mayor confusión al incorporar términos e institutos que eran propios de los viajeros de comercio. Véase PINTO VARELA, Silvia E., *El contrato de agencia y los viajeros de comercio a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2015-2, *El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 74.

²⁰ Y con mayor razón podríamos pensar que dicha relación podría encuadrar en

receptados como elementos típicos tanto en el contrato de agencia como en el Estatuto del Viajante de Comercio. Pero, además, más allá de la dependencia técnica (que está presente en ambas contrataciones), existe también una dependencia jurídica y sin dudas económica del agente hacia el empresario²¹, así como una integración de aquél en la empresa de este último, por lo que también en base a tales elementos la relación descrita podría encuadrar en ambos marcos normativos.

Ahora bien, hechas las citadas aclaraciones cabe destacar que el elemento principal y dirimente para el encuadramiento de un caso concreto en el marco del Estatuto del Viajante de Comercio o en un contrato de agencia, que tanto los autores del Derecho Civil y Comercial especializados en la temática como la doctrina laboral han destacado, está dado por la existencia de una *organización empresarial autónoma propia*, de la cual se vale quien desarrolla su actividad en el marco de un contrato de agencia, que no se encuentra presente en la relación de trabajo del viajante²². Y como segundo elemento dirimente la fa-

cualquiera de las dos figuras contractuales analizadas en la medida en que tanto la actividad desarrollada por el agente como las tareas llevadas a cabo por el viajante deben ser realizadas bajo la dirección técnica del empresario, debiendo tanto agentes como viajantes actuar con buena fe, lealtad, fidelidad y colaboración para con aquél, quien en ambos casos se encuentra en un plano de superioridad negocial y establece las condiciones y precios de las operaciones que aquéllos deben realizar. Pero además, y en consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores, tanto la regulación del contrato de agencia como las normas establecidas en el Estatuto del Viajante de Comercio permiten, como regla, que agentes y viajantes desarrollen su actividad por cuenta de diversos empresarios, sumado ello a que en ambos casos generalmente no resulta necesario que cumplan una jornada laboral determinada, que trabajen dentro de un establecimiento dado y, además, ninguno de los dos se encuentra expuesto a un control por parte del empresario.

²¹ El contrato de agencia está constituido en un método vertical que implica una posición dominante que se traduce también en una dependencia económica de una parte hacia la otra. JUNYENT BAS, Francisco y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, María Cecilia, en RIVERA, MEDINA (dirs.) y ESPER (coord.), ob. cit., t. IV, arts. 1251 a 1762, p. 515.

²² MÁRQUEZ, José Fernando y CALDERÓN, Maximiliano Rafael, en LORENZETTI (dir.), DE LORENZO y LORENZETTI (coords.), ob. cit., t. VIII, arts. 1280 a 1613, ps. 509 y 510. En igual sentido: JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, en RIVERA, MEDINA (dirs.) y ESPER (coord.), ob. cit., t. IV, arts. 1251 a 1762, p. 519. También en SAPPÍA, Jorge J. y PÉCORÀ, Rosalía Adriana, *Estatutos*

cultad del agente de disponer plenamente el *modo de ejecución* de su trabajo, organizar su actividad libre y discrecionalmente²³, “sin que el proponente pueda interferir en dicho ejercicio y asumiendo a su vez la responsabilidad por las formas que elige”²⁴. Y es que corresponde tener en cuenta que “el agente es un empresario y que su actividad se organiza como empresa”²⁵.

VII. ¿Y el resto de las contrataciones a las que alude el nuevo artículo 2º de la Ley de Contrato de Trabajo?

Por último, resulta dable mencionar que el artículo 88 de la LB agrega, dentro de las contrataciones excluidas del ámbito de aplicación de la LCT, a “...todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, sobre lo cual, más allá de la evidente vaguedad la norma, entendemos que tal vez sea aclarado en la reglamentación.

VIII. Reflexiones finales

Sin lugar a dudas, la sanción de nuestro CCyC constituyó un hito en la historia jurídica argentina, principalmente por haber sido la puerta de ingreso de la Constitución Nacional al ámbito del Derecho Privado, lo cual, tal vez, sucedió como una “devolución de favores” por lo ocurrido en el año 1994, cuando nuestra Carta Magna había abrigado entre sus normas al Derecho que rige las relaciones de los particulares entre sí.

particulares en el Derecho del Trabajo argentino, Prólogo de Gabriel Tosto, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, ps. 187 y ss. Igualmente en FORMARO, Juan J., *Los contratos de concesión y distribución y la responsabilidad laboral*, en BUERES (dir.), COMPAGNUCCI DE CASO y GEBHARDT (coords.), ob. cit., t. 3-E, *Derechos Personales*, arts. 1453-1707, ps. 120 y 121.

²³ JUNYENT BAS y RODRÍGUEZ LEGUIZAMÓN, en RIVERA, MEDINA (dirs.) y ESPER (coord.), ob. cit., p. 519.

²⁴ KRIEGER, Walter F., en GARRIDO CORDOBERA, Lidia; BORDA, Alejandro; ALFERILLO, Pascual E. (dirs.) y KRIEGER, Walter F. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 2, Libro Tercero, arts. 724 a 1881, p. 784.

²⁵ KRIEGER, en GARRIDO CORDOBERA, BORDA, ALFERILLO (dirs.) y KRIEGER (coord.), ob. cit., p. 780.

Pero, además, también corresponde tener en cuenta que el Código fue estructurado a través de la incorporación de “principios comunicables” entre lo público y lo privado, lo que trajo aparejada una “coherencia sistémica” que abarca no sólo ambos tipos de normas, sino también su aplicación armónica en el contexto social, económico y ambiental en el que vivimos, incorporando y revalorizando ciertos principios y reglas aplicables a todas las materias que regula, lo que, a su vez, confiere a sus normas “un efecto expansivo indudable, pudiendo ser referencia de otros ámbitos normativos”²⁶.

Por dicha razón, no existen dudas de que a la hora de determinar si nos encontramos frente a una relación de trabajo o ante alguna de las contrataciones a las que alude el nuevo artículo 2° de la LCT, además de tener en cuenta la normativa laboral y sus principios, resulta útil y necesario reparar en las normas que regulan dichas contrataciones en el CCyC, máxime cuando muchas de dichas normas, interpretadas y aplicadas de la manera que en se expuso más arriba, constituyen herramientas imprescindibles a fin de brindar una protección adecuada a la persona de preferente tutela constitucional.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, en LORENZETTI (dir.), DE LORENZO y LORENZETTI (coords.), ob. cit., t. V, arts. 724 a 1020, p. 25.

**EL NUEVO 23, LEY DE
CONTRATO DE TRABAJO.
DEL LOGOS AL MITO**

LA REGRESIVA INVOLUCIÓN
DEL DERECHO COMO CIENCIA

por ALFREDO JUAN MANUEL BRITOS

El fuego [...] les mostró el proceso de transformación de la materia, el paso de la madera sólida a sustancia ígnea y a ceniza, y se preguntaban si era o no la misma la que atravesaba todos aquellos estados...

ESQUILO, *Prometeo:*
El fuego insumiso

SUMARIO: I. Introducción. II. Morfología de las presunciones jurídicas. III. La presunción del 23, Ley de Contrato de Trabajo, conforme la ley 27.742. Del todo, pasando al ni tanto ni tan poco, a la nada misma. IV. Conclusión.

I. Introducción

La expresión inversa a la titulada en el presente trabajo es bien conocida de cómo los helénicos explicaban la realidad a través de diferentes mitos, sobre los cuales volvemos a releer porque siempre nos dejan algo nuevo; y cómo de manera evolutiva pasaron a entender aquélla por vía del pensamiento lógico y especulativo filosófico. Pero, además, estas palabras “del mito al logos” representan el evidente progreso del razonamiento, dando sus primeros pasos liberadores de los

contenidos ficticios, tratando de entender adecuadamente la realidad, y por vía de ésta llegar a dar respuestas a muchos interrogantes universales.

Este proceso cualitativo se reflejó en todos los campos del saber, dando inicio al pensamiento científico, del cual el Derecho, como ciencia, no iba a quedar al margen, pese a que a algún positivista le duela. En la actualidad, todos los institutos jurídicos tienen razón de ser en la evolución del pensamiento jurídico.

En el Derecho del Trabajo ese impacto se reflejó en una dinámica de avanzada plenamente tuitiva en favor del trabajador, como sujeto hiposuficiente negocial, donde los derechos y garantías se materializaron en normas fundamentales de los Estados y en documentos internacionales. Pero, a pesar de todo esto, sucede que nos topamos con manifiestos legislativos contrarios a la línea progresiva, como es el caso de la ley 27.742, “Ley de Bases”, la que se descarrila del mencionado orden evolutivo científico, reglamentando nuevas reformas *in peius* del universo de los sujetos dependientes de preferente tutela jurídica.

La intención del presente no es más que demostrar la invalidez de la reforma realizada sobre la presunción del artículo 23, Ley de Contrato de Trabajo (LCT), donde en su nueva redacción cae en un absurdo jurídico deformante.

II. Morfología de las presunciones jurídicas

A modo meramente ilustrativo, las presunciones pueden clasificarse en: 1) *legales*, las cuales se subdividen en *iuris tantum* o *iure et de iure*, y 2) *hominis* o *judiciales*, consistentes en un juicio lógico, llevado a cabo en base a indicios notorios¹. Y han sido definidas como “un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como suceden las cosas y los hechos”². Siguiendo la línea argumentativa

¹ PEIRANO, Jorge, *Lecciones de procedimiento civil*, Zeus, Rosario, 2004, p. 174.

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, t. II, p. 694.

de Machado³, independiente de la “fuente (judicial o legal, es decir, concreta o abstracta), ni el alcance que se le adjudique (irrefutable o *de iure*, compatible con demostración contraria o *iuris tantum*), las presunciones participan de una misma estructura”. Es decir que se encuentran conformadas del siguiente contenido:

1. Hecho antecedente.
2. Hecho presunto.

La mecánica dada dentro de la ley de causalidad jurídica, que opera a través del legislador o el juez, quienes realizan el *enlace* lógico, de una manera que, dado efectivamente el *antecedente*, o sea, comprobado, como consecuencia, se deduce la existencia indiciaria del *presunto*.

Su fundamento lógico tiene base en la experiencia cotidiana de reiteradas situaciones de hechos que forjaron su existencia, según su común acontecer o el normal suceso de éstos, brindando de esta manera a los operadores jurídicos interesantes herramientas de trabajo, de alta probabilidad de ocurrencia, mas no de certeza. En palabras de destacada doctrina procesalista, “al igual que el juez, el legislador tiene en cuenta que según el orden de la naturaleza, de ciertos hechos derivan determinados efectos, y entonces, por razones de orden público, vinculadas al régimen jurídico, impone una solución de la que aquél no puede apartarse”⁴.

III. La presunción del 23, Ley de Contrato de Trabajo, conforme la ley 27.742. Del todo, pasando al ni tanto ni tan poco, a la nada misma

Haciendo foco en la presunción del contrato de trabajo, derivada de la antigua redacción del artículo 23, LCT, que originariamente se ubicaba en el artículo 25 de la ley 20.744, es clásica la discusión existente en la doctrina nacional de brillantes iuslaboralistas, en la que

³ MACHADO, José Daniel, *La presunción del artículo 23 de la LCT: ni tanto ni tan poco (Consideraciones acerca del servicio que presta al trabajador la presunción que nace de la prestación de un servicio)*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2005-2, *Contratación laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 91.

⁴ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1961, t. XI, p. 697.

autores como García Martínez y De la Fuente, partidarios de una *tesis amplia*, entendían que la “mera prestación de servicios” determinaba la existencia de un contrato de trabajo, realizando sobre la norma una imperativa exégesis, sin ningún otro aditamento.

Otros doctrinarios, en cambio, del calibre de Vázquez Vialard y Justo López, proclamaban que la redacción del antiguo artículo 23, LCT debía brindarse en equidistancia de sus precedentes 22 (relación de trabajo) y 21 (contrato de trabajo), LCT, distinguiéndose el acuerdo consensual (acto jurídico) de la ejecución de las prestaciones típicas (hecho jurídico), operando la herramienta procesal sobre el acuerdo de voluntades, debiendo acreditarse el contenido del mismo, es decir, la dependencia laboral. Esta *tesis restrictiva*, minoritaria, fue merecedora de severas críticas, por caer en una tautología al pretender que se pruebe en juicio un hecho al que el legislador laboral como técnica protectoria pretende dar entidad en modo probable.

Muy bien evidencia Machado que no obstante la supremacía declarativa de la *tesis amplia*, en la cotidianeidad jurisprudencial, la mirada maniquea se atenúa dependiendo de cada circunstancia fáctica concreta, evaluándose casuísticamente los factores de: 1) quién es el “receptor del servicio”; 2) el tiempo del mismo, considerándose la reiteración, hábito y continuidad; 3) la pertinencia, y 4) la localización de los servicios, forjándose de esta manera *la tesis intermedia*.

El 8 de julio de 2024 se publicó en el Boletín Oficial la ley 27.742, nominada como “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, de serios cuestionamientos de validez constitucional, tanto en la génesis como en su vida en desarrollo, reglando en el Título V sobre “modernización laboral”, donde contiene el artículo 89, que reza: “Sustitúyese el artículo 23 de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

”Artículo 23 – *Presunción de la existencia del contrato de trabajo.*

”El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

”La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de

servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la seguridad social”.

Esta norma interactúa directa y juntamente con los artículos 88 (art. 2º, LCT, ámbito de aplicación subjetivo), 90 (art. 29, LCT, intermediación), 97 (de los trabajadores independientes con colaboradores), 99 y 100 (derogaciones de las indemnizaciones especiales por trabajo clandestino e incumplimiento de recaudos laborales), del mismo Título V, en donde su último apartado, sumado por la reforma, pretende la no operatividad a figuras autónomas civiles, como las locaciones de obras, servicios y oficios, que emitan constancias documentadas por labor, o bien éstas se encuentren asentadas en sistemas de entidades financieras documentados, ampliando el ámbito de actuación a todo el Derecho social.

La realidad ha demostrado, con creces, que existen un sinnúmero de situaciones, en las que formalmente se visten de una manera y la situación verdadera es la de una dependencia jurídica, técnica y económica, siendo allí donde el legislador laboral concluyó que es el campo jurídico donde debe actuar la presunción de un vínculo jurídico laboral (arts. 9º, 12, 13, 14, 55 y 115, LCT).

Por esto, la reforma brindada al artículo 23 de la LCT, al reducir drásticamente su campo de acción tuitivo, siendo mayormente los supuestos de las figuras que excluye de su operatividad las ilicitudes más frecuentes que se observan en los decisorios judiciales, cae en la *nada misma*, y por lógica *de la nada, nada sale*.

IV. Conclusión

El Poder Ejecutivo nacional, con la excusa de la existencia de precariedad en el trabajo, desempleo y clandestinidad laboral, recurre a herramientas conocidas, donde se demostró que agudizan más aún el escenario social padeciente. Pasando por alto que “el Derecho, tal como siempre se preocupó de los sujetos más débiles (por razón de edad, de sexo o de las enfermedades que alteran el libre discernimiento),

haga lo mismo en las relaciones de Derecho Privado, ofreciendo un amparo a los contratantes más débiles”⁵. Y, en base a lo desarrollado, está claramente manifiesta la inconsistencia jurídica de la reforma de la ley 27.742, distorsionando todo el sentido científico brindado por el legislador laboral al antiguo artículo 23, LCT, proclamado por la doctrina en la interpretación de la *tesis amplia*, y adecuadamente practicado por la *tesis intermedia*, involucionando al *mito* de la flexibilización laboral como hermenéutica mesiánica.

⁵ DEVEALI, Mario, *Lineamientos de Derecho del Trabajo*, Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1953, p. 53.

BRUTAL CAMBIO DE LAS REGLAS LEGALES EN MATERIA DE PROVISIÓN DE PERSONAL EN LA LEY 27.742 DE BASES Y PUNTOS DE PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE LOS ARGENTINOS

por MIGUEL ÁNGEL MAZA

I. La legislación laboral argentina considera “empleador” a quien utiliza o aprovecha la prestación personal de las trabajadoras y los trabajadores y, hasta la reforma que nos ocupa, esa regla operaba tanto cuando hayan sido contratados en forma directa como cuando son aportados, provistos o prestados por terceros.

Así, el artículo 21 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) indica que habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que *una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra* y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración; mientras, el artículo 22 de ese cuerpo legal define la relación de trabajo como aquella en la que *una persona realiza actos, ejecuta obras o presta un servicio en favor de otra*, bajo su dependencia.

Concordantemente, los artículos 25 y 26 de la LCT caracterizan al trabajador como la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los artículos 21 y 22 de esta ley, mientras afirma que el empleador es *la persona que requiera los servicios de un trabajador*.

Completa ese esquema conceptual el artículo 4º de la ley 20.744, que define trabajo, a los fines de esa ley, como “...toda actividad

lícita *que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración*”.

Los remarcados que acabo de efectuar al aludir a los textos legales son para hacer foco en la naturaleza o esencia de una relación laboral, que se configura entre quien requiere o necesita los servicios de un trabajador o una trabajadora y quien presta ese servicio a favor de aquél y tal configuración no es artificiosamente normativa sino que es la que surge del orden natural de las cosas, toda vez que lo natural es que quien necesita los servicios personales de trabajadores o trabajadoras, es decir, el empleador, se vincule directamente con estas personas físicas.

Dado que también forma parte de la realidad que en esa relación natural se inmiscuyan terceros, la ley 20.744 consideró conveniente respaldar con contundencia ese orden normal y ya en su redacción original de 1974 introdujo una norma antifraude, al disponer en la primera parte del entonces artículo 31 que “Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”¹.

El artículo 29 de la LCT en la redacción que le diera en 1976 la regla estatal 21.297 mantuvo esa regla, según la cual: “Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación”.

Sin embargo, esa reforma agregó una excepción, precisamente la que ha eliminado la ley 27.752.

Efectivamente, la nueva redacción dada a la LCT en 1976 abrió y reguló una excepción según la cual dicha regla inicial no aplicaría en determinado caso y en esa hipótesis la persona trabajadora provis-

¹ El primigenio art. 31 decía que “Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social”.

ta, prestada o aportada a la usuaria no sería considerada por la ley como dependiente de ésta sino del proveedor de personal o de mano de obra².

Esos dos requisitos, previstos en la última parte del artículo 29, LCT, ahora eliminada, eran:

- a) Que la persona proveedora fuese una “empresa de servicios eventuales” habilitada por la autoridad competente³.
- b) Que la usuaria utilizase o aprovechase el personal provisto, prestado o aportado para cubrir vacantes temporales en los términos del artículo 99 de la LCT, es decir, una necesidad eventual⁴.

Dije antes que la ley respetaba la realidad puesto que está en el orden natural de las cosas que se considere empleador a quien en los hechos recibe la prestación personal de un trabajador o una trabajadora, organiza y dirige esa aportación para producir bienes o prestar servicios dando órdenes y directivas y la aprovecha para llevar a cabo su objeto empresarial.

Esa misma idea sigue presente en la LCT, pues las previsiones de los ya citados artículos 21, 22, 25 y 26 han quedado, afortunadamente, fuera de la reforma que introdujera la ley 27.742 y ese cuadro conceptual permite que, más allá de la ola desreguladora que inspira el cambio legislativo, los tribunales sigan teniendo herramientas para hacer justicia y ponerle límites a las conductas distorsivas del orden natural de las cosas e, incluso, de los ámbitos del trabajo, para evitar los abusos que una intermediación ociosa produce, sea por el aumento

² Puede verse más al respecto en MAZA, Miguel Á.; PLAISANT, E. Gustavo y LEDESMA ITURBIDE, Diego M., *Intermediación laboral y grupos económicos*, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2022.

³ Empresas o agencias especialmente regladas por el todavía hoy vigente decreto 1694/2006.

⁴ Del art. 99, LCT puede conceptualizarse a la necesidad eventual como aquella referida a la satisfacción de resultados concretos, a servicios extraordinarios determinados de antemano o a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización de tal necesidad, así como también surge que habrá una necesidad eventual cuando el vínculo con la persona que cubra tal vacancia comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratada dicha persona.

de los costos laborales al añadir al costo salarial altas comisiones de los intermediarios, sea por la falta de solvencia patrimonial de éstos –lo que podrá perjudicar tanto a trabajadores como a los empresarios que recurran a intermediarios– y también por alterar los ámbitos de aplicación convencional, entre otras irregularidades.

A mi juicio y desde el mismo punto de vista fáctico quien provee personal, mano de obra o trabajadoras/res es sólo un empleador formal o aparente, un tercero que se interpone entre los protagonistas naturales de una relación laboral. Remarco que el objetivo empresarial de los terceros que proveen personal o mano de obra no es producir bienes o prestar servicios al mercado y no ejerce su actividad organizando, dirigiendo y dando instrucciones y órdenes a ese personal, a punto tal que sólo con mucha generosidad conceptual puede tildarse de “establecimiento” a la oficina –propia o rentada– desde la que se organiza ese limitadísimo objeto de convocar personal para enviarlo a prestar servicios para verdaderas empresas que, incorporándolo a su organización, lo dirigirán y aprovecharán su aporte personal.

Ciertamente quienes se dedican al negocio de proveer personal –inclusive los hasta ahora autorizados, es decir, las agencias de servicios eventuales– no tienen un lugar o establecimiento en el que se encuentren diariamente sentados y a su disposición el personal sujeto a los préstamos o provisiones de mano de obra, sino que esos empresarios se limitan a intermediar entre las empresas que necesitan personal, en principio con carácter eventual, y las personas a ser prestadas o provistas. Por eso, ese personal sólo es convocado por el proveedor cuando recibe un pedido de una usuaria.

Obviamente, esta hipótesis de quien se dedica a convocar personas trabajadoras para prestarlas, aportarlas o proveerlas a empresas que las necesitan es substancialmente distinta del caso de las empresas que envían su propio personal a otra organización empresarial para prestarle un servicio o realizar una actividad, supuesto al que refiere la LCT en el artículo 30 sólo en cuanto a algunos efectos tutelares.

En la primera hipótesis –la del proveedor de personal– las personas trabajadoras provistas, aportadas o prestadas al ser destinadas a la usuaria se ponen directamente a disposición de esta última, debiendo obedecer las instrucciones, órdenes y directivas que ésta imparta.

En cambio, el personal de una empresa principal –es decir, el contratado por otra empresa para recibir un servicio o beneficiarse con la realización de una actividad– no ingresa al establecimiento de la contratante a título personal sino como parte o representante de la principal.

Un elemento fundamental para discernir cuándo se da una hipótesis y cuándo otra, en supuestos de configuración debatida, radica en verificar si el personal del principal ingresa al establecimiento de la contratante con su propia estructura jerárquica (capataces, jefes, etc.) y con sus herramientas y elementos de trabajo, y si tienen su propio “guión” de trabajo para realizar aquello que es objeto de la contratación entre las dos empresas.

Cuando se verifica que el trabajo del personal de la supuesta empresa principal carece de esas características y, en los hechos, sencillamente se pone a disposición de la empresa contratante –la que requirió que la otra empresa le realice una actividad o le preste un servicio– para que ésta, por medio de sus propios representantes, indique qué hacer, cómo hacerlo, dando las instrucciones y órdenes necesarias, la situación, pese al modo en que las dos empresas la hayan caracterizado, encuadrará en la provisión de personal.

Vuelvo al marco de la LCT que, desde 1976, consideraba que quien recibe la prestación personal de un trabajador o una trabajadora provisto por un tercero era el empleador, salvo, como ya fue dicho, que tal provisión de personal tuviera por objeto cubrir una necesidad eventual y que el proveedor fuese una empresa de servicios eventuales autorizada por la autoridad administrativa.

Esta postura legal reflejaba el orden natural de las cosas, según el cual cabe reputar verdadero empleador a quien organiza el trabajo, da órdenes e instrucciones y aprovecha la prestación laboral, reservándose la denominación de tercero proveedor o intermediario a quien, como ya expliqué, limita su actividad empresarial a convocar a las personas que le son pedidas por auténticos requirentes del aporte laborativo.

II. La ley 27.742, sancionada el 27 de junio de 2024, promulgada por el decreto 592/2024 del 8 de julio de 2024 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de julio de 2024, entró en vigencia el día 9 de julio de 2024, ya que su artículo 237 establece que “Las disposiciones

de la presente ley entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina, salvo en los capítulos o títulos en donde se señala lo contrario”.

En lo que en este estudio respecta, por el artículo 90 se ha sustituido el texto del artículo 29 de la LCT que, como consecuencia de la recién citada regla de aplicación temporal, ahora reza así: “*Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad.* Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última”.

Ya el decreto de necesidad y urgencia 70/2023 del 20 de diciembre de 2023 –cuya vigencia se encuentra suspendida en lo que hace al Título IV por la decisión judicial dictada en la causa “Confederación General del Trabajo c/Poder Ejecutivo nacional”– había dispuesto en su artículo 69 el reemplazo del artículo 29 de la LCT por una redacción idéntica a la que ahora ha establecido la ley 27.742.

III. Veamos los brutales efectos que el cambio en el texto del artículo 29 de la LCT provoca en el esquema hasta aquí reseñado:

- a) En primer lugar, bajo la nueva configuración normativa ya no rige la antes mencionada regla de que será declarado verdadero empleador quien utilice la prestación, y la derogación de esa pauta legal se traduce en el hecho de que *cualquier empresa que necesite personal, sea para cubrir una necesidad eventual o normal y permanente, puede según el nuevo modelo legal eludir la asunción del rol de empleador con el simple recurso de pedirle a cualquier proveedor de personal que le aporte, preste o provea trabajadores o trabajadoras.*
- b) En segundo lugar, la reforma ha eliminado el punto central de la lógica legal, ya que el nuevo texto del artículo 29 de la LCT ya no condiciona la posibilidad de recurrir a la intermediación para la provisión de personal a una necesidad de carácter

eventual de la empresa usuaria y esto resulta lo más grave e irrazonable de la reforma.

Puestos en la lógica desreguladora de la ley 27.742 –se la comparta o no– es posible comprender que se termine con el privilegio oligopólico que la regla estatal 21.297/76 introdujera para permitir exclusivamente a las agencias o empresas de servicios eventuales operar válidamente como proveedores de mano de obra o de personal en las hipótesis que dicha norma habilitó, es decir, la cobertura de necesidades eventuales de las empresas usuarias⁵.

Empero, ninguna vinculación tiene con la desregulación o con trabas normativas la cuestión central que consiste en vedar, siquiera de manera implícita como lo hacía el texto del artículo 29, LCT, vigente hasta su reforma por la ley 27.742, la provisión de mano de obra fuera de esa única hipótesis de excepción, es decir, la cobertura de una necesidad eventual del usuario.

Sería respetable, se esté de acuerdo o no con la desregulación, que el Congreso nacional por la ley 27.742 se hubiese limitado a permitir que actúe como proveedora de mano de obra cualquier persona.

En cambio, es irrazonable, disfuncional, desprotector y contrario al orden natural de las relaciones humanas que ese rol se autorice sin una causa objetiva justificante, como lo era la necesidad urgente de una empresa de cubrir una vacante temporal, de naturaleza eventual.

Repito que este giro legislativo va contra el orden natural de las cosas porque la vinculación de empleo –privado o público– es, como el tango, la compraventa de inmuebles y, en principio, el matrimonio, una relación de dos.

Las agencias matrimoniales y las inmobiliarias son útiles como intermediarios que acercan a los interesados pero que se excluyen del vínculo entre éstos una vez sellado el acuerdo, y lo mismo debe ocurrir en materia laboral, en la que una selectora de personal o una bolsa de trabajo es válida para acercar a quien ofrece su trabajo y quien necesita ese aporte personal laborativo.

⁵ Lo que cabe admitir no resultaba totalmente censurable, ya que así se estructuraba un mercado de provisión de personal controlado en su funcionamiento y su solvencia patrimonial por la autoridad estatal.

