

Dossier de Actualidad

Derecho del Trabajo

Nº 01 / Marzo 2024

Directores: Mario Daniel Stolarczyk y Guillermo Unzaga Domínguez



Foto de Arron Choi en [Insplash](#)

DNU 70/23 - Análisis y Crisis

Escriben en la presente edición:

Sergio Arce

Irilo E. C. Carril Campusano

Clarisa de Arce

Daniela Ducros Novelli

Aldana Fabiche

Analía V. García

Eduardo Lantella

Mariano Natale

J. Facundo Rodríguez Ponte

J. Facundo Temperoni

Guillermo Unzaga Domínguez

1. PRESENTACIÓN

- 1.1. Dossier de actualización -Derecho del Trabajo - DNU 70/2023
Por Mario D. Stolarczyk..... 3

2. DOCTRINA

- 2.1. El DNU 70/2023 y los honorarios profesionales de los abogados de la provincia de Buenos Aires
Por Sergio Arce 8
- 2.2. Inconstitucionalidad, inconventionalidad e irracionalidad de la 'derogación' de las indemnizaciones agravadas previstas por las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 por el DNU 70/2023
Por Irilo E. C. Carril Campusano..... 15
- 2.3. Acerca de las modificaciones procesales que pretende imponer el DNU 70/23
Por Clarisa de Arce 33
- 2.4. El DNU 70/23 y la habilitación colectiva de la creación de un fondo de cese laboral
Por Daniela Ducros Novelli..... 42
- 2.5. Una regresión de los derechos de las personas que trabajan: el art. 245 Bis ¿Agravamiento o desgravamiento a favor del empleador? Cuando el estado discrimina habilita a discriminar
Por Aldana Fabiche 57
- 2.6. Los arts. 276 y 277 de la LCT y el DNU 70/2023
Por Analía V. García 65
- 2.7. ¿Puede admitirse la validez parcial del DNU 70/2023?
Por Eduardo Lantella..... 74
- 2.8. El derecho asimétrico
Por Mariano Natale 79
- 2.9. El nuevo viejo período prueba
Por J. Facundo Rodríguez Ponte 87
- 2.10. El despido discriminatorio a la luz del decreto de necesidad y urgencia 70/2023
Por J. Facundo Temperoni 95
- 2.11. El fondo de cese laboral contemplado en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo conforme al DNU 70/2023
Por Guillermo Unzaga Domínguez..... 105



Dossier de actualización - Derecho del Trabajo - DNU 70/2023

POR MARIO D. STOLARCZYK¹

[MJ-DOC-17646-AR](#) | [MJD17646](#)

En primer lugar, agradezco a Microjuris Argentina por invitarme a co-dirigir, junto al Dr. Guillermo Unzaga Domínguez, esta edición especial que tratará algunos aspectos de la reforma al sistema legal que compone el orden público laboral.

En fecha 20/12/2023, se publicó en el Boletín Oficial, el D.N.U. 70/23, denominado «Bases para la reconstrucción económica Argentina», dictado por el Poder Ejecutivo Nacional; entrando en vigencia en fecha 29/12/2023. El mismo produce mo-

dificaciones en distintas regulaciones de nuestro derecho positivo, abarcando un abanico múltiple de materias que afectan distintos ámbitos de la vida de los ciudadanos, como ser desregulación económica, energía, locación de bienes inmuebles, salud, telecomunicaciones, reforma del estado, autonomía de la voluntad y relaciones del trabajo. Este último tópico será el objeto de esta edición.

La norma produce derogaciones y modificaciones de diferentes regulaciones con-

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la U.N.L.Z. (5/8/1995). Juez en del Tribunal de Trabajo N° 5 departamento judicial de Quilmes. Docente de Pos Grado Universidad Católica Argentina, La Plata. Co Autor ante proyecto ley 15.057. Egresado de la escuela judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Docente de Post Grado Fundación Cijuso. Docente invitado en grado, Comisión de Derecho Procesal del Trabajo, facultad de derecho de la UBA, titular Dr. Mariano Alejandro Darío Natale. Director académico Curso pos grado 'Riesgos del Trabajo, Comisiones Médicas y Acceso a la Justicia', Univ. Nacional de Mar del Plata (UNMDP) - 2022. Director académico Curso pos grado 'Riesgos del Trabajo, Comisiones Médicas y Acceso a la Justicia' - Colegio de Abogados de Junín y Univ. Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNOBA) - 2023. Director académico en Diplomatura 'Institutos del Derecho del Trabajo y Riesgos del Trabajo' - UCALP (sede Bernal) y Colegio de Abogados de Quilmes. Miembro de la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Trabajo de la Prov. de Buenos Aires (AMATRA Bs As). Presidente de la Fundación Iniciativa para El Conocimiento - años 2002 - 2017. Conferencista y Publicista.

tenidas en distintas leyes que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores. Dicha afectación, entre las más relevantes, trasunta por la creación de un nuevo sistema para registrar los contratos de trabajo, la derogación de las mal denominadas «multas», —se trata de indemnizaciones agravadas— contenidas en las leyes 24.013; 25.013, 25.353 y 25.345; la extracción del régimen laboral a los contratos de contratación de servicios de obra o contratos de agencia regulados por el Código Civil y Comercial de la Nación y en ese orden de ideas modifica el art. 23 de la ley de general de fondo extrayendo a aquellos, de la doctrina, construida todo este tiempo, en torno al principio que enuncia la norma respecto que prestación de tareas presume la existencia de un contrato laboral, igualmente, modifica la ley de contrato de trabajo en cuanto a la disposición de la aplicación de la norma más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación de la misma o en la producción de la prueba, colocando una valla, cual es la existencia de una duda insuperable subsistente al agotar todos los medios de investigación al alcance del juez; por otro lado, introduce una sutil modificación al principio de irrenunciabilidad contenido en el art. 12 de la ley de contrato de trabajo y le otorga prevalencia a la autonomía de la libertad en las convenciones alcanzadas entre el trabajador y el empleador, incluso para disolver el vínculo laboral; extiende el denominado periodo de prueba de 3 a 8 meses; en cuanto a la jornada laboral, habilita para que mediante negociaciones colectivas se pacten esquemas extensivos de horas extras, banco de horas, francos compensatorios, etc; la norma en examen, de manera novedosa, incorpora expresamente una serie de situaciones que pueden ser invocadas por los empleadores como causa

justificada del despido como ser: La participación en bloqueos o tomas de establecimiento o cuando a tenor de la participación en huelgas se afecte la libertad de trabajo de quienes no participan de las medidas de fuerza, se impida u obstruya el ingreso de personas o cosas al establecimiento; o se ocasionen daños en personas o cosas de la empresa o de terceros; en materia de indemnización por despido, se incorpora en el texto del art. 245 de la L.C.T., el mecanismo de cálculo fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el antecedente «Vizzoti» y se quita de la base de cálculo la consideración del sueldo anual complementario o cualquier otro complemento del salario como premios, bonos, uso de celulares, etc, esto alterará la doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y otros distritos que a diferencia de la Justicia Nacional del trabajo, mediante el conocido plenario «Tulosai», ya fallaba en tal sentido; introduce en la ley laboral, la indemnización agravada en aquellos despidos que los jueces consideren motivados razones de orientación sexual, nacionalidad, religión, etnia, raza,, sexo, identidad de género, ideología u opinión política o gremial, fijando para ello un monto que ira entre 50 y 100% de la fijada en el art. 245 de la ley, la cual deberá ser graduada prudentemente por los magistrados; en el campo de las novedades, introduce aquello que, en tiempos de campaña electoral, de denominó «sistema Uocra», permitiéndose mediante acuerdo colectivo reemplazar el sistema indemnizatorio actual de despido por un «fondo de desempleo o sistema de cese laboral» que se financiará con un aporte cargo de manera exclusiva por el empleador y que en ninguna caso no podrá superar el 8% de la remuneración mensual del trabajador, así como igualmente habilita al empleador a contratar un sistema privado

de capitalización que le permita financiar el pago de las indemnizaciones por despido o aquellas gratificaciones que se acuerden a la disolución del contrato en el marco del mutuo acuerdo previsto en el art. 241 de la L.C.T.; en materia de teletrabajo modifica el régimen de reversibilidad, autorizándolo solo mediante acuerdo de partes; incorpora un sistema de contratación autónoma por fuera de la ley de contrato de trabajo para aquellos que desarrollen emprendimientos productivos y contraten hasta cinco personas, que califica como colaboradores, quitándoles a estos últimos el ropaje de trabajadores y el sometimiento de la actividad de los mismos al orden público laboral; reglamenta el derecho a huelga estableciendo determinadas actividades como la educación, los servicios de salud y sanitarios, el Transporte marítimo, fluvial, terrestre y subterráneo de personas, entre tantas otras que describe, como de carácter esencial, debiéndose asegurar en tales casos la prestación mínima del 75% de tales servicios y finalmente, entre las distintas modificaciones que propugna el decreto de necesidad y urgencia que trata esta obra, no se puede dejar de mencionar la modificación introducida al art. 276 de la L.C.T., por medio del cual se habilita a la actualización y/o repotenciación y/o indexación de los créditos provenientes de las relaciones individuales del trabajo, dejando de lado, sin derogar, la prohibición contenida por la ley 23.928, de la época del 90´ conocida como «ley de convertibilidad»; la reforma, no permite cualquier actualización de dichos créditos sino que le establece un techo fijado en no poder superar el valor que resulte de calcular el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual, disposición que queda establecida como de orden público.

De los fundamentos que propugna la reforma que propone el D.N.U., la justificación de la reforma del derecho laboral, la encontramos sustentada; en «Que el empleo formal en el sector privado se mantiene estancado en 6 millones de puestos de trabajo desde esa fecha, lo que ha provocado la anómala e inaceptable situación de que el empleo informal supere al formal en un 33%»; que ello ha llevado a salarios a niveles históricamente bajo, en el orden de los 300 dólares billetes estadounidenses mensuales, llevando a un nivel seis veces inferior a la época de la convertibilidad, desde ya, no se aclara a qué grupo de trabajadores responde esos montos, atribuyendo culpas al gobierno saliente sostiene, ello ha llevado a 45% de trabajadores en estado de pobreza y 10% de indigencia; en otro párrafo sostiene que «Que el grave cuadro descrito obliga a tomar en forma inmediata decisiones drásticas, que ayuden a poner en marcha el país a través de la liberación de fuerzas productivas, hoy maniatadas por regulaciones cuyo fracaso es patente.»; y en atención de ello y para alcanzar el objetivo propuesto enuncia una serie de normativas que merecen modificación; citando respecto de las relaciones de empleo, concretamente que «Que se modifican las Leyes Nros. 14.250, 14.546, 20.744 (t.o.1976), 23.551, 24.013, 25.345, 25.877, 26.727, 26.844 y 27.555 y se deroga la Ley N° 25.323, a los efectos de mejorar y simplificar los procesos de registración, darle seguridad jurídica a la relación laboral, aumentar el período de prueba, redefinir la procedencia de los descuentos salariales convencionales, autorizar a las convenciones colectivas a explorar mecanismos de indemnización alternativos a cargo del empleador, tal como se ha implementado en algunas actividades, revisar los criterios de ultractividad y evitar los bloqueos de activi-

dades productivas. Que, en adición a ello, se ofrece un mecanismo para que los trabajadores independientes puedan operar un sistema flexible de colaboradores de hasta CINCO (5) personas.»

Desde dictado del D.N.U. 70/23 a la publicación de esta edición especial, se han producido y se están por producir, ciertas circunstancias jurídicas que, por un lado, llevan al debate si el título IV —de las relaciones laborales— del D.N.U., se encuentra vigente y en qué medida y, por el otro, podría dar por tierra con el mismo.

Veamos, en el primer caso, en la causa «Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de Amparo», la sala de feria de la Cámara Nacional del Trabajo dictó la invalidez constitucional de tal título y su inaplicabilidad. Además, los jueces de feria dispusieron que la sentencia sea considerada como de incidencia colectiva o de clase. Esto implica, conforme lo dispuso la C.S.J.N en el precedente «Halabi, Ernesto c/PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/amparo ley 16.986» que una sentencia determinada, tenga efectos para todos los ciudadanos que padecen el mismo problema, sin tener que iniciar un proceso judicial. En tal sentido, la Cámara ordenó la inscripción del fallo en el registro de sentencias colectivas creado por el cívico tribunal nacional a tal efecto. Sin embargo, está abierta la discusión respecto a si su dictado obliga a todos los tribunales de justicia del país, o no. A modo de ejemplo, la Cámara del trabajo de Viedma, en la causa «Ponce, María de los Ángeles c/Emprendimiento Crown s/Ordinario»; sin desconocer el fallo de la CNAT y a sabiendas que queda abierto el debate sobre la constitucionalidad del D.N.U. 70/23, consideró que la reforma que introduce el art. 84 modificadorio del

art. 276 de la L.C.T., se halla vigente y resulta aplicable.

Otra situación jurídica que se podría producir y no podemos desconocer en el tema, es que se halla conformada la comisión bicameral, contemplada en el art. 100 Inc. 12 y 13 de la Constitución Nacional y regulada la ley 26.122 y que resulta el órgano responsable de otorgar o no, validez a los decretos de necesidad y urgencia dictados de conformidad con el art. 99 Inc. 3 de la Constitución Nacional y la Honorable Cámara de Senadores, rechazo la validez del D.N.U. y ahora resta el tratamiento en la Honorable Cámara de Diputados, que, de votar en el mismo sentido que lo hicieron los senadores todo el debate en torno de la misma quedaría concluido, pero si votase en contrario, el decreto de necesidad y urgencia quedaría convalidado.

Sin embargo, conforme los 10 puntos establecidos por el presidente de la Nación para el denominado «pacto de Mayo», que propone un acuerdo con las provincias, en diez temas considerados como políticas de estado, uno de ellos resulta, justamente, la reforma de las normativas laborales, lo cual imagino bien podría ubicarse en la misma línea que intenta regular el título IV del D.N.U. 70/23; Por tanto, aun cuando el trabajo que contempla esta edición especial quede invalidado judicialmente para el colectivo, (y aquí se abre otro debate, en tal caso a que colectivo abarcaría, si solo a los trabajadores afiliados a los sindicatos agrupados en la CGT o a todos los trabajadores del país) o por decisión conjunta de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, invalidando la norma de necesidad y urgencia en su totalidad, el debate no se encontrará concluido, sino por el contrario absolutamente abierto.

Sentado ello, esta obra solo intenta analizar algunos aspectos temáticos que, en materia laboral, establece el decreto de necesidad y urgencia. Así, la Dra. Ducros Novelli, nos introduce en la incidencia de la sentencia colectiva y la creación de un fondo de cese laboral; instituto este que, desde una óptica diferente, también encara el Dr. Unzaga Domínguez. La Dra. de Arce, trae a estudio las modificaciones procesales que impone la norma en examen. La Dra. García examina la regulación de los arts. 276 y 277 de la Ley de Contrato de Trabajo, en la modificación que le produce el decreto del ejecutivo nacional, bajo la óptica de una norma que nace inconstitucional; mientras que el Dr. Lantella, analiza la misma modificación, pero desde la óptica de su aplicación inmediata. Los Dres. Fabiche y Temperoni, analizan, desde distintas perspectivas, la cuestión del despido en situación de discriminación que la norma, en análisis, incorpora a la ley laboral de fondo mediante el art. 245

Bis. El Dr. Rodríguez Ponte, posa su ojo jurídico sobre la modificación del periodo de prueba. El Dr. Carril Campusano coloca en crisis las derogaciones del sistema normativo compensatorio en materia de trabajo no registrado, que regulan las leyes 24.013, 25.323 y 25.345. El Dr. Arce nos presenta una cuestión novedosa relacionada con el pago, en hasta 12 cuotas, de las sentencias judiciales en materia de derecho individual del trabajo. Concretamente, si los honorarios de los profesionales intervinientes pueden ser incluidos en dicho beneficio para el condenado en costas; Finalmente el Dr. Natale, se aboca a la modificación del art. 9 de la L.C.T. y la modificación de la consideración de la duda; produciendo una variación en la doctrina construida hasta hoy en torno de la norma.

Por último, agradezco la confianza depositada en este trabajo y espero que resulte para los lectores de la utilidad esperada por esta dirección.



El DNU 70/2023 y los honorarios profesionales de los abogados de la provincia de Buenos Aires

POR SERGIO ARCE¹

[MJ-DOC-17658-AR](#) | [MJD17658](#)

Sumario: I. Introducción. Los honorarios y el pago de la sentencia en 12 cuotas. II. Gravedad de la reforma del art. 277 LCT. Derechos afectados. III. La disminución de los honorarios profesionales y el acceso a la justicia de los trabajadores.

I. INTRODUCCIÓN. LOS HONORARIOS Y EL PAGO DE LA SENTENCIA EN 12 CUOTAS

Mediante el DNU 70/2023, publicado en el Boletín Oficial el 21/12/2023 se han intentado introducir graves reformas perjudiciales no solo para los derechos de las personas que trabajan, sino también para los abogados que representamos los intereses de las mismas.

Es así que, el artículo 85 del DNU modificatorio del artículo 277 de la LCT respecto del pago en juicio en su parte pertinente dice:

«Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce (12) cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas con-

¹ Abogado. Profesor Universitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Morón. Integrante de las Comisiones de Derecho Laboral de la FACA y del Colproba. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo de la Capital Federal. Director Académico de la Diplomatura en Derecho del Trabajo Práctico de la Universidad Nacional de la Patagonia. Autor de libros y artículos de doctrina sobre la materia

forme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley». La pretendida modificación del artículo 277 LCT, importaría un grave perjuicio no solo para los trabajadores vencedores en un juicio laboral, sino también para sus abogados, ya que habilita a que las personas humanas y las jurídicas PYMEs, ante una sentencia judicial laboral condenatoria, puedan acogerse al pago total de la misma en hasta un máximo de doce cuotas mensuales consecutivas.

Entiendo que de aplicarse tal disposición afectaría los honorarios profesionales, pues, el artículo específicamente se refiere al «pago total» de la sentencia condenatoria. Por lo cual podría interpretarse que el pago al que hace referencia incluye las costas, es decir, los honorarios de los abogados que participaron en el expediente.

Corresponde recordar, que, en fecha, 30 de enero de 2024, la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, ha dictado sentencia definitiva en los autos: CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCIÓN DE AMPARO —Expte N° 56862/2023— mediante la cual se ha resuelto declarar la invalidez constitucional del Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2023, por ser contrario al art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional.

La sentencia, entiendo, posee efectos respecto de todas las jurisdicciones del país, en virtud de la naturaleza del litigio, tratándose de una acción colectiva (de clase), y dado la representación que ostenta la CGT, y por tratarse de una sentencia definitiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sin perjuicio de ello, luego de la sentencia, se han escuchado distintos planteos contrarios sobre los alcances de dicha normativa en otra jurisdicción que no sea la de la Ciudad de Buenos Aires. Entre otros argumentos, que esta parte claramente no comparte, es que la no aplicabilidad derivaría de que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, al no ser un Tribunal Federal, no tiene facultad para resolver para todo el territorio de la Nación. Sumado a ello los posibles escenarios al respecto, entre los que pueden señalarse el recurso extraordinario presentado por el Estado Nacional con resolución pendiente por parte de la SCJN, y además los trascendidos que señalan que el texto de la pretendida reforma podría ser presentado como proyecto de ley para ser tratado por el poder legislativo.

Todo lo explicado conlleva a continuar analizando y rechazando todos los términos de la reforma laboral peyorativa en general, y en particular a lo que a los honorarios profesionales de los abogados atañe, la reforma del artículo 277 LCT, que en el presente escrito abordo.