En cambio, resulta antinatural que ese tercero, luego de mediar, se entrometa y quede tomando el lugar de empleador que, en rigor, sólo le cabe a quien necesita y aprovecha el aporte del trabajador o de la trabajadora objeto de la provisión de mano de obra.

Siguen, afortunadamente, vigentes los marcos conceptuales citados, que permiten definir con claridad el papel de cada cual en este tipo de relaciones, y, como lo anticipé, para el Régimen de Contrato de Trabajo superviviente a la reforma que produjo la ley 27.742 habrá contrato de trabajo *cuando una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra* (art. 21), ya que el régimen legal entiende a la relación de trabajo como *aquella en la que una persona realiza actos, ejecuta obras o presta un servicio en favor de otra, bajo su dependencia* (art. 22).

En el mismo orden de ideas, la LCT llama trabajo a la labor *que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla*.

Antes y aquí remarqué esta expresión legal porque considero que deja en claro que empleador, más allá de la definición del artículo 26 de la LCT⁶, es quien recibe la prestación personal y la dirige.

De las normas que siguen vigentes parece certero que el empleador no es meramente quien se limita a asumir ese rol en el plano formal, sino aquel que en los hechos necesita la prestación personal del trabajador o de la trabajadora, aquel que recibe esa prestación con el poder de organizarla, dirigirla y aprovechar sus frutos.

No es empleador quien se da a sí mismo ese título sino quien realmente lo es, es decir, quien requiere el aporte personal de trabajadoras y trabajadores, lo organiza y dirige, utilizándolo en el marco de su proceso productivo o prestador de servicios para conseguir sus fines empresariales.

Concluyo que la irrazonable permisión que introduce la ley 27.742 para que cualquiera pueda a su sola voluntad operar en un mercado de intermediación, ofreciéndose a asumir el papel exclusivamente for-

⁶ Ratifican este punto de vista los arts. 25 y 26, LCT, que caracterizan al trabajador como la persona física que se obligue o preste servicios en las condiciones previstas en los arts. 21 y 22, y conceptualiza al empleador como quien requiere los servicios de un trabajador.

mal de empleador, no deroga ni redefine los conceptos centrales y filosóficos reseñados, según los cuales en cada caso habrá de considerarse empleador a quien lo sea en los hechos.

También me parece indiscutible que, para la LCT, no es una empresa en los términos del artículo 5° quien sólo cuenta con una oficina administrativa desde la que convoca al personal a proveer o prestar a sus clientes y que eso no constituye “la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”, y, sobre todo, mal puede ser considerado “empleador” aquel que, en los hechos atinentes a la prestación del trabajo aportado por las personas prestadas o provistas, no se relaciona jerárquicamente con éstas, ya que la realidad deja en evidencia que el personal prestado o provisto no sigue directivas del intermediario interpuesto como empleador sino de la empresa usuaria.

IV. La ineficacia de la reforma resulta, a mi juicio, fácil de predecir puesto que no se puede legislar contra la realidad y, lo reitero, la brutalidad del cambio legislativo objeto de este análisis contradice el orden natural de las cosas y entra en crisis con el principio de primacía de la realidad, dejando abierta la posibilidad de que, más allá de la falta de prohibición legal implícita, como la que contenía el anterior texto del artículo 29 de la LCT, los tribunales, caso por caso, puedan juzgar y declarar que el verdadero empleador ha sido quien utilizó y aprovechó la prestación sobre la base conceptual contenida en las ya transcritas definiciones que la ley hace del empleador y del trabajador dependiente.

No creo ocioso recordar aquí que en el ámbito del Derecho del Trabajo rige con vigor el principio de primacía de la realidad, al que el maestro Plá Rodríguez⁷ definió diciendo que “*el principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el*

⁷ *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 313.

terreno de los hechos”, y ello es así pues el contrato de trabajo encuadra en lo que De la Cueva identificó como un “contrato realidad”⁸.

También parece útil memorar que dicho principio del Derecho del Trabajo tiene alcance legal en nuestro ordenamiento, con raíz en el artículo 14 de la LCT, y, más profundamente aún, en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

A mi modo de ver, este dogma del Derecho material tiene una profunda imbricación con el ámbito probatorio procesal, con los mandatos que surgen de un procedimiento laboral que ha crecido casi a la par que el Derecho protectorio, y, asimismo, con los particulares reflejos que se exigen de la magistratura especializada, que debe poseer una particular sensibilidad social para no detenerse en la superficie aparente de las situaciones jurídicas y buscar, en capas más profundas, lo real.

El juez del trabajo o la jueza del trabajo no pueden permitir que en la lid procesal el formalismo neutralice los objetivos tuitivos del Derecho de fondo, aunque, hay que decirlo, esta actitud judicial ya no es propia de los jueces del trabajo, en tanto los modernos ordenamientos adjetivos civiles y comerciales mandan a los tribunales buscar la verdad material, mientras la Corte, desde su doctrina judicial, advirtió ya desde la década de los 50 que la renuncia a la búsqueda de la verdad jurídica material y la renuncia voluntaria a ese objetivo resultan incompatibles con el adecuado servicio de justicia⁹.

Es de toda evidencia que, aun cuando la ley ahora vigente no contiene una tajante regla preliminar como la mencionada, no significa que los tribunales no puedan investigar, ante el pertinente planteo judicial de la persona interesada, qué ocurrió en los hechos, como lo exige el recién aludido principio de primacía de la realidad.

Por eso, es bueno que las empresas que necesiten personal comprendan este cuadro de situación para no ser engañadas por una reforma irrazonable que parece permitir algo que se da de bruces con lo que es conceptualmente natural.

⁸ *Derecho mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1973, t. I, p. 383.

⁹ CSJN, 18-9-57, “Colalillo, Domingo c/Cía. de Seguros España y Río de La Plata”, *Fallos*: 238:550; L. L. 89-412. En igual sentido, *Fallos*: 301:922; 10-7-75, “Colombres, Juan Carlos c/La Taberna de Landrú”, *Fallos*: 306:1715; TySS 1975-765, etc.

V. Es menester dejar sentado que para habilitar esa pesquisa judicial y la declaración del verdadero empleador habrá que invocar un perjuicio concreto, y, al respecto, cabe decir que el nuevo texto del artículo 29 prevé que “La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados...”, de manera que la interposición no implica per se perjuicio concreto ya que, si resultara insolvente el proveedor de personal o mano de obra¹⁰, la empresa usuaria tendrá responsabilidad solidaria con aquél.

Sin embargo, debe advertirse que la ley 27.742 sólo impune esa responsabilidad vicaria a la empresa usuaria del personal prestado “exclusivamente respecto de aquellas (obligaciones) devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última”.

Dicho de otro modo, si un trabajador o una trabajadora, luego de una relación de varios años con un proveedor de mano de obra, sufre un despido injustificado u otra contingencia que ponga fin al contrato de trabajo con derecho al cobro de alguna prestación económica (arts. 212, párr. 4º; 247, 248, etc.), la eventual solidaridad del último usuario de sus servicios personales se limitará a la extensión del tiempo de prestación de servicios para éste, mas la usuaria no responderá por el total de la respectiva indemnización o compensación¹¹.

Más allá de esa situación final, también es fácil avizorar otros posibles perjuicios para el trabajador o la trabajadora en materia de representación sindical y de delegados en la empresa, pero, sobre todo, en orden al convenio colectivo aplicable a su relación laboral con la consiguiente proyección sobre el régimen remuneratorio.

Similares problemas habrá de plantear la atribución de la obra social y de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo.

¹⁰ Peligro de probable configuración, pues, a diferencia de las exigencias de la reglamentación para las agencias de servicios eventuales, la nueva ley no ha puesto regla alguna para la posibilidad de actuar como sujeto interpuesto o prestador de mano de obra. Obviamente, esto podría ingresar por vía de una reglamentación por parte del PEN.

¹¹ Eventualmente, habría que demandar a cada usuaria para que responda solidariamente en proporción a la extensión de los respectivos tiempos de prestación, solución absurda, impráctica y desprotectoria.

VI. En síntesis, la reforma es irrazonable aun en función de su lógica desreguladora, contradice el orden natural de las relaciones laborales y abre una nueva instancia de incertezas no solamente para trabajadoras y trabajadores sino también para pequeñas y medianas empresas que pueden verse engañadas por esta nueva norma, incerteza que provoca más inseguridad jurídica, uno de los males endémicos de nuestro país.

Una vez más, como en la década de los 90, la Constitución Nacional y esa magnífica construcción jurídica constituida por la LCT permitirán a los tribunales de nuestro país poner las cosas en su lugar, dando primacía a la realidad y protegiendo el trabajo en todas sus formas.

EL PERÍODO DE PRUEBA (ART. 92 BIS, LCT) EN LA LEY DE BASES

por FERNANDO ALFREDO CALANDRA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo. 1. El período de prueba en la ley 25.877 y en la Ley de Bases 27.742. 2. Concepto de período de prueba. 3. Aspectos normativos no modificados por la Ley de Bases 27.742. 4. ¿Cuál es la finalidad del período de prueba? 5. Antecedentes. 6. El plazo del período de prueba en el Derecho Comparado. 7. Consideración sobre el nuevo plazo dispuesto por la Ley de Bases. a) Incompatibilidad con el artículo 245, Ley de Contrato de Trabajo. b) Razonabilidad del período de prueba de 6 (seis) meses. c) Situación frente al artículo 212, Ley de Contrato de Trabajo. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. Introducción

Actualmente el período de prueba en las relaciones de trabajo es de 3 (tres) meses de conformidad con lo normado en el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT en adelante).

¹ Abogado (UNPSJB). Especialista en Derecho Laboral (Universidad Blas Pascal). Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (UNTREF). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Especialista en Discapacidad y Derecho (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Defensas y Garantías (Universidad Nacional del Litoral). Especialista en Derecho Tributario (Universidad de Belgrano). Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (Universidad de Bolonia). Especialista e Violencia de Género, Estado, Políticas Públicas y Movimientos Sociales (OEA-Ministerio de Mujeres, Diversidad y Género). Maestrando en Derecho Procesal (Universidad Nacional del Rosario). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional del Rosario). Disertante y ponente en distintos eventos académicos nacionales e internacionales. Autor de distintos artículos publicados en *Hammurabi*, *Revista Ideides*, *IJ Editores*, entre otros.

Sin embargo, la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (ley 27.742, en adelante “Ley de Bases”) introdujo modificaciones en el plazo, ampliando de tres 3 (tres) a los siguientes períodos:

- 6 (seis) meses el período de prueba de los contratos de trabajo por tiempo indeterminado.
- Sin embargo, las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba:
 - Hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores.
 - Hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción.

A raíz de esta modificación es importante hacer un comentario y reflexión sobre la inconstitucionalidad e inconveniencia de la modificación en el período de prueba del contrato de trabajo introducido por la ley 27.742, cuyo Capítulo IV se encuentra suspendido en su aplicación gracias al excelente fallo dictado por la sala de ferias de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT), en la sentencia interlocutoria 1, expediente 56862/2023/1, autos incidente 1, “Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo nacional s/Incidente”, con voto de los doctores María Dora González, José Alejandro Sudera y Andrea E. García Vior.

Cabe destacar que el mencionado precedente se encuentra actualmente en tratamiento ante nuestro máximo tribunal nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN) por medio de un recurso extraordinario deducido por el Estado nacional.

II. Desarrollo

1. El período de prueba en la ley 25.877 y en la Ley de Bases 27.742

En primer lugar, resulta necesario describir el antecedente del período de prueba previo al DNU 70/2023 y a Ley de Bases 27.742.

El período de prueba en el texto de la ley 25.877, según artículo 92 bis, decía lo siguiente: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros 3 (tres) meses de vigencia. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extinción, pero con obligación de preavisar según lo establecido en los artículos 231 y 232”.

Ahora bien, según el texto del artículo 92 bis de la Ley de Bases 27.742: “El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba: a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores; y b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo a la extinción”.

2. *Concepto de período de prueba*

El instituto puede ser definido como el lapso del contrato de trabajo ordinario celebrado para durar por tiempo indeterminado en el que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo durante su transcurso con la única obligación de otorgar preaviso o en su defecto abonando la indemnización sustitutiva equivalente y que al no haberse activado el derecho a la estabilidad el despido sin causa que el empleador disponga no es considerado un ilícito contractual².

También es ilustrativo el concepto que aporta el profesor Etala, recordando una expresión del maestro Deveali: el período de prueba es algo más bien parecido a un período de carencia cuyo transcurso es necesario para que puedan encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo de tiempo indeterminado³.

² MAZA, M. Á. y HOCKL, M. C., en ACKERMAN, M. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. II, Cap. IV, p. 395.

³ ETALA, C. A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1998, ps. 206 y 483.

3. *Aspectos normativos no modificados por la Ley de Bases 27.742*

Ahora bien, es importante mencionar que las siguientes reglas no fueron modificadas por el artículo de la Ley de Bases mencionado, por lo que subsisten las siguientes:

1. El empleador no puede otorgar el período de prueba a un mismo trabajador más de una vez.
2. El uso abusivo de la figura será pasible de nulidad absoluta (fraude laboral).
3. Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones expresas.
4. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.
5. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización de éste y excluyendo la aplicación de cuarto párrafo del artículo 212.

4. *¿Cuál es la finalidad del período de prueba?*

El período de prueba, según Montoya Melgar, sirve para que las partes logren un conocimiento empírico de la relación: “El período de prueba es un negocio jurídico bilateral mediante el cual el empresario y el trabajador pretenden el conocimiento empírico de las condiciones contractuales que habrán de regir en el futuro”, añadiendo que “en este terreno las partes del contrato de trabajo buscan una experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes...”⁴

Entonces, podemos decir que la naturaleza jurídica de la figura del período de prueba es una evaluación recíproca: tanto el empleador como el trabajador evalúan el vínculo laboral.

Por lo tanto, el plazo está dispuesto para que las partes conozcan

⁴ MONTROYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, ps. 492 y ss.

cómo es la relación de trabajo. El empleador evaluará del trabajador su compromiso, idoneidad, competencias, perfil laboral, conocimientos, aptitudes, responsabilidad, entre otras. Mientras que el trabajador analizará su pertenencia en la empresa, expectativas de crecimiento, ambiente de trabajo, etcétera.

Para dicho examen o experimento de las cualidades y aptitudes referidas bastan los tres 3 (tres) meses del sistema vigente, en especial teniendo presente que la evaluación en dicho período es una continuidad del proceso de reclutamiento.

Extender el período a 6 (seis) u 8 (ocho) meses implica desvirtuar la figura y asegurar el “gatillo fácil” del trabajo, permitiendo que el empleador pueda extinguir la relación laboral y contratar un nuevo empleado.

Asimismo, el plazo de 6 (seis) meses de la actual reforma es sumamente excesivo, extenso e innecesario, y por lo tanto, irrazonable y arbitrario; carece de justificación que un empleador cuente con tan extenso margen temporal para probar si el trabajador resulta o no apto para el cargo y función.

La ampliación desvirtúa el fin del período de prueba, porque un período de 3 (tres) meses o inclusive menos es suficiente para que las partes evalúen el contrato de trabajo. Por tanto, considerando que la finalidad del período de prueba es conocer la idoneidad del trabajador para el puesto, bastan los 3 (tres) meses que dispone el régimen actual.

5. *Antecedentes*

En este acápite cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Por qué el régimen actual (ley 25.877) previó un período de prueba de tres (3) meses, y no dos, cuatro, cinco, etcétera?

A fin de responder este interrogante, cabe mencionar que el período de tres meses fue una creación jurisprudencial.

El entonces artículo 266 de la LCT, en su versión original (ley 20.744), establecía que la indemnización por antigüedad o despido será equivalente “...a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses...”

Entonces, la base de cálculo del artículo 266 de la LCT (hoy art. 245, LCT) daba a entender que únicamente el trabajador sería beneficiario de una relación de trabajo cuando supere la antigüedad de 3 (tres) meses, lo que permitía deducir la existencia de un período de prueba anterior. Otros entendían lo contrario: la inexistencia de la figura en cuestión.

Ambas interpretaciones contrapuestas dieron origen al fallo plenario 218, “Sawady, Manfredo c/Sadaic”. Éste concluyó que el trabajador con antigüedad no mayor de tres meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el entonces artículo 266, LCT.

Es decir, el fallo plenario mencionado creó un período de 3 (tres) meses como requisito mínimo de servicio para generar el derecho del trabajador despedido de reclamar una indemnización.

Esto se debe a que, reitero, el entonces artículo 266 que fijaba los períodos para el cálculo de la indemnización por antigüedad el pago de un salario por año de servicio trabajado, o fracción mayor de 3 (tres) tres meses.

Sin embargo, el antecedente más remoto lo encontramos en las expresiones del diputado señor Courel, sobre el proyecto que luego sería la ley 11.729, del Código de Comercio, quien dijo lo siguiente: “el despacho limita a establecer un tiempo mínimo con respecto a los empleados de comercio. Es necesario que transcurra el término de tres meses al servicio del principal para que se le considere empleado”⁵.

Con posterioridad se sancionó la ley 24.465 en el año 1995, que fijó legalmente el período de prueba para los contratos de trabajo regidos por la LCT por el plazo de 3 (tres) meses. Sin embargo, luego la ley 25.013 lo redujo a un (1) mes, siendo elevado nuevamente a 3 (tres) meses por la ley 25.250 pero permitiendo el período para el caso de pequeñas empresas y permitiendo que ambos plazos pudieran a su vez ser duplicados por convenio colectivo. Por fin la ley 25.877 derogó esas dos posibilidades adicionales, estableciendo un plazo único de tres 3 (tres) meses para todos los casos.

⁵ SIMÓN, J. C., en D. T. N° 34.867.

6. *El plazo del período de prueba en el Derecho Comparado*

Luego de un análisis de los principales ordenamientos jurídicos de países referentes a nuestras normas, no encontramos plazos tan extensos como el propuesto.

El plazo más largo del período de prueba en la actualidad es el caso de España, el cual está siendo duramente criticado por la crisis ocupacional que ha generado. El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 14.1 dice lo siguiente en relación con cuál es la duración máxima del período de prueba: 6 meses para los técnicos titulados; 2 meses para los demás trabajadores; 3 meses en las empresas de menos de 25 trabajadores y para los trabajadores que no sean técnicos titulados; 1 mes para los contratos temporales de menos de 6 meses.

En Francia, por su parte, el período de prueba debe ser acordado entre las partes; si el contrato de trabajo tiene duración indeterminada, las partes estipulan el período de prueba, que puede extenderse de uno a tres meses.

En nuestro país vecino de Chile el Código del Trabajo, en su artículo 147, dispone lo siguiente: las dos primeras semanas de trabajo se estimarán como período de prueba y durante ese lapso podrá resolverse el contrato a voluntad de cualquiera de las partes siempre que se dé un aviso con tres días de anticipación, a lo menos, y se pague el tiempo servido.

Mientras que en Brasil el período de prueba no puede ser de más de 90 días y los contratos definidos (con una duración limitada) sólo son válidos hasta un período de dos años.

Por último, en Uruguay el período de prueba se encuentra previsto en el artículo 12 de la ley 19.973, que regula lo siguiente: dependiendo del plazo de contratación, podrá acordarse un período de prueba de duración variable, a saber: 45 días para los contratos de entre 6 y 8 meses de duración; 60 días para los contratos de 9 a 11 meses de duración; 90 días para los contratos de 12 o más meses de duración.

7. *Consideración sobre el nuevo plazo dispuesto por la Ley de Bases*

a) *Incompatibilidad con el artículo 245, Ley de Contrato de Trabajo*

Tal como se vino expidiendo, el plazo y el régimen del período de prueba fue variando por ley, pero el origen del instituto fue de creación pretoriana gracias a la jurisprudencia (plenario “Sawady”, de la CNAT), a partir de la utilización análoga del plazo mínimo de fracción para el pago de un mes más de indemnización por despido.

Por tanto, según el actual artículo 92 bis de la LCT en el sentido propuesto por la Ley de Bases, el sistema para la protección contra el despido, y la reparación ante su ocurrencia, se trabaaría en una incongruencia: por un lado, un período de prueba de 6 (seis) meses, y por el otro, una fracción mínima para el cálculo indemnizatorio de 3 (tres) meses.

Es decir que resultaría indemnizable el período de 3 (tres) meses trabajados por un empleado, pero recién gozaría de ese derecho si transcurrió el plazo de 6 (seis) meses de período de prueba. Además, quien trabaje un año y tres meses cobraría dos sueldos de indemnización por antigüedad, mientras que quien trabaje 5 meses no percibiría indemnización alguna. Vemos que el autor del DNU y de la Ley de Bases se olvidó de modificar el artículo 245 de la LCT para hacerlo compatible.

Ahora bien, la Ley de Bases debió modificar el artículo 245 de la LCT para compatibilizar ambos régimen: el indemnizatorio y el período de prueba, imponiendo el derecho a acrecer una indemnización por una antigüedad mínima de 1 (un) año o período fraccional superior a 6 (seis) meses.

b) *Razonabilidad del período de prueba de 6 (seis) meses*

Ahora bien, debemos efectuar un análisis, en base al principio de razonabilidad, para entender si el período de prueba resulta ser un lapso ajustado y razonable.

El principio de razonabilidad constituye el principio general más

importante del Derecho Comunitario, y su justificación puede reconocerse en todos los sistemas liberales-democráticos de nuestros días.

La razonabilidad se integra por tres subprincipios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la razonabilidad en sentido estricto. Nuestro máximo tribunal ha determinado en forma clara que la razonabilidad no puede ser fijada con precisión matemática. No obstante este argumento no veda y exime al juzgador de formular argumentos racionalmente controlables⁶.

Sentado lo expuesto, podemos decir que un período de 6 (seis) meses es por demás extenso, y por lo tanto resulta excesivo, arbitrario, inadecuado y desproporcional con el fin que busca el instituto de prueba: la evaluación de la relación laboral. Asimismo, es violatorio de la garantía constitucional contra el despido arbitrario porque incentiva la celebración y extinción de relaciones laborales.

c) *Situación frente al artículo 212, Ley de Contrato de Trabajo*

La reforma deviene más gravosa si se tiene en cuenta que durante el período de prueba queda excluida la aplicación del cuarto párrafo del artículo 212, LCT.

Es decir, un trabajador que quede con una incapacidad absoluta como consecuencia de una enfermedad o accidente inculpable no podrá tampoco reclamar al empleador la indemnización del artículo 245, LCT.

⁶ CIANCIARDO, J., *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. Persona y Derecho*, en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 41-1999, Servicio de Publicaciones, Universidad de Navarra: “La razonabilidad se integra por tres subprincipios: 1. *Principio de adecuación*: es el que establece que la norma que regula un derecho fundamental sea la adecuada e idónea para el logro del fin que busca el legislador y el medio que emplea. 2. *Principio de necesidad*: indica que se debe escoger, entre varios medios idóneos, aquel que resulte menos restrictivo de los derechos fundamentales involucrados. 3. *Principio de razonabilidad en sentido estricto (proporcionalidad)*: aquí no existe controversia alguna doctrinal o jurisprudencial. Se debe determinar si la medida adoptada guarda relación con el fin que procura alcanzar. Se postula un juicio de balanceo entre las ventajas y las desventajas de la medida (o balance entre costos y beneficios). La medida debe ser racional para los afectados y los límites de la racionalidad deben ser garantizados”.

Es más, algunos autores afirman que, pese a que el precepto no lo diga expresamente, tampoco resulta de aplicación ninguno de los tres primeros párrafos del artículo 212, por considerar incompatibles dichas reglas con una situación laboral privada de estabilidad.

Por tanto, según la postura antes expuesta, el trabajador no podría en el extenso período de prueba de 6 (seis) meses exigirle al empleador la reincorporación luego del alta médica, con asignación de tareas acorde a su capacidad laborativa, ni el pago de indemnización del artículo 245 ni la del artículo 247 de la LCT.

III. Conclusión

Por todo lo desarrollado en este artículo podemos concluir que extender a 6 (seis) meses o de 8 (ocho) meses a 1 (un) año el plazo del período de prueba garantiza el “gatillo fácil” de despidos e impide adquirir la estabilidad laboral en un plazo razonable, siendo violatorio de la garantía constitucional contra el despido arbitrario.

Asimismo, se torna arbitrario, violatorio del derecho de propiedad del trabajador e irrazonable por innecesario, desproporcionado con el fin de prueba, además de resultar el plazo más extenso en el Derecho Comparado (a excepción de España que sí prevé el mismo plazo para el operario técnico titulado), sin antecedentes en nuestra legislación y jurisprudencia nacional, generando incongruencias con otros institutos de la LCT (art. 245, LCT).

Ahora bien, la realidad es que lo que está en discusión en la reforma de la Ley de Bases no sea sólo el período de prueba, sino que el planteo político y macroeconómico sea si el trabajador debe merecer –o no– el cobro de una indemnización a la finalización de su relación laboral.

A fin de tirar a fondo esta idea (la de no abonar indemnización al trabajador), es necesario recurrir al fundamento de la indemnización por despido:

- a) Resarcir los daños e intereses derivados del incumplimiento de una obligación contractual (extinción del vínculo).
- b) Indemnizar al trabajador del riesgo del desempleo.

- c) Gratificar la pérdida de la antigüedad y de todos los beneficios a ella conexos.

Es justo y equitativo que quien ha trabajado hasta 6 (seis) meses según el plazo introducido por la Ley de Bases tenga derecho a esa protección contra el despido arbitrario; de ahí que haya merecido reconocimiento en el texto del artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional de 1959.

Cabe destacar que el derecho a la estabilidad laboral es un derecho protegido por el artículo 26 de la CADH. Sostuvo el Tribunal Interamericano lo siguiente: “el trabajo es un derecho y un deber social”, y que debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”⁷.

Asimismo, el tribunal internacional mencionado determinó las obligaciones concretas de los Estados en relación con el derecho al trabajo y la estabilidad laboral:

- a) Adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización del derecho al trabajo.
- b) Proteger al trabajador y a la trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado.
- c) En caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional).
- d) Se debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos.

IV. Bibliografía

CIANCIARDO, J., *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales. Persona y Derecho*, en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 41-1999, Servicio de Publicaciones, Universidad de Navarra.

⁷ Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia de 31-8-2017, Serie C, N° 340, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf, fecha de consulta: abril de 2021.

Corte IDH, “Caso Lagos del Campo vs. Perú”, sentencia de 31-8-2017, Serie C, N° 340, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf, fecha de consulta: abril de 2021.

CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, *Fallos*: 333:2306; Id SAIJ: FA10000047.

ETALA, C. A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1998.

LIVELLARA, C. A., *Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

MAZA, M. Á. y HOCKL, M. C., en ACKERMAN, M. (dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1985.

LA VUELTA DE LA TARIFA PARA EL DESPIDO DISCRIMINATORIO

por CARLOS ALBERTO LIVELLARA

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo normativo. III. Incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11). Indemnización tarifada. IV. Regulación del despido motivado por un acto discriminatorio (art. 245 bis, LCT). 1. Causales. Enumeración taxativa o enunciativa. 2. La carga de la prueba de la discriminación. 3. Indemnización agravada. La nueva tarifa del despido discriminatorio. 4. No es acumulable con otro régimen que establezca agravamientos indemnizatorios. 5. Produce la extinción del vínculo a todos sus efectos.

I. Introducción

Dentro de las técnicas propias del Derecho del Trabajo está la de acudir a la tarificación de los daños, como ocurre con la indemnización por extinción injustificada del contrato de trabajo (art. 245, LCT). Se considera beneficioso para el trabajador porque facilita el cobro más rápido de su acreencia, y a su vez el deudor (empleador) tiene la ventaja de poder prever su pago¹.