II. GRAVEDAD DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 277 LCT. DERECHOS AFECTADOS

La aplicación del artículo 277 LCT modificado por el DNU 70/2023 afectaría derechos de raigambre constitucional, tales como el derecho de propiedad y trabajo de los abogados, limitando su derecho a trabajar y disminuyendo sus honorarios de naturaleza alimentaria, como asimismo el derecho de los trabajadores a la percepción íntegra de

los rubros derivados de la sentencia, incluidos los abogados trabajadores en relación de dependencia.

Es así que la directiva inconstitucional del artículo 277 modificado, viola el derecho de propiedad del trabajador y de su abogado y contradice el principio de integridad del pago.

La pretendida reforma licuaría el crédito alimentario del abogado por honorarios como el de su cliente por capital, intentando justificarse tal medida con la aplicación de un ajuste con tasas que resultan además arbitrarias y confiscatorias.

Y no solo hablamos de afectación de los honorarios determinados (regulados) por el Tribunal, sino que, de abonarse el capital de condena en 12 cuotas, ello también afectaría el derecho a percibir el pacto de cuota Litis homologado. En dicho sentido, ante el pago del capital en cuotas, el porcentaje del pacto será deducido en cada una de las cuotas en que se abone el capital. Es decir, el pacto de cuota Litis corre la suerte del capital en cuanto a la forma de pago de manera ineludible.

Por otro lado, cabe resaltar que la norma se refiere a 12 cuotas «mensuales consecutivas», pero no determina que las mismas deben ser iguales. Lo que agrava el escenario perjudicial que la norma prevé. Ello es así atento a que la desigualdad de las cuotas podría generar mayor desvalorización del crédito si las últimas en abonarse son de mayor cuantía que las más cercanas en el tiempo.

Con lo cual se disminuye de manera arbitraria e inconstitucional el crédito del actor en un juicio laboral y la retribución del abogado laboralista por su labor en el expediente.

La disposición que sin dudas en su redacción y en el cumulo de infinidad de reformas que contiene el DNU, oculta su intención, propicia la percepción de honorarios regulados, como del pacto de cuota Litis en cuotas, resultando ello arbitrario y violatorio del derecho a una retribución justa.

Recordemos que el mismo 14 bis de la Constitución Nacional, determina que el trabajo «en todas sus formas» gozará de la protección de las leyes. Pues, el trabajo de los abogados es retribuido mediante honorarios profesionales regulados y asimismo acordados con el cliente por pacto de cuota Litis, los que hoy se encuentran en riesgo con la medida que toma el DNU 70/2023 en la nueva redacción del artículo 277 LCT (art. 85).

Reitero, hablamos del trabajo de los colegas, y de su retribución devengada, ya que el primero es la causa del segundo, causa en los términos del art. 726 CCCN.

Además, la propiciada afectación de los honorarios del abogado laboralista y principalmente del pacto de cuota Litis vulnera el acceso a la justicia de los trabajadores.

En este marco, y más aun tratándose de derecho laboral, se impone reconocer que en la mayoría de los casos la opción de firmar un pacto de cuota litis es la única posibilidad que tiene el trabajador de acceder al asesoramiento y asistencia letrada, toda vez que, ante la imposibilidad de hacer frente a los gastos que implica el inicio de una demanda judicial, pactar con el profesional un porcentaje sobre el éxito de la gestión le garantiza la posibilidad de acceder a la instancia judicial con patrocinio profesional. Y restringir el derecho

a la percepción de ese pacto, atenta no solo contra los intereses de los abogados sino también contra el derecho del acceso a la justicia. Así se ha expresado en la SCJBA cuando sostuvo que «El honorario constituye la justa retribución al profesional por los trabajos cumplidos, lo que importa que de ser equitativa y prudente» (SCBA, agosto 1994, *Brescia María del Carmen c/Ugalde Roberto L.*) DJBA, 148-807). Por su parte, la CSJN ha sostenido que «La causa de la obligación de pagar los honorarios está dada por el servicio prestado por el profesional en un proceso judicial (CSJN, 28/07/94, *Moschini José c/Estado Nacional*) La ley 1994-E-217).

Por otro lado, la normativa al contener disposiciones de carácter procesal avanza sobre facultades delegadas a las Provincias. Y digo ello, sin olvidar que la Corte Suprema en reiteradas ocasiones ha entendido válida la inclusión de disposiciones procesales (como las que tiene el artículo 277 LCT hoy, no modificado por el DNU) no vulnerando atribuciones de las provincias, con el argumento que dichas inclusiones procesales en el derecho de fondo resultarían imprescindibles para garantizar la efectividad de las restantes normas contenidas en el ordenamiento material. Pero este no es el caso. Ya que la limitación del pago de honorarios en cuotas no viene a garantizar ningún derecho de fondo, sino más bien, viene a generar un beneficio inentendible para el condenado, y un perjuicio serio para los abogados laboristas.

La disposición contradice la normativa provincial de orden público, la ley 14.967, que dispone que los honorarios deben considerarse como remuneraciones por el trabajo personal de los abogados, y poseen carácter alimentario. Además, los mismos se rigen por las disposiciones de dicha normativa que, reitero, es de orden público, en función de la necesaria participación para el adecuado servicio de Justicia, de aplicación exclusiva y excluyente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la proyección temporal del daño que puede generar la norma en análisis, atento a que por ser de carácter procesal los operadores podrían pretender su aplicación incluso a procedimientos nacidos con anterioridad a su sanción.

Recordemos que esta discusión también se dio con la sanción de la ley 14.967 que derogó el dec.-ley 8904/77, introduciendo importantes cambios en las disposiciones arancelarias para abogados bonaerenses. Generó al comienzo de su vigencia dudas sobre su aplicación a procesos en trámite, ya que el art. 61 de la ley establecía que «las disposiciones de la presente ley se aplicarán a todos los procesos en que, al tiempo de su promulgación no exista resolución firme regulando honorarios».

No obstante en ese caso, ello fue observado por el Poder Ejecutivo en el decreto de promulgación, esgrimiendo fundamentos que sin dudas se aplican a la posible pretensión de aplicar el pago en cuotas de honorarios en virtud del DNU 70/2023 a juicios que se encuentran en trámite: «Que lo prescripto por el artículo citado puede afectar derechos adquiridos, debido a que los honorarios de los profesionales se devengan por etapas, por lo que disponer la aplicación retroactiva de la norma podría vulnerar dichos derechos»; «Que desde el comienzo del trabajo profesional el abogado adquiere derecho sobre los mismos, esto puede inferirse desde que existe la posibilidad de obtener una regulación

y cobro parcial»; «Que incluso su aplicación podría entorpecer el funcionamiento del sistema de administración de justicia y el ejercicio de la abogacía»; «Que corresponde establecer pautas claras y uniformes, para evitar colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad jurídica»; «Que lo prescripto implicaría una aplicación retroactiva de la norma, pretendiendo regir etapas concluidas durante la vigencia de una norma por una ley sancionada con posterioridad a su cierre, situación prohibida constitucionalmente»; entre otros.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires dictó el fallo «Morcillo», en el que analizó en particular el tema, fijando como criterio que, en los casos de tareas cumplidas bajo el régimen derogado, debían utilizarse las pautas allí instituidas. Por ello reguló los honorarios con el dec.-ley 8904/77². Por otro lado, la disposición atacada también afecta el derecho Constitucional a la igualdad ante la ley, ya que los abogados laboristas son el único colectivo de abogados a los cuales se les abonarían los pactos de cuota litis y los honorarios regulados en cuotas, en ningún otro fuero de la Justicia está permitido tal medida confiscatoria, violatoria de la propiedad y perjudicial para el reconocimiento del trabajo del abogado.

III. LA DISMINUCIÓN DE LOS HONORARIOS PROFESIONALES Y EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS TRABAJADORES

En la mayoría de los casos, para el reconocimiento de derechos de carácter indemnizatorios, el trabajador inevitablemente debe judicializar su reclamo. Y es en esa situación de indefensión, desempleo y habitualmente de falta de dinero para solventar cualquier tipo de pago para consultas u otro gasto tendiente a lograr conseguir lo que por derecho le corresponde, es el abogado laborista con su labor durante largos años, soportando los avatares del proceso judicial, las demoras de tribunales, quien sostiene el expediente, asumiendo con su representado el alea del resultado del pleito. La labor del abogado es primordial para lograr que el trabajador alcance el derecho que las leyes le reconocen.

La directiva del artículo 85 del DNU 70/2023, que intenta modificar el artículo 277 LCT, se traduce en un claro ataque a quienes defienden a los trabajadores. Se intenta castigar a los abogados que defiendan a trabajadores, y se desalienta a los abogados a tomar causas laborales ya que de ganarlas percibirán su retribución en cómodas cuotas, financiando al deudor perdidoso.

Se pone en juego el acceso a la justicia de los trabajadores y debilita su defensa (contrariando el derecho de defensa en juicio) desde el inicio del pleito, desvalorizando el trabajo de los abogados y propiciando además que no se llegue a una sentencia que puede ser abonada en cuotas licuando el crédito, lo que conminará al colega y su cliente a llegar a acuerdos desventajosos a fin de no caer en el peor escenario como sería el pago de una

2 SCBA (08/11/2017) en autos «Morcillo, Hugo Héctor c/Provincia de Bs. As. s/Inconst. Decreto -Ley 9.020».

sentencia a través de los meses, lo que desvanecería el crédito del actor y los honorarios de su letrado.

Todo ello, sin dudas atenta contra la especialización en Derecho del Trabajo, desalentando a los colegas a perfeccionarse en una materia en la cual la retribución es ampliamente menor a la que se podría conseguirse en otras ramas del derecho. Ello degrada la profesión y atenta contra la libertad del ejercicio de la profesional.

Es ilógico e importa un disvalor que sea el trabajador y su abogado quienes tengan que financiar al empleador incumplidor para el pago de un derecho laboral que, si fue reconocido en juicio, posiblemente se trataba de un crédito que el deudor era consiente que adeudaba pero usó el pleito para dilatar su pago y con el interés negativo que se aplica en la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires poder licuar la deuda.

La presente modificación del artículo 277 LCT que posibilita el pago de la sentencia laboral en cuotas, con ello los honorarios regulados, y el pacto de honorarios que correrá la suerte del capital, siendo que tal medida arbitraria, irrazonable e inconstitucional solo se toma para los juicios laborales, continuando los letrados de los demás fueros sin esta nueva restricción al derecho de propiedad, importa una clara discriminación vinculada a la estigmatización que históricamente se efectúa al abogado laboralista y hoy se ve potenciada, con el objetivo de desvanecer la adecuada y especializada defensa de los trabajadores.

El pago en cuotas del capital y honorarios (ya sea por pacto cuota Litis o regulados) conllevan a un enriquecimiento sin causa del deudor-empleador.

El art. 865 y siguientes del CCyCN dispone que el pago: «es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación». Ahora bien, el art. 867 del CCyCN expresa que «el objeto del pago debe reunir los requisitos de identidad, integridad, puntualidad y localización». Reitero, los pagos derivados de la sentencia deben ser íntegros.

Además, como he manifestado ut-supra, la pretendida modificación también perjudicaría la percepción del pacto de cuota litis, que depende y sigue la suerte del capital que se pretende habilitar su pago en cuotas. Capital derivado de créditos laborales, los cuales gozan del principio de irrenunciabilidad y del principio protectorio todo, contrariando el artículo 14 bis CN.

Incluso, recordemos que la misma LCT invalida el pago de las indemnizaciones en cuotas, en virtud de ello, tampoco podría el empleador tener permitido hacerlo ante una sentencia judicial. Téngase en cuenta en este punto los postulados establecidos en los artículos 131, 132, 149 y concordantes de la LCT.

En definitiva, la normativa desmonta la protección contra el despido arbitrario (ya que la mayoría de los litigios laborales tienen por fundamento el pedido de reparación del despido), afectando ello, el principio de indemnidad, y además violentando el principio de razonabilidad por premiar el no pago de una obligación.

Así, al constituir un beneficio para el empleador tal disposición inconstitucional, se aliena a que los empleadores ante una deuda con un trabajador fueren su judicialización para

así licuar los créditos tanto del trabajador como los del abogado que lo represente. La norma de aplicarse, aumentará la litigiosidad de manera exponencial.

En definitiva, el artículo 285 del DNU 70/23 que modifica el artículo 277 LCT, resulta inconstitucional contrariando los artículos 14, 14 bis, 16, 19, 75 inc. 22, 99 inc. 3, y concordantes de la Constitución Nacional.

Asimismo, contradice derechos consagrados en nuestra Constitución Provincial, principalmente, el artículo 10, 31, 39, entre otros tantos.

Es claro tal como propugna el artículo 57 de la Constitución Bonaerense, que «Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado».

Frente a la gran responsabilidad que lleva adelante el abogado laboralista, no sin riesgo (muchas veces en juicios que incluso no pueden llegar a cobrarse), no debe perderse de vista la consideración y respecto que debe dársele a su remuneración, a su derecho salarial, como son los honorarios.

Decretos de Necesidad y Urgencia - Prueba - Contrato de Trabajo -
Derecho del Trabajo - Trabajo Clandestino - Quantum Indemnizatorio -
Demanda Laboral - Discriminación - Principio de Progresividad

19-marzo-2024



Inconstitucionalidad, inconvencionalidad e irracionalidad de la ‘derogación’ de las indemnizaciones agravadas previstas por las leyes 24.013, 25.323 y 25.345 por el DNU 70/2023

POR IRILO E. C. CARRIL CAMPUSANO¹

[MJ-DOC-17657-AR](#) | [MJD17657](#)

Sumario: I. Aclaraciones Previas. II. La Norma Estatal. III. Suspensión Cautelar. Declaración de inconstitucionalidad. Eficacia temporal. Inaplicabilidad. IV. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la norma estatal. IV.1. El art. del DNU deroga los arts. 8 a 17 de la ley 24.013. IV. 2. El art. 55 DNU 70/23 deroga la ley 25323. IV. 3. Art. 56 del DNU 70/23 deroga el art. 45 de la ley 25.345. IV. 4. El art. 58 del DNU deroga el art. 50 de la ley 26.844. V. Reclamo de daños y perjuicios. VI. El quantum indemnizatorio. VII. El quantum indemnizatorio a partir de una situación muy especial. VIII. El daño punitivo. IX. Conclusión.

I. ACLARACIONES PREVIAS

La redacción de este artículo tiene lugar en los primeros días del mes de marzo del año 2024, muy probablemente el momento de mayor incertidumbre e inseguridad ju-

¹ Abogado. Graduado en la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Subdirector del Instituto de Derecho del trabajo del Colegio de Abogados de Quilmes. Profesor adjunto de la Cátedra I de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Secretario del Foro Permanente de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires.

rídica en general, y para el derecho del trabajo en particular, que pueda registrarse en la historia de nuestro país.

La publicación en el Boletín Oficial del denominado Decreto de Necesidad y Urgencia número 70/23 (en el futuro el DNU, o la norma estatal) significa una muy seria y preocupante tentativa de destrucción de los principios generales de la disciplina, de su legislación, su doctrina y su jurisprudencia, todo ello laboriosamente logrado durante el último siglo; lo cual de por sí demuestra lo irracional de tal temperamento.

El escenario actual no podría ser peor, porque, aunque las pretendidas reformas constituyen una aberración jurídica en cuanto al fondo de las cuestiones que abarca, las formas tampoco van en zaga.

Esta circunstancia obliga a quienes ejercemos en la especialidad a redoblar nuestros esfuerzos intelectuales, tal vez, como nunca antes.

Y es a partir de ello que resulta posible proponer alternativas superadoras de tanta tentativa antijurídica, aclarando que las reflexiones y propuestas que serán vertidas, sin perjuicio de resultar producto de las más absolutas convicciones jurídicas y humanas del autor, y de su experiencia como abogado litigante en la especialidad, tiene por objeto generar reflexión y debate sobre temas que seguramente demandarán años de estudio y evolución, e impactarán en la calidad de vida, incluso en la vida misma de las personas trabajadoras.

Porque como nos enseñó a varias generaciones de profesionales Moisés Meik, el único saber válido es el socialmente compartido.

II. LA NORMA ESTATAL

El DNU 70/23 no reviste los más mínimos recaudos para ser considerado tal, razón por la cual se hará referencia en el futuro a «la norma estatal». No es un decreto de necesidad y urgencia porque viola palmariamente el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional. Voy a evitar discurrir sobre las formas que groseramente ha violado la norma estatal porque ello ha sido extensamente tratado por calificada doctrina en numerosos artículos y conferencias, y también por la jurisprudencia, que con valentía se ha expedido en plazos brevísimos.

Basta con recordar que el Poder Ejecutivo Nacional no puede arrogarse facultades legislativas, salvo en los supuestos excepcionalísimos que la Carta Magna refiere, los cuales no se configuran en el caso de la norma estatal en crisis; ya que al momento del dictado de la misma, 20 de diciembre de 2023, no existía el más mínimo impedimento para que sesionara el Congreso de la Nación, siendo ello tan así que el 26 de diciembre de 2023 se publicó en el B.O. el Decreto del P.E.N. número 76/23, por el cual se oficializó el llamado a sesiones extraordinarias del Congreso Nacional entre el día 02 de enero de 2024 y el día 31 del mismo mes y año, remitiendo un proyecto de ley denominado «ley ómnibus» (que incluía la ratificación de la norma estatal que cuestionamos), también plagado de

inconstitucionalidades, que por su extensión y complejidad resultó inabordable en el dolosamente acuciante tiempo que se pretendía.

La norma estatal desmiente su carácter de «urgente» para paliar una crisis (que aunque existente aparece magnificada con la pretensión de justificar el inconfesable intento de disminuir y derogar legítimas protecciones de las personas trabajadoras), desde que no dispone la suspensión transitoria de normas legales vigentes, que ya solo teniendo en consideración su número y diversidad permite una clara objeción constitucional, sino directamente su derogación, aspecto que no se compadece con la naturaleza jurídica de un decreto de necesidad y urgencia.

III. SUSPENSIÓN CAUTELAR. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EFICACIA TEMPORAL. INAPLICABILIDAD

- a) Cabe afirmar que la mencionada norma estatal no resulta aplicable al momento de redactarse este artículo, porque la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, a través de la sala de ferias, ha dispuesto suspender cautelarmente la vigencia del Título IV de la norma estatal que se cuestiona, lo cual ocurrió en causas sobre amparo promovidas por la C.G.T.² y por la C.T.A.³, entre otras.
- b) El mismo Tribunal, en fecha 30 de enero de 2024, dictó sentencia definitiva en la primera de las causas citadas en el punto anterior, declarando la «invalidez constitucional» del Título IV del DNU 70/23; habiéndose concedido el recurso extraordinario interpuesto por la demandada, lo cual significa que será la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien resuelva la cuestión, a través de su sentencia o reenviando el expediente al Tribunal de origen para que dicte un nuevo decisorio en base a los parámetros que indique. c) Aunque parece jurídicamente imposible convalidar el brutal temperamento observado por el Poder Ejecutivo Nacional, en la hipótesis que la Corte considerara lo contrario o que resuelva la causa a partir de alguna cuestión procesal, corresponde abordar lo referido a la eficacia temporal de la norma estatal. Para ello cabe recurrir al artículo 7 del CCyC en cuanto establece: «Las leyes no tienen efecto retroactivo excepto disposición en contrario. La retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales». Cualquier duda se despeja a partir de considerar que la norma estatal no refiere tener efecto retroactivo. A mayor abundamiento, considerando como ya veremos, que se afectan extensamente derechos amparados por garantías constitucionales

2 CNAT, Incidente n° 1, «Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/Incidente», expte. 56862/2023.

3 CNAT, «Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina CTA c/Estado Nacional Poder Ejecutivo s/Acción de amparo», expte. 56687/2023.

de las personas trabajadoras, es evidente que jurídicamente existe imposibilidad de considerar retroactiva alguna disposición de esta norma estatal. d) Por exceder el espacio disponible para este trabajo no abordaré el aspecto del artículo 7 del CCyC que refiere: «A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes». Sí agregaré, brevemente, que no existe posibilidad de aplicar una nueva «legislación» cuando ha existido consumo jurídico, de modo que si una situación se consolidó y extinguió bajo un régimen anterior es a ese al que hay que recurrir para dirimir la cuestión, independientemente de la fecha de inicio de actuaciones judiciales. e) En cuanto a la aplicabilidad de la norma estatal, sin perjuicio de la situación particular de cada caso, en la que tendrán relevancia circunstancias tales como las fechas en que ocurrieron los hechos, la intimación o el distracto; cabe recordar que el artículo 39, inciso 3, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: «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». Y muy especialmente lo dispuesto por el artículo 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: «Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado.» Invoco los dos artículos de la Constitución Provincial precedentemente transcritos por estimar que constituyen un férreo norte al cual deberán ajustarse quienes ejercen la magistratura en ámbito de la Provincia de Buenos Aires, cada vez que deban resolver un caso concreto vinculado a la temática abordada.

IV. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENTIONALIDAD DE LA NORMA ESTATAL

Independientemente de la suerte que corra el DNU, parece muy evidente que se ha instalado culturalmente la necesidad de una reforma laboral regresiva, con notoria quita de derechos para quienes trabajan en forma dependiente, para generar una transferencia de ingresos de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad a otros menos vulnerables o, en algunos casos, a sectores poderosos; pretendiendo producir un profundo desequilibrio en las relaciones de poder entre las partes de los contratos de trabajo.

Dicho de otra manera, es tan antijurídico como verosímil que en lo inmediato tengamos que afrontar, con el instrumento que sea, un ataque frontal a los derechos de las personas trabajadoras. Resulta entonces útil analizar los artículos 53, 55, 56 y 57 de la norma que criticamos, en cuanto derogan parcialmente disposiciones de las leyes 24.013, 25.345 y 26.877, y en forma total la ley 25.323; veamos:

IV.1. EL ARTÍCULO 53 DEL DNU DEROGA LOS ARTÍCULOS 8 A 17 DE LA LEY 24.013

Los artículos 8, 9 y 10 son disposiciones de la ley 24.013 orientadas a disuadir la contratación laboral irregular, total o parcialmente clandestina, disponiendo que la parte empleadora incumplidora resulte obligada a pagar una indemnización a la parte trabajadora dañada; en tanto el artículo 15 dispone el derecho de la persona trabajadora a la percepción de la indemnización por despido duplicada en caso de despido directo incausado o indirecto con causa vinculada a la falta de registración, dentro de los dos años de cursada la intimación fehaciente a la empresa para que registre.

Por una cuestión metodológica el análisis de la derogación del artículo 15 de la ley 24.013 será tratado en oportunidad de abordar la problemática vinculada a la derogación de la ley 25.323. En los considerandos del DNU se intenta fundar el desatino afirmando que las derogadas normas «no han podido revertir el problema de la informalidad». Se trata de una afirmación contrafáctica, bien cabría preguntarse a cuánto ascendería la informalidad laboral sin la regulación que se pretende derogar.

Pero caben algunas consideraciones:

- 1) El sistema tendiente a la registración de los contratos de trabajo necesita indispensablemente de la tarea fiscalizadora del Estado, la cual nunca fue suficiente y más bien resultó desmantelada desde hace décadas, precisamente con el objeto de subsidiar —encubiertamente por cierto— a las personas empleadoras incumplidoras, para intentar alcanzar una competitividad dañando a sus dependientes, en vez de intentar reducir los «sagrados» costos de intermediación, financieros, el de los servicios, o los impositivos. La fiscalización omitida, además de redundar en beneficio de la persona trabajadora, también lo haría respecto del sistema previsional, es decir del sector pasivo en general.
- 2) Desmiente el fracaso del sistema de la Ley Nacional de Empleo la circunstancia que, en el marco del Estatuto del Personal de Casas Particulares, ley 26.844 (cuyo modesto artículo 50 también se pretende derogar), pese a que discriminatoriamente dispone que no se aplica la ley 24.013; la clandestinidad laboral es muy superior a la media, siempre por encima del setenta por ciento, lo cual bien podría constituir un indicio de la falacia del fracaso que se le imputa a la ley 24.013.

- 3) La tan criticada ley 24.013 establece en su artículo 11 que, si el empleador regulariza la situación laboral dentro de los treinta días de intimado, no debe abonar indemnización alguna; lo que permite afirmar que la norma propende al mantenimiento del vínculo laboral, otorgándole a la parte empleadora la posibilidad de ajustarse a la ley evitando el pago de la indemnización.

Por ello afirmo que no existe la «industria del juicio», es quien emplea en cada caso el que determina si registra o si se mantiene contumaz y afronta un juicio a partir de ello.

La derogación de estas normas, que tienen por objeto desalentar maniobras abusivas de los empleadores resulta violatoria de diversos artículos de la Constitución Nacional:

Artículo 14 bis, en cuanto ordena al legislador sancionar normas que protejan a las personas trabajadoras, va de suyo que alentar el trabajo no registrado bien lejos está de protegerlas. Es que las normas inducen conductas, de modo que si resulta igual registrar que no hacerlo es obvio que muchas empresas considerarán la segunda opción por resultarle más conveniente en términos económicos. Alentar el trabajo clandestino desprotege a quienes son destinatarios/as de la protección.

Artículo 19, en el que se afianza el principio alterum non laedere, que impide dañar a otro, y permite fundar el reclamo de reparación del daño, en caso de ocurrir.

Artículo 28, pues el temperamento observado por el Poder Ejecutivo Nacional invoca en los considerandos de la norma impugnada que: «a los efectos de mejorar y simplificar los procesos de registración, darle seguridad jurídica a la relación laboral».

Derogar las indemnizaciones por falta o defectuosa registración es más que evidente que no redundará en una mejora de tales procesos, sino en un bill de indemnidad para las empresas que no registren.

Esto demuestra que la norma estatal altera los principios y las garantías constitucionales que han sido enunciados, y los que se mencionarán a continuación.

Artículo 75: Inciso 19, en cuanto dispone que le corresponde al Congreso de la Nación:

«Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social»; aclarando que la norma impugnada ni siquiera emanó del Poder Legislativo, siendo claro que el Poder Ejecutivo no puede actuar en contra de lo que la Constitución Nacional le impone al legislador; y afirmando que la derogación impugnada no conduce al desarrollo de las personas, al menos de las personas trabajadoras que son las protegidas, ni tiene el más mínimo viso de justicia social. La Constitución Nacional no hace referencia a cualquier progreso económico, mucho menos al de los más poderosos, sino al que incluya a la justicia social, es decir aquella que permita intentar alcanzar la igualdad de oportunidades, que mal podrá lograrse desprotegiendo a las personas más débiles.

Inciso 23, corresponde «Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

Cabe preguntarse: ¿Quiénes trabajan bajo relación de dependencia tienen derecho a que su contrato de trabajo se encuentre íntegramente registrado? ¿Tienen derecho a condiciones dignas y equitativas de labor? La respuesta es «sí», en ambos casos.

Entonces la norma que se impugna no se compadece en lo más mínimo con el programa de nuestra Constitución Nacional.

Artículo 99 inciso 3 que veda al Poder Ejecutivo arrogarse potestades legislativas, salvo los excepcionadísimos casos que la norma contempla, que no han existido en oportunidad de la publicación del DNU 70/23.

Aunque las violaciones constitucionales precedentemente enunciadas permiten advertir la gravedad institucional de la situación, resta aún considerar la situación desde la óptica de la normativa internacional, en el marco del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Porque la norma estatal impugnada, en cuanto retrotrae antijurídicamente la situación a estadios de desprotección anteriores al año 1991 (sanción de la ley 24.013 cuyos artículos se pretende derogar), resulta violatoria de los normado por los artículos 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1° del Protocolo de San Salvador; y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en cuanto le imponen al Estado Argentino la obligación de observancia del principio de progresividad; que ha sido receptado por nuestra C.S.J.N., por ejemplo en la causa «Aquino»⁴, en cuyo apartado 10 se expresa: «...principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. En efecto, este último está plenamente informado por el principio de progresividad, según el cual, todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos» (art. 2.1).

La norma, por lo pronto, «debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata.» La derogación de las leyes que pretenden prevenir, indemnizar y/o sancionar el trabajo informal, sin siquiera sustituirlas por otras similares, implica un acto de absoluta irracionalidad por los efectos negativos que producirá, ya que los más variados incumplimientos quedarán impunes.

No se trata de discutir si la norma pretensamente derogada es mejor o peor que una nueva norma, sino de advertir que la derogación lisa y llana de los artículos 8, 9, 10, y 15 de la ley 24.013, la derogación de la ley 25.323, la derogación de los artículos 43 a 48 de la ley 25.345, y la derogación el artículo 50 de la ley 26.877, implican otorgarle a las personas empleadoras un bill de indemnidad para dañar, para no registrar un contrato de trabajo o hacerlo de manera deficiente; o para no abonar en tiempo y forma créditos de naturaleza alimentaria (como la indemnización por despido), o para omitir el cumplimiento de obligaciones contractuales (como la prevista por el artículo 80 del RCT), especulando con tramitaciones judiciales que se extienden en el tiempo.

4 C.S.J.N. «Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente ley 2688», sentencia del día 21 de septiembre de 2004.

Todo ello con el agregado que cualquier deuda podría finalmente llegar a abonarse en doce cuotas, como inconstitucionalmente establece el artículo 85 de la norma estatal que pretende modificar el artículo 276 del RCT violando, entre muchos otros, el artículo 14 de la Constitución Nacional, «derecho a usar y disponer de la propiedad».

IV. 2. EL ARTÍCULO 55 DNU 70/23 DEROGA LA LEY 25.323

Mediante el mencionado artículo la norma estatal pretende derogar la ley 25.323. El artículo 1 de la ley 25.323 dispone la obligación del empleador de abonar un incremento indemnizatorio en caso que el despido ocurra encontrándose la relación laboral sin registrar o registrada deficientemente; el artículo 2 de la misma norma dispone que el empleador que, fehacientemente intimado, no abone la indemnización por despido, la indemnización sustitutiva de preaviso y/o la integración del mes despido, queda obligado a abonar un cincuenta por ciento de recargo sobre tales rubros; y el artículo 15 de la ley 24.013 establece que el empleador que despida sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años desde que este último lo intimara a regularizar la situación laboral queda obligado a pagar el doble de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia del despido.

Se trata de normas moralizadoras, que tienen por objeto indemnizar a la persona trabajadora no registrada o mal registrada; a la que fue innecesariamente obligada a iniciar una demanda laboral o una instancia previa obligatoria para reclamar rubros derivados de su despido; o a la que fue despedida como represalia por intimar la regularización de su situación laboral.

Su derogación induciría indefectiblemente a mayores incumplimientos, ya no previos sino posteriores al distracto, originando incluso en algunas situaciones abuso de jurisdicción, particularmente en el caso del artículo 2 de la ley 25.323, en que se obliga a la persona trabajadora a poner en funcionamiento innecesariamente el mecanismo jurisdiccional, escaso, oneroso y solventado por toda la sociedad.

La derogación de estas normas, en general resulta violatoria de las mismas disposiciones de la Constitución Nacional que las mencionadas en el punto anterior. En definitiva, no parece razonable que desde el Estado se fomente la clandestinidad laboral y el incumplimiento de los empleadores a sus más elementales obligaciones, en violación a lo normado por el artículo 79 del RCT. Sin embargo, ya veremos, el daño que causan estos incumplimientos varía según la casuística, y también respecto de las derogaciones tratadas en otros puntos de este artículo.

IV. 3. ARTÍCULO 56 DEL DNU 70/23 DEROGA EL ARTÍCULO 45 DE LA LEY 25.345

La finalidad de la norma pretensamente derogatoria es relevar al empleador del pago de una indemnización en caso de incumplimiento en la entrega de los certificados previstos por el artículo 80 del RCT.

Nos encontraríamos frente a una obligación contractual cuyo incumplimiento no acarrearía efecto alguno, pero ya veremos que no es así, pues el daño siempre resulta indemnizable. De lo contrario sería como si el vendedor que recibió el precio pudiera no entregar la cosa, o el inquilino no devolver el bien locado sin tener que abonar indemnización alguna por el daño que genera. Es claro que el ejemplo precedente no resiste el más mínimo análisis, porque si hay daño, a falta de tarifa o a veces incluso por sobre la tarifa, existe derecho a la reparación plena. Caben aquí similares reparos constitucionales que los mencionados al tratar la impugnación de los artículos 53 y 55 del DNU. El artículo 80 del RCT recepta una obligación contractual en cabeza del empleador, consistente en entregar a su dependiente la documentación que la norma refiere; la falta de entrega de la misma causa perjuicio a la persona trabajadora en la medida que no puede contar en su poder con un elemento indubitable que le permita acreditar frente a terceros sus antecedentes.

Tampoco le permite al trabajador contar con un elemento indispensable para conocer su situación frente a los organismos de la seguridad social y, eventualmente, confrontarlo con la realidad fáctica. Dicho de otra manera, al contar el trabajador con la documentación que refiere la norma tiene posibilidad de contrastar lo realmente acontecido con lo que el empleador «dice» que aconteció; en tal sentido la firma de este último en los certificados se convierte en una especie de declaración jurada, que no reemplaza los asientos en los organismos de la seguridad social que, por el motivo que fuere, podrían no coincidir.

Conforme se derivada de la doctrina de la SCJBA en «Sánchez»⁵, es claro que el actor tiene derecho a contar con la documentación prevista por la norma, resultando violatorio del artículo 28 de la Constitución Nacional privar de todo efecto al incumplimiento del empleador, porque la derogación que aquí se impugna alienta a incumplir, circunstancia que no puede acontecer sin violar lo normado por el artículo 19 de la Carta Magna.

IV.4. EL ARTÍCULO 58 DEL DNU DEROGA EL ARTÍCULO 50 DE LA LEY 26.844

Consecuente en su cometido de arrasar con los más elementales derechos laborales, el DNU dispone derogar el artículo 50 del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, que impone la duplicación de la indemnización por despido en caso de tratarse de una relación laboral no registrada o deficientemente registrada.

La ley 26.844, aunque absolutamente superadora en relación al Decreto 326/56, mantuvo algunos resabios discriminatorios del régimen anterior, uno de los más notorios es el artículo 72 inciso d, que establece que no resultan aplicables en su ámbito las disposiciones de las leyes 24.013, 25.323 y 25.345; lo que ya de por sí otorga una muy menor

5 S.C.J.B.A. «Sánchez» Jorge Alberto c/Jafer S.R.L.s/Despido», 26/10/10, causa L 100.241.

protección a las trabajadoras (aproximadamente el 97% de las personas que se desempeñan en el marco del mencionado Estatuto son mujeres, generalmente con escasa instrucción y en algunos casos migrantes) en relación al resto del universo de personas que trabajan. Pese a que el legislador de la ley 26.844 actuó discriminatoriamente, pues las trabajadoras comprendidas en el mencionado Estatuto pueden catalogarse como las débiles entre los/as débiles, aun así, el «decretador» (no podemos decir legislador), prolija y perversamente, pretende derogar la indemnización que corresponde por el daño que produce la falta o defectuosa registración.

A tan reprochable temperamento corresponde aplicar las críticas expresadas en los puntos anteriores. Sin embargo, se puede agregar que, aunque se trate de un argumento falaz, no puede decirse que la inconstitucional medida tenga por finalidad darle más competitividad a las empresas porque, precisamente, ésta no existe en el Estatuto en cuestión, lo cual demuestra que es simplemente un ataque a las personas trabajadoras y una nueva invitación a quienes emplean para incumplir con lo más elemental de la legislación laboral y previsional, en lo que constituye una nueva muestra de la irrazonabilidad.

V. RECLAMO DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Partiendo de la premisa que la derogación de las indemnizaciones tarifadas no puede borrar la existencia del daño, queda abierta para la víctima la posibilidad de reclamar la reparación integral del daño padecido, ello con sustento en las previsiones de la Constitución Nacional, la ley 23.592 y el Código Civil y Comercial.

- A) En cuanto a la Constitución Nacional cabe remitirse al artículo 19, que veda la posibilidad de dañar a otro e impone, en su caso, la obligación de reparar.
- B) Respecto de la llamada ley antidiscriminación, en su artículo 1 dispone que: «Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados». Luego aclara la norma que considera «particularmente» discriminatorio los actos u omisiones por motivos tales como: «condición social», resultando que la de trabajador o trabajadora es una condición social.

Aunque el DNU pretende, una vez más de manera inconstitucional e inconventional, agregar el artículo 245 bis al RCT, tarifando miserablemente el despido discriminatorio, lo que implicaría exclusión de las personas trabajadoras del régimen general de la ley 23.592, debemos recordar que esa es una discusión saldada hace años por parte de la C.S.J.N. en «Álvarez»⁶, donde se resolvió por unanimidad que la ley antidiscriminación resulta de plena aplicación a las relaciones de trabajo. Si con anterioridad al año 2010 ya parecía su-

6 C.S.J.N «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Álvarez, Maximiliano y Otros c/Cencosud S.A. s/Despido», 07/12/2010.

rrealista discutir si las personas trabajadoras, aquellas que por disposición constitucional tienen una protección superior a la del resto de la ciudadanía, se encontraban alcanzadas por las disposiciones de la ley 23.592, hacerlo en la actualidad constituye puro absurdo.

- C) Con base en el derecho común, que es tal por ser aplicable a toda la ciudadanía con prescindencia de su condición de menor o mayor de edad, empleada, desempleada, jubilada, y/o cualquier otra.

En oportunidad de la fallida reforma laboral intentada durante el año 2017, que aunque no en forma idéntica a la actual, pretendió la derogación de las leyes 24.013, 25.323 y 25.345, Mario Ackerman⁷ expresaba que, tratándose de verdaderas indemnizaciones tarifadas cuyo objeto es compensar los daños y perjuicios derivados de los incumplimientos de los empleadores, cancelaba el derecho a la reparación con fundamento en el Código Civil y Comercial, agregando que: «el trabajador no registrado es un trabajador discriminado. Cualquiera se la forma en que ella se manifieste, la discriminación en el empleo consiste en dar a un trabajador un trato diferente y menos favorable que el que se le da o deba dar a cualquier otro trabajador en una situación similar», concluyendo el autor citado que «frente a la eliminación de las indemnizaciones tarifadas, el mayor riesgo que enfrentará el empleador en infracción será que se considere que con su omisión de registro ha incurrido en una práctica discriminatoria y, con fundamento en las reglas del artículo 1° de la ley 23.592, podría ser obligado a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño causado al trabajador. Cabe advertir que el trabajador podría así reclamar, con fundamento en el referido artículo 1° de la ley 23.592 y en los artículos 1737 a 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación, la reparación plena del daño». En la actualidad se escuchan muchas expresiones referidas a la posibilidad de reclamo de daños y perjuicios por derogación de las leyes que hemos referenciado. Pero es necesario individualizar claramente el sustento normativo de tal afirmación. Nuestro sistema constitucional se basa en la protección de la persona trabajadora, pero ello en modo alguno puede significar privar a quienes trabajan en relación de dependencia de los derechos que goza el resto de la población con prescindencia de su situación laboral.