En materia de *despido discriminatorio*, hubo un primer intento de tarificar su reparación por el artículo 11 de la ley 25.013 (1998) que

¹ En este sentido, cabe recordar lo expuesto por la Corte Suprema en “Vizzoti”, al señalar: “Que, por cierto, 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 estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, 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” (CSJN, “Vizzoti”, consid. 6º, Fallos: 327:3677).

rigió hasta su derogación por la ley 25.877, vigente desde el 28 de marzo de 2004. Recientemente se ha retomado el camino de su tarificación a través del *artículo 82 del DNU 70/2023 (B. O. del 21-12-2023)* que incorporó a la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) el artículo 245 bis, *Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio*, cuyo texto a su vez experimentó, entre otras modificaciones, la inclusión como actos de discriminación a los motivados por “posición económica, caracteres físicos o discapacidad”, al ser sustituido por el artículo 95 de la ley 27.742.

En este comentario nos proponemos reseñar brevemente el desarrollo normativo que se ha dado en nuestro país al principio de igualdad de trato y no discriminación, y a la regulación del despido discriminatorio del artículo 11 de la ley 25.013, para luego detenernos específicamente en la nueva regulación.

II. Desarrollo normativo

El principio de igualdad y su axioma derivado de la no discriminación tienen como fundamento la dignidad de la persona humana y ha sido particularmente recogido y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos².

En el *régimen constitucional argentino*, el principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales encuentra su consagración en diversas normas, algunas de ellas incluidas ya en el texto originario de 1853. Así, el artículo 16 de la Constitución Nacional,

² Conforme lo señala el voto de la mayoría de la CSJN el 7-12-2010, en el recurso de hecho “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA p/Acción de amparo” (Dres. Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni), R. D. L. y S. S. 2011-2, el *principio de igualdad y prohibición de discriminación* ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Así, por su carácter “imperativo”, rige en el “Derecho Internacional general”, en cuanto es aplicable a todo Estado, ya sea a “nivel internacional o en su ordenamiento interno”, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, por todos los actos jurídicos de cualesquiera de sus poderes, e incluso de los particulares que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia.

que responde al texto primitivo, afirma el principio de igualdad ante la ley: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”, y el artículo 14 bis, incorporado en la reforma de 1957, garantiza el tratamiento igualitario en una materia específica, como es la remuneratoria, al imponer como directiva el principio de “igual remuneración por igual tarea”.

La reforma constitucional de 1994 *amplía el marco de garantías* que aseguran el tratamiento igualitario y no discriminatorio, fundamentalmente por la incorporación al texto constitucional de documentos internacionales que aluden a tal principio: a) *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, artículo II: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”; b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, artículo 1º: “*Obligación de Respetar los Derechos* – 1. Los estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”; c) *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, artículo 5º: los Estados partes “...se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico...”, y d) *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, artículo 2º: señala que los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar los derechos que allí se enumeran.

Con la sanción de la LCT se incorpora legislativamente el *principio del trato igualitario de los trabajadores* y la *prohibición de hacer discriminaciones* (arts. 17 y 81, LCT); además, el artículo 172, LCT *excluye todo tipo de discriminación* en el empleo fundada en razones de sexo o del estado civil de la mujer; el artículo 178, LCT sanciona

con una indemnización especial el despido de la mujer trabajadora por razones de maternidad y embarazo, y también se incluyen normas contra el despido de la mujer por causa de matrimonio (arts. 180, 181 y 182, LCT).

Merece una consideración particular la ley 23.592 (B. O. del 5-9-88), que en su artículo 1° dispone: “*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*”.

La primera cuestión a dilucidar es si la ley 23.592, que es de alcance general y posterior a la LCT, resulta aplicable al ámbito de las relaciones laborales. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en dar una respuesta afirmativa, por cuanto de los términos de dicha normativa no surge una exclusión de los supuestos de discriminaciones sufridas por trabajadores en el ámbito de su vinculación laboral³. En ese sentido, la Corte Suprema ha sostenido *la aplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo*, expresando que nada hay en el texto de la ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario, pues la proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que se reprobaban en todos los casos, y porque la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad⁴.

En cambio, el aspecto controversial está dado por *la aplicación de la ley 23.592 al despido discriminatorio, con declaración de nulidad del acto y posibilidad de reincorporación del trabajador afectado por el acto discriminatorio*.

³ Conf. ETALA, Carlos Alberto, *Contrato de trabajo*, p. 58.

⁴ 9-9-2014, “Ledesma”, CSJ 263/2009, *Fallos*: 333:2306.

Al respecto, se desarrolló en nuestro país un importante debate, con opiniones doctrinales a favor y en contra de la aplicación de la ley 23.592, que se vieron reflejadas en la jurisprudencia de nuestros tribunales, hasta que el 7 de diciembre del 2010 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al emitir su pronunciamiento en los autos “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”⁵, confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la nulidad del despido de los actores con fundamento en la ley antidiscriminatoria 23.592, ordenando su inmediata reincorporación a los respectivos puestos de trabajo.

Debemos recordar brevemente los fundamentos de la mayoría y minoría.

Los argumentos formulados en los considerando del fallo por *la mayoría*, integrada por los doctores Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni, los hemos de resumir en los siguientes párrafos. Señalan que la cuestión federal a ser juzgada por la Corte reside en *determinar si la ley 23.592 es aplicable a la relación de trabajo privada*, más específicamente, al distracto producido en el caso, y si la reinstalación dispuesta a la luz de su artículo 1º resulta compatible con los derechos que la empleadora demandada arguye sobre la base de los artículos 14, 14 bis y 16 de la Constitución Nacional. Ponen de relieve que *el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al “jus cogens”*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. A su vez, descartan de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del Derecho individual del Trabajo, y afirman que *tampoco puede verse incompatibilidad alguna entre la reinstalación del trabajador víctima de un distracto discriminatorio y el derecho a contratar y ejercer toda industria lícita del artículo 14 de la Constitución Nacional*, que invoca el apelante con arreglo al caso “De Luca”, de 1969, *Fallos*: 273:87. En definitiva, consideran que la *reinstalación*, por lo demás, guarda singular cohe-

⁵ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, R. D. L. y S. S. 2011-2.

rencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la *plena reparación (restitutio in integrum)* de los daños irrogados, señalando que el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado (consid. 8°).

A su vez, los *fundamentos de la minoría de la Corte*, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, los resumiremos seguidamente. Afirman que la *libertad de contratar* integra en nuestro ordenamiento el complejo de la libertad como atributo inherente al concepto jurídico de persona, y –en principio– comporta la posibilidad de elegir la clase de comercio que más conviniese a su titular y la de ejecutar los actos jurídicos necesarios para el ejercicio de ese comercio. En el ámbito del contrato de trabajo esta libertad de contratar se encuentra reglamentada por normas de carácter imperativo que generan restricciones al contenido de la relación laboral, es decir, a las condiciones a las que está sujeta dicha relación. Sin embargo, esta reglamentación no alcanza, salvo en casos excepcionales, a la facultad de contratar o de no hacerlo y, en su caso, de elegir con quién. Al respecto, *la garantía constitucional a la libertad de contratar incluye su aspecto negativo, es decir, la libertad de no contratar*, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la CN) y un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la CN). Además, recuerdan que la Corte ha señalado que *no se puede obligar a un empleador –contra su voluntad– a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia*, y que también manifestó que una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido (conf. doctrina de *Fallos*: 273:87, “De Luca”; 306:1208, “Figuerola”, y 321:3081, “Agnese”). Sostienen que cuando el legislador ha sancionado despidos discriminatorios *con*

la reinstalación del trabajador lo ha dispuesto de manera expresa y siempre que el despido sin causa tenga lugar dentro de un plazo cuyo inicio y culminación se encuentra determinado por la ley respectiva. Éste es el modo en que se ha llegado a conciliar los derechos de una y otra parte del contrato de trabajo. Agregan que nada de esto sucede; sin embargo, con la ley 23.592, que, en razón de su carácter general y transversal a todas las ramas del Derecho, *requiere de una aplicación apropiada que no distorsione el equilibrio de derechos al que responde cada sector del ordenamiento jurídico, sea público o privado.* Argumentan que ante la ausencia de previsiones legislativas expresas para otros supuestos de despidos discriminatorios debe acudir a una solución que, por *analogía*, repare debidamente los perjuicios sufridos por el trabajador. A tal fin, la aplicación de los parámetros previstos en la LCT para otros supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, arts. 177/178 y 182 respectivamente), a los que se ha hecho ya referencia, resulta –a criterio de este tribunal– la medida más adecuada para armonizar los derechos en juego y que la solución aquí propuesta no resulta incompatible con la interpretación que respecto de esta problemática se ha efectuado en el ámbito del Derecho Internacional. A modo de conclusión, consideran que en tales condiciones, *ante la negativa del empleador de reinstalar al trabajador discriminado en su puesto de trabajo, corresponde reconocer a este último el derecho a una compensación adicional que atienda esta legítima expectativa.* De tal forma, sin perjuicio del resarcimiento previsto en el artículo 1º de la ley 23.592 (daños y perjuicios), el trabajador tendrá derecho a percibir una suma adicional igual a la prevista en la LCT para otros supuestos de discriminación, es decir, la contemplada en el artículo 245 con más un año de remuneraciones, según dispone en su artículo 182.

III. Incorporación del despido discriminatorio por la ley 25.013 (art. 11). Indemnización tarifada

Entre las novedades legislativas introducidas por la ley 25.013, se incorporó el *despido discriminatorio* (art. 11), que reconocía al trabajador, a cuyo cargo se encontraba la acreditación del hecho, que haya

sido víctima de un distracto por cualquiera de los motivos indicados en la norma como discriminatorios, *el derecho a percibir una indemnización tarifada, equivalente a la que establecía el artículo 7° de la ley 25.013 (o sea, la doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o el tiempo de prestación del servicio, si fuere menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de diez días), sin tope, con más un 30% de recargo (art. 11, ley 25.013)*. Por la directiva fijada en el artículo 5° del mismo texto legal, este dispositivo se aplicaba a los contratos de trabajo celebrados a partir de la vigencia de la ley 25.013, o sea, desde el 3 de octubre de 1998⁶.

El texto legal original del artículo 11, sancionado por el Congreso, incluía la consideración del despido como discriminatorio “...el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial”. El PEN, por decreto 1111/98 (B. O. del 24-9-98), observó lo dispuesto en el texto aludido referido a “nacionalidad”, “orientación sexual”, “ideología u opinión política o gremial”. De donde las causales de despido discriminatorio del artículo 11, ley 25.013 se limitaron a los supuestos de trato discriminatorio originado por cuestiones de “raza, sexo o religión”. Ello no coincide con otras disposiciones de nuestra legislación, como los artículos 17 y 81 de la LCT, que aluden a motivos de sexo, raza, religión, nacionalidad, políticos, gremiales o de edad, y la ley 23.592, que, además de los mencionados, se refiere a nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, posición económica, condición social o caracteres físicos. Con la sanción de la reforma laboral de la ley 25.877, vigente desde el 28 de marzo de 2004, entre las normas derogadas se incluyó el artículo 11 de la ley 25.013, referido al despido discriminatorio⁷.

⁶ Conf. MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *La discriminación laboral*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 108.

⁷ Sobre el artículo 11 de la ley 25.013 ver VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° Extraordinario, *La reforma laboral – II. Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 16. Ver VERA, Viviana Sandra, *Discriminación laboral: hablemos de una indemnización coherente con el daño pro-*

IV. Regulación del despido motivado por un acto discriminatorio (art. 245 bis, LCT)

De acuerdo al texto dado por el artículo 95 de la ley 27.742, el artículo 245 bis, *Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio*, LCT, dispone: “Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad. En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso. Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente. La indemnización prevista en el presente artículo no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”.

Con relación al texto primitivo surgido del DNU 70/2023, el texto sustitutivo de la ley 27.742 *cambia el orden* de los motivos considerados, introduce algunas modificaciones como la relativa a “raza o etnia”, en vez de enumerarlas separadas o aludir a “sexo o género”, en vez de “sexo” e “identidad de género”, e incluye como actos de discriminación a los motivados por “posición económica, caracteres físicos o discapacidad”.

En los próximos párrafos nos detendremos en el análisis de los principales aspectos de la nueva regulación y los interrogantes y controversias que plantea frente a la evolución doctrinal y jurisprudencial existente anterior a su sanción.

ducido, en D. T. 2002-1778; RUBIO, Valentín, *Discriminación en el trabajo. Despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-1, *Discriminación y violencia laboral – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 69 y ss.

1. *Causales. Enumeración taxativa o enunciativa*

Un primer interrogante que se plantea con relación al artículo 245 bis, LCT es si la enumeración del artículo sobre *las causales* en las que se funda la calificación del despido como acto discriminatorio es *taxativa* (o sea que no admite otros motivos) o *enunciativa* (que permite invocar otros supuestos). En una primera lectura del párrafo 1° del artículo 245 bis, LCT, al decir: “Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad”, pareciera que se ha querido limitar a esos supuestos los despidos discriminatorios comprendidos en la norma.

Sin embargo, el tema debe ser analizado e integrado con las demás normas que se refieren al trato igualitario y no discriminatorio dentro del ordenamiento legal argentino, tanto de orden constitucional como de la legislación respectiva, en especial, la ley 23.592, de amplia aplicación a las relaciones laborales, e incluso las normas propias de la LCT: artículo 17, que prohíbe hacer discriminaciones, y artículo 81, de igualdad de trato.

Así, a nivel de los convenios internacionales, incorporados a la CN, tenemos la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (art. 1°), que luego de señalar la obligación de los Estados partes en la Convención de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, señala: “...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Es decir que afirma un concepto amplio de discriminación comprensivo de otros supuestos no contemplados expresamente pero que traducen un trato discriminatorio.

A ello debemos agregar la interpretación amplia que ha formulado la Corte federal sobre la ley 23.592. Así, la Corte, en el precedente “Caminos”⁸, sostuvo que la ley 23.592 enumera como actos discrimi-

⁸ CSJN, 10-6-2021, “Caminos, Graciela Edith c/Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/Despido”, 754/2016, *Fallos*: 344:1336; Rubinzal Online, RC J 3200/21.

minatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, *no son taxativas*, pues aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley. Señaló así que todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del 1^{er} párrafo del artículo 1^o de la ley citada.

Ello surge del dictamen del procurador al que se adhiere la Corte: “El segundo párrafo del artículo 1^o de la ley 23.592 dispone que entre los actos discriminatorios ‘se considerarán particularmente’ aquellos basados en una serie de motivos tales como la raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. La norma enumera algunas motivaciones especialmente prohibidas que, sin embargo, no son taxativas, pues aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley. Así, todo tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional, constituye un acto discriminatorio en los términos del primer párrafo del artículo en cuestión [...] En esa línea –se señala– la norma contempla las acciones discriminatorias basadas en la ponderación negativa de conductas, hábitos, sentimientos o creencias, estado de salud, apariencia física, condiciones o características personales o formas familiares, que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal y deben quedar inmunes a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares (art. 19, Constitución Nacional; art. 11, CADH; *Fallos*: 338:556, ‘D., M. A.’, considerandos 19 y 20; 308:2268, ‘Sejean’, voto de Enrique Santiago Petracchi, considerando 14 y sus citas; Corte IDH, ‘Caso Artavia Murillo y otros [fecundación in vitro] vs. Costa Rica’, sentencia de

28 de noviembre de 2012, párrs. 142-143). Estos aspectos inherentes a la vida íntima del trabajador no pueden, prima facie, acarrear consecuencias jurídicas en la relación de empleo”.

A partir de esta doctrina sentada por el máximo tribunal nacional, referida a la ley 23.592, nos inclinamos por sostener que lo propio se puede señalar con respecto a las conductas tipificadas por el artículo 245 bis, para configurar el despido discriminatorio, *las mismas no son taxativas*, sino que aluden a los supuestos que tradicionalmente se han considerado más relevantes, pero que deben incluirse, siguiendo las directivas de los tratados internacionales aplicables en nuestro país y la conceptualización que hace la propia ley 23.592: *todas aquellas conductas que impliquen un tratamiento arbitrario, que tenga por objeto o por resultado impedir, obstruir o restringir o de algún modo menoscabar el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional*⁹.

2. La carga de la prueba de la discriminación

En nuestro país, al respecto, durante la vigencia del artículo 11 de la ley 25.013, que creó la figura del despido discriminatorio, considerando como tal “...el originado en motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial”, se dispuso *que la prueba estaba a cargo de quien invoque la causal*, es decir, *del trabajador*, solución que mereció la crítica de la doctrina porque la acreditación del hecho discriminatorio se consideraba realmente difícil o de imposible concreción para el mismo¹⁰. Al derogarse mediante la ley 25.877 el artículo 11 de la ley 25.013, desapareció la regulación específica del despido discriminatorio y tal directiva en materia probatoria.

⁹ Conf. LIVELLARA, Carlos A., *Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio*, en SALAS, Ana María y SALVADOR, Juan Eduardo, *Reformas laborales. Aspectos prácticos. DNU 70/2023 y Ley de Bases*, ASC, Mendoza, 2024; CORNAGLIA, Ricardo y ORSINI, Juan Ignacio, *Licencia patronal para discriminar. Nulidad e inconstitucionalidad del DNU 70/2023 y de su regulación del despido discriminatorio*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, Dossier 8, *La reforma laboral del decreto de necesidad y urgencia 70/2023*, Supl. Digital, Rubinzal Online, 2024, p. 37.

¹⁰ Ver MARTÍNEZ VIVOT, *La discriminación laboral* cit., ps. 112 y ss.

La nueva regulación del despido discriminatorio dada por el artículo 245 bis, LCT receta nuevamente la directiva de que “...la prueba estará a cargo de quien invoque la causal...”, o sea, del trabajador, de donde uno de los temas que presenta mayores dificultades con relación al despido discriminatorio es el *probatorio*. El trabajador que invoca haber sufrido un acto discriminatorio como causa de un despido le resultará muy difícil acreditarlo, porque el *empleador buscará evitar que su actuar resulte evidente* o porque *los medios probatorios no se encuentran al alcance del primero*, ya sea porque los testigos son trabajadores que no aceptan rendir testimonios por temor a represalias de la empresa o si se trata de prueba documental puede obrar en poder del empleador¹¹.

Sin embargo, también en este aspecto, la evolución doctrinal y jurisprudencial anterior a la nueva normativa hace su aporte para mitigar la carga probatoria que se pone en cabeza del trabajador. En tal sentido se considera que *el trabajador debe aportar únicamente un indicio razonable de que el acto del empleador lesiona su derecho fundamental y, en su caso, el motivo oculto de aquél*. Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Tal la postura que la Corte Suprema fijó en el caso “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”¹². Al respecto resolvió que quien es sujeto pasivo de un acto de discriminación injusta y resulta despedido sin causa, *si bien mantiene su deber de probar el acto injurioso, el empleador tiene a su cargo demostrar que el despido no entrañó como causa dicha discriminación*, ya que se encuentra en mejor condición para aportar pruebas. No se trata, en este caso, de habilitar una presunción que no existe en nuestro régimen legal ni de invertir la carga probatoria, y la solución se inscribe en el marco del Derecho Procesal

¹¹ Cfr. KHEDAYÁN, Eugenia, *La carga de la prueba de la discriminación laboral: la influencia de la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la jurisprudencia argentina*, en TySS 2010-326.

¹² CSJN, 15-11-2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/Amparo”, elDial.com.

Civil, en el que se pondera la *carga dinámica de la prueba*. El fallo expresa: “Resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo (discriminatorio), con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten 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 éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”. La propia Corte Suprema aclara que la doctrina del tribunal, por ende, “no supone la eximición de prueba a la parte que tilda de discriminatorio a un acto pues, de ser esto controvertido, pesa sobre aquélla la carga de acreditar los hechos de los que verosímilmente se siga la configuración del motivo debatido. Tampoco implica, de producirse esa convicción, una inversión de la carga probatoria ya que, ciertamente, en este supuesto, al demandado le corresponderá probar el hecho que justifique descartar el prima facie acreditado”. El principio general en materia de prueba determina que quien alega un hecho tiene a su cargo el *onus probandi*, lo que determina que tiene la obligación de aportar los elementos probatorios que lo acrediten. La inversión de la carga probatoria, o sea, el fenómeno a través del cual quien alega un hecho está eximido de aportar pruebas y es la contraparte la que debe aportar elementos para desnaturalizar las afirmaciones, sólo se da frente a la existencia de presunciones. En rigor, no estamos frente a un caso de presunción ni de inversión de la carga probatoria, sino ante la denominada “carga de la prueba dinámica”, según la cual *debe aportar las pruebas la parte que se encuentra en mejor posición y condición para aportarlas, frente a la orfandad o insuficiencia probatoria de la contraparte, que, por ejemplo, se valió sólo de indicios*.

No desconocemos que muchos interpretan que la postura de la Corte se volvió restrictiva en materia probatoria de la discriminación en el trabajo, en los casos “Varela”¹³ y “Fontana”¹⁴, para los trabajadores¹⁵,

¹³ CSJN, 4-9-2018, “Varela, José Gilberto c/Disco SA s/Amparo sindical”, *Fallos*: 341:1106.

¹⁴ CSJN, 8-4-2021, “Fontana, Edith Fabiana c/Cibie Argentina SA s/Juicio sumarísimo”, *Fallos*: 344:527.

¹⁵ LOBATO, Julieta, *Las disputas por la igualdad. El giro restrictivo de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en materia de discriminación en el trabajo en*

pero tomamos en cuenta que en “Caminos” (2021) reitera su doctrina tradicional: “Cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de una relación de empleo, dada la notoria dificultad probatoria que existe para la parte que afirma un motivo discriminatorio, resultará suficiente con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, supuesto en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación (*Fallos*: 334:1387, ‘Pellicori’, considerandos 6º y 11; ‘Sisnero’, considerando 5º). Ése era en mi entender el criterio probatorio que correspondía aplicar en el caso, en lugar de imponerle a la trabajadora, sin sustento legal alguno, la carga de acreditar que el trato recibido fue disímil del que la empleadora le habría otorgado a otros empleados en las mismas circunstancias. La imposición de esa prueba resulta absurda, no sólo porque es improbable que la actora pueda acreditar una situación idéntica a la suya, sino además porque si la conducta impugnada expresara una política de la institución dirigida a inmiscuirse por igual en aspectos de la vida íntima de todos los docentes y preceptores de la escuela, nada de ello alteraría su eventual naturaleza discriminatoria”¹⁶.

En resumen, puede señalarse que con relación a la carga de la prueba del despido discriminatorio regulado por el artículo 245 bis, LCT se deberán seguir aplicando las pautas señaladas por la jurisprudencia argentina prevalente, del siguiente modo: *el actor deberá probar hechos que constituyan serios indicios* y que permitan inferir una presunción de discriminación; *el demandado deberá refutarla, demostrando un motivo legítimo, no discriminatorio*; y finalmente, el juez formará su convicción respecto de la existencia (o no) del motivo, al valorar el conjunto de las pruebas aportadas, declarando que hubo discriminación cuando el actor haya cumplido su carga y el demandado haya faltado a la suya¹⁷.

cruce con la libertad sindical, en *Trabajo y Sociedad*, vol. 23, Nº 39, Santiago del Estero, octubre de 2022.

¹⁶ CSJN, 10-6-2021, “Caminos, Graciela Edith c/Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/Despido”, 754/2016, Rubinzal Online, RC J 3200/21.

¹⁷ KHEDAYÁN, ob. cit., p. 224; LIVELLARA, ob. cit., p. 15.

3. *Indemnización agravada. La nueva tarifa del despido discriminatorio*

En el 2º y 3º párrafos del artículo 245 bis, LCT se establece: “...en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t. o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

”Según la gravedad de los hechos, los jueces podrán incrementar esta indemnización hasta el cien por ciento (100%), conforme los parámetros referidos anteriormente”.

De tal modo, se establece una *indemnización agravada especial* equivalente al 50% de la fijada en el artículo 245, LCT o de la indemnización por antigüedad de algún régimen especial aplicable. El único requisito para su procedencia es que *la sentencia judicial haya corroborado el origen discriminatorio del despido*. Al tomar la norma como parámetro para el cálculo *sólo al 50% de la indemnización por antigüedad* del mencionado artículo, es obvio que no se debe incluir los importes correspondientes al preaviso omitido (art. 232, LCT), ni la integración del mes de despido (art. 233, LCT). Dicho monto puede ser incrementado *facultativamente* por el tribunal interviniente hasta el 100% según “la gravedad de los hechos”. La fórmula empleada es lo suficientemente amplia para permitir considerar aspectos personales, familiares y sociales sobre la repercusión del despido discriminatorio que afectó al trabajador.

Como antecedente de esta *indemnización agravada* debe recordarse que la regulación del despido discriminatorio de la ley 25.013 preveía un *incremento indemnizatorio del 30%*.

A su vez, a nivel jurisprudencial, como lo recuerda el voto de la minoría en el fallo “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”¹⁸, en las reparaciones fijadas por este tipo de despidos se han seguido los parámetros previstos en la LCT para otros

¹⁸ CSJN, 7-12-2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA s/Acción de amparo”, R. D. L. y S. S. 2011-2.

supuestos de despidos discriminatorios (por maternidad o matrimonio, arts. 177/178 y 182 respectivamente), que fija la *indemnización especial en un (1) año de remuneraciones*.

4. *No es acumulable con otro régimen que establezca agravamientos indemnizatorios*

El artículo 245 bis, LCT establece expresamente que la indemnización prevista en esta norma “...no será acumulable con ningún otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios”.

Ello nos lleva a plantearnos el interrogante de qué pasa si la indemnización tarifada resulta *manifiestamente insuficiente* frente al daño causado con el acto discriminatorio. En tal supuesto, podría el trabajador acudir al *reclamo civil* por daños y perjuicios, y a su vez podría *acumularlo* al cobro tarifado, o debemos interpretar que al no admitir la acumulación de la indemnización tarifada con la de cualquier otro régimen que establezca agravamientos indemnizatorios, está estableciendo también una *opción con renuncia* entre el cobro de la indemnización tarifada y el reclamo civil.

Con relación a la *posibilidad de acudir al reclamo civil de daños y perjuicios por los daños causados por el acto discriminatorio*, la ley 23.592 (B. O. del 5-9-88), en su artículo 1º, habilita al afectado por un acto discriminatorio a reclamar por la *reparación del “...daño moral y material ocasionados”*.

Además, estimamos que los mismos argumentos que en su momento dio la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró la inconstitucional del artículo 39, apartado 1º, de la ley 24.557, en autos “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA s/Accidente ley 9688” (21-9-2004)¹⁹, nos sirven para habilitar la posibilidad del

¹⁹ Ver este fallo en L. L. Supl. Esp. del 27-9-2004, con los siguientes comentarios: PIZARRO, Ramón Daniel, *La Corte consolida la jerarquía constitucional del derecho a la reparación (primeras reflexiones en torno a un fallo trascendente y a sus posibles proyecciones futuras)*, p. 5; VÁZQUEZ FERREYRA, Antonio, *Algunas ideas sobre el fallo “Aquino”*, p. 11; CAPÓN FILAS, Rodolfo, *Ciudadanos en la ciudad, ciudadanos en la empresa*, p. 17; LÓPEZ MESA, Marcelo, *Una declaración de inconstitucionalidad largamente esperada*, p. 21; CASTILLO, Carlos V., *Un acertado paso formal que abre un futuro incierto... ¿regirá efectivamente el Código Civil en los*

reclamo por la vía del Código Civil y Comercial. De las diversas argumentaciones que formulan los ministros de la Corte hay una que resulta sustancial al momento de dirimir la inconstitucionalidad planteada y es la de considerar que *el principio del “alterum non lædere” (art. 19, CN)*, de acuerdo a los propios precedentes de la Corte, *se encuentra “entrañablemente vinculado a la idea de reparación”* (consid. 3º de los Dres. Petracchi y Zaffaroni; consid. 6º de los Dres. Belluscio y Maqueda, y consid. 6º de la Dra. Highton de Nolasco). Dicho principio ha sido reglamentado por el régimen de responsabilidades que establece el Código Civil, que “no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica (*Fallos: 308:1118*)” (consid. 6º de la Dra. Highton de Nolasco), “vinculan el derecho a reclamar judicialmente para obtener la reparación integral de los daños” (consid. 8º de la Dra. Highton de Nolasco). De acuerdo con la debida armonía que debe existir entre “el precepto constitucional que prohíbe causar daño a terceros” y la condigna reparación (máxime con respecto a los trabajadores que gozan de una protección especial), ésta debe hacerse conforme a las normas del Código Civil. Al efecto –señala la Corte– cabe conferirle al *alterum* “toda la amplitud que éste admite y evitar la fijación de limitaciones que impliquen alterar los derechos reconocidos por la Constitución Nacional” (consid. 10 del voto de la Dra. Highton de Nolasco).