Sentado lo que antecede y resultando que las indemnizaciones tarifadas no tienen otro objeto que dar previsibilidad a las partes de un contrato de trabajo, resignando la puntual estimación del daño, la derogación de la tarifa, ya se dijo, no borra el daño.

Cabe entonces recurrir a al Código Civil y Comercial, concretamente a los artículos:

1716: «Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado». Se trata de una norma reglamentaria del principio establecido por el artículo 19 de la Constitución Nacional «alterun non laedere», que impide dañar a la persona o los bienes de otro, y el derecho de la víctima a ser indemnizada en caso de violación al principio. 1737: «Concepto de daño.

7 Ackerman Mario. «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 LCT.» Revista de Derecho Laboral, 2018 - I, págs. 119/129.

Hay daño cuando 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.» El actor vio lesionado su derecho a la correcta registración de su vínculo laboral a partir de una maniobra sistemática, premeditada y dolosa de su empleadora; la que afectó no solamente a la persona del mismo, sino que lo afecta también patrimonialmente, existiendo incluso menoscabo a un derecho de incidencia colectiva, a partir de la evasión previsional en que incurrió la demandada al abonar una parte de su salario sin ninguna registración. El daño jurídico debe ser interpretado como la ofensa a un interés ajeno lícito, que produce consecuencias en el patrimonio y/o espíritu de la víctima.

Dice Marcelo López Mesa⁸: «habrá daño susceptible de ser reparado, en cualquiera de las siguientes situaciones: 1) Cuando se afecte o se altere una situación jurídica de provecho amparada por un derecho subjetivo; en tal caso estaremos en presencia de interés legítimo lesionado, debiendo aclarar que en este caso su titular posee un poder de actuación exclusivo otorgado por la ley» 1738: «Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias que resultan de interferencia en su proyecto de vida» 1739: «Requisitos: debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador». La pérdida de chance refiere al padecimiento a la falta de pago de contribuciones a la seguridad social, o contribuciones menores a las debidas, con las secuelas que ello podrá producir en términos del haber jubilatorio futuro. Carencia de servicio de obra social, para la persona trabajadora u su grupo familiar, pérdida de beneficios sindicales, pérdida del subsidio por desempleo, incluso la carencia de un simple recibo de haberes que permita la obtención de un crédito para la compra de un simple electrodoméstico.

1740: «Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena». Lo único que puede obturar el reclamo de la reparación plena del daño es la tarifa. 1741: «Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas». En resumen, frente a la situación abordada aparecen reunidos los siguientes recaudos:

Daño: en los términos del artículo 1737 del CCyC, lesión a un derecho y un interés individual y colectivo tutelado por la ley, materializado a partir de la falta total de registración de una relación laboral, o de un registro deficiente, por la incidencia negativa en los beneficios sociales; o de falta de pago de la indemnización por despido y demás rubros conexos al distracto, por imponer la necesidad de litigar innecesariamente; o la falta de entrega en forma, es decir de acuerdo a la real situación fáctica, de los certificados previs-

8 Marcelo López Meza, Revista Argentina de Derecho Civil, n° 1, abril/2018, «El concepto de daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación».

tos por el artículo 80 del RCT, lo que le impide a la persona trabajadora acreditar de manera objetiva y documentada su desempeño relación de dependencia de la empleadora.

Cabe aclarar que la imposición de astreintes que eventualmente se disponga en una sentencia, por el incumplimiento de la misma, no se compadece con el daño reclamable que refiere al lapso comprendido entre la mora del empleador y la obtención del pronunciamiento.

Relación causal: artículo 1726 del CCyC: «Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles». Va de suyo que todas las consecuencias dañosas señaladas precedentemente tienen nexo de causalidad adecuado con las omisiones e incumplimientos de la empresa.

Antijuridicidad: artículo 1717 del CCyC: «Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.» Los empleadores no cuentan con justificación alguna para no registrar, o para detraer una parte de su salario de la registración impuesta por la ley, o para no abonar o entregar lo debido conforme las prescripciones legales vigentes.

Imputabilidad a título de dolo: la referida conducta omisiva es antijurídica y dolosa, conforme el artículo 1724 del CCyC: «El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.» La indiferencia es muy manifiesta si la empleadora debidamente intimada mantiene su contumacia.

VI. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO

Una cuestión no menor que deberemos afrontar quienes litigamos y quienes ejercen la magistratura será determinar la extensión del resarcimiento que la víctima tiene derecho a percibir. Por cierto, que dicha determinación no puede ser arbitraria, por ello propongo aportar, en esta etapa embrionaria de la cuestión, los siguientes parámetros:

- A) El sistema de las leyes 25.323 y 25.345 es tarifario. Concretamente un criterio por el cual se resigna la puntual estimación de daño en pos de darle previsibilidad a las partes. Un primer aspecto a considerar es que la tarifa constituye el piso reparatorio, el importe que en algún momento la comunidad jurídica consideró aceptable de acuerdo a la función que se le asignó a la ley. Tenemos entonces que una primera posibilidad es considerar la tarifa hasta ahora vigente, como forma de justipreciar la reparación del daño. Porque la reparación integral del daño, que naturalmente comprende el daño patrimonial y el no patrimonial, nunca puede ser menor a la tarifa, aún considerada como antecedente histórico.
- B) Si de justipreciar un daño se trata, siempre puede existir lugar para la duda, pero lo cierto es que la tarifa prevista en la ley 24.013 (promulgada el 05 de

diciembre de 1991) se encuentra vigente desde hace más de treinta años, en tanto las leyes 25.323 (B.O. 11/10/2000) y 25.345 (17/11/2000), se encuentran vigentes hace más de veintitrés años; y dicho sistema funcionó correctamente, seguramente indujo a más de un empleador a registrar a sus dependientes y, eventualmente, indemnizó a las víctimas de tales incumplimientos.

Es claro que el efecto que produjo la legislación mencionada puede ser un aspecto controversial. Los reformadores flexibilizadores afirman que aquellas normas fracasaron en su cometido en virtud del alto índice de personas trabajadoras sin registrar o deficientemente registradas, pero ello es absolutamente contra fáctico, pues resulta imposible saber cómo hubiera sido la evolución del trabajo no registrado sin la vigencia de tales normas. Sin embargo, las expresiones que pretenden sustentar el «fracaso» normativo no son razonables ni sinceras, ya que no proponen una reforma para intentar un esquema que induzca a los empleadores a un mayor cumplimiento de la legislación laboral, sino que bregan por la derogación, lisa y llana, de todo mecanismo que indemnice a las víctimas dañadas por tales acciones u omisiones y, a su vez, sancionen a los incumplidores. En verdad es muy verosímil pensar que el sistema podría haber funcionado mejor acompañado de una efectiva fiscalización, pero evidentemente nunca existió voluntad política de proceder de esa forma. Y, además, la prueba de la falacia argumentativa del «fracaso» se advierte, ya se dijo, por ejemplo, en el marco de la ley 26.844, Estatuto que no contempla previsiones similares a las leyes que el DNU pretende derogar y en cuyo ámbito el trabajo sin registrar es muy superior a la media.

En síntesis, nuevamente parece que la derogada (?) tarifa es la referencia a la hora de meritar la extensión de la reparación del daño.

- C) Considerar una «indemnización» menor a la tarifa implica violación al principio de progresividad (ya invocado y fundado legislativa y jurisprudencialmente en puntos precedentes), por el cual no es permitido retrogradar la situación a estadios de menor protección; y en tal orden de ideas las personas trabajadoras no pueden percibir por los mismos incumplimientos de sus empleadores sumas de dinero inferiores a las previstas durante varias décadas.
- D) La reparación tarifada existe en el mundo del derecho del trabajo desde 1915, oportunidad en que se sancionó la ley 9.688 de accidentes de trabajo, se trata de una construcción legislativa que lleva más de un siglo de evolución, y pretende ser aniquilada por el irracional criterio del DNU.

Cuando excepcionalmente el legislador se ha apartado del sistema forfatario siempre ha previsto la existencia de un piso indemnizatorio, asegurando la tarifa y permitiendo a la persona trabajadora dañada la posibilidad de demostrar un daño mayor. Cito, por considerar aplicable analógicamente el criterio, lo normado por el artículo 24 del RCT, que en caso de despido existiendo contrato de trabajo sin relación de trabajo asegura a la persona trabajadora una indemnización equivalente a un mes de remuneración, sin perjuicio de permitirle reclamo a la víctima conforme «las disposiciones del derecho común». En

similar sentido observo las previsiones del artículo 95 del RCT, que en caso de ruptura del contrato de trabajo a plazo fijo antes del vencimiento del plazo, vincula el piso indemnizatorio derivado de la tarifa al que permite adicionar «los daños y perjuicios provenientes del derecho común», de modo que sostiene el piso tarifario y permite adicionar el mayor daño probado, o incluso «los que, a falta de demostración, fije el juez prudencialmente, por la sola ruptura anticipada del contrato». En síntesis, la conducta dañosa hace presumir la existencia de daño, y el piso reparatorio es siempre la tarifa.

- E) Pero atención, la persona dañada siempre podrá demostrar que el daño padecido es mayor. Supongamos que a falta de servicio de obra social un íntegramente de la familia de la persona trabajadora se ha visto privada de recibir en tiempo y forma tratamientos que derivaron en su agravamiento o fallecimiento; o que ha padecido trato indigno, como haber concurrido a establecimientos públicos de la salud en horas de la madrugada, eventualmente con inclemencias climáticas, u obtenidos turnos o padecido para la atención superiores a las tolerables; la casuística es interminable. También, por qué no, que la persona trabajadora adaptó toda la vida de su familia en pos de la obtención del empleo, por ejemplo, mudando su domicilio, alquilando un inmueble, cambiando a sus hijos o hijas de establecimiento escolar e incluso hasta renunciando su cónyuge a un empleo anterior; y luego sus expectativas no son cubiertas porque su empleador mantuvo la relación laboral en la clandestinidad. La extensión del subsidio por desempleo que la víctima pierda de percibir también puede ser otro parámetro, sea por falta de registración total, o por registración deficiente de su salario.

En fin, los casos pueden reproducirse en forma infinita, será cuestión de estar atentos, invocar adecuadamente los hechos y, naturalmente, producir toda la prueba que respalde aquellos hechos.

VII. EL QUANTUM INDEMNIZATORIO A PARTIR DE UNA SITUACIÓN MUY ESPECIAL

La ciudadanía en general y las personas trabajadoras en particular se encuentran padeciendo al momento de redactarse este artículo tiempos de barbarie antijurídica, la situación impone la búsqueda de soluciones alternativas, y aunque todo nuevo rumbo puede tener aristas controversiales es obligación de quienes defendemos derechos de las personas más vulnerables plantear todas las defensas que en derecho puedan corresponder.

En tal orden de ideas, y aunque se trate de un criterio sustentado en una sentencia que no es laboral, es posible citar lo resuelto por la C.S.J.N. en la causa «Colegio de Abogados de Buenos Aires»⁹, en la que se dispuso: «1. El Congreso deberá dictar en un plazo

9 C.S.J.N. «Colegio de Abogados de Buenos Aires y O. en ley 26.080, dto. 816/99 y otros s/Proceso de conocimiento», 16/12/2021.

razonable una nueva ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación. 2. Hasta tanto esa ley sea dictada corresponde que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.937 y su correctiva 24.939». En el caso se discutió la composición del Consejo de la Magistratura, declarándose la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de algunos artículos del régimen legal vigente, y la Corte ordenó la aplicación de la ley anterior, de la ley derogada. El Máximo Tribunal fundó su determinación en la necesidad de evitar el caos institucional: «el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional doctrina de los precedentes —Rosza, en especial considerando 22; - Rizzo, en especial considerando 42; y -Uriarte, en especial considerando 34). En tales condiciones, atento a la inconstitucionalidad e inaplicabilidad que aquí se declaran, esta Corte— al igual que ha procedido en otras causas (Fallos: 330:2361; 336:760 y 338:1216 ya citados, entre otras) establecerá un remedio efectivo para la violación constitucional constatada que concilie, por un lado, la necesidad de respetar las atribuciones del Congreso de la Nación y, por el otro, el deber que tiene este Tribunal». En resumen, la Corte dispuso que el Congreso de la Nación dicte una nueva ley que regule el funcionamiento del Consejo de la Magistratura y que —mientras ello no ocurra— y a partir del plazo de ciento veinte días de notificada la sentencia dicho organismo se rija por la ley anterior, por la ley derogada. Aplicar la ley anterior no puede ser una solución rutinaria, pero sí se la puede considerar como hizo la Corte en un caso excepcional, cuando es necesario afrontar situaciones extremas como la que nos ocupa en el caso, esto seguramente resultará altamente opinable, pero cuando se coloca al sistema jurídico al borde de la zozobra resultan necesarias soluciones excepcionales.

Más allá de las diferencias y dificultades propias de cada caso, frente a la necesidad de resolver el quantum indemnizatorio referido, es posible considerar analógicamente el criterio sentado por la Corte en la sentencia citada pues, aunque es claro que se trata de situaciones distintas, también nos encontramos frente a un caos institucional derivado de la pretendida puesta en vigencia del DNU, con pretensión de arrasar con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y la construcción legislativa, jurisprudencial y doctrinaria del derecho del trabajo. De considerarse el criterio expuesto, nuevamente es posible resolver la extensión del resarcimiento en base a las tarifas proporcionadas por las normas derogadas.

VIII. EL DAÑO PUNITIVO

Vinculado al tema tratado en los dos puntos precedentes, cabe preguntarse si existe la posibilidad de aplicar daño punitivo más allá del derecho consumeril, es decir en el marco del Código Civil y Comercial, entendido como la penalización económica que pueden imponer quienes ejercen la magistratura al causante de un daño, de cuantía extraordinaria y carácter ejemplarizante, por haber incurrido en un comportamiento de mala fe o conducta maliciosa, o: «sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente ex-

perimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro»¹⁰. Es aquí que cobra importancia la indemnización como reparación y como sanción del hecho ilícito, sanción que debe buscar evitar la repetición de este tipo de conductas. Se trata de una indemnización con doble carácter, reparador y punitivo, porque la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, en particular cuando quien daña a otro infringiendo el ordenamiento jurídico, lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio de tal proceder, o al menos con un grave menosprecio para los derechos de terceros.

La clandestinización laboral puede traducirse para la víctima como trato fraudulento e indigno, con origen en un sistema ideado y organizado por la empleadora a fin de optimizar en forma ilegítima sus ganancias, haciendo caso omiso de las más elementales normas laborales y previsionales.

Un sistema organizacional implementado sobre la base de no registrar un vínculo laboral causa daño a la persona trabajadora que lo padece, pero también a la sociedad en su conjunto, particularmente a partir de la desfinanciación del sistema previsional; e incluso en relación a la competencia, pues aquellas empresas que cumplan con la ley padecerán una competencia desleal respecto de las que incumplen dolosamente.

Se trata de intentar disuadir a quienes dañan para que en el futuro no incurran en situaciones generadoras de nuevos daños.

Aunque la incipiente situación planteada deba recorrer un camino en la doctrina y la jurisprudencia, es posible señalar como anclaje normativo distintas disposiciones del Código Civil y Comercial, a saber: Artículo 10 en cuanto regula el abuso del derecho de manera similar al artículo 1071 del derogado Código Civil, pero agregando un tercer párrafo que le otorga amplias facultades a los magistrados, disponiendo que deben ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, e incluso «fijar una indemnización».

Artículo 1714, que refiere a la punición excesiva, y artículo 1715 que otorga a quienes ejercen la magistratura la posibilidad de morigerar o dejar sin efecto la misma, circunstancia que supone la existencia de una punición razonable. Podría pensarse que se trata de astreintes, pero dicho instituto se encuentra regulado específicamente por el artículo 804 del mismo cuerpo normativo. El daño punitivo es de naturaleza civil, por lo que no requiere expresamente de tipos cerrados que lo regulen. Cabe recordar que el daño punitivo ha evolucionado en el campo del derecho de los consumidores, existiendo en el derecho del trabajo circunstancias similares, como la asimetría de poder entre las partes, la necesidad de desincentivar prácticas contractuales generadoras de daño, y el impacto sobre intereses que trascienden lo individual. En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2019 se concluyó¹¹: «Daños Punitivos 1. La regulación general del art. 52 bis de

10 Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, pág. 453, Hammurabi, Bs. As., 1996.

11 Jornadas Nacionales de Derecho Civil Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 26 Y 27 de septiembre de 2019.

la ley 24.240. 1. La legislación vigente resulta insuficiente para brindar un marco jurídico adecuado a la regulación de los daños punitivos. UNANIMIDAD. 2. Posibilidad de ampliación a otros supuestos (art. 52 bis, Ley 24240). De lege lata. 1.- Los daños punitivos sólo se aplican a las relaciones de consumo, a las cuestiones ambientales con sustento en el principio de Consumo Sustentable, y a la Defensa de la Competencia. UNANIMIDAD 3. Posibilidad de ampliación a otros supuestos (art. 52 bis, Ley 24240). De lege ferenda. Debe ampliarse el ámbito de aplicación de los daños punitivos a otros supuestos. UNANIMIDAD 4. Finalidades de la figura. Los daños punitivos tienen finalidad preventiva, disuasoria y sancionatoria. UNANIMIDAD.» Cabe considerar si dentro de la expresión «defensa de la competencia» es posible incluir los supuestos en que un empleador obtiene ganancias merced al incumplimiento de la ley, en detrimento del empleador que cumple con la misma, pareciera que se impone la respuesta positiva. Volviendo a las disposiciones del Código Civil y Comercial es posible también invocar la norma del artículo 1724 cuando establece: «La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar». Porque el empresario es un profesional, tiene mayor obligación por esa condición, y más allá que omitir registrar al personal bajo su dependencia constituya dolo, derivado de su «manifiesta indiferencia» por las consecuencias dañosas que produce, tampoco puede ser exculpado a la luz de la norma analizada.

IX. CONCLUSIÓN

El DNU 70/23 es inconstitucional por sus formas.

Aún en la hipótesis que por cualquier mecanismo se convalidara su vigencia, en lo que ha sido materia de análisis es inconstitucional e inconventional. Tal vez, como pocas veces, la actual e inmediata sea la hora de la dignidad, es de esperar que quienes ejercen funciones legislativas y de la magistratura no convaliden este inédito atropello a nuestro sistema jurídico y a las personas, especialmente a las personas trabajadoras.



Acerca de las modificaciones procesales que pretende imponer el DNU 70/23

POR CLARISA DE ARCE¹

[MJ-DOC-17656-AR](#) | [MJD17656](#)

Sumario: I. Introducción. II. Sobre la aplicación temporal de las normas procesales. III. La inconstitucionalidad e inconveniencia por regresividad. IV. Crítica puntual a las reformas en derecho individual laboral de posible aplicación inmediata a los juicios en trámite. Art. 66 DNU 70/23: «In dubio pro operario». V. Art. 67 del DNU 70/23: La irrenunciabilidad. VI. Corolario.

El presente aborda el posible impacto de algunas de las reformas procesales que intenta imponer el DNU 70/23 realizando una enumeración y breve crítica de las mismas. Teniendo presente la aplicación inmediata de las normas adjetivas a los juicios en trámite, abocarnos a su análisis resulta urgente.

I. INTRODUCCIÓN

Liminar y brevemente, afirmo la inconstitucionalidad íntegra del DNU 70/23, por no reunirse ninguna de las rigurosas circunstancias de excepcionalidad que exige para su dictado nuestra Constitución Nacional en su art. 99 inc. 3. Me abstengo de explayarme sobre dicha temática ya que excede este trabajo y ha sido abordada por prestigiosos autores y jurisprudencia especializada a la que me remito considerando, a su vez, la suspensión con efecto erga omnes que emana de la sentencia definitiva dictada por la Sala de Feria

¹ Abogada, graduada en la Universidad del Salvador. Magíster en Derecho del Trabajo por UCES. Ejerce la profesión de manera liberal desde 1998 y es socia cofundadora del Estudio jurídico «DAG Abogados de Arce & Giampaoli». Es Directora del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de la Abogacía Avellaneda Lanús. Docente de Posgrado y Disertante invitada en instituciones y eventos académicos del país. Autora de artículos sobre derecho del trabajo publicados en revistas científicas.

de la CNAT en la causa iniciada por la CGT². Sin perjuicio de mi posición personal y para el improbable supuesto de la eventual y futura vigencia del DNU 70/23 que pudiese derivarse de su íter legislativo y/o judicial, me referiré en el presente artículo a las normas del DNU 70/23 que podrían ser consideradas procesales y sus posibles efectos.

Es sabido que la materia procesal es una de las materias reservadas a las provincias y no delegadas a la Nación. Sin embargo, expresándome en abstracto, la inclusión de normas procesales en códigos de fondo puede ser constitucional por tratarse de normas que necesitamos que sean uniformes y respetadas por las distintas jurisdicciones locales, por lo que suele decirse que se trata de normas con motivos más que suficientes para ser consideradas plenamente válidas.

Ejemplo de ello es el Código Civil y Comercial, que incide en materia procesal, otorgándole al juez herramientas para aplicar e interpretar la normativa procesal de modo de asegurar la operatividad del derecho material y la protección de las garantías que surgen de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a través de lo normado en sus arts. 1 y 2 que dejan en claro la relación entre el Código, la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, la jurisprudencia, las leyes aplicables, los usos y las costumbres y la obligada interpretación de la ley «teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

Entonces, ninguna norma procesal puede soslayar las nuevas garantías vinculadas al proceso, que fueron incorporadas con la reforma del año 1994 en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, lo que debe tenerse especialmente presente de cara al DNU 70/23.

II. SOBRE LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS PROCESALES

Antes de enumerar las modificaciones procesales introducidas por el DNU 70/23 considero necesario recordar las dificultades y profusos debates que se producen en torno a la aplicación de nuevas normas procesales a los juicios que se encuentran en trámite, teniéndose presente la hipótesis de que dicho conflicto pudiese presentarse con las previsiones procesales del DNU en cuestión.

Siguiendo el criterio histórico de la Corte Suprema de la Nación, las leyes que organizan los procedimientos y/o regulan en materia procesal, son de inmediato aplicables a

2 CNAT, SALA DE FERIA, Expte N° 56862/2023 «CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCIÓN DE AMPARO», sentencia del 30 de enero de 2024, mediante la cual se resolvió «declarar la invalidez constitucional del Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2024, por ser contrario al art. 99, inc. 3°, de la Constitución Nacional y Ordenar la inscripción de la presente acción en el Registro Público de Procesos Colectivos (conf. Acordada CSJN 12/16)».

los juicios en trámite, en tanto no se invaliden actuaciones válidamente cumplidas con arreglo a las leyes anteriores (CSJN, Fallos: 211:589; 220:30; 306:2101; 241:123; 307:1018; 317:499 323:1285; 324:1411; 326:2095, entre otros).

Es por ello que algunas de las previsiones del DNU 70/23 que regulan cuestiones de derecho adjetivo, principalmente en materia de valoración probatoria y de ejecución de la sentencia, podrían llegar a ser ponderadas por la magistratura interviniente en los casos iniciados y que se hallen en pleno trámite.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD POR REGRESIVIDAD

Argentina incorporó la obligación de progresividad y prohibición de regresividad a su ordenamiento constitucional en el año 1994, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el art. 75.22 de la Constitución Nacional. (Entre los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional y receptan este principio, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El referido principio también se haya consagrado en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento del que la Argentina también es parte)³.

De allí surge la obligación del Estado de mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que da cuenta, por un lado, de una idea de realización progresiva de los derechos en cuestión y, por el otro, de la asunción de la prohibición de adoptar políticas y, en consecuencia, normas jurídicas que deterioren el nivel de goce de los derechos mencionados. Entiéndase progresividad como prohibición de regresividad, principio arquitectónico de los derechos humanos en términos de la CSJN⁴.

3 El art. 2.1 del PIDESC expresa el principio de progresividad en los siguientes términos: «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, 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».

4 CSJN. «Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores vs. Poder Ejecutivo Nacional y otro s. Acción de amparo», del 24/11/2015, Rubinzal Online, 906/2012, RC J 7517/15; Benedetti, Estela vs. Poder Ejecutivo Nacional - Ley 25561 - Decretos 1570/2001 y 214/2002 s. Amparo, B.1694.XXXIX; Sánchez, María del Carmen vs. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s. Reajustes varios, S.2758.XXXVIII, 17/05/2005, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, RC J 101904/09, Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. s. Accidente - Ley 9688, A.2652.XXXVIII, 21/09/2004).

El DNU 70/2023 avasalla el principio de progresividad en la medida que modifica peyorativamente en perjuicio de los trabajadores una enorme cantidad de derechos vigentes. Derecho que son por otra parte, estructurales de nuestro sistema positivo de relaciones individuales del trabajo. Se trata de una reforma autoritaria por el modo y regresiva por los contenidos, que incluye a las leyes 20.744, 24013, 23545, 23551, 14250, 25877 y el Estatuto del Viajante (ley 14546).

IV. CRÍTICA PUNTUAL A LAS REFORMAS EN DERECHO INDIVIDUAL LABORAL DE POSIBLE APLICACIÓN INMEDIATA A LOS JUICIOS EN TRÁMITE. ART 66 DNU 70/23: «IN DUBIO PRO OPERARIO»

En el año 2008, la ley 26.428 realizó una eficaz intervención en el art. 9 de la LCT al adicionar a su texto la frase «o en la apreciación de la prueba en los casos concretos», con la cual restauró la regla «in dubio pro operario» también en materia de valoración probatoria en el marco de los litigios. La ley 20.744 así lo establecía, pero en 1976 la dictadura militar la había suprimido⁵.

El art. 66 del DNU 70/23 se inmiscuye otra vez en el art. 9 de la LCT, sustituyendo su texto por el siguiente:

«ARTÍCULO 9º: El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador, cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio. En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica.» De esta manera, crea una tercera instancia valorativa de la prueba en la cual el intérprete, fracasados sus intentos de resolver las cuestiones conforme el principio del art. 9 LCT se ve direccionado a recurrir al principio previsto en el art. 377 CPCCN.

La norma, en principio, parece no conectar las consecuencias jurídicas debido a proposiciones incompatibles y/o de imposible cumplimiento.

Ciertamente, son excepcionales los casos en las que existe una presencia notable de duda en la persona del Juez/a. La lógica normativa indica que si esa duda existiera debe ser resuelta a favor del trabajador, pero el DNU parece plantear la hipótesis de un tipo de duda especial que, por el contrario, no podría ser resuelta a favor de éste. No entendemos cómo ni cual podría ser esta clase de duda excluyente del «in dubio pro operario»,

5 Ley 21.297

pero suponiendo que exista, aparece en la escena mental del juez/a intérprete una tercera instancia valorativa que es la imposición de la carga de la prueba por parte de quien alega los hechos.

Lo que ocurre es que esta tercera instancia valorativa es en realidad la primera directriz que tiene el juez —independientemente del tipo de proceso— para resolver la controversia sometida a su decisión. Es decir, primeramente, el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas o no. En este paso, cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Luego, frente a las pruebas rendidas o la ausencia de ellas, en caso de duda aplicará la regla del *in dubio pro operario*. Pero ahora, si esta duda fuese «insuperable», el juez tiene que volver al primer paso. Aquí, solapadamente, interpreto que con la tercera instancia valorativa se intenta subvertir el principio para que éste pase a ser «*in dubio contra operario*», puesto que, si la prueba no fue certera, debe resolverse en su contra por una supuesta orfandad probatoria o actividad probatoria no convictiva (¡?). Reitero, la redacción de la norma resulta confusa y, por, sobre todo, una forma de disciplinamiento dirigida hacia los trabajadores y hacia los letrados que intervenimos en la defensa de sus intereses ante los estrados judiciales. Peor aún, resulta una imposición dirigida casi exclusivamente a los magistrados para el dictado de sus sentencias y con ello altera la división de poderes (116 a 119 CN). Esto no contribuye a la seguridad jurídica y constituye un retroceso procesal en perjuicio del trabajador que campea con la violación del debido proceso, por resultar violatorio de los art. 14 bis, 18 CN y 8 de la CADH.

V. ART.67 DEL DNU 70/23: LA IRRENUNCIABILIDAD

Sustituye el artículo 12 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) nuevamente de manera regresiva e involutiva conforme lo entendió el constituyente, el legislador y la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación desatendiendo la función social del derecho laboral. El nuevo texto dice:

«ARTÍCULO 67.- Sustituyese el artículo 12 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones por el siguiente: «ARTÍCULO 12 - Protección de los trabajadores. Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

Cuando se celebren acuerdos relativos a modificaciones de elementos esenciales del contrato de trabajo o de desvinculación en los términos del artículo 241 de esta Ley, las partes podrán solicitar a la autoridad de aplicación su homologación en los términos del artículo 15 de la presente Ley.» Es sabido que una de las técnicas a las que acude el Derecho del Trabajo es la de limitar la autonomía de la voluntad imponiendo restricciones legales que restan validez a las estipulaciones del negocio individual y a tal fin se instituyó la regla de la irrenunciabilidad, mediante la cual la renuncia se valora como una excep-

ción y solo se la admite en aquellos casos que la ley así los determine. Es decir, que el principio es la irrenunciabilidad y la renuncia es la excepción.

Y es en este aspecto que el DNU 70/2023, introduce una norma que pretende flexibilizar la regla. En el último párrafo el Poder Ejecutivo confunde la irrenunciabilidad de derechos provenientes de la Ley, del Convenio Colectivo o del contrato individual de trabajo con la situación prevista en el artículo 15 de la LCT (que tratan los acuerdos conciliatorios o transaccionales que suponen la existencia de un conflicto a que las partes conscientemente aceptan ponerle fin por medio de recíprocas concesiones; no existe aquí una renuncia de derechos sino un acuerdo sobre derechos litigiosos o dudosos, que requiere su aprobación por la autoridad administrativa. No hay allí renuncia sino justa composición. La modificación que se pretende imponer implicaría, la posibilidad de generar acuerdos individuales que disminuyan la remuneración que los trabajadores perciben hasta los importes mínimos legales o convencionales porque la innegable diferencia del poder de negociación entre el trabajador y la empleadora, unida a la amenaza tácita y latente del despido, conllevaría una aceptación viciada que reduciría no solo el salario, sino el conjunto de derechos hasta sus límites imperativos, lo que puede trasladarse a todo el contrato más allá del aspecto remuneratorio, ignorando la evidente desproporción negocial de las partes.

Igual efecto se produce al incorporar la validación de los acuerdos de extinción regulados en el artículo 241 de la LCT dentro del artículo 12 al posibilitar que dicho acuerdo sea un disfraz como otra forma de extinción del contrato y vedando al trabajador un reclamo posterior si se hubiesen frustrado sus derechos.

Entonces, en apretada síntesis, el DNU 70/2023 produce una regresión de los derechos vigentes en favor del trabajador y que fueran reconocidos a través del trámite parlamentario ordinario.

Art. 65 y 68: Sustituyen el artículo 2° de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y el art. 23 LCT.

Sus nuevos textos «desprotegen al trabajo en todas sus formas» y vulneran por completo el principio protectorio.

El texto del nuevo art. 2 modifica y limita el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo al establecer en sentido restrictivo y general su inaplicabilidad a «las contrataciones de obra, servicios, agencia y todas las reguladas en el Código Civil y Comercial de la Nación». La limitación genera un reenvío contradictorio con el Código Civil y Comercial de la Nación que, al regular los contratos de obra y servicios en el art. 1252, expresamente indica «los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas de derecho laboral», y con el art. 1479 referido al contrato de agencia que indica «Hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada proponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución». En la última cláusula del Capítulo el art. 1501 aclara sobre los casos excluidos «Las normas de este Capítulo no se aplican a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen».

En efecto, las cláusulas del Código sustantivo dan cuenta de una preocupación compartida por la Ley de Contrato de Trabajo que, en el art. 14 cautela sobre aquellas hipótesis en que pudieran utilizarse «normas contractuales no laborales» para eludir el Orden Público Laboral, que el ordenamiento sanciona con la nulidad.

En el régimen de tutela, la calificación del vínculo no está disponible para la autonomía individual y, una calificación legal «imperativa» de autonomía, afectaría la garantía constitucional que en el art. 14 bis, ordena la protección legal «del trabajo en todas sus formas», claro está ello en las relaciones que puedan ser caracterizadas como vínculos dependientes, en los que el «nomen iuris» es irrelevante cuando la primacía de los hechos devela la existencia de una relación de trabajo. La Corte Suprema de Justicia afirma: «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»⁶ El propósito no requiere ser aclarado: excluir de la tutela laboral y sin excepciones los supuestos de contrataciones de obra, servicios profesionales o de oficios, con un absolutismo infundado, a fin de eliminar la protección de los trabajadores en fraude a la ley y desatendiendo las normas internacionales, entre ellas, la Res. 198/06 OIT.

Es en la plena vigencia del marco normativo someramente reseñado (art. 75, inc. 22 CN), que resulta exorbitante el texto impuesto autoritariamente por el Poder Ejecutivo Nacional en el art. 65 del DNU 70/23. El mismo, al pretender modificar el art. 2 de la Ley 20.744 desnaturaliza el texto y el espíritu de la Ley, y pretende ubicarla por fuera del principio protectorio.

El peligro que genera esta norma en apariencia superflua o innecesaria es la intención de desviar hacia el derecho común aquello que es materia privativa del Derecho del Trabajo. Siguiendo esa inteligencia, toda contratación formalmente resuelta en los términos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación estaría excluida de la norma tuitiva laboral e inserta en el campo del derecho común (esta interpretación se materializa, como veremos, en el art. 68 del DNU). Y es allí donde el art. 65 del DNU 70/23 se inserta en el pantanoso terreno de la inconstitucionalidad.

El art. 14 de la LCT (inalterado por el DNU 70/2023) contiene una doble salvaguarda: declara nula toda convención que simule bajo cualquier forma jurídica una verdadera relación laboral y genera un dispositivo conforme al cual las relaciones jurídicas simuladas son atraídas hacia el Derecho del Trabajo. Dice la norma «será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley». En otras palabras, en honor al principio protectorio y a la previsión constitucional de proteger las diversas formas del trabajo es que la normativa laboral es inclusiva, atrae hacia sí aquello que obedece a su

6 (doctrina de «Inta Industria Textil Argentina SA s/Apelación», (Fallos:329:3680) («Pérez, Aníbal Raúl c/Disco SA», 1 de setiembre de 2009).

naturaleza. Y esa naturaleza inclusiva no puede resultar desnaturalizada por una norma como el DNU 70/2023.

Resulta aún peor la modificación que el art. 68 del DNU 70/2023 incorpora en el art. 23 LCT y deja en evidencia la verdadera intención del Poder Ejecutivo Nacional cuando ELIMINA el texto del anterior segundo párrafo del art. 23 LCT que decía que la presunción del primer párrafo «operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio». Contrario sensu, el nuevo texto normativo pretende que TODO contrato formalmente formulado en el marco de la normativa civil señalada en el inciso d del art. 2 de la Ley 20.744 (locación de servicios, locación de obra y servicios profesionales) estará excluido del Régimen de Contrato de Trabajo en tanto y en cuanto el (ya no) trabajador emita facturas en favor del (ya no) empleador y el (ya no) empleador bancarice los pagos (de las ya no remuneraciones).

Se trataría de una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario, lo que agrava aún más la situación, lo cual avasalla el principio protectorio que citamos (proteger al trabajo en sus diversas formas), la facultad expansiva del derecho del trabajo y la primacía de la realidad en el análisis de las relaciones laborales. La norma en crisis impone las formas por sobre lo sustancial, vedando a su vez la posibilidad de los magistrados de indagar sobre la realidad jurídica que le es sometida a resolver.

Art. 82 del DNU 70/23 Incorpora el artículo 245 bis a la Ley N° 20.744 «regulando» el despido discriminatorio de modo contradictorio con el art. 17, 81 de la LCT, como con la ley 23.592, CN, tratados internacionales, Convenio OIT 111 y principios del derecho del trabajo. La intención de crear la sanción dispuesta no resiste análisis del plexo normativo mencionado ni de la DADH, CADH, PIDESC, al permitir concretar actos discriminatorios mediante la aplicación de una sanción ínfima, pecuniaria e inferior a las ya existentes legalmente (el 50% de la indemnización por antigüedad). Permite sanear la discriminación a través de un pago claramente insuficiente y exiguo., lo cual atenta contra la paz social. Atrasa además en materias probatorias, lo que agrava constitucionalmente a mi parte por la posibilidad de la aplicación de esta modificación peyorativa e impide pedir judicialmente se deje sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. El artículo que pretende incorporar el DNU atacado, solo menciona el pago de un importe (tarifado de manera insuficientemente ridícula) pero nada dice respecto del acto producido. La ley 23592 también reprime penalmente la comisión de delitos en virtud de actos discriminatorios, mientras que la incorporación del art. 245 bis en la LCT solo sanciona el hecho discriminatorio con multas económicas, que reitero en algunos casos pueden ser ridículamente irrisorias y exiguas.

Es decir que el derecho laboral, protectorio, solo dispone una multa para quien el Código Penal sanciona con penas de prisión, frustrando todo un andamiaje jurídico cultural y socialmente consagrado con años de sufrimiento por sectores discriminados, alterando el orden social, procediendo a la banalización de un accionar disvalioso, legal y moralmente disruptivo e involutivo. Aceptando y naturalizando la indignidad del trabajador/a.

Art. 85 DNU 70/23: Sustituye el artículo 277 de la LCT de modo inconstitucional al autorizar el pago en cuotas (hasta 12) de la sentencia judicial, lo que a todas luces viola el derecho de propiedad de la parte trabajadora y viola principios consagrados constitucionalmente como la integridad del pago (art. 131, 132 y 149 LCT).

En relación a los parámetros de ajuste, me remito a lo expresado en el punto precedente a lo que cabe agregar la inconstitucionalidad de la obligación impuesta al trabajador para aceptar un pago a largo plazo de modo violatorio a violatorio a la finalidad específica de la norma, que no es otra que asegurar a la parte trabajadora el cobro de los créditos de origen laboral, soslayándose, una vez más, la finalidad protectoria del 14 bis CN y el derecho de propiedad del trabajador/a. (17 CN).

Por último, mencionar que el DNU también pretende reformar el art. 276 (REF801.276) LCT, temática que ha sido abordada por quien suscribe en otro artículo (6).

VI. COROLARIO

Por todo lo hasta aquí expuesto, se asume que para el caso de una futura vigencia del DNU 70/23, deberá prestarse especial atención a la posible aplicación inmediata de las normas que impactan en los aspectos procesales de los juicios en trámite, fundamentalmente en relación a las valoraciones probatorias y en la etapa de la ejecución de la sentencia, teniendo en miras su inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Laboral - Decretos de Necesidad y Urgencia - Contrato de Trabajo -
Seguridad Social - Principio de Progresividad - Prueba -
Orden Publico

19-marzo-2024



El DNU 70/23 y la habilitación colectiva de la creación de un fondo de cese laboral

POR DANIELA DUCROS NOVELLI¹

[MJ-DOC-17652-AR](#) | [MJD17652](#)

El DNU 70/23 (B.O. 21/12/23) dispuso modificaciones de toda índole a distintos aspectos del ordenamiento jurídico, dedicándole el Título IV a la normativa laboral.