También se señala que en “Provincia de Santa Fe c/Nicchi” la Corte juzgó que resultaba inconstitucional una indemnización que no fuera “justa”, puesto que “indemnizar es eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento”, lo cual no se logra “si el daño o el perjuicio subsisten en cualquier medida”, y relaciona estos aspectos con la normativa específica del artículo 14 bis de la CN, en cuanto asegura condiciones “equitativas” de labor.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial, en el artículo 1716, dispone que “La violación del deber de no dañar a otro [...] da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

reclamos por accidentes de trabajo?, p. 29; SCHICK, Horacio, *La Corte declaró inconstitucional una norma discriminatoria contra los trabajadores*, p. 33.

De todo lo expuesto surge que *el trabajador que ha sido afectado por un despido discriminatorio tiene dos vías para su reclamo: a) la reparación tarifada del artículo 245 bis, LCT, y b) la reparación integral por las normas del Código Civil y Comercial (ley 23.592; art. 1716, CCyC).*

El interrogante que se plantea es si el artículo 245 bis, LCT, al determinar que la indemnización especial que establece no es “acumulable”, está estableciendo una especie de *opción con renuncia* también en el tema de la reparación del despido discriminatorio, como la establecida en el artículo 4° de la ley 26.773, por la cual el trabajador que perciba del obligado por la ley 24.557 la indemnización tarifada, renuncia a la posibilidad de formular el reclamo por la vía civil, para completar la reparación integral.

Al respecto, nos parece de importancia recordar la opinión de Jorge Rodríguez Mancini sobre la opción del artículo 4° de la ley 26.773, quien en su momento señaló que la cuestión fue discutida y resuelta por la Corte Suprema de Justicia a partir de “Aquino” y en los fallos “Llosco” y “Cachambí”, ambos del 12 de junio de 2007. Recuerda que en estos fallos se fijó la libertad de elección por parte del trabajador de la vía de su reclamo, manteniéndose la posibilidad de elegir alguno de ellos o de mantener la de los dos. Así, el sometimiento a un régimen jurídico no implica la renuncia a otros mecanismos de reparación si estiman la víctima o sus derechohabientes que no se ha obtenido con el primero la reparación integral del daño. Considera que lo que obtuvo de uno de los sistemas no le impide reclamar por el otro si ha quedado insatisfecha la obligación, agregando que es *la condición de insuficiencia* para que sea admitida la acumulación de acciones. Concluye que no es admisible, según la doctrina del tribunal federal supremo, que se obligue a la víctima o sus derechohabientes a dejar de percibir lo menos para poder demandar lo más. La opción excluyente no se puede imponer válidamente en términos constitucionales²⁰.

Incluso la Suprema Corte de Buenos Aires, en el fallo “Vera, Isabel c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Enf. Acc.” (1-3-2021), de-

²⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *La nueva Ley de Riesgos del Trabajo*, en L. Supl. Esp. *Nueva Ley de Riesgos del Trabajo* 2012 (noviembre), p. 5.

claró la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 26.337 por considerar que afecta el derecho del trabajador a la reparación integral y los principios de progresividad, propiedad, igualdad y no discriminación.

También debe señalarse que la Corte Suprema en “Vizzoti”, luego de considerar que no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, deja a salvo 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”. Y luego aclara: “En efecto, no podría considerarse que la ley lograra su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender...” Con ello la Corte deriva a la pauta de razonabilidad (art. 28, CN) para juzgar la reparación tarifada: “el resarcimiento del empleado debe ser equitativo, y ello importa afirmar que la reglamentación legal del derecho a la llamada estabilidad impropia, constitucionalmente reconocido, debe ser razonable, lo que a su vez quiere decir adecuada a los fines que contempla y no descalificable por razón de iniquidad” (CSJN, “Vizzoti”, consid. 7°, *Fallos*: 327:3677). Por la configuración especial del caso “Vizzoti”, la “adecuación a los fines” que plantea la Corte Suprema es aplicable al caso de *la pérdida del empleo* (ruptura del derecho a la estabilidad). Pero la establecida pauta de razonabilidad también es trasladable al supuesto en el cual el “fin” sea reparar un daño que sobrepase la tarifa legal en un caso de *despido discriminatorio*.

Consecuentemente con lo expuesto, surge que del reconocimiento actual que el ordenamiento constitucional argentino hace de los derechos fundamentales de los trabajadores surgen limitaciones y directivas que el legislador ordinario no puede desconocer. Por ello estimamos que un trabajador que ha aceptado el pago de la indemnización tarifada (art. 245 bis, LCT), en la medida que ésta no resulte satisfactoria frente a las posibilidades de una reparación integral, podrá plantear la inconstitucionalidad de la norma y acudir a la acción civil para completar su reparación, invocando la mencionada jurisprudencia de la Corte, que admite expresamente el derecho de todo trabajador de acudir

a la reparación integral por las normas del Código Civil, como así que el cobro por el sistema tarifado no puede vedarle el acceso a una reparación integral²¹.

5. *Produce la extinción del vínculo a todos sus efectos*

Al establecer, el último párrafo del artículo 245 bis, LCT, que “El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”, veda la posibilidad al trabajador de plantear la nulidad del despido con derecho a su *reinstalación* en el empleo.

En una primera visión del tema se puede objetar que la solución legal pareciera que se aparta de los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la *plena reparación (restitutio in integrum)* de los daños irrogados. Al respecto se señala que el objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos debería ser la rectificación o restitución en lugar de la compensación, ya que esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado.

Incluso autores como Ricardo Cornaglia y Juan Ignacio Orsini señalan que “No se necesita una especial lucidez para advertir que –al convalidar la eficacia extintiva del despido discriminatorio a cambio de una magra indemnización tarifada– el DNU 70/2023 asegura la impunidad de los empleadores discriminadores y legitima la violación de los derechos humanos de los trabajadores, consagrando así una verdadera licencia patronal para discriminar y violar derechos fundamentales, habida cuenta que, de convalidarse esta infame normativa, le bastará al empleador que pretende discriminar con hacer un mero cálculo económico, quedando habilitado a quitar del medio a cualquier operario al que considere indeseable por sus características o elecciones personales”. Y luego agregan que “Es indudable que una norma semejante no puede considerarse jurídicamente válida en un sistema constitucional asentado sobre el paradigma de los de-

²¹ LIVELLARA, ob. cit., p. 15.

rechos humanos (art. 75, inc. 22, CN), por lo que su inconstitucionalidad es absoluta y manifiesta”²².

Sin embargo, en la evolución del Derecho Laboral argentino se encuentran precedentes de situaciones similares de reformas legislativas que implicaron *la pérdida del derecho a la reinstalación del trabajador* y que fueron declaradas constitucionales con el argumento de que *no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad*. Al respecto debe recordarse que el Estatuto de Empleados de Bancos Particulares, ley 12.637, luego de dictado el decreto reglamentario 20.268/46, estableció la *estabilidad absoluta o propia*, de modo que los empleados amparados tenían derecho a ser mantenidos por el empleador dentro de la carrera –siempre que no mediara alguna de las causas que justificaran su cesantía– hasta que estuvieren en condiciones de acogerse a la jubilación ordinaria²³. En

²² Conf. CORNAGLIA y ORSINI, ob. cit., p. 37.

²³ El derecho a la estabilidad lo adquirían al cumplir 3 meses de su ingreso. Así, *el empleador que dispusiera la cesantía injustificada del empleado con más de 6 meses de antigüedad y no cumplía la sentencia que lo condenaba a su reintegro, debía abonarle las remuneraciones que le pertenecieran hasta que el mismo alcanzara el derecho a la jubilación*. Si el empleado no había cumplido el término de 6 meses, sólo le correspondía una indemnización igual a un mes de sueldo (art. 6° del decreto 20.268/46). Tal régimen de estabilidad propia se aplicó sin mayores alternativas, hasta que en 1969 la Corte Suprema declaró su inconstitucionalidad en la causa “De Luca, José c/Banco Francés del Río de la Plata” (25-2-69). En tal pronunciamiento la Corte federal consideró que por el despido incausado de un empleado bancario o de seguros debía reconocerse el derecho a reclamar *una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido*, pero no podía admitirse la legitimidad de la carga de seguir pagando remuneraciones que carecen de toda justificación, ya que ello era exorbitante y lesivo de la garantía de la propiedad. El máximo tribunal nacional declaró que “es inconstitucional el artículo 6° del decreto 20.268/46 en cuanto dispone que el despido injustificado de un empleado bancario puede acarrear, para el empleador que no se aviene a reincorporarlo, la obligación de pagarle, de por vida, todos los sueldos que hubieran podido corresponderle hasta el momento en que alcance el derecho a la jubilación. Dicho sistema adolece de injusticia intrínseca, excede lo que instituye el legítimo derecho a la indemnización por despido arbitrario y afecta las bases sobre las que se apoya la libertad de contratar”. Ver fallo “De Luca”, L. L. 134-636; J. A. 1-565; D. L. 1969-72; D. T. 1969-159, con comentario de LANFRANCHI, César, *Inconstitucionalidad de la estabilidad bancaria de la ley 12.637*; L. T. XVII-1969-431, con comentario de CARCAVALLO, Hugo R., *La estabilidad de los trabajadores bancarios (notas al caso “De Luca”)*, p. 399. Ver LIVELLARA, Carlos A., *Régimen laboral bancario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 86.

febrero de 1970 se dictó la ley 18.598, que sustituyó el artículo 3° de la ley 12.637 y modificó sustancialmente el régimen anterior de estabilidad, instituyendo un sistema intermedio o mixto de estabilidad. Se determinó que el contrato de trabajo bancario (o de seguros, en su caso) no podía ser rescindido por decisión de la empleadora sin que mediara una justa causa, dentro de las que la propia norma enumeraba y que el empleador no podía invocar, si previamente no hubiera sido acreditada en el *sumario* interno que debía sustanciarse respetando “la garantía del debido proceso”. Luego, si la empresa que fuera condenada en el juicio a reincorporar al empleado no le posibilitara que reasumiera sus tareas, el empleador, además de los salarios caídos durante el proceso, tenía derecho a percibir las siguientes indemnizaciones: 1) cuando la antigüedad en el empleo fuera inferior a 5 años, el importe equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios o fracción superior a tres meses; 2) cuando la antigüedad del empleo fuera mayor de 5 años e inferior a 25 años el importe equivalente a un mes y medio por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses, y 3) cuando la antigüedad en el empleo fuera de 25 años o más, el importe equivalente a dos meses de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses. Luego en el año 1981 se sanciona la ley 22.425, que derogó el Estatuto bancario, e incorporó al personal incluido en dicho Estatuto al régimen de la LCT, o sea, al ordenamiento laboral común o general, a partir del 16 de marzo de 1981, fecha en la que entró a regir la nueva regulación. Con la ley 22.425, al regir la LCT, se aplica el artículo 245, LCT, que permite despedir sin causa, lo que planteó la controversia sobre si la derogación del sistema de estabilidad anterior era inconstitucional, y la jurisprudencia en forma unánime se pronunció por la constitucionalidad de la ley 22.425, pudiendo resumirse la doctrina judicial fijada por la Corte federal en lo siguiente: la ley 22.425, en cuanto modificó la estabilidad de los empleados de las entidades bancarias privadas haciéndole aplicable el régimen de la LCT, no es inconstitucional ya que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de la leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, ni cabe recurrir a la garantía del artículo 16 de la CN con miras a extender beneficios no generales²⁴.

²⁴ CSJN, 4-12-84, “Dellutri Carlos Salvador c/Banco de la Provincia de Santa

Frente a ello, estimamos que, atento a que los trabajadores de la actividad privada no tienen la estabilidad del empleado público, y que la CN les garantiza sólo “protección contra el despido arbitrario” (art. 14 bis, CN) y a partir de la jurisprudencia de la Corte citada que establece que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, nos inclinamos por la constitucionalidad del artículo 245 bis, LCT, en cuanto dispone: “El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos”²⁵.

En definitiva, el artículo 245 bis, LCT, respecto al despido discriminatorio –directo o indirecto–, expresamente establece que *se extingue el contrato*, con lo que queda desechada la posibilidad de declarar su nulidad y ordenar la reincorporación del trabajador por aplicación del artículo 1º de la ley 23.592. La solución legal se inspira en el voto de la minoría de la Corte Suprema en la causa “Álvarez c/Cencosud SA”. Al respecto, como señala Machado, en un agudo comentario sobre el voto de la minoría aludido, la experiencia nos indica que las demandas por reinstalación efectiva basadas en este fallo no fueron lo normal o lo corriente, porque muchas veces *el propio trabajador afectado no tiene interés alguno en la reposición a un relación humanamente desgatada*, y la adecuada explicación de los resarcimientos que tiene disponible como alternativa puede ser un incentivo en esa dirección²⁶. Por todo ello, concluye que “sin des-

Cruz”, D. T. N° 2311; 26-8-86, “Nevelli, Jorge c/Banco Popular Argentino SA”, E. D. 122-460, con nota de BIDART CAMPOS, Germán, *Variaciones legales en el régimen de estabilidad del personal bancario*. Ver LIVELLARA, *Régimen laboral bancario* cit., p. 86.

²⁵ LIVELLARA, *Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio* cit., p. 15.

²⁶ MACHADO, José Daniel, *Anotaciones a propósito del criterio de la minoría en el fallo “Álvarez c/Cencosud”*, p. 2, ponencia presentada ante las Jornadas del Centro de la República, en la ciudad de Córdoba, septiembre de 2011, quien señala que ninguno de los regímenes de estabilidad absoluta o propia en Derecho Comparado o nacional (incluido el de la ley 23.551) prescinden de la voluntad del trabajador (o del agente público) para decidir seguir o no vinculado. También recuerda que la legislación comparada, cuando ha regulado el instituto de la estabilidad propia, la descartó a propósito de los “empleados de confianza” (Brasil), o de las empresas de pocos trabajadores (Venezuela), cuando no supedita la reincorporación a una base

cartar la procedencia técnico-jurídica de la readmisión forzosa, la práctica seguramente nos deparará una monetización del resarcimiento de perfiles quizás poco épicos, pero eficientes a la hora de inducir las conductas adecuadas y desincentivar, apelando a la ‘víscera más sensible’ de tanto la discriminación como toda forma de abuso de poder en la empresa”²⁷.

consensual, ya que el empleador puede resistir el cumplimiento de la condena a mera moción de optar por indemnizar (España) o “demostrando su inconveniencia” (Paraguay).

²⁷ MACHADO, ob. cit., p. 2.

FONDO DE CESE LABORAL Y DERECHOS HUMANOS

por LORENZO P. GNECCO

SUMARIO: I. Un instituto conocido. II. Acerca de la posible compatibilización del instituto del fondo de cese. III. Sobre la naturaleza y finalidad de las normas. IV. Una cuestión en torno a las fuentes normativas. V. Una necesaria y más amplia lectura: los derechos humanos laborales.

En un no muy prolijo esquema de sucesión normativa hubo de establecerse en la legislación laboral de nuestro país, por vía de la reciente reforma operada por la ley 27.742, un facultamiento a favor de la autonomía negocial colectiva para *sustituir* la indemnización por despido incausado prevista por el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) por *un fondo o sistema de cese laboral* sujeto a los parámetros de reglamentación que prescriba el PEN¹. Adicionalmente, se consagró también la facultad de los empleadores de optar por contratar un *sistema privado*, que no se define, a efectos de solventar dicha indemnización², como igualmente la posibilidad, para todos los casos, de que las empresas puedan *autoasegurarse* en un sistema a definir. Por razones de espacio habremos de focalizar nuestro estudio sobre el primero de los mecanismos referidos y formular sólo algunas primarias reflexiones que nos suscita a su respecto.

I. Un instituto conocido

El establecimiento de un fondo de cese laboral, o incluso de un seguro privado para la cobertura de la reparación por extinción del

¹ Específicamente por el art. 96 de la nueva ley.

² Y también la suma que se pactare en casos de desvinculación por mutuo acuerdo en el marco del art. 241, LCT.

empleo, no resulta un fenómeno novedoso en la legislación comparada ni tampoco en nuestro país. En Colombia se ha seguido también el modelo de un fondo de cesantía según la ley 50/90 que modificara el Código Sustantivo del Trabajo; en Austria, en el año 2003, se instituyó, por virtud de un acuerdo de los agentes sociales, un régimen de fondo por extinción del contrato laboral que reemplazó el sistema indemnizatorio que regía desde 1921 y fuera extendido a todos los trabajadores en 1979. En España se sancionó una norma de creación de un fondo de cesación del empleo, según el Real Decreto Legislativo 10/2010, luego ratificado por la Ley 35/2010, y sometido el referido mecanismo a estudio de un grupo de expertos, en base a un acuerdo del gobierno con los representantes de empleadores y de los sindicatos más representativos; con posterioridad a las observaciones y análisis efectuados por los mismos, no hubo de ser finalmente sancionado. En la legislación de Chile, la ley 19.728 de 2002 estableció el seguro obligatorio de cesantía, el cual fue modificado ulteriormente por la ley 20.328 de enero de 2009. Por su parte, en nuestro país, también se han registrado, y de antaño, normas y propuestas legislativas en la materia. Por caso, en 1921 la ley 11.110 sobre empresas privadas prestadoras de servicios públicos establecía a cargo de una caja cuyos fondos pertenecían a sus beneficiarios el pago de la indemnización por despido. En 1934, la ley 11.729, que modificara el viejo Código de Comercio, estableció la posibilidad de que los empleadores sustituyeran las obligaciones impuestas para el caso de extinción del contrato laboral a través de la contratación de un seguro a favor de los trabajadores (art. 160). Más acá en el tiempo, en 1967, en el ámbito de la industria de la construcción, la ley 17.258 creó el fondo de desempleo para los casos de extinción del contrato en dicho marco, normativa que luego fue sustituida en 1980 por la ley 22.250 y modificada ésta a su vez por la ley 25.371, donde se instituyó también un fondo de cese de empleo para los trabajadores de la actividad. A su vez, en el espectro de las pequeñas y medianas empresas, la ley 24.467 de 1995 instituyó la posibilidad de establecer a través de la negociación colectiva una modificación del régimen de extinción del contrato de trabajo (art. 92) mediante cuentas de capitalización individual³. Distin-

³ Lo que fue dejado sin efecto por la ley 25.877 de 2004.

tos proyectos legislativos de las últimas décadas registraron también propuestas en ese mismo camino⁴.

Si bien serían plurales las perspectivas desde las cuales podría analizarse la reforma en el tema, y múltiples las consideraciones que ameritarían, por razones de brevedad procuraremos circunscribirnos en este trabajo sólo a unas breves aproximaciones introductorias sobre determinados aspectos de la misma.

II. Acerca de la posible compatibilización del instituto del fondo de cese

Sin perjuicio de haber quedado diferido a la reglamentación del PEN, el mecanismo en cuestión parecería aproximar el mismo a lo que fuera establecido en el tema en el marco de los regímenes laborales especiales respecto a los trabajadores de la industria de la construcción⁵. En una primera aproximación, el establecimiento de un sistema como el expuesto parecería presentar ciertos beneficios al trabajador desvinculado, tal como acordarle una mayor garantía o seguridad para el cobro de la prestación que se defina, así como una mayor prontitud para su percepción⁶. No obstante, varias diferencias sustanciales resultarían dables de advertir entre el instituto establecido para el régimen especial y el que se procuraría instituir respecto de la legislación general del trabajo, tanto en cuanto al fundamento y finalidad de uno y otro, el marco laboral y las características de las relaciones respecto a las cuales se instrumentaría, así como la naturaleza de los mismos. Y, de hecho, la propia normativa especial define expresamente su exclusión por incompatibilidad respecto del régimen laboral general⁷.

⁴ Tal como el Proyecto enviado al Congreso por el PEN en octubre de 1996, relativo a la cuenta de capitalización por antigüedad; asimismo, el Proyecto de 1996 de los diputados Cavallo, Francos y Albrisi sobre cuenta de capitalización por cese; también el Proyecto de 2017 del PEN en igual materia que fuera remitido al Congreso nacional y no tuviera tratamiento.

⁵ Por otra parte, por así haber sido señalado en los considerandos de la primera de las normas de sucesión normativa en la materia, que fue el DNU 70/2023.

⁶ Según cómo fuera la definición que se efectúe al efecto por el PEN con arreglo a la ley 27.742, si se tomaran algunas pautas, como las vigentes en el sistema de la actividad de la construcción.

⁷ Arts. 15 y 35, ley 22.250.

III. Sobre la naturaleza y finalidad de las normas

Otro aspecto que parecería concitar la atención es el atinente a la finalidad de la normativa general al establecer la indemnización por el despido injusto, y cuya procedencia se faculta sustituir por la autonomía negociada colectiva hacia un fondo o sistema de cese, o también la posibilidad de contratación de un seguro.

Según es sabido, las normas no constituyen meros enunciados que se limitan a expresar lo que es obligatorio, lo prohibido o lo permitido, el lenguaje prescriptivo en cuanto indicativas de acciones a realizar por los destinatarios⁸, ya que las mismas se hallan también impregnadas de un contenido social, político, cultural, económico y asimismo de valores morales y de conducta, *lo querido*. Las mismas nacen del espectro social, pero a su vez lo moldean y condicionan, ya que el Derecho positivo configura un ordenamiento deliberadamente establecido para la instauración de un determinado orden en una realidad determinada y con un fin también establecido. Guardan un sentido o finalidad sobre el obrar humano en el mundo jurídico, puesto que sobre los motivos y fines de ese obrar es también donde el Derecho procura igualmente actuar cuando establece un orden objetivo de convivencia para, en numerosas ocasiones, limitar, prohibir o encauzar las acciones con arreglo a un fin moralizador. Dimensión ésta que supone el problema de cómo debe ser dirigida la libertad humana de manera tal que los fines particulares de los individuos se conformen a un fin superior que sería, en definitiva, la plenitud del bien común⁹.

En dicho marco, la indemnización por despido injusto se hallaría imbuida de una *doble finalidad* pues no se circunscribiría a la dimensión contractualista, sino que iría más allá, desde que, además de la función reparadora del daño, se encontraría también inserta en la misma una función adicional e igualmente significativa, que es de orden político y moral¹⁰,

⁸ NINO, Carlos S., *Razones y prescripciones*, en *Análisis filosófico*, I (1), ps. 37/48.

⁹ CASARES, Tomás D., *La justicia y el Derecho*, 3ª ed. act., Buenos Aires, ps. 227 y ss.

¹⁰ DEVEALI, Mario L., *Naturaleza de la indemnización por despido*, en D. T. 1941-304 y ss. Véase igualmente: *La reparación integral en el caso de despido*, en TySS III-158 y ss.

pues contiene una finalidad *disuasoria* y *ejemplarizadora* a la vez bajo la forma de una prevención, desde que la misma se propone tornar más difíciles hacia futuro los despidos por mera voluntad o capricho que son estimados reprochables bajo un aspecto moral por el ordenamiento. En otros términos, y como señalaba Unsain, establecer un *freno económico* al despido injusto¹¹, con la finalidad de *persuadir* al empleador de que se abstenga de recurrir a la conclusión del contrato en dicha manera habida cuenta de los perjuicios que produce, y estimular la continuidad o estabilidad del contrato.

Y, desde dicho punto de vista, parecería resultar conceptualmente disvalioso que, en lo que atiene a la indemnización por despido injusto, se establezca la posibilidad de sustituir la obligación del responsable a través de su traslación hacia un tercero, sea un fondo por cesación del empleo, sea por la contratación de un seguro para tal fin, pues a nuestro entender ello importaría, en el citado marco de análisis, soslayar una de las funciones igualmente significativas que, además de la reparación del daño, también inviste la misma, que es la de actuar como un reproche moral y elemento de disuasión frente al hecho injusto. Ello así por cuanto la posibilidad de su sustitución o traslación podría anular u opacar cualquier finalidad moralizadora o moderadora contenida en la obligación resarcitoria, para asumir, en cambio, un carácter premial que parecería contrariar los principios generales del Derecho y los que se atienen, en su caso, al aseguramiento de riesgos. La objeción no radicaría, pues, en una cuestión cuantitativa, fincada en el *quantum* de la reparación, la traducción económica del despido, sino en una cuestión *conceptual* y *ética*, configurada en el caso, por el fin *además* moralizador propugnado por la ley al instituirse la citada remediación y que en modo alguno revestiría condición secundaria, desde que, según fuera visto, también sobre los motivos y fines del obrar humano es donde el Derecho pretende operar cuando establece un orden objetivo de convivencia para, en no pocas ocasiones, limitar, prohibir o enderezar las acciones con arreglo a un fin moralizador. Dicha cuestión no quedaría satisfecha o salvada por el otorgamiento

¹¹ UNSAIN, Alejandro M., *Empleados de comercio. Exposición y comentario a la ley 11.729*, Buenos Aires, 1935, p. 157.

de la compensación económica establecida en la ley con motivo del distracto pues desatendería fines y objetivos más elevados que no pasan por la sola prestación económica.

IV. Una cuestión en torno a las fuentes normativas

Independientemente de las cuestiones que han sido hasta aquí apuntadas, creemos que adicionales vacilaciones se vislumbrarían también presentes en el análisis sobre el tema y que radicarían, ahora, en la relación entre las fuentes de regulación. Estimamos en ese sentido que parecerían exhibirse dudas en cuanto a la posible adecuación constitucional del mecanismo establecido por el legislador en la reforma en la especie, en cuanto vehículo de una “deslegalización” amplia en favor del convenio colectivo para la reglamentación de la garantía instituida por la normativa fundamental, cual es la manda allí prescripta *dirigida a la ley* de brindar protección contra el despido arbitrario¹².

Según es sabido, la Constitución configuraría una norma de competencia última, norma autorizante y fundamento de validez de las normas y límite a la propia ley para establecer delegaciones a favor de la negociación colectiva en cuanto ejercitación de la autonomía normativa privada colectiva. En el tema que nos convoca, sencillo resultaría advertir que el texto constitucional establece la manda en cuestión *únicamente en cabeza de la ley*, y ninguna autorización hubo allí de adicionarse al legislador para “deslegalizar” la regulación de esa específica directiva a favor, a su vez, de una fuente normativa distinta y privada, circunstancia que desde el vamos parecería, a nuestro entender, cerrar el paso a un desprendimiento por parte de la ley de la obligación que le resulta del mandato o directiva constitucional para trasladar esa ejercitación a favor de un tercero, una fuente autónoma privada. Decimos ello por cuanto la manda fundamental en el tema y puesta en cabeza del legislador configuraría una norma de *carácter imperativo absoluto*, o de derecho necesario absoluto al decir de Sala Franco¹³, y que atribuiría una obligación a la ley y no una

¹² Artículo 14 bis, CN.

¹³ SALA FRANCO, Tomás y BLASCO PELLICER, Ángel, en SALA FRANCO,

facultad a su favor, por lo que resultaría inmodificable por la norma legal destinataria, que no podría desprenderse ni trasladar la atribución de la competencia normativa asignada en su cabeza hacia una fuente distinta habida cuenta de provenir de una norma de orden público inderogable e *inalterable*. Y ello es así por cuanto responde al llamado *acto constitucional*, que provee de sentido jurídico al Estado, lo organiza y distribuye sus competencias supremas. Todo el obrar del Estado encontraría su fundamento primario y su límite en la Constitución Nacional, y es de esa manera que el Derecho establece una distribución funcional de competencias destinada a determinar quiénes crean los distintos niveles jurídicos¹⁴. Sin embargo, ello no parecería haber sido observado en el tema que se analiza puesto que la ley destinataria estaría disponiendo un desplazamiento o desprendimiento hacia un tercero de una obligación asignada en su cabeza por la norma superior sin que mediare reconocimiento ni autorización expresa ni concurrir poderes implícitos para tal fin¹⁵, habida cuenta que la atribución establecida en la manda constitucional a favor de la ley aparecería dispuesta con base a su idoneidad específica (art. 75, inc. 12, CN).

Pero nótese que aun si pudiere estarse a la hipótesis de una posible *facultación implícita* de la ley para una “deslegalización” en la materia, lo cierto es que la Constitución operaría allí también como aspecto condicionante de la función normativa que se propondría delegar a la negociación colectiva, ya que no podría significar una habilitación *abierta* a favor de esta última, en la acepción de que permitiría una regulación *en cualquier sentido*, ello es, tanto de mayor favorabilidad como *in peius*, y sin límite alguno, sino que en todo caso sólo podría ser restringida o *delimitada*. Ello así habida cuenta que la normativa

Tomás (dir.), *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 2001, p. 15.

¹⁴ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho Constitucional*, 3ª ed. act., Buenos Aires, p. 405; BAEZA, Carlos, *Exégesis de la Constitución argentina*, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 396.

¹⁵ LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, t. 9, p. 513; GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan, *Derecho Constitucional*, 3ª ed., Buenos Aires, t. 3, ps. 228 y ss.

fundamental no configuraría una norma *absolutamente dispositiva* que habilitara consiguientemente la negociación de manera libre o incondicionada, una libertad convencional amplia o irrestricta, sino que aun en dicha hipótesis la misma –la norma constitucional– operaría como norma de *imperatividad, aun relativa*, ello es, de derecho necesario relativo, y configurativa por tanto de *mínimos de derecho necesarios*, de modo tal que sólo habilitaría la negociación colectiva *en un solo sentido*, que sería el de *mayor beneficio* para el trabajador. La propia manda constitucional dirigida al legislador así lo determinaría, además de los principios prescriptos por las normas internacionales de derechos humanos laborales que con similar jerarquía fueron incorporadas al ordenamiento, los que, en cuanto tales, traducen la recepción de los citados derechos y fijan un contenido esencial, estableciendo un piso mínimo común indisponible de derechos¹⁶. Y lo cierto es que, aun de estarse a la citada hipótesis de una posible habilidad delegativa, en el cuadro de situación que fuera anteriormente señalado parecerían concurrir, no obstante, fundadas dudas de que el mecanismo incorporado por la reforma en la especie pudiera ameritar una consideración como de *mayor favorabilidad*.

V. Una necesaria y más amplia lectura: los derechos humanos laborales

Sin perjuicio de lo visto hasta aquí, un aspecto que, según estimamos, resultaría también de ineludible consideración en la especie es que, según fuera señalado, la modificación normativa que nos ocupa, en cuanto supondría partir por admitir la posibilidad de extinguir de forma injusta el contrato laboral, ha venido a instalarse sobre un campo que atiende a circunstancias estimadas particularmente valiosas por el ordenamiento en razón de vincularse al espectro de los *derechos humanos laborales*, ámbito que configuraría el espacio de intersección entre el Derecho Internacional del Trabajo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y respecto del cual, según recuerda Canessa Montejo, hubo de operarse un proceso de

¹⁶ CANESSA MONTEJO, Miguel F., *Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional*, Universidad Carlos III, Madrid, octubre de 2006, p. 112.

“redefinición”¹⁷ o “revaloración”, debido a que el contenido tradicional del *derecho al trabajo* hubo de ser modificado por el impacto de la aplicación de los derechos en cuestión, desde que con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de 1966 se produjo un cambio cualitativo: un grupo de derechos laborales pasó a quedar comprendido dentro del selecto listado de los derechos humanos y a ocupar una centralidad fundamental en el Derecho Internacional, en el sentido de asegurar el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo.

Ello se explicaría porque desde el principio los derechos laborales formaron parte en la conformación de los derechos humanos en el Derecho Internacional. La Constitución de la OIT de 1919, la redacción de las primeras normas internacionales del trabajo –convenios y recomendaciones–, el establecimiento de los procedimientos de control de la OIT y la Declaración de Filadelfia (1944), que modificara los Principios Generales de la Constitución de dicho organismo, tuvieron una significativa influencia en la redacción de la Declaración Universal¹⁸. Dichos derechos reconocen universalmente como titular a la persona humana y su fundamento residiría en última instancia en el valor intrínseco que poseen las personas, que es su *dignidad*. Dentro de dicho variado grupo de derechos laborales se comprenden, entre otros, la libertad de trabajo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación, la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, la prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo –jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, el descanso remunerado en feriado y las vacaciones

¹⁷ CANESSA MONTEJO, Miguel, *La redefinición del Derecho del Trabajo desde los derechos humanos*, en ARESE, César (dir.), *Desafíos actuales en derechos humanos laborales*, Córdoba, 2022, p. 25.

¹⁸ CANESSA MONTEJO, Miguel, *Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional*, en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 23 (I), primer semestre de 2012, p. 116.

periódicas pagadas–, el derecho a una remuneración mínima, el derecho a la promoción en el empleo, el derecho a la formación profesional, etcétera. Y entre los mismos se localizan también el *derecho al trabajo* y la *protección contra el despido*, que conciernen a la cuestión que se analiza y se vislumbran recogidos en una pluralidad de instrumentos internacionales¹⁹.

Según es sabido, los derechos humanos laborales imponen obligaciones internacionales sobre los Estados, y, a su vez, se encuentran sujetos a procedimientos de control internacional. Aquéllas les imponen respetar los derechos y las libertades recogidos en los instrumentos internacionales, proteger dichos derechos y libertades, así como adoptar medidas positivas para hacer efectivos los mismos, con el realce que nuestra norma constitucional instituye a su vez en el artículo 75, inciso 23. Según prescribe, a su vez, y también nuestra Ley Fundamental, los referidos instrumentos internacionales rigen en el ámbito interno de nuestro país *en las condiciones de su vigencia*²⁰, pauta que, además de suponer la observancia de lo estatuido por los artículos 27, 29, 30, 31 y concordantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, importaría, conforme fuera interpretado por la CSJN en distintos precedentes²¹, que las cláusulas de dichos instrumentos deberían ser aplicadas tal como han sido interpretadas por los tribunales internacionales y los órganos encargados del control de su efectividad. Ello significaría, en síntesis, que los jueces nacionales cuentan con reglas de interpretación derivadas de los propios tratados y de las opiniones emitidas por los órganos respectivos de control, además de las reglas del Derecho interno, todo lo cual deberían procurar armonizar de un modo lógico y sistemático. No obstante, no siempre las reformas

¹⁹ Tal como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Pidesc– (art. 6º), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.3.i), etc. El Protocolo de San Salvador, de jerarquía supralegal, consagra también el derecho *al trabajo* (art. 6º), como igualmente el principio de *estabilidad*, como una derivación del mismo (art. 7º, inc. d).

²⁰ Conforme establece el art. 75, inc. 22, CN.

²¹ Entre muchos, en los casos “Giroldi”, de abril de 1995; “Simón”, “ATE” (I), “ATE” (II), “Orellano”, etc.

normativas respetan los principios y directrices sustantivos que surgen de los citados instrumentos internacionales, ni tampoco los que singularizan a la disciplina especial y que se encuentran también presentes en los referidos documentos, como asimismo en las Cartas constitucionales de los países. Pautas que, vale ser memorado, se hallan dirigidas no sólo al intérprete de las normas, sino también al legislador nacional que establece las normas internas y debería dar adecuada traducción e instrumentación de las mismas, dado que, según fuera dicho, los referidos derechos son recogidos como principios que fijan un contenido esencial y que a la vez permiten que su aplicación se adecue a las condiciones nacionales, estableciéndose un piso mínimo común indisponible que puede verse ampliado conforme a la regulación nacional.

Uno de los principios que ha sido históricamente sostenido por los tribunales y órganos internacionales en relación con los referidos instrumentos es el de la reparación *in natura*, o de *restitutio in integrum*, en el sentido de que la violación de los derechos humanos allí protegidos debería ser reparada, siempre y cuando resultara posible, *restituyendo al afectado en el goce del derecho vulnerado*, ello es, restableciendo la situación anterior a la comisión de la transgresión²². En nuestro país, y en torno a la violación al *derecho humano al trabajo* en una relación laboral de empleo público, en el precedente “Madorrán” la CSJN hubo de ocurrir a la invocación del referido principio, señalando que la medida de reinstalación, en caso de violación del citado derecho, guardaría coherencia con los principios que rigen las instancias de derechos humanos, y específicamente de la *restitutio in integrum*²³. Lo propio hubo de aplicar en el caso “Álvarez” respecto de una vinculación laboral de empleo privado –bien que mediando además violación del principio de no discriminación²⁴–, señalando, en una doctrina que parecería no obstante exceder el ámbito de la relación, que el objetivo primario de las reparaciones en materia de derechos humanos

²² Así hubo de ser señalado, v. gr., por la Corte IDH, en los precedentes “Velázquez Rodríguez c/Honduras”, de 1989, como también en “Baena c/Panamá”, de 2001, entre varios otros.

²³ Doctrina que no parecería limitarse.

²⁴ En el caso “Álvarez c/Cenconsud”, del 7-12-2010.

debería ser la rectificación o *restitución* en lugar de la compensación, pues sólo ella repone precisamente lo que le fue quitado a la víctima. Y algo parecido señaló en el caso “Vizzoti”, al destacar que el *derecho al trabajo* resulta comprensivo del derecho a no verse arbitrariamente privado del empleo, *cualquiera sea la clase de éste*²⁵. Otro de los principios también sostenidos por los tribunales y órganos internacionales con relación al referido derecho, y que fueran igualmente recogidos por nuestra Corte nacional, ha sido el de *progresividad*, en manifestación del principio *pro homine*²⁶, criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los Derechos Humanos²⁷, debiendo escogerse el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y con arreglo al principio de *favorabilidad*²⁸. Ha sostenido también el alto tribunal que en materia de interpretación de la Carta constitucional no cabe realizar una exégesis estática de la misma y sus normas reglamentarias que estuviera ceñida a las circunstancias existentes al momento de su sanción, sino una apreciación *dinámica* de ella desde que sus normas se encuentran destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la cual han de acompañar²⁹. Esa misma tesitura y el establecimiento de nuevas pautas de examen del texto constitucional en relación con la protección contra el despido arbitrario y otras materias fue mantenido por el tribunal con posterioridad a la reforma del año 1994³⁰.

No obstante, la determinación de cuál debería ser, en nuestro or-

²⁵ Del 14-9-2004, consid. 10.

²⁶ Principio que, en el ámbito del Derecho Internacional, ha sido considerado sustentado en el art. 31 de la Convención de Viena (HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio “pro homine”*, en *Revista IIDH*, 2004, ps. 87 y ss.).

²⁷ PINTO, Mónica, *El principio “pro homine”. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 1997, p. 163.

²⁸ Según se invocara en los casos “Madorrán”, “Berçaitz” y “Álvarez”, entre otros.

²⁹ CSJN, de antaño, en el caso “Merck de Argentina”, de 1948, *Fallos*: 211:162; “Nación Argentina c/Provincia de Buenos Aires”, de 1963, *Fallos*: 256:588.

³⁰ Tal como en los precedentes “Álvarez c/Cencosud” y “Puig c/Minera Santa Cruz”, *Fallos*: 343:1037.

denamiento laboral privado, y en la medida de lo factible³¹, la más apropiada traducción de la protección del derecho humano al trabajo, específicamente en torno a la estabilidad en el empleo en cuanto manifestación de esa tutela frente al despido injusto, no parecería constituir una cuestión aún debida y pacíficamente zanjada ni haber receptado de manera incontestable los principios que fluirían de los instrumentos internacionales a su respecto. Una materialización restringida en relación con dicha protección³² hubo de ser sostenida por la Suprema Corte bonaerense en el precedente “Romero”³³, como igualmente por la minoría de la CSJN en el caso “Álvarez c/Cencosud”. Por su parte, las apreciaciones formuladas desde hace tiempo por el alto tribunal en diversos precedentes³⁴ en torno a la traducción de la tutela en el ámbito laboral privado, y aún más acá en el tiempo en sentido análogo, tal como efectuara en “Varela c/Disco”³⁵ y en “Laurenzo c/Unión Platenense”³⁶, parecerían suscitar algún desconcierto en cuanto a si se habría allí observado también un abordaje exegético dinámico del texto constitucional –considerando el mismo juntamente con las normas de los tratados incorporados al ordenamiento– en derredor del derecho humano al trabajo, particularmente atendiendo los principios que en la materia se derivan de dichos instrumentos, desde que no se repondría al afectado en el goce del derecho humano alterado, como de igual modo podría resultar en duda si hubo de ser convenientemente receptada la *redefinición* o revaloración operada en el plano del Derecho Internacional en torno al contenido del citado Derecho. Podría tal vez inquirirse el observador si la citada materialización de la tutela con-

³¹ Según determinan los documentos internacionales al efecto.

³² Corporizada en una estabilidad relativa impropia: la validez del despido y el pago de la indemnización tarifada del daño sentada por la LCT.

³³ Causa “Romero, Silvia c/L. Y. H. SA”, L 122-152, del 9-3-2021.

³⁴ Como –entre muchos– en los casos “De Luca”, de 1969; “UOM c/Somisa”; “Villareal c/Roemmers”, de 1997; “Báez c/Obra Social UNR”, de 1998; “Donati c/Banco Ciudad”, de 1999.

³⁵ Del 4-9-2018, en el sentido de que no se encontraría vedado en nuestro ordenamiento el despido sin causa.

³⁶ Del 4-6-2020 (aunque en el marco de una pretensión cautelar), de que podría afectarse la libertad constitucional de contratar en caso de forzarse el reingreso de un trabajador despedido.

figuraría el resultado que en mayor medida protege a la persona humana del trabajador³⁷, ello es, la exégesis que más se aviene con la mayor protección del derecho humano en cuestión; o si ello no terminaría por configurar una inteligencia restrictiva del mismo, contraria a la doctrina universal del principio de favorabilidad, así como al objetivo primario de las reparaciones en dicha clase de derechos. De otra parte, si el fundamento definitivo y último de los derechos humanos lo constituiría la *dignidad* de la persona, y dignidad y trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables³⁸, claro parecería resultar que la dignidad del trabajo se derivaría de quien lo ejecuta y no del tipo de trabajo que se realiza ni del ámbito –público o privado– en que se lo despliega, porque quien lo ejecuta es una persona humana, de tal modo que la fuente última de esa dignidad reposa no en su dimensión objetiva (el trabajo y el ámbito) sino en su dimensión subjetiva³⁹. En suma, una detenida lectura de los citados principios que fluyen de los textos internacionales parecería poner en duda la adecuación fundamental del sistema mismo de tutela existente sobre el cual operará la reforma.

³⁷ Según fuera sostenido en los precedentes “Cardozo” y “Madorrán”.

³⁸ Según resultaría del art. 14 bis de la CN, así como del art. 7.a.ii, del PIDESC, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, e igualmente de la Declaración de los Fines y Objetivos de la OIT de 1944.

³⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Derechos fundamentales y relaciones de trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, en remisión a la Encíclica *Laborem exercens*, N° 26, del sumo pontífice Juan Pablo II.

PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE BASES Y LAS LEYES 24.013, 25.323 Y 25.345

A PROPÓSITO DEL FALLO “ALVES”¹

por DANIELA FAVIER

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La derogación. a) Respecto a la Ley Nacional de Empleo. b) La derogación de las sanciones introducidas por la ley 25.345 a los artículos 80 y 132 bis. c) En cuanto a la ley 25.323, la misma fue derogada en su totalidad. 3. El impacto de las derogaciones en el tiempo y en los derechos de los trabajadores. 4. Se cambió la certidumbre de la tarifa por la incertidumbre de la reparación plena. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

A poco de la entrada en vigencia de la Ley de Bases (LB), nos encontramos con el fallo “Alves”, de Puerto Iguazú, Misiones (1-8-2024), que afirma que no se puede aplicar una sanción contemplada en una norma que al momento del dictado de la sentencia no se encuentra vigente. Entonces, no se trata de aplicar la norma de forma retroactiva, sino de evitar aplicar una sanción contemplada en una norma derogada en razón de la entrada en vigencia de una ley posterior (art. 99, ley 27.742). En virtud de lo expuesto, el juzgado rechazó los rubros reclamados, con sustento en el artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), en el artículo 8º de la ley 24.013 y en los artículos 1º y 2º de la ley 25.323.

Las afirmaciones vertidas por el fallo motivan las presentes reflexiones sobre la LB y las leyes 24.013, 25.323 y 25.345.

¹ JCCLab. de Puerto Iguazú, 1-8-2024, “Alves, Ramón Alejandro c/Bernardi, Juan Manuel s/Laboral”, Rubinzal Online, RC J 7656/24.

2. La derogación

Como sabemos, la LB, dictada el 8 de julio de 2024, dispuso, entre otras cuestiones de importancia e impacto en el sistema jurídico argentino, la derogación de los artículos 8° a 17 y 120, inciso a, de la ley 24.013; de los artículos 43 a 48 de la ley 25.345, y la ley 25.323 (ver arts. 99 y 100, LB).

a) *Respecto a la Ley Nacional de Empleo*

La LB derogó las normas que sancionaban las siguientes conductas (sea por acción o por omisión): la falta de registración laboral (art. 8°), la consignación en la documentación laboral de una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9°), la consignación de una remuneración menor a la percibida (art. 10).

Así también: los requisitos para la validez de su reclamo –intimación y comunicación a la AFIP, 24 horas– y su eximición si se cumplía con tal obligación en el plazo de 30 días (art. 11); los artículos 12 y 13; la oportunidad de su reclamo (art. 14); el despido represalia presumido por haber emplazado dentro de los 2 años (art. 15) y su posibilidad de reducción o eliminación (art. 16), y el artículo 17 sobre nulidad de cualquier pago realizado que no sea ante autoridad administrativa o judicial dentro de los 10 días de quedar firme el reconocimiento del derecho de cobrar las indemnizaciones de los artículos 8°, 9° y 10.

En el mismo festival de derogaciones cayó el inciso a, del artículo 120, que establecía como obligación del empleador “Efectuar las inscripciones del artículo 7° de esta ley”; sin embargo, como una especie de “autodestitución normativa” dejó vigentes los restantes incisos, que siguen siendo obligaciones para el empleador, como: “...b) Ingresar sus contribuciones al Fondo Nacional del Empleo...” y “...c) Ingresar los aportes de los trabajadores al Fondo Nacional del Empleo como agente de retención responsable...” Dos obligaciones que necesariamente exigen tener registrado al dependiente.

Es decir, si bien parece a primera a vista que surge una posible ventaja el hecho de derogar el inciso a, a poco de andar la ventaja desaparece porque los incisos restantes siguen obligando a la parte

empleadora ingresar los aportes y contribuciones, por lo que la exigencia de registración continúa. La que, además, se ve reforzada con la introducción del artículo 7° quáter, cuando dice: “En el supuesto de sentencia judicial firme que determine la existencia de una relación de empleo no registrada, la autoridad judicial deberá poner en conocimiento de la entidad recaudadora de las obligaciones de la seguridad social, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que quede firme y consentida la sentencia, todas las circunstancias que permitan la determinación de deuda existente, si la hubiera, y efectuar el reconocimiento de los años de servicio trabajado.

”Si conforme sentencia judicial firme, la relación laboral se encontrara enmarcada erróneamente como contrato de obra o servicios, de la deuda que determine el organismo recaudador, se deducirán los componentes ya ingresados conforme al régimen del cual se trate”².

La no registración, de ser comprobada judicialmente, genera una deuda que deberá afrontar la empleadora tarde o temprano. Es importante tener presente este panorama a la hora de decidir ponerse en la vereda del incumplimiento.

Asimismo, señala en el artículo 7° ter que el trabajador podrá denunciar la falta de registración laboral ante la autoridad de aplicación, que deberá ofrecer un medio electrónico a tal efecto, ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, o ante las autoridades administrativas del trabajo locales. El sistema deberá expedir la constancia pertinente.

Del artículo se vislumbra que sigue estando la facultad de la persona que trabaja y no está registrada de hacer la denuncia correspondiente no ya con las formalidades antes establecidas para obtener por esa denuncia una reparación tarifada.

Suma al análisis que el artículo 12 de la Ley de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) dice que son obligaciones de los empleadores, sin perjuicio de las demás establecidas en la presente ley, inscribirse como tales ante la autoridad de aplicación y comunicar a la misma

² Artículo incorporado por art. 85 de la ley 27.742, B. O. del 8-7-2024. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.

toda modificación en su situación como empleadores (inc. a), comunicar las bajas que se produzcan en el personal (inc. b), practicar en las remuneraciones los descuentos correspondientes al aporte personal y depositarlas, como así también las contribuciones a su cargo, remitir planilla de sueldos y aportes (incs. c, y d), etcétera.

Es decir, las obligaciones de los empleadores respecto a la correcta registración de sus dependientes, la entrega de la documentación que haga a la relación laboral y la responsabilidad de ingresar los aportes y contribuciones de la seguridad social siguen vigentes y es muy importante que la parte empleadora lo tenga así de claro porque de su incumplimiento devienen consecuencias pecuniarias no tarifadas.

Tampoco ha sufrido cambios la ley 25.212 en sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, que sanciona con apercibimientos y multas las infracciones relacionadas con esas obligaciones y califica como infracciones graves: a) La falta, en los libros de registro de los trabajadores, de alguno de los datos esenciales del contrato o relación de trabajo; b) la falta de entrega de los certificados de servicios o de extinción de la relación laboral a requerimiento del trabajador; c) la violación de las normas relativas en cuanto a monto, lugar, tiempo y modo, del pago de las remuneraciones, así como la falta de entrega de copia firmada por el empleador de los recibos correspondientes, salvo lo dispuesto en el artículo 2º, inciso a; d) la violación de la normativa relativa a modalidades contractuales; e) toda otra violación o ejercicio abusivo de la normativa laboral no tipificada expresamente en esta ley, establecida para proteger los derechos del trabajador, para garantizar el ejercicio del poder de policía del trabajo y para evitar a los empleadores la competencia desleal derivada de tales violaciones o conductas abusivas; f) las acciones u omisiones que importen el incumplimiento de las obligaciones en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo, siempre que no fueran calificadas como muy graves (art. 3º).

Califica de muy graves: a) La falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de seguridad social, incluidas las obras sociales, en la oportunidad que corresponda, en cuyo caso se considerará incluida en las infracciones previstas en el artículo 3º, inciso a; b) la cesión de personal efectuada en violación de los requisitos legales (art. 4º).

Infracciones que sanciona de la siguiente manera: las leves con apercibimiento y multa del 25% al 150% del SMVM; las graves con multa del 30% al 200% del SMVM; las muy graves con multa del 50% al 2.000% del SMVM, y finalmente la reincidencia de infracciones muy graves con clausura e inhabilitación (art. 5°).

Con este breve panorama merece reiterarse que la parte empleadora no se ha eximido de estas obligaciones cuyo incumplimiento sigue siendo reprobado, mediante las sanciones administrativas señaladas, entre otras.

b) *La derogación de las sanciones introducidas por la ley 25.345 a los artículos 80 y 132 bis*

La ley 25.345 introdujo modificaciones en la LCT, en el artículo 80, y agregó el artículo 132 bis, textos derogados por la LB.

La LB le da al artículo 80 una nueva redacción, en la que continúa la obligación del empleador respecto a la entrega de certificados del artículo 80 de la ley 20.744, pero sin aclarar cuáles son, porque no dejó en pie ningún párrafo del artículo 80 en su anterior redacción, a pesar de que lo nombra como si se tratara de otro artículo.

Así redactado, deberemos compaginarlo con otras disposiciones normativas referidas a ese tipo de documentación, sean certificado de trabajo o constancias documentadas, de manera de obtener una interpretación armónica³.

Igualmente señala que va a implementar un mecanismo opcional de cumplimiento de entrega a través de una plataforma virtual y agrega que se considera efectivamente cumplida dicha obligación por parte de los empleadores cuando se hubieran incorporado a la plataforma virtual los certificados pertinentes y también cuando la información se encuentre actualizada y disponible para el trabajador a través de la página web del organismo de la seguridad social.

Más allá de estos “detalles”, lo importante es que la obligación sigue subsistente, no así la sanción que acarrea la no entrega de esa certificación, la que consistía en el equivalente a tres veces la mejor

³ FAVIER, Daniela, *Análisis jurisprudencial de temas fundamentales del Derecho del Trabajo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de duración del contrato. La que además no guardaba relación con el daño efectivo que pudiera ocasionar; un ejemplo de ello era su falta de entrega en la extinción de un contrato a prueba⁴.

La entrega de esta documentación no sólo sigue figurando en la nueva redacción del artículo 80 de la LCT, sino que también sigue vigente en la Ley de Jubilaciones y Pensiones (ley 24.241) y su incumplimiento se lo tiene como infracción grave, con sanciones que van desde el apercibimiento a la multa, en la ley 25.212 (art. 2º).

Por otro lado, derogó el artículo 132 bis, que establecía una sanción conminatoria para que la empleadora ingresara las sumas retenidas a los fines de la seguridad social y que no habían sido depositadas en tales destinos.

Obligaciones que siguen siendo exigibles, como también su rol como agente de retención (art. 120, ley 24.013; art. 12, inc. g, ley 24.241), lo que no ha cambiado y castigado ese incumplimiento mediante las sanciones fijadas en el artículo 5º de la ley 25.212.

c) *En cuanto a la ley 25.323, la misma fue derogada en su totalidad*

Así, el artículo 1º hacía las veces de la ley 24.013, en materia de ausencia o deficiente registración, pero con menos requisitos para su validez y sin la necesidad de tener que emplazarse durante la relación laboral.

Con referencia a la obligación de registrar debidamente se reitera lo dicho en el punto anterior.

Por el otro lado, el artículo 2º se refería a un daño específico que consistía en obligar al trabajador a litigar para obtener el cobro de las indemnizaciones debidas una vez emplazado para su cumplimiento y el pago no se producía.

Con respecto a la falta de cumplimiento de esta obligación, la ley 25.212 también mantiene la responsabilidad y sanción de este tipo de inconductas, las que califica como infracciones leves: el pago de las remuneraciones fuera del plazo legal, cuando el atraso fuere de hasta

⁴ Art. 92 bis, LCT.

cuatro (4) días hábiles si el período de pago fuera mensual, y de hasta dos (2) días hábiles si el período fuera menor (inc. a); lo mismo con el artículo 255 bis de la LCT, como se verá más adelante.

3. El impacto de las derogaciones en el tiempo y en los derechos de los trabajadores

Se hace necesario considerar que no todas las sanciones que existen en el ámbito laboral son iguales y eso se puede observar en las que han sido materia de derogación por parte de la LB.

Así, las contenidas en la ley 24.013 (arts. 8º, 9º y 10) eran sanciones pecuniarias de doble vía, en el sentido de que por un lado perseguían desalentar las prácticas evasoras y por el otro tenían un carácter retributivo, aunque tarifado del perjuicio que ello significaba y cerraba la puerta al damnificado al sistema de daños y perjuicios del CCCN mediante una reparación plena⁵.

Basta con ver el artículo 2º de la ley 24.013 que indica la motivación de su normativa, que no era otra cosa que la de “Promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras” (inc. j).

Así también, la Ley Nacional de Empleo distingue esas sanciones de otras a las que llama “infracciones”, como lo expresa en el artículo 124 del mismo cuerpo legal. Infracciones que tienen, como adelanté, vigencia en la ley 25.212, que van desde apercibimientos a multas (arts. 2º, 3º, 4º, 5º y concs.).