Entre aquellas modificaciones, se encuentra la pretensión de habilitar la negociación colectiva a efecto de la creación de un Fondo de Cese laboral en reemplazo de las indemnizaciones derivadas del despido arbitrario.

La Sala de ferias el día 30/01/24 declaró la invalidez constitucional de todo el Título IV del DNU (ver «CGT c/PEN s/ACCION DE AMPARO» Expte. Nro 56862/23). Sin embargo, más allá de no encontrarse hoy vigente, es importante analizar el contenido de estas modificaciones, porque es esperable que las mismas vuelvan a intentarse por ley. No sabemos cuál sería el comportamiento de los diferentes bloques del Congreso de la Nación en relación a los contenidos. Más de un legislador se ha expresado en contra de la forma por DNU, pero a favor de los contenidos. La Sala de ferias al resolver el amparo decidió no ingresar en los aspectos sustanciales, dictando la inconstitucional solo por la forma, por la pretensión de que semejante reforma sea realizada por DNU, arrogándose el PEN facultades legislativas que le estaban expresamente vedadas, sin necesidad ni urgencia y en violación al artículo 99 inc. 3ro. CN.

Lo cierto es que los contenidos del Título 4to del DNU 70/23 son inconstitucionales por provenir de un DNU. Sin embargo, hay que preguntarse ¿qué pasaría si estos contenidos, dentro de los cuales está el Fondo de Cese laboral, fueran plasmados por ley? En mi opinión la reforma sería tan inconstitucional por ley como lo es por DNU.

Habría infinidad de razones para sostener aquella afirmación, sin embargo, se advierten dos motivos centrales.

¹ Abogada, Doctora en Derecho del Trabajo y Derechos Humanos por la Universidad de San Carlos de Guatemala, docente de la Cátedra de Dcho. Laboral de la UBA. Es publicista en revistas especializadas, disertante y expositora en diplomaturas, especializaciones, maestrías y congresos de Dcho. del Trabajo.

Primero, los contenidos del DNU 70/23 violan todos los principios del derecho del trabajo, siendo principalmente regresiva, no progresa en términos normativos, —por el contrario, regresa en los estándares de protección alcanzados producto de las conquistas sociales de los últimos cincuenta años. De los cuarenta y cuatro artículos del Título IV (ver artículos 53 al 97) que afectan más de setenta artículos de la normativa laboral vigente no hay una sola norma en beneficio de los trabajadores y trabajadoras.

Esto afecta el Principio de Progresividad, que implica que el Estado siempre debe tender a la mejora en materia de derechos sociales, con un límite, hasta el máximo de los recursos disponibles (artículos 2.1 PIDESC y 26 de la Convención Americana).

No obstante, aquel límite solo opera para el Principio de Progresividad, —no para su contracara—, el de No Regresividad, que implica que jamás puede retrocederse en los estándares de protección alcanzados. En consecuencia, esta normativa aun si saliera por ley viola el Principio de Progresividad y su contracara, la No Regresividad, que surgen además del PIDESC y de la Convención Americana, del propio texto de la Constitución Nacional cuando el artículo 75 Inc.19 CN propicia dictar normas tendientes al desarrollo económico, pero aclara, que debe llevarse a cabo con justicia social.

El Principio de Progresividad se manifiesta también en el artículo 14 bis CN, cuando afirma que «el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes», dirigiendo los derechos laborales hacia el futuro, por voluntad expresa del legislador constituyente. El mismo artículo continúa diciendo en relación a las leyes «las que asegurarán» toda una serie de derechos al trabajador (de ahí se deriva otro Principio central en nuestra materia, el Protectorio).

Sin embargo, como ya hemos expresado, estos contenidos del DNU 70/23 lejos de proteger a los trabajadores y trabajadoras como manda la constitución, por el contrario, desprotegen. Con un agravante, que sería el segundo motivo de inconstitucionalidad, hay algunas disposiciones que habilitan la disponibilidad colectiva como sucede, por ejemplo, con la creación de un Fondo de Cese Laboral.

El artículo 81 del DNU 70/23 en sus dos últimos párrafos señala lo siguiente: «Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al 8% de la remuneración computable. Por su parte, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley». Este mecanismo de conceder a la «disponibilidad colectiva» la posibilidad de perforar los pisos mínimos inderogables e indisponibles del orden público laboral, ha sido un mecanismo propio de la flexibilización del derecho del trabajo de la década de 1990 y que regresa recargado. Sabido es, el accionar sindical debe tender a la obtención de mejores derechos para los trabajadores y trabajadoras.

Cuando la ley establece un determinado estándar de protección, la actividad sindical consiste en aumentar ese estándar, no disminuirlo (artículos 7 Ley 14.250 y 7 y 8 LCT).

Por lo expuesto, cualquier ley que pretendiera someter a la «disponibilidad colectiva» la posibilidad de disminuir los estándares de protección contra el despido arbitrario, sería inconstitucional. Toda vez que, el artículo 14 bis CN establece que: «Las leyes» «asegurarán al trabajador» «protección contra el despido arbitrario», en consecuencia, no puede el legislador desentenderse pretendiendo que el despido arbitrario pase a ser materia tutelada únicamente por los convenios colectivos. Es la ley la que tiene que asegurar esos derechos, fijar los pisos del orden público laboral, no los CCT, que, en todo caso, solo pueden mejorar los derechos previamente asegurados por ley. Podrían fijar por ejemplo una indemnización de dos salarios por año de servicio, en vez de un salario por año de servicio, pero nunca disminuir el estándar de protección legal. La pretensión de instaurar un Fondo de Cese Laboral, no es novedosa, años anteriores ya habían sido enviados al Congreso de la Nación proyectos similares con el mismo objetivo, reemplazar el sistema de indemnización frente al despido arbitrario dispuesto por la LCT, por el pago de un fondo al que llaman «seguro», similar al que rige en la industria de la construcción. El último de ellos denominado «Mochila Argentina». Entre ambos proyectos existen algunas diferencias, que es necesario analizar, ya que no puede saberse con qué redacción podrían pretender incorporar el Fondo de Cese Laboral en una futura reforma.

Son cinco las razones que dicen inspirar la creación de este Fondo. Cinco falsedades.

1.-Estos sistemas son constitucionales porque la percepción del fondo, garantiza «la protección contra el despido arbitrario». 2.-El reemplazo del sistema de indemnizaciones, por el sistema de «seguro» y percepción del fondo, descomprimirá la alta litigiosidad existente. 3.- La eliminación de las indemnizaciones traerá consigo la regularización del trabajo no registrado, incrementado la cantidad de trabajadores del sistema formal. 4.- Este es un sistema que beneficiará a todos los empleadores, sobre todo a las Pymes. 5.-La eliminación de las indemnizaciones traerá consigo la creación de nuevos puestos de trabajo.

A continuación, analizaremos cada una de ellas.

1.- Es falso que estos sistemas sean constitucionales, porque la percepción del fondo no garantiza la reparación frente al despido arbitrario.

Ninguno de los Proyectos que propicia la creación de un Fondo de Cese Laboral exige la observancia del deber de respecto a la estabilidad del trabajador, como indica el Principio de Indeterminación del Plazo del contrato de trabajo (artículos 90 y 91 LCT) con incidencia en caso de duda del Principio de Continuidad de la relación (artículo 10 LCT), ello conspira contra la posibilidad de ver en el fondo de cese naturaleza indemnizatoria. El régimen general de la LCT, concibe el derecho “al trabajo” del artículo 14 Bis CN y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos entre ellos, el PIDESC, como el derecho

de permanecer en el trabajo desde la fecha de ingreso hasta que se esté en condiciones de acceder a la jubilación (artículo 91 LCT). El art. 7 inc. d) del Protocolo de San Salvador, refiere a las causas de «justa separación» de los trabajadores de sus puestos de trabajo. En consecuencia, el contrato de trabajo no debe romperse, salvo que concurran circunstancias excepcionales y graves que impidan la continuación de la relación, dado que al margen de casos especiales (delegados gremiales y trabajadores públicos), el régimen constitucional establece «protección contra el despido arbitrario» lo que la doctrina delinea en la figura de la «estabilidad relativa impropia». El despido es un acto ilícito, pero válido.

a.-La percepción del fondo no protege «contra al despido arbitrario».

Los sistemas propuestos resultan inconstitucionales por violar la orden que el artículo 14 bis CN le da al legislador de dictar leyes que protejan, de dictar leyes que aseguren a los trabajadores protección contra el despido arbitrario, desde su doble faz, porque proteger no solamente es indemnizar, sino —principalmente— arbitrar los medios para que el daño sea evitado, para que el empleador no despida. Por eso la garantía constitucional, tiene una doble función; como reparación por el daño causado y como disuasión de la conducta disvaliosa rechazada por el ordenamiento jurídico. En el Proyecto de Ley «Mochila argentina» no hay reparación por el daño causado, porque siquiera se analiza la causa del despido, lo que bloquea toda posibilidad de ver en el fondo naturaleza indemnizatoria. La indemnización, tarifada o no, es por definición el resarcimiento de un daño. Y el fondo carece de naturaleza indemnizatoria porque no repara ningún daño. Da igual si la relación finaliza por despido, con causa, sin causa, abandono, renuncia, la consecuencia será siempre la misma, el trabajador percibirá el fondo de cese. Esto revela que el Proyecto, ni siquiera concibe al despido arbitrario como ilícito, ya que —reitero— no analiza la causa del despido. El hecho de que el artículo 245 LCT o el artículo 14 Bis CN no digan que esté prohibido despedir, no le quita al despido el carácter ilícito. Ninguna norma dice que está prohibido matar, ni atropellar un peatón y nadie duda que se trata de actos ilícitos. Si alguna duda hubiera, para despejarla bastaría con acudir al concepto de antijuridicidad enunciada por el artículo 1717 CCyCN: «Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada». Asimismo, la constitución no protege «contra» los derechos —en el caso que el despido arbitrario fuera un derecho—, protege a los derechos y a sus titulares «contra» los actos ilícitos que pretendan menoscabarlos, como es el despido arbitrario.

Nótese que la constitución tampoco habla de protección del trabajador «frente a la contingencia del desempleo», no es del desempleo de lo que se pretende tutelar con esta garantía, sino de la conducta ilícita, antijurídica del empleador cuando despide arbitrariamente.

En consecuencia, el Proyecto Mochila Argentina viola el deber de indemnidad «alterum non laedere» que emerge del artículo 19 CN y el artículo 1716 CCyCN cuando consagra el deber de reparar: «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», dado que el trabajador no saldría indemne de la relación, cargando también en la mochila el daño que provoca el acto ilícito del despido.

Sin embargo, el sistema previsto en el DNU 70/23, a diferencia de Mochila Argentina, quizás un poco más sofisticado, establece la percepción del fondo solo en reemplazo de la indemnización prevista por el artículo 245 LCT, pretendiendo ser —de alguna manera— una reparación por el daño causado por el despido arbitrario. De este modo, aquí, al limitar la percepción del fondo únicamente a la situación prevista para el despido arbitrario, alguna indemnización habría, seguramente insuficiente, pues si quiera se explica de qué modo se mantendrían el valor de los aportes que realiza el empleador en un contexto de alta inflación y tasas de interés negativas. Nótese también que siquiera se mantienen los estándares de la ley 22.250 que impone aportes del 12% del salario el primer año y 8% en los años sucesivos. Por ello, si bien alguna reparación habría, indudablemente la misma sería de menor cuantía a la prevista en el artículo 245 LCT, en violación al Principio de Progresividad, al Principio Protectorio, al Deber de Indemnidad del artículo 19 CN y al artículo 1740 CCyCN que proclama una reparación plena del daño. De todos modos, aun en el caso de concederse naturaleza indemnizatoria al fondo de cese previsto por el DNU 70/23, la existencia del mismo no es capaz de proteger «contra el despido arbitrario» como la constitución manda, porque no disuade al empleador de la comisión del acto.

En ninguno de los Proyectos existe disuasivo alguno para que el empleador «no despidá» (que es la contracara de la reparación). Como hemos visto, la protección frente al despido arbitrario, que en estos sistemas con fondo de cese es inexistente, tiene una doble función, la de reparación frente al daño del despido ilícito (ya analizada), y la de disuasión del empleador, para evitar la comisión de la conducta antijurídica que el ordenamiento normativo rechaza. Las formas posibles de protección «contra el despido arbitrario» son dos (2); o bien, mediante la estabilidad absoluta (necesidad de expresión de una justa causa de despido), o bien, mediante el pago de una indemnización que debe tener la entidad suficiente como para hacer que el empleador se retraiga de despedir incausadamente. Ninguna de aquellas formas de protección es consagrada los proyectos analizados.

No coincido con las voces que se alzan afirmando que las indemnizaciones en nuestro país son muy caras, sin embargo —si a simple modo de hipótesis— así fuera, las indemnizaciones estarían cumpliendo con el mandato constitucional. Precisamente, cuanto más caras fueran, mejor cumplirían con la garantía de «protección contra el despido arbitrario». El sistema que estos Proyectos proponen (tanto Mochila Argentina como el del DNU) no sancionan en modo alguno el accionar del empleador que despide sin causa al trabajador. En el sistema previsto por el DNU porque el trabajador recibe un fondo previamente acumulado y en el de Mochila Argentina porque si quiera prevé indemnización que atienda expresamente los despidos incausados. Es decir, el trabajador percibirá el fondo y el empleador no deberá hacer ninguna erogación que salga de su patrimonio para resarcir el daño causado, por lo cual, en vez de desalentar la comisión del acto ilícito, lo fomenta, lo estimula, lo incentiva. Lo contrario de lo que la constitución manda. El sistema genera un aprovechamiento de su principal efecto, la extrema flexibilidad laboral.

Se coloca al trabajador a merced de la voluntad del empleador, quien, frente a cualquier circunstancia, en cualquier momento, ante cualquier opinión, pedido o exigencia del dependiente en relación a sus derechos, podrá sin más extinguir la relación laboral siendo las consecuencias las mismas en todos los casos, su patrimonio no se verá alterado en modo alguno.

Al analizar el sistema de Fondo de Cese Laboral de la industria de la construcción, critica-ba esto mismo con argumentos absolutamente aplicables al Proyecto «Mochila Argentina» y al que ahora intentó disponer el DNU 70/23: «Por esta razón, no sirven los sistemas de seguros para resarcir un daño que al asegurado no le interesa evitar, máxime cuando no tenemos un desarrollo del Derecho Penal del Trabajo que adjudique responsabilidades penales frente a la comisión de actos ilícitos que violen las leyes como si existen en los casos de accidentes de tránsito donde imperan los seguros por daños a terceros. La constitucionalidad del sistema debe ser analizada desde una doble óptica, la de la reparación por el daño sufrido que recibe el trabajador y la de la punición o condena que sufre quien lo perpetua, que tiene por objeto intentar la disuasión de la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico, el despido arbitrario. Esta última se desvirtúa de tal modo, que en el régimen de la construcción se desdibuja absolutamente la garantía del art. 14 Bis CN, llevando esa protección a cero. Ello considerando que, proteger no es indemnizar sino arbitrar los medios para que el daño sea evitado»². Lo que ocurre, es que no se trata únicamente de la eliminación de la protección contra el despido arbitrario, sino de la eliminación de la protección contra la arbitrariedad del empleador; se trata de la concesión al empleador de un poder extraordinario, sin tener que explicar las razones y los motivos de sus decisiones; y sin consecuencias jurídicas disvaliosas para él. ¿Cómo se hace entonces para sostener la constitucionalidad del sistema? O bien, se afirma que de algún modo oculto la norma «protege al trabajador contra el despido arbitrario», lo que a mi manera de ver implica un ejercicio más de fe que un acabo razonamiento jurídico, o bien, se sostiene que no habrá ningún despido arbitrario más en la Argentina, lo que implicaría un pensamiento mágico que parecería negar la realidad misma.

b.-Se viola el Principio de Progresividad

Como ya fue analizado, todo el Título IV del DNU 70/23 es inconstitucional por regresivo en materia de derechos sociales. Particularmente la habilitación mediante negociación colectiva de la creación de un Fondo de Cese Laboral, no es una excepción a esta regla. A menudo suele decirse que este principio fue incorporado a nuestra Constitución Nacional con la reforma constitucional de 1994, por la vía del artículo 75 inciso 22 (artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales). No obstante, el Principio de Progresividad ya existía en nuestra Constitución Nacional antes de la reforma constitucional de 1994. Los derechos laborales se dirigen hacia el futuro por voluntad expresa del legislador constituyente. La exégesis literal del art. 14 Bis CN, está redactada en tiempo futuro, en clave de futuro. «El trabajo gozará de la protección de las leyes. las que asegurarán al

2 Ducros Novelli, Daniela, «Los trabajadores de la industria de la construcción y una desprotección sin fin», Revista Teoría y Práctica del Derecho del Trabajo, Nro. 1, septiembre 2021.

trabajador», entre varios derechos que se deben asegurar se enuncia «protección frente al despido arbitrario». El artículo 14 bis CN le da un mandato al legislador, «el trabajo gozará de la protección de las leyes», es casi una orden, de sancionarse alguna norma regresiva el legislador constituido rompería la lógica de redacción constitucional y desoiría el mandato conferido por el legislador constituyente; en tal caso, podríamos afirmar que el trabajo «gozó» de la protección de las leyes —en tiempo pasado—, si estas ya no fueran capaces de asegurar a los trabajadores y trabajadoras —entre otras cuestiones—, «protección contra al despido arbitrario».

Por lo expuesto, si se trata de derechos sociales y especialmente de derechos laborales, el cambio de tiempo verbal, viola el artículo 14 Bis CN y el Principio de Progresividad de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos expresado en los artículos 2.1 del PIDESC y 26 de la Convención Americana, que fueran incorporados a nuestro plexo constitucional por la vía del artículo 75 inc. 22 CN. Los sistemas propuestos de Fondo de Cese Laboral indudablemente violan la orden que el artículo 14 bis CN da a los legisladores de dictar leyes que aseguren a los trabajadores que tendrán protección, «contra el despido arbitrario»; obstaculizando también la manda constitucional que afirma «El trabajo gozará de la protección de las leyes». Máxime cuando en el sistema previsto en el DNU 70/23 el legislador pretende desentenderse de la manda constitucional que ordena proteger por leyes, delegándolo todo a la disponibilidad colectiva. El cumplimiento de ese mandato constitucional, requiere que las leyes establezcan un mecanismo que sea lo suficientemente disuasivo para que los empleadores no despidan si el trabajador no incurrió en una falta de gravedad. El sistema de protección puede ir desde la estabilidad absoluta a la estabilidad relativa, con indemnizaciones de distintas cuantías. Está claro que la mejor forma de dar cumplimiento al mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario es mediante un sistema que impida la arbitrariedad como son los que consagran la estabilidad absoluta y dentro de los sistemas que establecen la estabilidad relativa, lógicamente cuanto más cara sea la indemnización, mejor retraer al empleador de la comisión del actor y —en consecuencia— mejor se cumple con el mandato constitucional de protección.

Un sistema sin indemnización, como pretende el proyecto «Mochila argentina» estaría llevando la intensidad de protección a cero y un sistema con un fondo que no garantice la actualización de los aportes ni la retracción del empleador de la comisión del actor como pretende el proyecto del DNU 70/23, no conduciría a resultados muy distintos. En vez de proteger frente al despido, se estaría desprotegiendo, lo contrario de lo que la constitución manda.

2.- Es falso que por medio de la percepción del fondo la litigiosidad vaya a disminuir.

Es probable que esta sea una de las mayores falacias de las que parten quienes propician proyectos de esta índole, porque el sistema va a ser declarado inconstitucional y las empresas que despidan arbitrariamente van a ser condenadas a pagar, los gastos del

juicio y las indemnizaciones por los daños que causan, ya que —reitero— no hay en el proyecto «Mochila Argentina» protección alguna contra el despido arbitrario como indica el artículo 14 bis CN, subsistiendo —en consecuencia— un daño sin reparar, en violación al artículo 19 CN y al artículo 1716 CCyCN, por más que el trabajador perciba el fondo de cese. En relación al sistema propuesto por el DNU 70/23, aun cuando pudiera atribuirse naturaleza indemnizatoria al fondo, pues únicamente atendería a los despidos incausados, lo cierto es que el mismo no protege contra el despido arbitrario porque no retrae al empleador de la comisión del acto ilícito rechazado por el ordenamiento jurídico. Asimismo, cabe destacar, que el fondo allí previsto se integra solo con el 8% mensual de los salarios en concepto de aportes, es decir, si quiera alcanza los estándares de la ley 22.250 que prevé aportes del 12% de la masa salarial durante el primer año y recién después del 8%. A su vez, el proyecto tampoco indica cómo se garantizará el valor adquisitivo de los aportes patronales en momentos altamente inflacionarios como el actual y con tasas negativas. Todo indica que otros lucrarán con los aportes de los trabajadores y trabajadoras que luego estos percibirán devaluados.

En consecuencia, al disminuir los estándares de protección alcanzados por la tarifa del artículo 245 LCT, la norma deviene inconstitucional y la indemnización insuficiente en los términos del artículo 1740 CCyCN y del artículo 19 CN. Analizando la cuestión desde otro ángulo, la facilidad de despedir libremente habilitando que el trabajador perciba el fondo de cese, es probable que derive en un incremento de despidos que encubran causales discriminatorias o represalia, que generarán nuevos daños que terminarán siendo también objeto de condena. En sentido inverso a los objetivos declamados de disminuir la litigiosidad, la misma se verá incrementada. En los últimos años hemos asistido a un escenario de revictimización de las víctimas, de la informalidad, de la evasión, de despidos arbitrarios, de despidos discriminatorios, de despidos represalia, bajo el manto discursivo de la «industria del juicio». No puede culparse a las víctimas de los actos ilícitos de la alta litigiosidad existente, por iniciar acciones a fin de obtener una justa reparación. No existe la denominada «industria del juicio», lo que existe es la industria del incumplimiento y es muy rentable. El tiempo que hoy dura un juicio en cualquier jurisdicción del país en combinación con las magras tasas de interés impuestas en la mayoría de ellas en relación a la inflación existente, explica por sí misma la existencia de la «industria del incumplimiento», ningún hombre de negocios, encuentra grandes beneficios en pagar las indemnizaciones en tiempo y forma, si se puede demorar y dilatar el juicio por años para terminar pagando sumas irrisorias.

3.- Es falso que el sistema tienda a la registración de relaciones laborales hoy sin registrar.

Se sostiene que los elevados «costos laborales» son los que llevan al empleador a mantener la relación en la clandestinidad. Más allá de la solución que corresponda darle a aquel planteo, es falso sostener que estos Proyectos vayan a solucionar ese problema, cuando los mismos solo aumentan los costos laborales, no los disminuye.

Además de todos los costos existentes, en el sistema propuesto el empleador deberá adicionar el porcentaje sobre el salario del trabajador que corresponde a la prima del fondo. Es decir, continuará pagando aportes patronales a la seguridad social, obra social, aportes sindicales, ART y se le sumará el porcentaje del 12% o del 8% según el proyecto, correspondiente al fondo de cese. Asimismo, según los datos del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social la industria de la construcción es actualmente la actividad con mayor índice de empleo no registrado del país, el que ascendía a 74,80% conforme datos del año 2021. En consecuencia, basta cotejar lo que sucede en el sistema que se pretende imitar; la industria de la construcción. En el año 2003 había en dicha actividad un 79,10% de trabajo no registrado, solo superado por el sector de las trabajadoras llamadas en aquella época «servicio doméstico»; luego de la modificación del sistema por el de la ley de «trabajadores de casas particulares», la industria de la construcción superó a esta actividad en empleo no registrado. Entonces queda claro, la existencia de un Fondo de Cese Laboral no tiene a la formalización del sector, quizás —entre otras cuestiones— porque aumenta los «costos laborales».

4.- Es falso que el sistema sea beneficioso para todos los empleadores, sobre todo para las Pymes.

Primero, hay que destacar que los únicos beneficiados por el sistema, y solamente en una primera instancia, ya que en un futuro posiblemente serán condenados, son quienes violen las leyes, quienes despidan arbitrariamente, discriminatoriamente, quienes utilicen el despido como una represalia. Los demás empleadores que no violen la ley no se van a beneficiar, porque van a tener que ingresar aportes al fondo, incrementando el costo salarial mensual, por la socialización de los despidos de quienes que violan la ley. Por la misma razón también es falso que el Fondo de Cese sea «un seguro». No se trata de un seguro sino de un Fondo Patronal Solidario, porque no existen seguros frente a los actos voluntarios, los seguros lo que aseguran son actos involuntarios y el despido arbitrario es un acto voluntario, es una decisión del empleador, no existe alea para asegurar. De ser el despido arbitrario un seguro, sería muy sencillo, los empleadores podrían acudir a una compañía aseguradora y asegurarse. Para asegurar el siniestro del despido arbitrario, no hace falta reformar la LCT ni habilitar la negociación colectiva, lo que ocurre es que no encontrarán aseguradoras dispuestas a hacerlo, porque las cuestiones asegurables son las que dependen de un alea, de un evento que pudiera ocurrir o no ocurrir, no de decisiones deliberadas del asegurado. Por las mismas razones son inviables algunas otras propuestas que se han esbozado sin llegar a ser formalmente proyectos de ley, como la de crear «un seguro de contingencias judiciales», y además agregan que esto sería «sin cambiarle una coma al derecho laboral». Aquella iniciativa puede tener intenciones muy loables, pero parte de una premisa falsa, porque no existen las «contingencias judiciales».

Reitero, el despido arbitrario es un acto ilícito que proviene de decisiones deliberadas del empleador que causan daños que terminan siendo objeto de condena. Eso no es una

contingencia y por eso no es asegurable. ¿Además cómo sería esto del seguro por contingencias judiciales? ¿Asegura también cuando el despido deriva de las relaciones no registradas o deficientemente registradas? ¿Asegura cuando existen diferencias salariales y se discute el importe de la remuneración? ¿Asegura el despido discriminatorio, el despido represalia? ¿Cómo cubre el seguro al asegurado cuando lo condenan a reinstalar? ¿O la reinstalación sería en la compañía aseguradora? En el Proyecto de ley «Mochila Argentina» el fondo además hace frente a otras formas de extinción de la relación que hoy no pagan indemnización, como renuncia, abandono, despido con causa, entre otras. Segundo, porque la mayoría de las empresas viven del consumo interno y los trabajadores que no tienen un salario digno, ni expectativa alguna de mantener su empleo, lógicamente retraen al máximo el consumo.

En consecuencia, se consume menos, se vende menos, se produce menos y así toda la economía se va contrayendo y las empresas también. Tercero, porque, de todos modos, quienes despidan arbitrariamente serán condenados a pagar los gastos del juicio y las indemnizaciones por los daños causados, las que serán probablemente más altas que las indemnizaciones tarifadas de la LCT, teniendo en cuenta no solo que no hay pleno empleo, sino que un puesto de trabajo se está convirtiendo en un bien muypreciado en el mundo.

Finalmente, los empresarios condenados, terminarán por advertir que la tarifa beneficiaba al empleador y le daba previsibilidad, al vedarle al trabajador la prueba de todos los daños derivados del despido arbitrario.

5.- Es falso que la eliminación de las indemnizaciones vaya a crear nuevos puestos de trabajo.

Sostuve al escribir para la Revista Microjuris cuando fue presentado al Congreso de la Nación el Proyecto de Ley «Mochila Argentina», que esta clase de argumentos sobre los que estos proyectos descansan, suelen hacer mella en quienes aún no han podido acceder a un puesto de trabajo, creando la falsa ilusión de que despojando a aquel de los derechos que lo invisten se facilitaría su búsqueda; y la concesión de la licencia para despedir gratuitamente —paradójicamente— haría efectivo el derecho «al trabajo».

Sin embargo, las leyes flexibilizadoras del trabajo, no solo no crearon nuevos empleos, sino que asistieron al aumento del desempleo. En el año 1991 la tasa de desempleo rondaba el seis (6)%, cuando se dicta la primera ley de flexibilización, llamada casualmente «Ley de Empleo» Nro. 24.013 (BO 17/12/1991). Con particular énfasis, la exposición de motivos sostenía que la rigidez de las regulaciones estatales derivaba en la pérdida de empleos. La Ley crea cuatro (4) nuevas modalidades contractuales precarias, que llegaron a reemplazar el clásico contrato por tiempo indeterminado impuesto por la ley 20.744 (arts. 27 a 53, ley 24.013). Dos (2) de esas modalidades daban derecho al empleador a disolver el vínculo sin responsabilidad indemnizatoria (en el caso de los contratos de «práctica laboral para jóvenes» y de «trabajo-formación») y otras dos (2)

con una indemnización reducida, solo de medio sueldo (en el caso de los contratos de «fomento del empleo» y de «lanzamiento para una nueva actividad»). Regía la inestabilidad del trabajador. Afortunadamente, estas modalidades fueron dejadas sin efecto por la ley 25.013 (BO 24/09/1998). Pese a la incorporación de estas modalidades sin derecho a indemnización, en 1995 la tasa de desempleo, en vez de descender, trepó al doce (12%). Entonces dijeron que para reducir la tasa y que las empresas inviertan, eran necesarias más medidas de flexibilización, y en 1995 la ley 24.465 (BO 28/03/1995), reglamentada por decreto 738/95 (BO 05/06/1995), creó dos (2) nuevas modalidades de contratación sin derecho a indemnización, el contrato de aprendizaje y el contrato especial de fomento del empleo.

Ello vino acompañado, por otras reformas flexibilizadas que fueron erosionando aún más los derechos de los trabajadores y trabajadoras; se introdujo el periodo de prueba, el contrato a tiempo parcial y se dictaron regulaciones que avalaron la denominada «disponibilidad colectiva» de los derechos laborales fijados por el Estado. Es decir, la negociación colectiva dejó de ser una herramienta tendiente a ampliar los derechos mínimos del orden público laboral, impuestos por ley (art. 7º, ley 20.744 y art. 7º, ley 14.250). Los sujetos colectivos solo eran llamados para reducir aquellos límites que pasaron a ser «mínimos disponibles». De este modo, la ley 24.465 permitía que se extendiera por vía colectiva el periodo de prueba de tres (3) a seis (6) meses (art. 92 bis, inc. 1) y se ampliara el porcentaje de trabajadores contratados mediante los contratos de aprendizaje y el contrato especial de fomento del empleo. No es casual que la creación del instituto de disponibilidad colectiva se haya producido en tiempos en los que la fuerza de los sindicatos se encontraba cooptada o debilitada a tal punto de avanzar sobre los derechos que emergían de normas de orden público. Sin embargo, la desocupación siguió subiendo y nuevamente la respuesta fue el incremento de la flexibilización. La ley 25.013 (BO 24/09/1998) incorporó el régimen de pasantías educativas, mientras permitió que, por vía colectiva, se pueda dejar sin efecto el derecho a ser indemnizado en caso de ruptura incausada del vínculo, aunque limitaba esa habilitación al 50% del monto indemnizatorio (art. 3º). A partir de su dictado, el preaviso comenzó a correr desde el día siguiente a su notificación; y la indemnización por antigüedad debida calcularse a razón de una doceava (1/12) parte del salario por cada mes trabajado o fracción mayor a diez (10) días. El piso mínimo dejó de estar representado por el valor equivalente a un salario completo devengado y se redujo a las dos doceavas (2/12) partes de aquel. La norma incluye modificaciones a la ley 14.250, como, por ejemplo, la caducidad a pedido de parte, de los convenios colectivos anteriores a 1988.

En materia de conflictos colectivos, la década de los años noventa (90) también se vio marcada por la flexibilización, se dictó el decreto 2184/1990 (BO 19/10/1990), reglamentario del derecho de huelga. Sin perjuicio del contenido regresivo del mismo, nótese que una norma de muy inferior rango pretende limitar el ejercicio de una garantía constitucional tal como es el derecho de huelga, en violación a los artículos 14 bis, 28 y 31 CN. La misma pretensión del DNU 70/23. En el año 2000, la desocupación ya había trepado al 14,7% cuando se sanciona la ley 25.250 (BO 02/06/2000), tristemente célebre y conocida como «Ley Banelco». La misma, llevó a tres (3) meses el periodo de prueba, pudiendo ser

ampliado a un año por disponibilidad colectiva (artículo 1). Además, volvió a modificar la ley 14.250 estableciendo distintos ámbitos de negociación colectiva, habilitando a un convenio de ámbito menor a derogar los mejores beneficios fijados por uno de ámbito mayor (artículos 23 a 27). En materia de huelga facultó al Ministerio de Trabajo a calificar las actividades que debían respetar los servicios esenciales (artículo 33). Esta habilitación se contradice con el criterio sustentado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, dirigido a sostener que la calificación de los servicios esenciales debe estar en manos de un órgano independiente. El Decreto 843/2000 (BO 04/10/2000) reglamentó esta ley, fijando los servicios esenciales y estableciendo los supuestos en los que el Ministerio podía ampliar esa enumeración. ¿El resultado? Al poco tiempo la desocupación asciende al veintidós (22)%.

En síntesis, entre los años 1991 y 2001, las indemnizaciones eran irrisorias, regía todo el sistema de precarización laboral, la economía de mercado, que ve al trabajo solo como mercancía. Sin embargo, eso no impidió —no pudo impedir— la depresión, la recesión, ni el colapso económico que vino después, mientras la tasa de desempleo trepó en esos once (11) años del seis (6) al veintidós (22)%.

En el contexto de la grave crisis económica y ocupacional, la ley 25561 (B.O.7/01/02), suspende los despidos sin causa justificada por el plazo de ciento ochenta (180) días y aclara que, en caso de producirse despidos en contravención a lo dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente (artículo 16). Aquella disposición se fue prorrogando, no obstante, se fue reduciendo porcentualmente el monto de las duplicaciones a la par del descenso de la tasa de desempleo, quedando completamente eliminada cuando la tasa descendió el umbral del diez (10)%. El año 2003 marca un punto de inflexión respecto al papel asignado al Estado con relación al derecho del trabajo. En materia colectiva, se reformularon y homologaron múltiples convenciones colectivas de trabajo. Anualmente, se realizan paritarias en todos los sectores de la actividad económico-laboral. El Ministerio de Trabajo recuperó su rol como mediador en la inherente conflictividad de una economía capitalista que provoca, por su propia esencia, continuas desigualdades y asimetrías entre los participantes del proceso de producción.

En materia individual, se fueron recuperando algunos derechos perdidos en la década del noventa (90) y otros que formaban parte del texto original de la LCT de 1974. La ley 25.877 (BO 19/03/2004) dejó sin efecto la ley 25.250 y sus normas reglamentarias (artículo 1). Además, eliminó el instituto de la «disponibilidad colectiva», el período de prueba (se fijó en 3 meses); recuperó la «integración mes de despido» en el caso de no ser otorgado el preaviso; y la indemnización por antigüedad volvió a ser calculada en base al salario mensual.

En materia de derecho colectivo, la ley estableció mecanismos de articulación entre convenios que no avalan la disposición de los mejores derechos consagrados por acuerdos de ámbito mayor. Siguiendo los ligamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, se determinó cuáles son los servicios esenciales que no admiten interrupción en caso de huelga, disponiendo la creación de un órgano independiente para ampliar y/o alterar

esa calificación (artículo 24). A su vez, el Decreto 272/2006 (BO 13/03/2006), reglamentario de la norma legal, estableció la conformación y el funcionamiento de la Comisión de Garantías. La ley 26.086 (BO 24/04/2006), en materia concursal dejó sin efecto el fuero de atracción de los procesos laborales que había impuesto la ley 24.522.

Los trabajadores volvieron a litigar ante su juez natural, con las garantías necesarias para asegurar la vigencia del principio protectorio. También restableció el antiguo artículo 71 de la ley 20.744 y agregó al artículo 66 LCT, una acción judicial sumarísima tendiente a obtener el cese de un «ius variandi» abusivo. De acuerdo a la nueva redacción, la interposición del proceso sumarísimo lleva incita una medida de «no innovar» que impide alterar las condiciones de trabajo hasta el dictado de la sentencia definitiva. El retorno de este instituto permite un efectivo cumplimiento del principio de conservación del contrato plasmado en el artículo 10 de la ley 20.744 (texto según decreto 390/1976). Con relación a los llamados «tickets canasta», la ley 26.341 (BO 24/12/2007) derogó el artículo 4 de la ley 24.700 y los incas. b) y c) del artículo 103 bis LCT. Desde entonces, estas prestaciones revisten carácter salarial. La redacción original del viejo artículo 9 de la ley 20.744 fue recuperada íntegramente mediante la ley 26.428 (BO 16/12/2008). Desde entonces, el Principio «in dubio pro operario» guía la interpretación no solo en caso de duda en cuanto a la aplicación del derecho, sino también sobre la apreciación de la prueba. En materia de jornada, el artículo 92 ter LCT fue modificado por la ley 26.474 (BO 23/01/2009). En la actual regulación, la proporcionalidad que dispone el artículo 195 LCT no rige si la prestación excede las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual de la actividad. En este supuesto, el empleador deberá abonar el salario como si el trabajador prestara funciones a tiempo completo. Por otra parte, el Principio de Irrenunciabilidad se vio fortalecido por el nuevo texto que la ley 26.574 (BO 29/12/2009) le dio al art. 12 de la ley 20.744, finalizando la polémica que se había suscitado en torno al alcance del aludido principio, aclarándose que resultan también irrenunciables los derechos acordados en el marco del contrato individual.

En síntesis, a partir del año 2004 no solo la ley 25877 restableció el sistema que actualmente rige de indemnización como modo de reparación frente al despido arbitrario, sino que en los años siguientes se sancionaron normas protectorias del trabajador recuperando algunos derechos perdidos de la redacción original de la LCT, paralelamente el desempleo descendía, ubicándose alrededor del seis (6%) para el año 2015.

En síntesis; con eliminación o reducción de la indemnización el desempleo trepó del seis (6) al veintidós (22)% en el período 1991 a 2002; y con indemnización —a veces incluso duplicada— descendió nuevamente del veintidós (22) al seis (6)% en el período 2002 a 2015. ¿Entonces cuál es el sistema que tiende con la creación de empleo? Los datos señalados indican que la primera conclusión a la que podemos arribar es que, eliminar la indemnización por despido no crea empleo, por el contrario, facilita la destrucción de los puestos de trabajo existentes por parte de los operadores económicos. Sin embargo, hay que analizar un dato más, entre los años 2015 al 2019 con el mismo sistema indemnizatorio actual, el desempleo volvió a trepar del seis (6%) al diez con cuarenta (10,40%). La segunda conclusión entonces es que, las normas laborales

y particularmente la indemnización frente al despido —por sí mismas— no destruyen empleo —no podrían hacerlo— aquel es territorio de la política económica.