Estas “infracciones” son sanciones administrativas de tipo penal a las que se les aplican principios como el de la retroactividad de la ley más benigna o la veda del *bis in idem*, razón por la cual difieren de las sanciones pecuniarias de doble vía (encierran disuasión y retribución), como las señaladas en los artículos derogados de la ley 24.013 y que convivieron pacíficamente mientras estuvieron vigentes, ya que ambos tipos de sanciones no son del mismo tenor.

Justamente la Corte nacional, en la causa “Ministerio de Trabajo c/Estex SA s/Sumario” (2000), dijo que deben estimarse penales las

⁵ Arts. 1738 y concs. del CCCN.

multas aplicables a los infractores cuando ellas, en lugar de poseer carácter retributivo del posible perjuicio causado, tienden a prevenir y reprimir la violación de las pertinentes disposiciones legales y que el carácter de infracción “no de delito” no obsta a la aplicación de las normas generales del Código Penal.

El caso encerraba el siguiente dilema: al tiempo de la infracción la multa se podía cambiar por arresto, pero con la modificación posterior introducida por la ley 25.212 la misma mantuvo la consecuencia de imponer multas a tales infracciones, pero no replicó la posibilidad de que se pudiera convertir en arresto.

Con ese criterio, entendió que debido a la ausencia de una disposición que reproduzca o mantenga la conversión de multa en arresto –como lo establecían los artículos 9º de la ley 18.694 y 12 de la ley 18.695– respecto de los representantes de los sujetos de existencia ideal es aplicable el principio de la retroactividad penal más benigna, en tanto que la modificación o derogación introducida por la ley 25.212 importó la supresión legal de la pena impuesta al recurrente aunque no su desincriminación.

Podemos observar que las sanciones no son todas iguales. Las derogadas de la Ley Nacional de Empleo son de doble vía, es decir, tienen dos componentes: por un lado disuadir/conminar y por el otro retribuir; en cambio, las infracciones son de tipo penales, aunque no son “delitos”, y ello implicó que se pudiera inclusive hacer denuncia penal si la conducta estaba prevista como uno de los tipos penales. Pero ello, tal como lo dice claramente la Corte de la Nación, no impide que a las infracciones se les apliquen principios como el de la retroactividad de la ley penal más benigna.

Es decir, si las sanciones derogadas fueran las infracciones que fija la ley 25.212, se aplicaría de manera inmediata y de pleno derecho la ley más benigna, tal como lo hizo la CSJN en el caso “Ministerio de Trabajo c/Estex SA s/Sumario” (2000), ya citado. Pero como las sanciones que se derogaron de la ley 24.013 son de naturaleza retributiva también (doble vía), se aplica la ley al momento en que se produjo la antijuridicidad⁶. Visto de esta forma, se deberá estar a si

⁶ Art. 7º del CCCN.

los incumplimientos se configuraron antes o después de la entrada en vigencia de la LB.

Lo mismo sucede con la ley 25.323, sea el supuesto del artículo 1° (residual de la ley 24.013), como el artículo 2° que sancionaba, pero también retribuía la conducta dilatoria y especulativa de demorar el pago de las indemnizaciones sin justificación alguna antes de que el trabajador iniciara la instancia judicial o administrativa previa obligatoria.

En este último supuesto estamos en presencia de una sanción pecuniaria de doble vía, toda vez que por un lado perseguía conminar a la empleadora deudora al pago de lo debido y por el otro reparar el daño autónomo que significaba para la persona del trabajador tener que iniciar acciones legales para el cobro de lo que se encuentra adeudado en momentos que pueden considerarse objetivamente vulnerables para quien se encuentra desempleado.

Tal como las anteriores, esta obligación sigue vigente y así lo vemos en el artículo 255 bis de la LCT, cuando dice que el pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral⁷, disposición que no ha sido objeto de modificación por la LB, aplicándose para éstas las consideraciones que dije respecto a las contenidas en la Ley Nacional de Empleo.

Sin embargo, no tienen la misma naturaleza las que se contemplaban en los artículos 80 y 132 bis de la LCT. Son de tipo penales, como lo dijo la CSJN, para las infracciones de la ley 25.212, aunque sin llegar a ser delitos del Código Penal. No tienen el carácter de retributivas, eran eminentemente punitivas. Sobre esto el propio artículo 132 bis, *in fine*, decía: “La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal”.

Justamente, la Ley Penal Tributaria tiene tipificado como delito a la “apropiación indebida de recursos de la seguridad social”, por el

⁷ Artículo incorporado por art. 1° de la ley 26.593, B. O. del 26-5-2010.

que será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso el importe de los aportes retenidos a sus dependientes (art. 9º de la ley 24.769, la que queda excluida de la Ley 27.743 de Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes, art. 4º), lo que hace aplicable la doctrina del fallo citado.

Un caso jurisprudencial que ilustra lo dicho es “Reynoso, Pedro Alberto; Ardanaz, Ricardo Jorge y Mazzuchelli, Silvano del Carmen s/Recurso de casación”, de la Cámara Federal de Casación Penal, sala IV (año 2015).

Allí, conforme surge del requerimiento fiscal de elevación a juicio, se imputó a Pedro Alberto Reynoso, a Ricardo Jorge Ardanaz y a Silvano del Carmen Mazzuchelli, en carácter de responsables de la firma “Reynoso Hnos. SA” y agentes de retención, el no haber depositado los aportes del sistema de seguridad social nacional, correspondientes a los aportes retenidos a sus empleados, respecto de los períodos mensuales y por los montos que se detallan a continuación: a) Reynoso, períodos 8 (\$ 260.234,41), 10 (\$ 243.797,21) y 11 (\$ 230.440,63) del año 1999; períodos 4 (\$ 185.529,57), 5 (\$ 188.847,76) y 6 (\$ 303.104,14) del año 2000; períodos 3 (\$ 53.183,65), 4 (\$ 59.351,36), 6 (\$ 88.935,26) y 7 (\$ 56.814,17) del año 2002; b) Ardanaz, períodos 3 (\$ 53.183,65) y 4 (\$ 59.351,36) del año 2002; c) Mazzuchelli, períodos 6 (\$ 88.935,26) y 7 (\$ 56.814,17) del año 2002.

Dichas conductas fueron calificadas como constitutivas del delito de omisión de depósito en término de retenciones previsionales en forma reiterada (diez hechos en el caso de Reynoso, dos en el caso de Ardanaz y dos para el caso de Mazzuchelli); hechos que, en todos los casos, concurren materialmente entre sí y fueron atribuidos en calidad de coautores penalmente responsables (Código Penal, arts. 45 y 55; ley 24.769, art. 9º, cfr. dictamen de fs. 2830/2837 vta.). Cabe precisar que la parte querellante requirió la elevación a juicio de las presentes actuaciones por los mismos períodos, bajo idéntico encuadre típico y atribuyéndolos también en coautoría, tal cual lo hiciera la agente fiscal actuante⁸.

⁸ En <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/41358-retencion-indebida-aportes-seguridad-social-ley-penal-tributaria-art-9-suspension-del>.

Casos como éste nos revelan que el legislador no sólo fija los que son delitos punibles como el referenciado, sino también puede establecer otras estrategias que persiguen la finalidad de dar con tales inconductas y sancionarlas. Justamente en el supuesto del artículo 132 bis de la LCT el legislador habilitó al damnificado, a modo de auditor o colaborador de la función estatal, de denunciar la existencia de retención de aportes y no ingreso de los mismos a la seguridad social. Para ello le estableció un incentivo que fue poder cobrar por esa gestión una suma de dinero equivalente al importe del sueldo devengado que se generaba mensualmente hasta que el incumplidor acredite de manera fehaciente su cumplimiento. Lo puso de beneficiario de la sanción fijada.

Así lo expresa el caso citado: “...compete al Poder Legislativo establecer las disposiciones que contemplen los hechos punibles y las respectivas sanciones, tras su propia apreciación de las conductas reprobables (*Fallos*: 136:200; 237:636; 275:89; 304:849 y 892, y 310:267)” (del dictamen del procurador general, al que remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* “Revello, Carlos Agustín y otros *s/*Abuso de autoridad...”).

Retomando el artículo 132 bis de la LCT, era una verdadera sanción pecuniaria conminatoria y disuasiva, gravosa, que corría del mismo modo y proporción sea que lo que se adeudara fuera un año de aportes y contribuciones a un mes del pago de la obra social o la cuota sindical; es decir, no tenía relación con el daño ocasionado ni reparaba el mismo; por el contrario, perseguía obligar o conminar al incumplidor a ponerse al día lo antes posible si pretendía detener su devengamiento, la que se engrosaba sin proporción con lo incumplido. Porque el incumplimiento no se agota en un mismo momento; por el contrario, se mantiene en el tiempo.

En el supuesto del artículo 80 de la LCT se sancionaba el hecho de la “no entrega”, una vez emplazado, pero ello no impedía la posibilidad de aplicar “condenaciones conminatorias” por parte del juez, por ejemplo, cuando se prescribía la sanción prevista, o en relaciones no registradas donde seguía pendiente y necesaria la entrega de la mentada documentación y el juez podía sancionar su confección me-

dian­te la im­po­si­ción de una con­de­na con­mi­na­to­ria pecu­niaria (párrafo final de la redac­ción del art. 80 por la ley 25.345; art. 804, CCCN).

Tal como lo ha dicho la propia CSJN, la diferencia está en que mientras que la sanción pecuniaria disuasiva tiene por objeto punir graves incon­duc­tas y pre­venir hechos similares en el futuro, las as­treintes constituyen un medio del que los jueces pueden valerse con el objeto de vencer la reticencia de quien deliberadamente incumple un mandato judicial⁹.

Esa naturaleza de sanción pecuniaria es parecida a la prevista en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, es decir, a la que conocemos como daño punitivo¹⁰.

Este tipo de sanciones son de tipo penal, punitivas y no intentan reparar el daño sino más bien castigar, conminar mediante una sanción pecuniaria tarifada para las de los artículos 80 y 132 bis, o con tope movible para las del artículo 52 bis de la ley 24.240¹¹, graves incon­duc­tas, para desalentar su reincidencia, e independientes o autónomas respecto de la reparación.

Esto último se puede observar en el caso “Real” de la CSJN (2011), en el que en primera instancia se hizo lugar a la demanda del actor con fundamento en que en sede laboral se había constatado la regis­tración irregular que implicó una condena a la empleadora a extender un certificado con aportes y contribuciones a los organismos de Seguridad Social calculados con el salario de actividad reajustado y su incidencia en el haber de la jubilación.

Sin embargo, dicho resultado fue revocado en la Cámara Federal de la Seguridad Social y en consecuencia se le rechazó el reclamo de reajuste del haber jubilatorio.

La Cámara consideró que la responsabilidad por el ingreso oportuno de las cotizaciones previsionales se encuentra fundamentalmente en cabeza del empleador y si el trabajador consintió durante larga data percibir salarios en negro, en flagrante violación a la legislación de

⁹ CSJN, 3-3-2020, “Bernardes, Jorge Alberto c/ENA-Ministerio de Defensa s/Amparo por mora de la administración”.

¹⁰ FAVIER, Daniela, *Daños punitivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 101 y ss.

¹¹ Art. 47, ley 24.240; FAVIER, *Daños punitivos* cit., ps. 101 y ss.

seguridad social, es evidente que no puede pretender un ajuste de su haber jubilatorio con fundamento en aquéllos.

Agregó que cualquier reconocimiento ha de conllevar recíprocamente el cumplimiento de las cotizaciones de la seguridad social correspondientes. Finalizó diciendo que mientras esto no ocurriese era impropio el reajuste.

Contra tal resultado adverso se alzó ante la CSJN, quien descalificó el fallo de la Cámara señalando, entre otras consideraciones de valor, que ésta ignoraba que judicialmente se condenó al empleador a realizar dichos aportes y contribuciones y también que el reclamante en dicha demanda laboral denunció los incumplimientos de la Anses, y si bien afirma tener en cuenta las conclusiones de la sentencia mencionada en orden al cómputo de los servicios prestados por el trabajador, omite considerar un aspecto conducente, que es cumplir con el requisito que ahora traslada al trabajador en su perjuicio, cuando la Administración tiene obligación de controlar que ello se cumpla.

En un caso similar se expidió la SCJBA, en “Álvarez, Gerardo Emilio c/Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso-administrativa”, del 23 de noviembre de 2016.

Allí se hizo lugar parcialmente a la pretensión de la actora; le reconoció al actor a que la accionada cumpla con los aportes previsionales correspondientes al período transcurrido entre el 4 de abril de 1991 y el 31 de diciembre de 1993. Todo ello con independencia de los que corresponda abonar al propio actor.

Finalmente, sobre el pedido de fijación de un monto indemnizatorio por la privación del haber jubilatorio que el señor Álvarez alega haber padecido, no fue de recibo. No probó que le fuera denegado ni estimó cuál sería el monto que podría haber influido en su haber.

Otro ejemplo es el caso “Martínez, Lidia en j 152.274, «Martínez, Lidia c/Unión Obrera Metalúrgica de la Rca. Argentina p/Certificado de trabajo p/Rep.»” (año 2023), de la SCJ de Mendoza.

Con cita en la causa “Abagianos, Asbesta” (2014) se resolvió, por mayoría, la procedencia de la condena al Gobierno de la Provincia de Mendoza a realizar los aportes previsionales al organismo pertinente, en relación con los servicios prestados por la actora en este Poder Judicial.

Se aclaró que si bien el caso estaba referido a una empleada de la Administración Pública, vale como antecedente en cuanto involucró obligaciones referidas al sistema de la seguridad social, de cumplimiento obligatorio tanto en el ámbito público como en el privado.

Indicó que el fallo citado “...se trata del derecho a gozar de los beneficios previsionales, de rango constitucional, contemplados expresamente en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto establece que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. Ello se encuentra directamente relacionado con los aportes previsionales que el Estado empleador debe realizar al sistema de la seguridad social y que se computan a los fines de la obtención de tal beneficio en forma individual respecto del trabajador (público o privado) de que se trate [...] En efecto, no podría ser de otra manera, ya que en virtud de lo establecido en el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ley 23.313, y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), nuestro Estado reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social, lo que incluye específicamente lo relativo a los derechos previsionales de los que deben gozar quienes se retiran del mercado laboral luego de ingresar a la llamada ‘tercera edad’. Su incumplimiento podría generar responsabilidad del Estado federal por actos de los Estados autónomos que lo componen (conforme pacífica doctrina judicial de nuestra Corte federal y de la Corte IDH), a los cuales también les es aplicable el mencionado Pacto, en virtud de lo dispuesto en su artículo 28, que literalmente expresa: «Las disposiciones del presente pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna...»”

Volviendo al tema de la derogación de las consecuencias sancionatorias previstas en los artículos 80 y 132 bis, a las mismas les resultará aplicable “el principio de la retroactividad de la ley más benigna”, principio de anclaje constitucional y convencional (arts. 2º del Código Penal, 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 18 y 19 de la CN) y en consecuencia el incumplidor se verá beneficiado inmediatamente con su derogación, tal como lo tiene entendido la CSJN en el caso “Ministerio de Trabajo...”, ya citado.

4. Se cambió la certidumbre de la tarifa por la incertidumbre de la reparación plena

Cabe reflexionar a esta altura que estas disposiciones que en principio pueden ser alentadoras para algún empleador distraído, si nos detenemos un poco, puede que no sea tan beneficioso como aparenta ser invocar la LB.

La razón estriba en que ninguna de las obligaciones que encerraban o tenían como protagonistas estas sanciones se encuentran derogadas; basta con observar, como ya adelanté, la Ley 24.241 de Jubilaciones y Pensiones y su artículo 12, el artículo 120 de la ley 24.013, el artículo 80 de la LCT en su nueva redacción, la ley 25.212, etcétera.

Lo que quiero significar con todo ello es que las obligaciones siguen vigentes y por ende reclamables; se habrán derogado algunas sanciones (otras no, como las de la ley 25.212) que de manera tarifada detenían otro tipo de reclamos, y se tenía certidumbre –injusta o no– de los importes totales o máximos debidos, porque en definitiva lo que se pagaba era un monto tarifado cuyo cálculo era fácil obtener.

Ahora, esa certidumbre ya no va a estar, porque vuelve la mirada sobre la reparación plena de los daños que todos esos incumplimientos generan y las herramientas para este tipo de reclamo están a disposición de los trabajadores afectados.

Nada más repasemos el contenido del artículo 1716 del CCCN, que nos dice: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”. Y el daño es entendido como aquel en el que se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva (art. 1737, CCCN).

Como desaparece la tarifación para este tipo de daños, como se pudo analizar, será importante regresar también al análisis del artículo 76 de la LCT, que se refiere al reintegro de gastos y resarcimiento de daños en los siguientes términos: “El empleador deberá reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste para el cumplimiento adecuado del trabajo, y resarcirlo de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del mismo”.

Supongamos los supuestos de los que se les exige inscribirse en el monotributo y eludir así la correcta registración como empleado en relación de dependencia; como secuencia de ello este trabajador paga su propio seguro, jubilación o gastos, como el uso de internet, su propio celular, su computadora, etcétera, serán todos gastos que se podrá solicitar su reintegro con más los intereses legales correspondientes.

En su segunda parte, dice expresamente que se debe resarcir los daños en sus bienes (entendido como inclusivo de los bienes materiales e inmateriales, arts. 16 y 1737, CCCN) y se vincula a un supuesto de responsabilidad objetiva, es decir, la culpa del agente es irrelevante a efectos de atribuir responsabilidad y el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario (art. 1722, CCCN), siendo una nota de importancia que la prueba de tal eximente está a cargo de quien la invoca (art. 1734, CCCN).

Del resarcimiento tarifado de las normas derogadas por la LB se pasa a la reparación plena, mediante una indemnización que comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención, la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida (art. 1738, CCCN).

Imaginemos los reclamos que pueden surgir de la persona que trabaja en relación de dependencia y no ha sido registrada; al no contar con el alta en la AFIP, carece, a modo de ejemplos, de: aportes y contribuciones, cobertura de obra social-ART para su persona y/o grupo familiar, beneficios de las asignaciones familiares (nacimiento, matrimonio, enfermedad, etc.), de los mejores derechos provenientes (CCT), del régimen protectorio en lo inmediato. El reclamo pone en juego el sostenimiento de la fuente de trabajo, acceso a la prestación del beneficio por desempleo, beneficio previsional-impedimento para reunir años de antigüedad, beneficio por invalidez, etcétera.

A todo lo descripto de modo enunciativo se suma que de ser despedido no tiene cobertura de la obra social y obviamente carece del beneficio de mantenerla por tres meses sin obligación de efectuar apor-

tes (art. 10, inc. a, de la ley 23.660), perdiendo también esta protección no sólo respecto a su persona sino también a la de su grupo familiar.

Cada caso particular dará, como siempre digo, un “traje a medida” que no será igual para todos, justamente atenderá el caso particular y su ponderación dará los importes que se establezcan en miras de tal reparación plena que ya no es tarifada ni igual para todos.

Otro ejemplo es el supuesto del artículo 255 bis de la LCT, que ordena que se paguen las indemnizaciones en los plazos del artículo 128 de la LCT computados desde la fecha de extinción de la relación laboral. Antes la ley 25.323 otorgaba una sanción tarifada en su artículo 2º; ahora, al estar liberado el damnificado, podrá articular la acción preventiva de los artículos 1711 y siguientes del CCCN; solicitar la condena al pago de astreintes del artículo 804 del CCCN o los daños y perjuicios, pudiendo reclamar una reparación plena (art. 1738, CCCN) que se medirá por la importancia del daño que causa la demora del obligado en la situación al trabajador (sostén de familia, desempleado, enfermo, no poder pagar el alquiler, hijos con discapacidad o en edad escolar, atraso en obligaciones dinerarias comprometidas con anterioridad, etc.).

Siguiendo con el análisis, los empleadores podrán ser demandados por los daños y perjuicios que ocasiona el incumplimiento de registrar el contrato de trabajo y hacer los ingresos a la seguridad social, y así tenemos que quien no está registrado está expuesto a carecer de: cobertura de obra social, ART, beneficios de las asignaciones familiares (nacimiento, matrimonio, enfermedad, etc.), los mejores derechos provenientes de un CCT, del régimen protectorio en lo inmediato, prestación del beneficio por desempleo, del beneficio previsional-impedimento para reunir años de antigüedad, discriminación ilícita que todo ello puede encerrar, etcétera.

Parafraseando a Galdós, la reacción jurídica contra un perjuicio injusto provoca la obligación de prevenirlo o repararlo¹². Es decir, lo que no se previene (arts. 1710, 1711 y ss.) se repara en miras del

¹² GALDÓS, Jorge, *La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780, CCCN*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, t. I, ps. 90 y ss.

cumplimiento de los presupuestos de la responsabilidad: a) Antijuridicidad: violación del deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una obligación (arts. 1716 y 1717, CCCN); b) factores de atribución: son la razón o fundamento para adjudicar el deber de afrontar el daño (arts. 1721 a 1724, CCCN); c) daño: lesión a un derecho o interés lícito (arts. 1737 a 1740, CCCN), y d) relación de causalidad: vincula jurídicamente el hecho con el resultado (arts. 1726 a 1746)¹³.

5. Reflexiones finales

De todo lo propuesto y volviendo la mirada al fallo que motiva las presentes reflexiones, podemos aventurar que ha dado la misma fundamentación para sanciones diversas contenidas en normas legales diferentes que persiguen distintas finalidades, deteniéndose exclusivamente en el hecho de ser sanciones, lo que implica que sea una mirada sesgada de la realidad que éstas presentan.

Así, respecto a los rubros sustentados en los artículos 8º, ley 24.013, y 1º y 2º, ley 25.323, no se ha dado la oportunidad de avanzar sobre el análisis de la existencia de una sanción de doble vía como son este tipo de sanciones (que implican también retribución o reparación), como se propone en el desarrollo de estas líneas, indagando en la intención perseguida por el legislador, más allá de las palabras con las que comúnmente se las llama, denominaciones que tienen más de costumbre que de reveladoras de su verdadera naturaleza¹⁴.

Por ello, de seguirse la visión propuesta, las mismas deberían prosperar a la luz de las normas derogadas (ultraactividad), en razón de que se les aplica la norma vigente al tiempo de la antijuridicidad, conforme a los requisitos que tales leyes fijaron para su procedencia, sea que se trate de la ley 24.013 o de la ley 25.323.

Respecto al rechazo de la sanción pecuniaria conminatoria del artículo 80 de la LCT, en el análisis propuesto, se coincidiría en el resultado (rechazo), pero no en sus fundamentos, ya que su improcedencia, conforme a las razones propuestas, no sería por la aplicación

¹³ GALDÓS, *La responsabilidad civil. Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780, CCCN cit.*, t. I, ps. 90 y ss.

¹⁴ Recordemos que muchos se han referido a ellas como multas.

inmediata de una norma o la supuesta consideración de la sentencia como constitutiva, que no lo es. Sino en que, tratándose de una sanción de tipo punitiva, en la que coincido (pero por otros motivos), lo que se aplica es el “principio de retroactividad de la ley más benigna”.

Finalmente, las ideas desarrolladas también sugieren una duda razonable sobre si realmente la parte empleadora la puede tener como una “ley más benigna”, toda vez que las obligaciones siguen vigentes, no hay una desincriminación de las conductas generadoras de consecuencias patrimoniales que hasta la llegada de la LB fueron tarifadas, y que daban certeza de lo que iba a pagar por su incumplimiento; en cambio, esto último ha sido derogado y nos lleva a la reparación plena en la que no hay certeza ni cálculo de sus montos; todo dependerá de cómo se plantee el caso y de sus decisores.

LA LEY DE BASES Y LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD DEL TRABAJADOR

por DAVID DUARTE

SUMARIO: I. Introducción. II. Vigencia temporal de las normas. III. No se derogaron las multas y sanciones por infracción a las obligaciones laborales. IV. El retiro del control del Estado es lo que motivó la creación de indemnizaciones tarifadas. V. La ley antievasión no tuvo una finalidad reparatoria. VI. La eliminación de la tarifa indemnizatoria motiva la reparación del daño. VII. Deber de previsión y principio de indemnidad. VIII. Conclusión.

I. Introducción

La ley 27.742, denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos” (LB), ha decidido, entre otras medidas, derogar numerosas normas protectorias que tenían, muchas de ellas, una razón de ser concreta, aunque opinable, derivadas de procesos históricos comprobables empíricamente. Algunas de ellas, y las que se tratarán en este momento, fueron sancionadas en distintas épocas y por distintos partidos políticos (leyes 24.013 de 1991, 25.013 de 1998, 25.323 y 25.345 de 2000, 26.727 de 2011 y 26.844 de 2013), lo que demuestra el origen democrático de ellas y que razonadamente tuvieron en cada momento una respuesta legislativa concreta a problemas sociales definidos. En esta oportunidad faltó el mentado diálogo social que propone la Organización Internacional del Trabajo.

Hace más de 15 años señalábamos que el flagelo de la falta de registración se vincula más con la quita de la presencia sindical en la toma de decisiones del empleador en el contrato individual de trabajo, decidida con la reforma de la ley 21.297 en 1976, fecha a partir de

la cual la reducción del gasto público acentuó, en el ámbito de la inspección del trabajo, la disminución de personal o su precarización, reduciendo la presencia estatal en los controles. Señalábamos que los controles laborales se ubicaron en la recaudación fiscal, restándole relevancia a los controles por las obligaciones laborales, pues no se recuperaron la cantidad de inspectorías de policía de trabajo suprimidas¹. Aquellas indemnizaciones tarifadas solventaban esos evidentes problemas en la recaudación y los daños a las personas que trabajan y su familia, al no ser registradas o que se lo hacía de manera deficiente, provocando un incumplimiento del deber de seguridad que afecta el principio de indemnidad.

II. Vigencia temporal de las normas

Uno de los principales temas es la vigencia de la LB, que rige a partir del 9 de julio de 2024. En este sentido, coincidimos con Formaro en cuanto entiende que rige hacia el futuro y no puede afectar derechos derivados de ellos antes de su vigencia y en contratos en ejecución, como las indemnizaciones de los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013, en la medida que se hubiese cumplido el requisito del artículo 11 de la Ley Nacional de Empleo. En igual sentido, cabe también aplicar similares criterios con el artículo 1º de la ley 25.323, respecto al despido de una relación laboral no registrada (o registrada de modo deficiente) si ello aconteció antes del 9 de julio de 2024. Siguiendo en línea con el citado autor también estamos de acuerdo con el artículo 2º de la ley 25.323, que se tendrá derecho si se hubiese intimado a abonar las indemnizaciones correspondientes, obligando a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa obligatoria para su percepción con anterioridad a esa fecha. Asimismo, respecto del supuesto previsto en el artículo 9º de la ley 25.013.

Todas estas normas prevén ilícitos derivados de normas de orden público que intervienen el contrato de trabajo y por eso se mantienen ultraactivas desde el momento del hecho que dio lugar a su apli-

¹ DUARTE, David, *El rol de policía de trabajo versus la industria del incumplimiento*, en *Revista de Derecho Laboral*, N° 2009-2, *Contratación y registración laboral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 3896/2012.

cación. Para los otros supuestos queda el análisis de la afectación del principio de progresividad y la vulneración de derechos constitucionales que señalaremos oportunamente.

Dejamos afuera de estas reflexiones las derivadas de la ley “antievasión” 25.345, por su naturaleza sancionatoria y no indemnizatoria y, por lo tanto, siguiendo los criterios que ha fijado la Corte de la Nación, su abrogación tiene efecto retroactivo por la ley penal más benigna.

III. No se derogaron las multas y sanciones por infracción a las obligaciones laborales

La ley 25.212 mantiene el régimen general de sanciones por infracciones laborales, graduadas en leves, graves y muy graves, imponiendo multas que se gradúan según el salario mínimo y en relación con la cantidad de trabajadores afectados. Se considera infracciones graves (art. 3º) la falta, en los libros de registro de los trabajadores, de alguno de los datos esenciales del contrato o relación de trabajo, y la falta de entrega de los certificados de servicios o de extinción de la relación laboral a requerimiento del trabajador; y como muy graves (art. 4º) la falta de inscripción del trabajador en los libros de registro de los trabajadores, salvo que se haya denunciado su alta a todos los organismos de seguridad social, incluidas las obras sociales, en la oportunidad que corresponda. A tal efecto establece un régimen de sanciones.

Por su parte, la ley de ordenamiento laboral 25.877 destaca la función de los inspectores y su actuación en el ámbito nacional como funciones concurrentes con los Estados provinciales en coordinación con la AFIP para la fiscalización y aplicación de sanciones (arts. 32 a 37) a los responsables del cumplimiento de la normativa del trabajo y la seguridad social. Comprobada la infracción a las normas laborales que impliquen, de alguna forma, una evasión tributaria o a la Seguridad Social, el hecho deberá ser denunciado formalmente a la Administración Federal de Ingresos Públicos y/o a los otros organismos de control fiscal. Ello sin perjuicio, en el caso que corresponda, de la notificación

fehaciente a las autoridades de control migratorio a los fines de la aplicación de la ley 25.871 (art. 33 de la ley 25.877).

A su vez, se deberá destinar la totalidad de los recursos obtenidos por la aplicación de sanciones pecuniarias a la infracción de la normativa laboral, sea por imperio de la ley 25.212 o del artículo 37 de la 25.877. Se faculta a la autoridad de aplicación fiscalizar el cumplimiento por parte de los empleadores de la obligación de declarar e ingresar los aportes y contribuciones sobre la nómina salarial. Cuando se verifiquen infracciones de los empleadores a las obligaciones de la seguridad social aplicará las penalidades correspondientes.

Por ley 24.769 se regula el Régimen Penal Tributario, y en especial tipifica los delitos relativos a los recursos de la seguridad social, modificada por la ley 26.735, estableciendo las penalidades correspondientes. También tipifica como delito la apropiación indebida de recursos de la seguridad social, por aportes retenidos y no ingresados, o si lo hiciere fuera de los plazos previstos cuando el empleador actuare como agente de retención.

Mediante el artículo 214 de la LB los empleadores podrán regularizar relaciones laborales no registradas o relaciones laborales deficientemente registradas, dejando la propuesta librada a la reglamentación (art. 215, LB). Dispone la extinción de la acción penal prevista por la ley 27.430 y la condonación de las infracciones, multas y sanciones de cualquier naturaleza correspondientes a dicha regularización, previstas en las leyes 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones; 17.250 y sus modificatorias, 22.161 y sus modificatorias, el artículo 32 de la ley 24.557 y sus modificatorias, delitos relativos a los recursos de la Seguridad Social de la ley 24.769 y sus modificatorias, la ley 25.212 y su modificatoria, firmes o no, siempre que se encuentren impagas o incumplidas a la fecha de entrada en vigencia de esta ley.

Asimismo se establece la baja en el Repsal, creado por la ley 26.940, respecto de infracciones cometidas o constatadas hasta la entrada en vigencia de la LB. Por otro lado, la condonación de la deuda por capital e intereses cuando aquélla tenga origen en la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la Seguridad Social (leyes 24.241, 19.032, 23.661, 24.013, 24.714 y 22.250).

La decisión gubernamental de perdón de deuda previsional perjudica a los trabajadores en cuanto tendrán derecho a computar solamente hasta sesenta (60) meses de servicios con aportes o la menor cantidad de meses por la que se los regularice, calculados sobre un monto mensual equivalente al salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la regularización, a fin de cumplir con los años de servicios requeridos por la ley 24.241 y solamente para la PBU y para el beneficio de prestación por desempleo previsto en el artículo 113 de la ley 24.013. Los meses regularizados no serán considerados respecto de la PAP, ni tampoco para la PC (art. 216, LB).

IV. El retiro del control del Estado es lo que motivó la creación de indemnizaciones tarifadas

La progresiva reducción del gasto público en materia de control estatal fomentó la creación de la Ley de Empleo 24.013, introduciendo la idea de unas indemnizaciones tarifadas que por modos de simplificación del lenguaje se las mal llamó “multas”, porque en realidad no lo son, sino indemnizaciones con doble vía de objetivos. Por un lado, buscaba disuadir la conducta del empleador que incumple la obligación de registrar a sus trabajadores y por el otro reparar al damnificado por las eventuales consecuencias de no cumplir la exigencia de treinta años con aportes para poder acceder a los beneficios jubilatorios y otras prestaciones de la Seguridad Social. Sin perjuicio de los otros derechos que derivan de la falta de registración, como imposibilidad de acceso a créditos bancarios, a una cobertura médica, a las asignaciones familiares, y el carácter previsional, entre otros derechos de los que es titular el trabajador y que en su mayoría tiene soporte constitucional.

Cabe recordar que las personas, cuando llegan a su edad para jubilarse, comienzan a comprobar la importancia y el valor de los ingresos de aportes previsionales, que inexorablemente se ven afectados cuando se evaden. En el caso “Real”, la Corte respondió que la aplicación dogmática del artículo 25 de la ley 18.037, que realiza el organismo previsional para denegar el reajuste al afiliado con fundamento central en la falta de retención de aportes, ignora que judicialmente se condenó

al empleador a realizar dichos aportes y contribuciones y también que el reclamante en dicha demanda laboral denunció los incumplimientos, con fundamento en normas posteriores al dictado de aquella (art. 17 de la ley 24.013), cuya hermenéutica debió adecuarse al caso en análisis, por lo que la interpretación realizada no armoniza su texto con el resto del ordenamiento y adopta una hermenéutica parcial, aislada y errónea al limitarse a dar preferencia a las normas de los artículos 2° del decreto 679/95 y 19 y 21 de la ley 24.241. *El organismo estatal no consideró un aspecto conducente: cumplir con el requisito que ahora traslada al trabajador en su perjuicio (y eventualmente la Administración era la obligada a controlar que así ocurra)*. “Los excesos y omisiones señalados, pues, bastan para sostener que la actitud del sentenciador no se condice con la extrema cautela con la que deben actuar los jueces, en el tratamiento de beneficios de orden alimentario” (*Fallos*: 317:983; 318:1695; 322:1522, entre otros. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema)².

Decididamente, se produce una violación al deber de previsión que causa daño. Aunque después se incrementaron las indemnizaciones en favor del trabajador. En otra oportunidad señalábamos que esta proliferación de reparaciones ocultaba un verdadero retiro del Estado, ya que se ponía al trabajador como agente de contralor estimulando su colaboración a favor de la denuncia al empresario incumplidor, por la existencia de un marcado incumplimiento de la normativa laboral que afecta las arcas públicas.

Cabe también recordar que entre otras normas que han intentado regularizar la situación laboral se pueden mencionar las indemnizaciones introducidas por la Ley de Empleo (24.013) y la Ley de Reforma Laboral (25.013), que en su artículo 9° dispuso que en caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado o de un acuerdo rescisorio homologado, se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el artículo 275 de la ley 20.744 (t. o. 1976). En esa línea, la ley 25.323 incrementó las indemnizaciones para el

² CSJN, 8-2-2011, R.1647.XLII, RHE, “Real, Antonio Lorenzo c/Anses s/Reajustes varios”, *Fallos*: 334:9.

caso de relaciones laborales no registradas o deficientemente registradas, que vino a llenar el vacío que había dejado el decreto reglamentario de la ley 24.013 (2725/91) para el caso de relaciones laborales extinguidas, que por otro lado también sanciona en similares términos que la ley 25.013 la infracción por falta de pago en término de las indemnizaciones legales allí previstas.

Como señalamos hasta ahora, no han sido derogadas la Ley 25.212 del Pacto Federal del Trabajo sobre el régimen de sanciones, ni la ley 25.877 sobre la nueva estrategia de controles, a fin de lograr que los obligados por la ley cumplan con ella, además de los regímenes específicos de la Seguridad Social.

V. La ley antievasión no tuvo una finalidad reparatoria

En otra oportunidad distinguíamos las indemnizaciones previstas como elementos disuasorios y reparatorios de las leyes 24.013 y 25.323 de las previstas en la ley antievasión 25.345, porque no tenían efectos reparatorios como aquéllas³, sino sanciones conminatorias al empleador que hubiese retenido aportes del trabajador y no los hubiese ingresado a los organismos correspondientes⁴, sin que ello obstare a la aplicación de las respectivas sanciones penales. Por la forma en que se ha instrumentado este medio de combatir la evasión recibió algunas críticas severas⁵. La ley 25.345, de prevención de la evasión fiscal, también introdujo una modificación al artículo 80 de la LCT, que imponía al empleador la obligación de ingresar las cotizaciones correspondientes a la seguridad social y las sindicales a su cargo y entregar el certificado pertinente al trabajador. Estas normas tienen una finalidad disuasoria de la conducta irregular, independientemente de que el objeto retenido

³ DUARTE, *El rol de policía de trabajo versus la industria del incumplimiento* cit.

⁴ Ley 23.345, B. O. del 17-11-2000, en su art. 43, incorpora a la LCT como art. 132 bis la aplicación de sanciones conminatorias al infractor.

⁵ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado*, en *Revista de Derecho Laboral*, Número Extraordinario, *La reforma laboral – II. Leyes 25.323, 25.344 y 25.345 y decreto reglamentario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 24. En esa misma obra ver también ÁLVAREZ, Eduardo, *El artículo 132 bis de la ley 20.744 y la atípica sanción conminatoria mensual*, ps. 27 y ss.

sea fiscal o no, pues la irregularidad de uno de los rubros puede arrastrar la comprobación anómala de los restantes conceptos. En el supuesto normativo, el legislador eligió el salario para estimar el valor de la punición, pero es al solo efecto de determinar un parámetro a fin de calcular el importe sancionatorio. Tampoco interesa tanto quién es el beneficiario de la multa, por cuanto dentro de la facultad del legislador éste puede elegir válidamente a dónde destinar el producido de la sanción. Lo que interesa es si resulta razonable imponer un costo a quien indebidamente retuvo dinero que no le pertenece, para disuadir esa conducta que, inclusive, podría configurar un ilícito penal (art. 132 bis, *in fine*). Así como en este caso el legislador había elegido al trabajador, también pudo haber escogido a otro⁶. La Ley de Bases trae una simplificación para las constancias necesarias del actual artículo 80, sin perjuicio de que siguen las obligaciones generales que no han sido derogadas.

En tal sentido, señalábamos que no responde a nada relevante la determinación de quién se beneficia con la multa, pues no se trata de una reparación por daños, sino de una recompensa para estimular el control de quien oficiaría de gestor oficioso y, respecto del incumplidor, de una sanción para conminarlo a deponer su actitud elusiva. En todo caso, si ésta o cualquiera de las sanciones previstas incrementan los costos empresarios al momento del despido, no será producto de la “industria del juicio” sino de la “industria del incumplimiento”. Cabe recordar que el trabajador no es un tercero ajeno, ya que es el obligado a cumplir con sus aportes, y el empleador es un mero agente de retención –cuando no es contribuyente–, al que la ley impuso una obligación y previno una sanción en caso de incumplimiento. De todas maneras, se advierte que de forma implícita parece que se había elegido al trabajador como un colaborador, como se dijo, un gestor oficioso⁷, y la ventaja económica que pudiera obtener de su gestión vislumbra un estímulo (una recompensa) para la concreción de las denuncias correspondientes a los infractores, ya que el interesado directo de que

⁶ Tal vez una biblioteca o una institución cultural.

⁷ Es del caso recordar que el decreto reglamentario exige que el beneficiario del importe obtenido de la multa intime previamente al empleador para que ingrese los importes adeudados (ver art. 1° del decreto 146/2001).

se depositen las sumas retenidas estaría con dificultades prácticas –por su envergadura y complejidad– para acudir a todas y cada una de las situaciones de irregularidad motivadas en las relaciones laborales que se presentan.

Por las razones expuestas, al tener estas normas una finalidad punitiva y no reparatoria, su derogación, corresponde aplicar la regla de aplicación inmediata con efecto retroactivo, por lo que han quedado derogadas a partir del 9 de julio de 2024 las sanciones cominatorias por la falta de entrega de los certificados del artículo 80 de la LCT, y la del artículo 132 bis de la ley 25.345.

No obstante, el fallo “Alves”⁸ de Misiones resuelve de una manera bastante rara, pues reflexiona respecto de la aplicación inmediata de la ley penal más benigna, afirmando que la sentencia es constitutiva, y por lo tanto se incluye la presunción de inocencia hasta su dictado. La regla no es ésta, porque el principio es el de la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

En este tipo de sanciones se impone examinar, en primer término, la procedencia del principio de retroactividad penal más benigna, pues, de admitirse, devendría abstracto cualquier otro tratamiento⁹. En otro caso contra la empresa Extex¹⁰ se resolvió que deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en lugar de poseer carácter retributivo del posible perjuicio causado, tienden a prevenir y reprimir la violación de las pertinentes disposiciones legales. La Corte entendió que el carácter de infracción, no de delito, no obsta a la aplicación de las normas generales del Código Penal.

VI. La eliminación de la tarifa indemnizatoria motiva la reparación del daño

Por el motivo señalado en el párrafo anterior es que separamos las

⁸ JCCLab. de Puerto Iguazú, “Alves, Ramón Alejandro c/Bernardi, Juan Manuel s/Laboral”, sentencia del 1-8-2024, Rubinzal Online, RC J 7656/24.

⁹ CSJN, 18-9-2001, M.459.XXXV, “Ministerio de Trabajo c/Acmar SA”, *Fallos*: 324:2806.

¹⁰ CSJN, 14-6-2001, M.560.XXXVI.M, “Ministerio de Trabajo c/Estex SA s/Su-marios Min. de Trabajo”, *Fallos*: 324:1878.

multas de la ley antievasión y coincidimos, respecto a las indemnizaciones tarifadas, con Formaro¹¹, por un lado, y Curutchet¹², por el otro, entre otros, en que las derogaciones mencionadas (arts. 99 y 100, ley 27.742) no derogan “multas”, sólo eliminan indemnizaciones tarifadas, mientras que las sanciones por el empleo no registrado o irregularidades en la registración se mantienen, por otros regímenes que no fueron afectados por la LB.

Trataremos de explicar que las obligaciones de registración siguen vigentes, además que el incumplimiento de ese deber es sancionado por los órganos correspondientes y todavía se mantiene su vigencia.

La reforma instaurada ha provocado una alteración del deber de previsión que afecta el principio de indemnidad, sencillamente por el daño sobreviniente y que exige alguna respuesta del ordenamiento jurídico. Por ese motivo, se abre la posibilidad de reclamar no solamente un trato discriminatorio conforme al artículo 1º de la ley 23.592, con mantenimiento del vínculo, el pago de los salarios caídos, la pérdida de chances y la reparación plena del daño, incluido el daño extrapatrimonial (arts. 1737 a 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación), como ya lo había adelantado la doctrina, si se derogaban aquellas indemnizaciones tarifadas¹³.

La derogación de las indemnizaciones tarifadas referidas convoca a las normas generales de reparación del daño por incumplimiento del deber de previsión y el principio de indemnidad. La ausencia de registración o sus deficiencias genera en la persona que trabaja y su familia daños en sus bienes, es decir, en su persona y en sus cosas.

La alteración del principio de no dañar activa la función resarcitoria del deber de reparar. Así, se establece que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la

¹¹ FORMARO, Juan José, *Reparación plena de los daños antes tarifados por las leyes 24.013 y 25.323*, en Rubinzal Online, RC D 451/2024.

¹² CURUTCHET, Eduardo, *El Derecho de Daños Laborales frente a la Ley de Bases*, en MJ-DOC-17849-AR, MJD17849, del 28-6-2024.

¹³ Así lo predijo en su momento, ante el proyecto de reforma laboral del año 2017, ACKERMAN, Mario E., *Algunas posibles consecuencias de la eliminación o cambio de destino de las mal llamadas multas de las leyes 24.013 y 25.323 y del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2018-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; Rubinzal Online, RC D 1825/2017.

reparación del daño causado, conforme con las disposiciones del nuevo Código que no diferencia la responsabilidad contractual y la extracontractual (art. 1716) con fundamento en el deber de no dañar y el de la antijuridicidad (art. 1749).

La raíz constitucional del principio *alterum non laedere*, del artículo 19 de la Carta Magna, prohíbe a las personas perjudicar los derechos de un tercero. Ha sido tratado en numerosos casos de la Corte nacional en el sentido que “nadie puede por sí o por intermedio de otro ejercer sus derechos en forma tal que lesione el derecho de un tercero” (*Fallos*: 182:5). En el precedente “Gunther” (*Fallos*: 308:1118), en que el actor reclamaba los daños y perjuicios causados por un accidente sufrido mientras cumplía el servicio militar obligatorio, expresó que la responsabilidad fijada en el Código Civil entonces vigente sólo consagraba el principio general establecido de no dañar a otro, y ello está entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hacía el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraigaba con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado, sino que expresaba un principio general que regula cualquier disciplina jurídica. Ese criterio fue reiterado luego en numerosos fallos, entre los que se destaca el fallo “Aquino” (*Fallos*: 327:3753), donde la Corte confirmó la declaración de la inconstitucionalidad del artículo 39, inciso 1º, de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo, y la condena a la empleadora demandada, con base en el Código Civil, al pago de la indemnización por daños derivados de un accidente laboral. La Corte confirmó lo resuelto. Señaló que la norma era inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil; siendo de aplicación el principio contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no debe resultar precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales. Agregó que es contrario a los artículos 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional, a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22, y a los principios generales del Derecho, que el causante de un daño se exima de las consecuencias de su accionar ilícito.

En dicho precedente “Aquino” también se destacó el principio de progresividad que el bloque de constitucionalidad incorporó al texto del artículo 14 bis de la Constitución Nacional con el artículo 75, incisos 22 y 23, que fortaleció la vigencia del principio de progresividad en materia laboral y previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos¹⁴, y otorgue la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio *pro homine*, lo que determina que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales¹⁵.

VII. Deber de previsión y principio de indemnidad

El deber de previsión y el correlativo principio de indemnidad se encuentran diseñados en la legislación laboral y tienen por finalidad proteger la dignidad de la persona que trabaja mediante deberes concretos del empleador en los artículos 75, 76, 77 y concordantes de la LCT. En este sentido, la doctrina tradicional argentina es bastante clara en cuanto por deber de previsión se entiende la obligación del patrono de conducirse en la configuración y ejecución concretas de la relación de trabajo, en cuanto de él dependan, según la debida consideración a los intereses legítimos del trabajador.

Así es que para Vázquez Vialard existe un deber de seguridad y de condiciones dignas y equitativas reguladas por los mencionados artículos 75, 76 y 77 de la LCT, por el que el empleador debe observar las regulaciones de carácter legal o contractual concernientes al ritmo

¹⁴ CSJN, “Milone”, *Fallos*: 327:4607; “Silva”, *Fallos*: 330:5435; “Medina”, *Fallos*: 331:250; “Pérez”, *Fallos*: 332:2043; “Torrillo”, *Fallos*: 332:709; “Bianchi”, *Fallos*: 334:198; “Arcuri Rojas”, *Fallos*: 332:2454; “Sánchez”, *Fallos*: 328:1602; “ATE”.

¹⁵ CSJN, *Fallos*: 336:672; “Escalona”, *Fallos*: 344:1070; “Renatre”, *Fallos*: 338:1347.

de la tarea y que afectan a la persona y por ello le incumbe al empleador adoptar los recaudos para evitar que se produzcan daños de esa índole¹⁶.

Por su parte, Fernández Madrid llama deber de previsión al que comprende la obligación del patrono de tomar las medidas adecuadas, conforme a las condiciones especiales del trabajo, para evitar que el trabajador sufra daños en su persona o en sus bienes (aplicación del principio de indemnidad). El deber de previsión se presenta como un deber contractual que origina derechos subjetivos del trabajador que éste puede hacer valer invocando normas expresas referidas a situaciones concretas o los principios generales que regulan la relación laboral¹⁷.

En esa línea, resultan interesantes las reflexiones del maestro Krotoschin, quien señala que existe una obligación contractual de previsión y otra obligación de previsión de Derecho Público proveniente del poder de policía de trabajo¹⁸.

En sus orígenes la regulación laboral era propia del Derecho Público, en tiempos en que era inimaginable que con los años esas regulaciones estatales pasarían a incorporarse como deberes propios del contrato de trabajo¹⁹.

Agrega este ilustre tratadista: “no habría razón para sostener que la existencia de un deber de previsión basado en el Derecho Público obste a la existencia simultánea de deberes similares como contractuales”. Uno frente al Estado y el otro frente al trabajador. En este deber de previsión se ve comprometido un deber de garantía o de seguridad (devolver al trabajador sano y salvo a su hogar), y más allá de la esfera contractual protege su integridad psicofísica.

Agrega el maestro, en tiempos anteriores a la existencia de la LCT, que dicho deber no se limita sólo a la incolumidad física sino que también tiene que cuidar, a veces, otros derechos: “...a observar las normas de previsión social relativas a los aportes de jubilación. La omisión de

¹⁶ VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 1, ps. 270 y 271.

¹⁷ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. 1, p. 535.

¹⁸ KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado práctico de Derecho de Trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1965, p. 309.

¹⁹ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 311.

las contribuciones respectivas a la seguridad social engendra la responsabilidad patronal por violación del deber contractual de previsión, siempre que el trabajador hubiera sufrido algún daño por este motivo”²⁰.

Referido a este tema, luego de señalar que si bien la mayoría de las normas de seguridad social no otorgan el beneficio si no se ingresaron los aportes²¹, finaliza afirmando: “aun cuando el patrono no haya pagado regularmente las contribuciones pertinentes, y que en los casos (excepcionales) en que aquellas instituciones no están obligadas a cumplir, por falta de contribución, el patrono es responsable del daño causado al trabajador”²².

Concluye en que si por el incumplimiento del deber de previsión el trabajador hubiere sufrido un daño, “el patrono tiene que indemnizarlo, cuando se le puede imputar culpa, ese deber se amplía hacia un deber de garantía; en virtud de una disposición expresa de la ley, la responsabilidad del patrono existe también sin culpa”²³.

El problema de la no registración de un trabajador impacta en su vida personal de manera directa, porque las condiciones laborales ya no serán dignas ni equitativas (art. 14 bis, primera parte, CN). El impacto en la seguridad social repercutirá no sólo en lo personal, sino también en lo social, y se incumplirán los objetivos previstos en la manda constitucional, ya que se producirá una desprotección integral de la familia (art. 14 bis, segunda parte, CN).

Es que la seguridad social se encuentra engarzada con la actividad formal de trabajo porque aquella está diseñada mediante un sistema contributivo que necesita de los aportes y contribuciones para cubrir las contingencias legalmente previstas y que no pueden desligarse tampoco del mandato constitucional y de los compromisos internacionales asumidos en materia de previsión social (Convenio N° 102 de la OIT, ley 26.678).

²⁰ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 322.

²¹ CSJN, *Fallos*: 209:13, cita una excepción conforme un precedente de la Corte donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma previsional que no otorgaba el beneficio si no se ingresaron los aportes en el caso “Giambrone de Pulido, Esterina c/Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles”, *Fallos*: 209:13, de 1947.

²² KROTOSCHIN, ob. cit., p. 322, nota 261.

²³ KROTOSCHIN, ob. cit., p. 329.

Sin dudas hay una doble vía personal derivada de los deberes que surgen del contrato de trabajo, ya que “Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público...” (art. 21 de la LCT) y surgen de la legislación laboral obligaciones legales que se imponen en el contrato que son incumplidas cuando no se registra la relación o se lo hace deficientemente.

Las indemnizaciones derogadas tenían finalidades concretas y eran independientes de las multas previstas para combatir la evasión fiscal y la regularización de la registración laboral reguladas en otras disposiciones legales, ajenas al contrato de trabajo y que no fueron derogadas.

La Ley de Empleo 24.013 tuvo por objetivo “Promover la regularización de las relaciones laborales, desalentando las prácticas evasoras”, mientras se encuentra vigente el contrato (art. 2º, inc. j, y Título II de la ley 24.013). Asimismo, la relación laboral no registrada o que lo esté de modo deficiente y se haya extinguido el vínculo (art. 1º, ley 25.323), y también prevenir la evasión fiscal (ley 25.345). A ello se suma el artículo 9º de la ley 25.013, que en caso de falta de pago en término de la indemnización por despido incausado establecía una presunción referida al artículo 275 de la LCT, cuya obligación se relaciona con el plazo del artículo 255 bis de la LCT (ley 26.593, B. O. del 26-5-2010) y el segundo párrafo de la ley 25.323.

De los deberes de previsión surge también el de realizar los depósitos de los aportes y contribuciones de la seguridad social y sindical de los que se deriva una doble vía para el patrono: la de contribuyente y la de agente de retención, con las consecuencias y la implicación de cada uno de ellos.

El deber de diligencia e iniciativa del empleador exige cumplir con las obligaciones que resulten de la ley, de los estatutos profesionales, convenciones colectivas de trabajo y de los sistemas de seguridad social. Debe realizarse de tal modo que pueda “posibilitar al trabajador el goce íntegro y oportuno de los beneficios que tales disposiciones le acuerdan”.

En tal sentido, el empleador no podrá invocar en ningún caso el incumplimiento de parte del trabajador de las obligaciones que le están

asignadas y del que se derive la pérdida total o parcial de aquellos beneficios si la observancia de las obligaciones dependiese de la iniciativa del empleador y no probase haber cumplido oportunamente de su parte las que estuviesen a su cargo como agente de retención, contribuyente u otra condición similar (art. 79, LCT).

Entonces, según Vázquez Vialard, habrá de reparar, además, los daños y perjuicios que su actitud hubiere ocasionado al trabajador²⁴.

Además, el primer párrafo del artículo 80 de la LCT, si bien reformado por el DNU 70/2023, aunque suspendido por una cautelar interpuesta por la Confederación General del Trabajo (CGT), dispone que la obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicatos a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará una obligación contractual que surge de otros dispositivos de la LCT (art. 79 y de las normas específicas de la seguridad social: 24.241, 23.661, 24.714, entre otras).

Con buen criterio Ricardo Cornaglia señala que los bienes del trabajador (entre ellos su persona) no deben sufrir detrimento alguno, por la ejecución del contrato de trabajo o en ocasión de éste. Reflexiona que “...fue en realidad el sustrato del pensamiento de los contractualistas de avanzada que a fines de siglo pasado desafiaron la estructura milenaria del Derecho Privado y aportaron con la idea de la obligación de previsión o la de seguridad y prevención, las bases de la doctrina del riesgo. A un siglo de entonces, la teoría general de la responsabilidad debió ser replanteada”.

El principio general de la indemnidad del trabajador es una de las razones de ser de la rama jurídica a la que informa y, al mismo tiempo, se transforma en fuente material normativa de aplicación obligatoria en los conflictos intersubjetivos entre empleadores y trabajadores. Por lo tanto, rescata una acción autónoma de daños y perjuicios, señalando que “Al servicio de ese conjunto de ideas está el rescate histórico de la garantía contractual de indemnidad y la jerarquización de la vía procesal de las acciones autónomas laborales de reparación *in integrum*, que se desprenden de los artículos 75 y 76 de la Ley de Contrato de

²⁴ VÁZQUEZ VIALARD, ob. cit., p. 275.

Trabajo”²⁵. En otro trabajo señala que la naturaleza laboral y autónoma de las acciones contractuales de previsión y seguridad consagran normativamente el principio de indemnidad del trabajador en la LCT, a partir de los artículos 75, 76, 178 y 195, que deben ser aplicados como parte de un sistema, que los relaciona y coordina. Y que ello determina la competencia del fuero del Trabajo a los efectos de la reparación integral del daño²⁶.

VIII. Conclusión

Con notable extravagancia la democracia representativa se permite, ahora, desregular para regular de nuevo, a pesar que se reconoce que sigue el flagelo de evasores fiscales, se crean nuevas situaciones jurídicas, sin proponer un verdadero cambio en la necesidad de registración laboral para sostener un sistema de seguridad social contributivo, que ha quedado seriamente afectado.

Los que propusieron la abrogación partieron de la base de que las normas derogadas no habían solucionado el tema de la irregularidad en la registración de trabajadores. Lo único que se advierte claro es la abrogación de una estrategia de doble vía: por un lado, las indemnizaciones para solventar los daños a las personas, y por el otro, desalentar las conductas evasoras.

Con muy poca fundamentación se decidió derogar normas sin meditar sobre su impacto inmediato y a largo plazo, sobre las personas destinatarias del derecho a la previsión y seguridad social.

La condonación de deudas, como sucede ahora con esta nueva ley, y como sucedió con cada nueva etapa política, se muestra con jactancia fundacional y novedosa: la repetición de premiar al incumplidor, desalentando a los honestos cumplidores, fomentando implícitamente la competencia desleal entre los competidores del mercado, sin vislumbrar

²⁵ CORNAGLIA, Ricardo J., *El principio de indemnidad del trabajador y la obligación de prevención y seguridad del empleador*, en J. A. 1993, N° 5845, p. 18. Del mismo autor ver *Derecho de Daños Laborales. Las acciones comunes por infortunios*, Némesis, Buenos Aires, 1992.

²⁶ CORNAGLIA, Ricardo J., *La garantía de seguridad en el contrato de trabajo y su acción autónoma laboral de reparación de daños*, en *Doctrina Laboral Errepar*, 1997, Año XIII, N° 145, t. XI, p. 885.

una solución a ese problema de evasión, aunque asegurando un punto de partida de libertad sólo para los infractores de la ley, que dañan con ello a las personas en situación de vulnerabilidad al tener una relación de trabajo sin registrar.

Sin tener demasiado cuidado en prestar atención a los antecedentes, las experiencias y sus resultados, ni a las apreciaciones en doctrina y menos de la jurisprudencia, ni a las estadísticas serias sobre judicialización, la labor de policía de trabajo, o la opinión de los actores sociales, especialmente las víctimas de la falta de registración laboral. Cuando el empleador incumple el deber de previsión (arts. 75, 76, 77 y conchs. de la LCT) se violenta el principio de indemnidad y corresponde reparar.

SOBRE LOS EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DE LAS MULTAS (SÍ, MULTAS) POR LA LEY 27.742

por NAHUEL N. ESPINILLO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre la naturaleza jurídica de las multas derogadas. III. La plena aplicabilidad del principio de la ley penal más benigna al Derecho del Trabajo. IV. Sobre la oportunidad para efectuar el planteo. V. Cita de precedentes recientes. VI. Conclusión.

I. Introducción

Uno de los aspectos más controvertidos de la ley 27.742 publicada en el Boletín Oficial² el 8 de julio de 2024 es la derogación de las multas mencionadas en el Capítulo VI del Título V, denominado *Modernización laboral*.

La idea del presente artículo es analizar las consecuencias de estas derogaciones, especialmente para aquellos pleitos que no cuenten con sentencia definitiva.

¹ Abogado (UCA), maestrando en Derecho del Trabajo (UCES, tesis pendiente), en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Universidad Austral, tesis pendiente) y en Derecho de los Negocios (UdeSA, actualmente en curso). Diplomado en Compliance y Derecho Penal (Universidad Austral) y actualmente cursando el Programa en Derecho de las Tecnologías Digitales (UdeSA). Integrante del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de San Isidro y miembro del Instituto en Derecho del Trabajo del CPACF. Profesor en la Maestría en Derecho del Trabajo (UCES) y profesor invitado en el Programa de Actualización en “Asesoramiento Legal de Empresas” (UBA), la Especialización en Derecho del Trabajo (UCSE) y “Conducción en Recursos Humanos” (UCA).

² El 35.456.

II. Sobre la naturaleza jurídica de las multas derogadas

Para examinar las consecuencias de las derogaciones antes mencionadas, lo primero que hay que analizar es su naturaleza jurídica, puesto que de esa premisa se extraerán las conclusiones lógicas.

Al respecto, lo primero que corresponde aclarar es que ninguna relevancia tiene que el legislador se haya referido a ellas como “indemnizaciones”³, toda vez que, como bien indicó el máximo tribunal, “la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan”⁴.

Incluso en los precedentes “Di Mauro”⁵ y “Espinosa”⁶ la CSJN utilizó los conceptos de “indemnizaciones” y “multas” indistintamente, como si se tratasen de sinónimos, por lo que ninguna relevancia tiene, para resolver el presente planteo, los términos que el legislador utilizó en los artículos en cuestión.

En efecto, en el primero de los precedentes puede leerse claramente que la comunicación del artículo 11 de la ley 24.013 “...no hace a la procedencia de la multa establecida en el artículo 15 del mencionado cuerpo legal, ya que ésta no se encuentra comprendida en la enumeración introducida por el artículo 47 de la ley 25.345, que reitero solamente alcanza a las multas previstas en los artículos 8º, 9º y 10 de la ley 24.013...”

En el mismo sentido, en “Espinosa” se utilizaron seis veces los vocablos “multa” y “multas”, afirmando que “...en cuanto desestima las multas de la ley 24.013 la sentencia impugnada cuenta con fundamentación sólo aparente”, y que “...tampoco es exacto el señala-

³ Por ejemplo, artículo 14 de la ley 24.013.

⁴ CSJN, “Cerigliano, Carlos Fabián c/Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. U. Polival. de Inspecciones ex-Direc. Gral. de Verif. y Control”, sentencia del 19-4-2011, *Fallos*: 334:398. En idéntico sentido, “Cello, María Mónica c/EN-Mº Seguridad. Disp. 268/09, 212/10 s/Proceso de conocimiento”, sentencia del 25-4-2023, *Fallos*: 346:347.

⁵ CSJN, “Di Mauro, José Santo c/Ferrocarriles Metropolitanos SAEL y otro s/Despido”, sentencia del 31-5-2005, *Fallos*: 328:1745.

⁶ CSJN, “Espinosa, Gustavo Carlos c/Marítima Maruba SA y otros s/Despido”, sentencia del 29-8-2019.

miento de la Cámara acerca de que no se probó la autenticidad de la notificación dirigida a la AFIP, exigida por la normativa para tener derecho a la percepción de las multas”.

A idéntica conclusión arribaron:

- (i) El doctor Juan Carlos Morando, al emitir su voto en el conocido caso “Altamirano Copello”, donde afirmó que “La denominación de esas sanciones como ‘indemnizaciones’ no altera su naturaleza, ya que no tienden a reparar daños concretos experimentados por sus titulares, sino a fomentar conductas de éstos contributivas al logro de ciertos objetivos de política social. Este tipo de estímulos indirectos a la obtención de ciertos comportamientos de las partes de un contrato no son frecuentes en nuestra legislación, pero tampoco inéditos”⁷.
- (ii) El doctor Enrique Arias Gibert, al mencionar que “...el legislador las ha denominado ‘indemnizaciones’. Del mismo modo que la rosa no está en el nombre de la rosa, el *nomen juris* no define la naturaleza jurídica de una norma, sino la sustancia de conductas humanas regladas, el bien jurídico tutelado y el tipo de mandato y consecuencia jurídica”⁸.

Otro ejemplo reciente es el precedente “Lacuadra”⁹, donde la Corte descalificó el Acta N° 2783 de la CNAT, que había utilizado como argumento para aplicar el CER, que la norma que lo creó hacía mención a que éste era una “tasa”.

Sentado ya lo abstracto de la cuestión relativa a la terminología empleada por el legislador, para definir conceptualmente a la normativa derogada, corresponde analizar su naturaleza jurídica. Como se des-

⁷ CNAT, sala VI, “Altamirano Copello, Eduardo c/Autoservicio Conning de Alicia E. Bader”, sentencia definitiva 21.435 del 25-10-94, voto del Dr. Juan Carlos Morando (en minoría).

⁸ ARIAS GIBERT, Enrique N., *Las multas de la Ley de Empleo*, en *Doctrina Laboral Errepar*, junio de 1997.

⁹ CSJN, “Lacuadra, Jonatan Daniel c/Directv Argentina SA y otros s/Despido”, sentencia del 13-8-2024. Allí, el máximo tribunal sostuvo que “...En virtud de la génesis, finalidad y forma de cálculo establecidas en las normas que lo implementaron resulta evidente que el CER en modo alguno es una tasa de interés ‘reglamentada por el BCRA’...”; es decir, analizó la naturaleza jurídica en lugar de quedarse con la terminología del legislador.

prende del título, no tengo dudas de que nos encontramos frente a la derogación de verdaderas multas que, como tales, tienen carácter punitivo.

Al respecto, es criterio del máximo tribunal que “...deben estimarse penales las multas aplicables a los infractores cuando ellas, en lugar de poseer carácter retributivo del posible perjuicio causado, tienden a prevenir y reprimir la violación de las pertinentes disposiciones legales (doctrina de *Fallos*: 184:162; 200:495; 247:225 y sus citas; 270:381; 295:307; 302:1501, entre otros); y que el carácter de infracción, no de delito, no obsta a la aplicación de las normas generales del Código Penal, como dispone el artículo 4º de ese ordenamiento (v. *Fallos*: 185:251 y sus citas; 287:76 y sus citas; y 302:1501, entre varios más)”¹⁰.

Es decir que lo relevante para determinar la naturaleza jurídica de una norma es ver si ella tiene un fin resarcitorio de un daño o, por el contrario, tiene por fin sancionar una conducta reputada como disvaliosa, atacando el patrimonio del infractor para sancionarlo por vulnerar una norma y también disuadir a otras personas de cometer idéntico acto.

Las penas civiles de carácter pecuniario constituyen agresiones al patrimonio del deudor, cuyo límite no yace en la adecuada recomposición del daño producido (que, incluso, puede no existir), sino en su proporcionalidad en base a la gravedad de la infracción cometida y al bien jurídico tutelado¹¹.

En la misma inteligencia se expidieron:

- (i) El doctor Gonzalo Barciela, al afirmar que “La obligación de causa punitiva sancionada por el artículo 5º del DNU 39/2021 se incorpora a un vasto elenco que integra el Régimen de Contrato de Trabajo: las multas de los artículos 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013, 1º y 2º de la ley 25.323, y 80, párrafo cuarto, y 132 bis, LCT. A través del artículo 5º del DNU 39/2021 el ordenamiento jurídico actúa sancionando una obligación de causa punitiva, cuando no se observa la prohibición estable-

¹⁰ CSJN, “Ministerio de Trabajo c/Estex SA s/Sumarios Min. de Trabajo”, sentencia del 14-6-2001, *Fallos*: 324:1878.

¹¹ En tal sentido, véase: CSJN, “Martínez, José Agustín s/Robo calificado s/Causa Nº 32.154”, sentencia definitiva del 6-6-89, *Fallos*: 312:826, ratificado en “Vespasini”.

cida por su artículo 2°. No repara ni sustituye, sino que agrede el patrimonio de su deudor”¹².

- (ii) La doctora Andrea García Vior, quien concluyó que “no podría conceptualizarse a tales sanciones meramente como indemnizaciones de los eventuales daños ocasionados, ya que por un lado su exigibilidad no se sujeta a la mera verificación del supuesto de hecho apuntado –clandestinidad total o parcial de la relación–; y por el otro, se percibirían en su caso, con prescindencia de que se verificara algún perjuicio. Asimismo, el mecanismo de regularización establecido en la ley 24.013 tampoco se encontraría destinado a conjurarlo en forma íntegra, puesto que aun cuando el empleador diere cumplimiento con la registración por la que se lo intimara, la misma no lograría resarcir los eventuales daños padecidos mientras durara la clandestinidad del vínculo (por ejemplo, los derivados de la falta de cobertura médica del dependiente y su grupo familiar durante dicho período)”¹³.
- (iii) El doctor Enrique Arias Gibert, quien afirmó que “En definitiva, las prestaciones a que nos referimos no son indemnizaciones, pues no tienen en cuenta el daño sino la culpabilidad del agente inculminado de la conducta reputada ilícita. Son multas que, en base al elemento subjetivo del obrar antijurídico del agente, aplican una pena”¹⁴.

Como dije, la Corte sostuvo que “...no es ocioso recordar que las multas funcionan como penas y no como indemnización, y que son sanciones ejemplificadoras e intimidatorias, indispensables para lograr el acatamiento de las leyes que, de otra manera, serían burladas impunemente (*Fallos*: 185:251 y 198:139)”¹⁵.

¹² BARCIELA, Gonzalo, *La “doble” que no es “doble”. Sobre la naturaleza jurídica y constitucionalidad de las normas establecidas en los artículos 5° y 6° del decreto 39/2021*, en *Revista de Derecho Laboral Actualidad*, N° 2021-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 317 y ss.; Rubinzal Online, RC D 68/2021.

¹³ GARCÍA VIOR, Andrea E., *La naturaleza de las multas de la Ley Nacional de Empleo y la facultad de intimar prevista en el artículo 11. Su vinculación con el instituto de la prescripción*, en L. L. 0003/400328.

¹⁴ ARIAS GIBERT, *Las multas de la Ley de Empleo cit.*

¹⁵ CSJN, “Alpha Shipping SA c/Provincia de T. D. F. A. E. I. A. S. s/Contencioso-administrativo. Medida cautelar”, sentencia del 7-3-2023, *Fallos*: 346:103.

Ninguna duda cabe de que toda la normativa derogada tenía como objetivo sancionar al empleador incumplidor. Por ejemplo, en lo relativo al artículo 45 de la ley 25.345, bastaría con la entrega (en algún momento) de los certificados de trabajo¹⁶ para que la multa perdiera virtualidad, y esto no era así. Respecto a la ley 24.013, el legislador dispuso la necesidad de una intimación previa (artículo 11), y eximentes de responsabilidad, lo cual sería impropio si se tratase de indemnizaciones, porque la conducta posterior no purga ni repara los daños anteriores; como también carecería de relevancia la intimación previa, puesto que la mora sería automática, y también indiferente al daño¹⁷.

III. La plena aplicabilidad del principio de la ley penal más benigna al Derecho del Trabajo

Como bien destacó el doctor Carlos Etala, “principalmente el Código Penal tipifica las conductas que merecen una pena, pero no es el único ordenamiento sancionatorio sino que paralelamente a él existen otros conjuntos de normas que pretenden encauzar las conductas humanas en el sentido deseado, no sólo en el ámbito del Derecho en general sino en cada una de las ramas del Derecho y por consiguiente también en el conjunto de normas que regulan las relaciones individuales y colectivas del trabajo”¹⁸.

En ese sentido, nuestro máximo tribunal nacional receptó la aplicación del principio de la ley penal más benigna¹⁹ en situaciones que

¹⁶ CNAT, sala I, “Rivero, Sofía Agustina c/Kowzef SA s/Despido”, sentencia definitiva del 9-4-2024; sala IX, “Torres, César Omar c/Watchman Seguridad SA s/Despido”, sentencia definitiva del 10-7-2024, entre muchas otras.

¹⁷ CNAT, sala V, “Ludmer, Sebastián c/Credit Suisse First Boston Argentina Trading SA y otro s/Despido”, sentencia definitiva 79.803 del 6-3-2017.

¹⁸ ETALA, Carlos Alberto, *Infracciones y sanciones en el Derecho del Trabajo*, en D. T. 2003-A-176; L. L. Online, AR/DOC/20622/2011.

¹⁹ Algunos autores sostienen la existencia conceptual de “penas privadas”, que permiten arribar a la misma conclusión que “el principio de la ley penal más benigna” sin la necesidad de “acudir a los principios, normas y garantías del Derecho Penal”, pero la realidad es que más allá de la precisión conceptual, los efectos prácticos son los mismos, y la CSJN lo ha aceptado, como se advirtió a lo largo del presente. No obstante, se recomienda: PIZZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Ins-*

ninguna relación guardaban con temas penales propiamente dichos, como son: la expulsión de migrantes decidida por la Dirección Nacional de Migraciones en virtud de un cambio posterior en la normativa en la que la Dirección fundó su decisión (obviamente, más favorable a los migrantes)²⁰, comunicaciones del Banco Central de la República Argentina²¹, resoluciones de la Secretaría de Comercio²², entre muchas otras.

En el ámbito laboral, ya en 1939 la CSJN destacó que “...Si bien la ley 11.226 no es una ley penal destinada a prevenir y castigar delitos sino una ley especial destinada a regular la industria frigorífica, las multas funcionan en la ley como penas, no como indemnización, y son sanciones ejemplarizadoras e intimidatorias indispensables para lograr el acatamiento de los preceptos legales”²³.

Incluso, en 1944, y en un caso referido a una multa impuesta a una empresa porque “...hicieron trabajar a su personal obrero en día domingo”, la Corte concluyó que “la sanción aplicada [...] es de carácter penal, pues las multas funcionan –en casos como el presente– como penas, no como indemnización...”²⁴

A idéntica conclusión se arribó recientemente, al considerar aplicable el principio de la ley penal más benigna a una multa impuesta por la SRT, advirtiendo que “En el caso, tanto al momento de formular su alegato en el sumario en trámite ante la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 314/317) como al fundar la apelación interpuesta contra la resolución sancionatoria 1553/2010 con el memorial de fs. 341/350

tituciones del Derecho Privado: obligaciones, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. II, p. 245; e idénticos autores, *Tratado de obligaciones*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I, p. 510.

²⁰ CSJN, “Pfannshmidt Morales, Claudio Guillermo c/Dirección Nacional de Migraciones s/Contencioso-administrativo. Varios”, sentencia del 27-9-2022, *Fallos*: 345:1079; y especialmente: “Yapari, Leónidas c/EN. DNM s/Recurso directo, DNM”, sentencia del 2-11-2023, CAF 063125/2017/2/RH001.

²¹ CSJN, “Banco Privado de Inversiones SA y otros c/BCRA s/Entidades financieras. Ley 21.526, art. 42”, sentencia del 11-2-2020.

²² CSJN, “Cartellone, José Gerardo y otro s/Legajo de apelación”, sentencia del 17-12-2019.

²³ CSJN, “Frigorífico Anglo SA c/Junta Nacional de Carnes”, sentencia del 7-8-39, *Fallos*: 185:251.

²⁴ CSJN, “Lázaro Rabinovich e Hijos”, sentencia del 31-3-44, *Fallos*: 198:139.

vta. (en especial, Capítulo IV.5), el recurrente había invocado el principio de la ley penal más benigna a fin de que la infracción imputada fuera calificada según la normativa vigente al momento de la decisión, que impuso la obligación de realizar las audiometrías con frecuencia anual (resolución SRT 37/2010) y que derogó la legislación en vigor al momento de la comisión de los hechos que la establecía en forma semestral (resolución SRT 43/97)”²⁵.

Además, reitero que lo relevante no es la materia discutida, sino el fin de la normativa para advertir si se trata de una multa o no. Por último, tampoco hay disposición o principio que permita excluir a la materia laboral de la normativa general, y menos aún en un tema tan trascendente como éste.

IV. Sobre la oportunidad para efectuar el planteo

Atento a la importancia del principio de la ley penal más benigna, la CSJN recordó que “Los efectos de la benignidad normativa en materia penal se operan de pleno derecho, es decir, aun sin petición de parte”²⁶. Incluso, y ante su mera invocación, el máximo tribunal ordena la inmediata suspensión del proceso puesto a su conocimiento, y la remisión “...ante el juez de la causa...” para ver si “...se verifica un supuesto de ley penal más benigna”²⁷.

En este sentido, basta con que el pleito no tenga sentencia definitiva para que pueda plantearse la cuestión.

²⁵ CSJN, “Superintendencia de Riesgos del Trabajo c/Shell Argentina de Petróleo SA”, sentencia del 1-8-2013 (voto de la Dra. Carmen Argibay, coincidente con la mayoría que consideró procedente el recurso de la SRT).

²⁶ CSJN, “Palero, Jorge Carlos s/Recurso de casación”, sentencia del 23-10-2007, *Fallos*: 330:4544. En idéntico sentido: *Fallos*: 277:347; 281:297; 321:3160, entre otros.

²⁷ CSJN, “Hipódromo Argentino SA y otros s/Infracción ley 24.144”, sentencia del 12-8-2021. En idéntico sentido: “Cartellone, José Gerardo y otro s/Legajo de apelación” y “Banco Patagonia SA y otros s/Infracción ley 24.144”, sentencias del 17-12-2019; “Banco Privado de Inversiones SA y otros c/BCRA s/Entidades financieras. Ley 21.526, art. 42”, sentencia del 19-6-2019; “Banco Privado de Inversiones SA y otros c/BCRA s/Entidades financieras. Ley 21.526, art. 42”, sentencia del 15-5-2018; “Socotherm Américas SA y otros s/Infracción ley 24.144”, sentencia del 10-4-2018, entre muchas otras.

V. Cita de precedentes recientes

A fin de facilitar la tarea del lector, entiendo oportuno reseñar las sentencias que, hasta el momento, se expidieron al respecto.

A favor del planteo aquí efectuado:

1. “Piñal, Leandro Roberto c/Organización Coordinadora Argentina (OCA SRL) y otros s/Ordinario. Despido”²⁸.
2. “Alves, Ramón Alejandro c/Bernardi, Juan Manuel s/Laboral”²⁹.
3. “Romero, René Facundo c/Cauda, Gabriel Alberto y otros s/Cobro de pesos. Rubros laborales”³⁰.

Los argumentos son similares a los aquí expuestos, por lo que entiendo innecesario reiterar conceptos.

En contra del planteo aquí efectuado:

1. “Correa Baier, Miguel Ángel Francisco c/Gallo, Julián y otro s/Indemnización”: “Ahora bien, al momento de merituar una norma, cualquiera sea su índole, la primera fuente de interpretación a emplear es la propia letra de la ley (CSJN, *Fallos*: 316:1247; CSJN, *Fallos*: 314:1018; CSJN, *Fallos*: 324:2780). Por ello, resulta indispensable citar los textos de dichas normas derogadas, de donde expresamente surge cuál es su verdadera esencia jurídica”, y, luego de transcribir las normas que hacían referencia a indemnizaciones, se concluyó que “Claro está que el legislador, a lo largo de los años y en diferentes leyes, escogió tipificar a estos créditos como verdaderas indemnizaciones laborales, lo cual me exime de efectuar mayores comentarios”³¹. Luego, se citaron los precedentes “Di Mauro” y “Espinosa”, mencionados precedentemente, afirmando que, a su criterio: “...Este criterio interpretativo –considerando a la naturaleza ju-

²⁸ CCCTrab. y Fam. de Bell Ville, sentencia definitiva del 11-3-2024, Rubinzal Online, RC J 2279/24.

²⁹ JCCLab. de Puerto Iguazú, sentencia definitiva del 1-8-2024, Rubinzal Online, RC J 7656/2024.

³⁰ CCCLab. de Rafaela, sala I, sentencia definitiva del 7-8-2024, Rubinzal Online, RC J 7982/24.

³¹ JLab. Nº 1 de Corrientes, sentencia definitiva del 1-8-2024, Rubinzal Online, RC J 7916/24.

rídica de dichos institutos como verdaderas indemnizaciones— es seguido por la CSJN en los precedentes”.

Al respecto cabe remitirse a lo dicho al comienzo respecto a que poco importan los términos utilizados para el legislador. Respecto al segundo punto, me remito a las consideraciones realizadas ut supra respecto a lo resuelto por el máximo tribunal en los precedentes mencionados, donde se utilizaron indistintamente los términos “multas” e “indemnizaciones”, por lo que la interpretación resulta evidentemente equivocada.

Por otro lado, también sostuvo —aunque de manera harto dogmática— que en “...el ámbito del Derecho del Trabajo, las indemnizaciones son tarifadas, es decir, no realizan la cuantificación precisa del daño efectivamente sufrido”. Si bien la cuestión de la eventual tarifación de algunas indemnizaciones es una cuestión ajena al presente análisis, alcanza con afirmar que lo afirmado es un silogismo, porque en ningún momento se explica por qué serían indemnizaciones, salvo por la cuestión terminológica.

2. “Valles, Gisel Elizabeth c/Aloo SA s/Ordinario. Despido”³²: en este precedente, además de caer en el error terminológico antes mencionado, se afirmó que “No hay en el RCT-LCT, ni en la demás normativa mencionada, una sola mención a multas. Y ello es lógico, porque las multas las aplica el Estado y son en su beneficio, no del trabajador”.

Al respecto, cabe recordar que el beneficiario de una multa es indistinto para calificarla como tal. Sin perjuicio de remitirme a los precedentes de la Corte antes citados, entiendo oportuno reiterar algo que escribimos hace algunos años con Claudio Aquino, donde afirmamos que “...los sistemas de atribución de responsabilidad corporativa (ya sea en materia penal, civil, laboral o administrativa) descansan sobre la idea de que las empresas —en cierto punto— están mejor posicionadas que el propio Estado para investigar las irregularidades que se dan en el marco

³² CTrab. de Córdoba, sala II, sentencia definitiva del 13-8-2024, Rubinzal Online, RC J 8294/24.

de sus operaciones, estableciendo un sistema de incentivos para que las compañías investiguen, por sí mismas, el posible accionar delictivo de sus dependientes (entre otras personas) y cooperen con el Estado para su eventual juzgamiento. Dentro de nuestra particular rama del Derecho tenemos el claro ejemplo de la Ley Nacional de Empleo (24.013), que le impone al trabajador la carga de denunciar la irregularidad a la AFIP ‘no después de las 24 horas hábiles siguientes’, como requisito para hacerse acreedor de determinadas sumas de dinero”³³.

Por último, y en un argumento que demuestra la confusión respecto a indemnizaciones y multas, se afirmó que “...con ese criterio, hasta la indemnización por un despido dispuesto incausadamente, devendría también una sanción al empleador por ejercer una facultad que el ordenamiento le permite, pero que sanciona...”

Sobre la inexistencia de un derecho a despedir, la cuestión no es tan simple como se plantea en la sentencia³⁴, pero escapa al presente análisis. Lo que no se escapa es el yerro de la mención de que, siguiendo la lógica expuesta a lo largo del presente análisis, el despido también sería una sanción. De hecho, basta con leer la propia jurisprudencia de la CSJN para arribar a la conclusión contraria, y también con advertir la posibilidad de reclamar daños ajenos a la tarifación del artículo 245 de la LCT, como puede ser un daño moral, para advertir el yerro de la dogmática mención.

Aparte, a efectos de valorar la indemnización antes mencionada, es indiferente la conducta del empleador, que sí puede analizarse para otras cuestiones (ej.: para calificarla de maliciosa o temeraria). Incluso, en este supuesto, tampoco es necesaria ninguna intimación, porque la mora es automática, a diferencia de la normativa derogada.

³³ AQUINO, Claudio y ESPINILLO, Nahuel N., “Compliance” como una manifestación ética y constructiva del Derecho del Trabajo, en L. L. del 27-12-2022.

³⁴ Por ejemplo, ver el considerando 15 del voto del Dr. Horacio Rosatti en CSJN, “Varela, José Gilberto c/Disco SA s/Amparo sindical”, sentencia del 4-9-2018, Fallos: 341:1106.

VI. Conclusión

Como aspecto final, entiendo oportuno destacar que, independientemente de la opinión que a cada uno le merezca la ley 27.742 en general, y especialmente los aspectos relativos a la derogación de las multas, no hay forma de aplicar normativa derogada para los juicios futuros, puesto que, como bien destacó el doctor Juan Vicente Sola: “...los jueces no podrían restablecer la vigencia de una norma derogada de carácter sancionatorio”.

Respecto a los juicios en trámite, dependerá de si se comparte o no el criterio aquí expuesto respecto a la naturaleza jurídica de la normativa derogada³⁵.

El debate recién comienza...

³⁵ FORMARO, Juan J., *La aplicación temporal (art. 7º, CCC) de la reforma laboral (ley 27.742)*, en Rubinzal Online, RC D 435/2024, del 23-7-2024.