Quienes propician el fondo de cese y demás reformas flexibilizadas esgrimen como un dato que confirmaría su tesis, que desde el año 2008 no se crea empleo en el sector privado. Lo que aquel análisis omite, es que el año 2008 fue el año de la crisis internacional, crisis originada en los EEUU y trasladada al resto del mundo cuyos nocivos efectos contrajeron todas las economías. Algunos países para reactivar la creación de empleo flexibilizaron sus legislaciones laborales. ¿El resultado? Según OIT, aumentaron los índices de desempleo y debieron volver atrás con las reformas legislativas porque demostraron ser completamente incapaces de generar un puesto de trabajo. Es lo que sucedido por ejemplo en Brasil³. Indudablemente la pretendida y hasta hoy fallida reforma del PEN mediante el Título IV del DNU 70/23 que se propone prácticamente derogar el derecho del trabajo, supuestamente para generar las bases que permitan el desarrollo del país y el crecimiento económico, se asientan sobre estas mismas creencias que ya se han demostrado falsas en nuestro país y en el resto del mundo.

CONCLUSIÓN

Luego de este análisis, viene al caso preguntarse sobre el verdadero objeto de estos Proyectos que pretenden instaurar un Fondo de Cese Laboral. ¿Cuál es la finalidad? ¿Cuál el objetivo? Si es inconstitucional y así será declarada por los jueces y juezas del trabajo, si no va a disminuir la litigiosidad, si no va a tender a la registración de relaciones laborales hoy sin registrar, si no va a beneficiar al comercio, ni a las PYMES, si no va a generar empleo, si no va a sentar ninguna base para el desarrollo del país ni el crecimiento económico y ni siquiera es un seguro.

Cuando se advierte cual es el objetivo, se advierte también porque tanta insistencia en eliminar las indemnizaciones. La «protección contra el despido arbitrario» es una consecuencia de la dignidad del trabajador, de su humanidad y es la garantía que el ordenamiento jurídico le brinda para viabilizar la realización de todos los demás derechos tutelados por el ordenamiento jurídico (salario digno, pago de horas extras, licencia por vacaciones, por enfermedad, tutela sindical, tutela de la embarazada, derecho de huelga, afiliación sindical libre, entre tantos otros), derechos todos sobre los que pretendió avanzar el DNU 70/23 hoy dejado sin efecto por la Sala de FERIA de la CNAT, y por los que volverán sus autores, siendo la forma más fácil, más sutil de hacerlo, mediante la implementación del Fondo de Cese Laboral dado que, aquellos derechos quedarían técnicamente derogados de hecho de permitirse un despido libre, frente a cualquier circunstancia, cualquier opinión, cualquier razón, como la simple pretensión de tomarse las

3 Ducros Novelli, Daniela, «El Proyecto de ley «Mochila Argentina, una mochila cargada de falsedades e 2 inconstitucionalidades», Microjuris, 18/10/21, MJ-DOC-16237-AR, MJ16237, LJ, MJ.

vacaciones previstas por la ley, reclamar el pago de horas extras realizadas o cualquier otra cosa.

De avanzar el Fondo de Cese Laboral por ley, gran parte de la flexibilización buscada por el DNU 70/23 queda hecha de facto. La eliminación de la «protección frente al despido arbitrario», es la eliminación de la protección «frente a la arbitrariedad del empleador». Es el fraude más grande que pueda hacerse, porque no hay una sola norma que se defraude, es la totalidad del ordenamiento de protección laboral el defraudado.

Los laboristas somos lo que sabemos lo que costado conquistar estos derechos, que ha sido en parte producto de la pluma de un genio como Norberto Centeno, pero también de las luchas de los trabajadores y de sus abogados la que ha dado lugar a este ciclo legislativo de progresivo avance en materia de derechos humanos, de derechos sociales.

Un ciclo de progresivo avance que indudablemente mejoró las condiciones de vida y recogió los sueños de miles de trabajadores y trabajadoras. Nosotros hoy tenemos la responsabilidad de recoger ese legado y continuarlo. Comenzando por alertar, sobre la falibilidad de estos Proyectos y las falacias que encierran sus objetivos declamados; sobre los posibles caminos de la justicia, su precariedad, la dificultad de alcanzarla cuando se pretende que sea la claudicación de los derechos de las personas que trabajan, unos de los sujetos más débiles, más vulnerables de la sociedad, lo que resuelva todos los problemas que la economía no puede resolver.

Finalizo estas líneas renunciando a toda pretensión de originalidad citando una famosa frase de Paul Auster, «Si la justicia existe, tiene que ser para todos; nadie puede quedar excluido, de lo contrario ya no sería justicia».



Una regresión de los derechos de las personas que trabajan: el art. 245 Bis ¿Agravamiento o desgravamiento a favor del empleador? Cuando el estado discrimina habilita a discriminar

POR ALDANA FABICHE¹

[MJ-DOC-17651-AR](#) | [MJD17651](#)

Sumario: I. Introducción II. Una norma regresiva. De la prohibición de discriminación al agravamiento de la indemnización III. El estado Argentino como primer sujeto activo de la discriminación de las personas que trabajan IV. La responsabilidad internacional del estado por la violación de a la obligación de otorgar igual protección legal V. Un largo camino para recorrer.

I. INTRODUCCIÓN

Llegando casi a los cincuenta años de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo² el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023³ emanado del Poder Ejecutivo Nacional denominado: «Bases para la reconstrucción de la economía argentina», a través de la regulación establecida en su título IV denominado: «Trabajo», irrumpe el régimen legal del contrato de trabajo de nuestro país poniendo en jaque el sistema protectorio que impera en la disciplina, haciendo prevalecer los intereses económicos por sobre la tutela de las personas que trabajan.

1 Abogada. Egresada de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Directora del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Quilmes.

2 Ley de Contrato de Trabajo 20.744 sancionada con fecha 11/09/1974.

3 DNU 70/2023. Capítulo IV Trabajo. Publicado en el Boletín Oficial el 21/12/2023.

A la fecha de la redacción de estas líneas, marzo de 2024, la vigencia de todas las normas que contiene el Título IV (artículos 53 a 97) se encuentra suspendida por la sentencia de fecha 30 de enero de 2024 dictada por la Sala de Feria en los autos:

«Confederación General de Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Amparo» que declaro la invalidez constitucional de todo el Título por ser contrario al artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

Contra esta sentencia, el Poder Ejecutivo interpuso el Recurso Extraordinario Federal, que ha sido concedido por la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones, conforme a ello la sentencia dictada en la segunda instancia aún no se encuentra firme.

En este trabajo analizaré el artículo que ha introducido el DNU numerado 245 bis, titulado agravamiento indemnizatorio por despido con motivos discriminatorios como acto discriminatorio del Estado Nacional hacia a las personas que trabajan por su condición social de personas trabajadoras.

Asimismo, explicaré que la desprotección legal en la que se incurre el Estado constituye un incumplimiento al art. 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

II. UNA NORMA REGRESIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN AL AGRAVAMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN

El DNU incorpora a la LCT el artículo 245 bis⁴ que faculta a la parte empleadora a la ruptura contractual, aun cuando incurra en un acto discriminatorio, e impone a cambio el pago de una indemnización equivalente al 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 cuando se acredite en sede judicial que el distracto constituyó un acto discriminatorio.

4 DNU 70/2023 Art. 82/70: incorporase como artículo 245 bis a Ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, el siguiente:-Artículo 245 bis.: Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial. 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 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 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 sus efectos-.

Dicho con otras palabras, la norma viene a tarifar el despido discriminatorio monetizando de esta forma la discriminación.

De la interpretación literal de la norma se establece una modificación en la carga de la prueba, contrariando la doctrina judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵ que ha dejado sentado que en los procesos civiles en los que se denuncian actos discriminatorios, resulta suficiente, para la parte que afirma un motivo discriminatorio del acto acreditar los hechos idóneos para inducir su existencia correspondiendo al demandado a quien se le imputa la comisión de la conducta impugnada la prueba que el acto tuvo un motivo objetivo y razonable ajeno a la discriminación.

Con la irrupción del artículo 245 bis la persona que trabaja pasa a tener a su cargo la prueba de que el distracto obedeció a un acto discriminatorio y una vez que haya podido acreditar la discriminación la reparación del daño que se ha producido por el acto ilícito dependerá de la valoración del juez que entienda en la causa.

De aplicarse el art. 245 bis la cuantificación del daño por el acto ilícito va a estar sujeta a un mínimo y un máximo que va a abarcar del cincuenta al cien por ciento de lo que le corresponde percibir al trabajador en concepto de indemnización por el art. 245 de la L.C.T. Esta no será acumulable con otro régimen especial que establezca agravamientos indemnizatorios. En su parte final esta nueva norma consagra que el despido dispuesto producirá la extinción del vínculo laboral a todos sus efectos.

III. EL ESTADO ARGENTINO COMO PRIMER SUJETO DE ACTIVO DE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS QUE TRABAJAN

a.- La discriminación por la condición social de persona que trabaja:

El artículo 245 bis habilita el despido cuya causa sea uno de los motivos discriminatorios que establece la norma de esta forma legítima a la parte empleadora a afectar la igualdad y la libertad de las personas que trabajan por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología u opinión política o gremial.

Resulta de extrema gravedad institucional que el Estado Nacional, quien debe ser garante de la paz social, sea quien habilite a que en el contrato de trabajo se puedan configurar distractos con estos motivos.

La norma en análisis además de lesionar derechos humanos fundamentales violenta indirectamente derecho a la estabilidad⁶ en el empleo colocando en una situación de

5 Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de Capital Federal s/Amparo». Corte Suprema de Justicia de la Nación. 15/11/2011 Fallos: 334:1387.

6 Deviene del Principio General de Estabilidad es una expresión de la disciplina que comprende el derecho a no verse privado arbitrariamente del trabajo. La estabilidad en el vínculo contribuye a la eficacia de la totalidad de los derechos de los trabajadores.

desprotección legal a la persona que trabaja, quien puede ser segregada de su puesto por una motivación discriminatoria.

No existen dudas conforme a la evolución que ha alcanzado la disciplina, al día de hoy, que quien trabaja debe gozar desde el inicio al fin de su contrato el pleno goce de los derechos consagrados en las normas internacionales, constitucionales y legales por su condición de persona, los cuales no pueden quedar aniquilados en el contrato de trabajo por la aplicación del nuevo artículo 245 bis de la L.C.T.

El Estado Argentino, al introducir esta modificación en la L.C.T. respecto de los efectos del despido acaecido con motivos discriminatorios, es quien incurre primero en la discriminación de las personas que trabajan, pues por su condición social, las sustrae del ámbito de protección de la ley antidiscriminatoria (23.592)⁷ haciendo cesar abruptamente la función disuasiva, sancionatoria e indemnizatoria que la norma general detenta frente a acto discriminatorio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió al respecto en los autos: «Álvarez Maximiliano y otro c/Cencosud SA s/Acción de Amparo»⁸ dejando expresamente establecido que la ley 23.592 resulta aplicable en el ámbito del derecho individual del trabajo, pues no existe ningún elemento ni en el texto de la ley ni en su finalidad que habilite una interpretación distinta, pues la prohibición de discriminación no admite excepciones o espacios de tolerancia.

La discriminación que introduce el DNU para con las personas que trabajan carece de una justificación, objetiva y razonable, que legitime la restricción de los alcances que puede tener la sanción de un acto discriminatorio según la víctima porte o carezca la condición social de persona que trabaja.

La desigualdad de trato que ha impuesto el Poder Ejecutivo, a través del dictado del DNU 70/2023, resulta contraria al principio de progresividad⁹ y es ofensiva de la dignidad humana de las personas que trabajan.

7 Ley 23.592. Actos Discriminatorios. artículo 1: -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 determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos-.

8 Recurso de hecho. Álvarez, Maximiliano y otro c/Cencosud SA s/Acción de Amparo». Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/12/2010. Fallo 333:2306.

9 Principio receptado en el art. 19 ap 8 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el art. 2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, el art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los arts. 75 inc 22 y 23 de la Constitución Nacional y en el Art. 39.3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. A través de su función limita y reduce los niveles de desprotección social, procura disminuir progresivamente el estado de desposesión en que se encuentran los trabajadores en el orden socioeconómico

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las cuales deberán asegurar al trabajador condiciones dignas y equitativas de labor, esta protección tiene que ser permanente y efectiva. La norma constitucional consagra el principio protectorio imperativo dirigido al legislador y a todos los operadores jurídicos, para que en la regulación de las relaciones laborales o en la aplicación de las disposiciones referentes a ellas prevalezca siempre el criterio de preservación al amparo del trabajador, asignado aplicabilidad en sentido de la directiva, en cuanto refleja la concepción del hombre en su actividad creadora, sobre los intereses económicos o puramente mercantilistas¹⁰. El trabajador es el sujeto de preferente tutela en nuestro ordenamiento¹¹.

El artículo 245 bis de la LCT incurre en una violación del art. 14 bis de la CN en cuanto colisiona con el principio protectorio y se aparta de los conceptos de «protección legal» y «condiciones dignas de labor».

A partir esta nueva norma el distracto por motivos discriminatorios en el ámbito del contrato de trabajo pasa de ser un acto prohibido que, a pedido de la persona damnificada, se puede hacer cesar retro trayendo en consecuencia el estado de las cosas al momento anterior a ser un acto, de acreditarse en sede judicial que obedeció a un motivo discriminatorio, solo se debe indemnizar con una magra tarifa produciendo todos sus efectos.

b.- La discriminación de la norma en la reparación de los actos discriminatorios entre personas que trabajan.

La norma también genera otra discriminación entre las personas que trabajan en cuanto al monto de la reparación que se va a consagrar a quien, en el marco del contrato de trabajo, hubiera sido víctima de un acto jurídico ilícito discriminatorio.

Advierto que las personas trabajadoras de menor antigüedad o de inferiores ingresos van a tener una menor protección (reparación económica) frente al acto discriminatorio lesivo de su dignidad por lo que la norma las coloca en una situación de doble vulnerabilidad (no solo por su condición de persona que trabaja sino también por su antigüedad o ingreso) resultando más económico para sus victimarios la reparación cuando se vulneren sus derechos humanos fundamentales¹².

imponiendo un aumento sostenido y unidireccional de la tutela jurídica. Veda toda posibilidad regresiva de los derechos de los trabajadores.

10 Gatti, Ángel Eduardo, «Derecho del Trabajo. Manual de la Relaciones Individuales», Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires.2015.

11 «Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa SA s/Despido». Corte Suprema de Justicia de la Nación 14/09/2004. Fallos 327:3677.

12 La tarifa que consagrada la norma tipificada como una indemnización agravada se aparta del principio del principio de indemnidad consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y del principio de progresividad.

IV. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR LA VIOLACIÓN A LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR IGUAL PROTECCIÓN LEGAL

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³ ha establecido que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación es considerado un principio básico y general de la protección de los derechos humanos que forma parte del derecho internacional, alcanzando el carácter de *ius cogens*.

En este principio se erige el orden público nacional e internacional que impera en todo el ordenamiento jurídico.

El Comité de Derechos Humanos Civiles y Políticos ha definido a la discriminación como: —toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, el goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas¹⁴—.

El artículo 1.1. De la Convención Americana de Derechos Humanos es una norma general que impone a los Estados Partes la obligación de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho instrumento —sin discriminación alguna¹⁵—.

Dentro de los derechos consagrados en este instrumento que se encuentran afectados por el artículo 245 bis de la LCT se pueden enumerar: derecho a ejercer todos los derechos y libertades reconocidos en la Convención sin discriminación¹⁶, derecho a la libertad

13 Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No.315.

14 Para establecer esta definición ha tomado como base las definiciones de discriminación establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1. de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer.

15 Convención Americana de Derechos Humanos. «Pacto de San José de Costa Rica». Art. 1.1: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas 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.

16 Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 1.1.

de conciencia y religión¹⁷, derecho a la libertad de pensamiento y expresión¹⁸, y derecho a la igualdad ante la ley entre otros¹⁹.

Conforme al artículo 2²⁰ del mismo tratado los Estados tienen la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para el goce efectivo de esos derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el considerando noveno de la Opinión Consultiva 18/2003²¹ se ha pronunciado respecto de la obligación de los Estados de garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todas las personas que trabajan. Esta obligación implica que los Estados no pueden tolerar o permitir que los empleadores privados violen sus derechos ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

El art. 24 de la Convención deja claramente establecido que la igualdad de las personas ante la ley tiene su correlato con la igual protección que de la ley debe otorgarles a las personas.

Esta obligación se traduce en la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.

Del análisis desarrollado en la líneas que anteceden, ha quedado demostrado que el DNU 70/2023 ha incorporado en el derecho del trabajo una norma discriminatoria que establece un trato peyorativo a la tutela judicial que se le debe otorgar a la personas trabajadoras víctimas de un acto ocasionado con un motivo discriminatorio, legitimando

17 Convención Americana de Derechos Humanos: «Art. 12. Libertad de conciencia y religión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o los derechos o libertades de los demás».

18 Convención Americana de Derechos Humanos: «Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión».

19 Convención Americana de Derechos Humanos. «Pacto de San José de Costa Rica». Art. 24: «Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley».

20 Convención Americana de Derechos Humanos: «Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC18/03: Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17/03/2003.

por medio de la misma que sus victimarios paguen por lesionar un derecho humano fundamental, apartándose de su obligación de combatir las prácticas discriminatorias.

En mi opinión personal, considero que al no existir similar protección legal para las personas víctimas de un distracto que haya tenido por causa una discriminación que la protección consagrada por la ley 23.592, por su sola condición de persona que trabaja, se incurre en una violación del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos conducta que genera la responsabilidad del Estado frente a los Organismos Internacionales.

V. UN LARGO CAMINO POR RECORRER

Resulta jurídicamente inadmisibles que un sistema normativo que tenga como paradigma la protección de los derechos humanos fundamentales legitime un acto jurídico que, contrariando el principio de igualdad, incurra en trato discriminatorio para con las personas que trabajan víctimas que un acto que haya tenido como motivo una causa de discriminación.

La norma en análisis no supera ni el control convencionalidad ni el de constitucionalidad e infringe los principios generales del derecho del trabajo, sostener una postura contraria sería avalar que el contrato de trabajo se erige en un ámbito donde se habilita a ejercer la discriminación a cambio de un magro costo.

Es tarea actual de los operadores jurídicos —abogados, magistrados y legisladores— desactivar las normas que han sido dictadas en el DNU 70/2023. La llave para ello está la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional que conforman el Bloque Constitucional Federal y los Principios de Orden Público que rigen en la disciplina a fin de poder garantizar a las personas que trabajan no solo una tutela efectiva de sus derechos sino también la indemnidad de su dignidad. ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación a igual protección de la ley- (20).

Convención Americana de Derechos Humanos: —Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades—.

Actualización Monetaria - Créditos Laborales - Contrato de Trabajo - Decretos de Necesidad y Urgencia 19-marzo-2024



Los arts. 276 y 277 de la LCT y el DNU 70/2023

POR ANALÍA V. GARCÍA¹

[MJ-DOC-17654-AR](#) | [MJD17654](#)

Sumario: 1. El DNU 70/2023, ¿es un decreto de necesidad y urgencia? 2. La actualización monetaria de los créditos laborales 3. El artículo 276 de la LCT y el DNU 70/23 4. La reforma del artículo 277 de la LCT V. Conclusión.

I. EL DNU 70/23: ¿ES UN DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA?

El 20 de diciembre de 2023, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto de necesidad y urgencia 70/23, que a lo largo de su extenso articulado (366) modifica, deroga e introduce normas de carácter laboral empero también civiles, comerciales, administrativas, recursos naturales, penales, es decir que interfiere en todos los ámbitos.

Esto erigió una gravedad institucional; razón por la cual previo a tratar el tema principal que nos convoca, realizare un escueto comentario sobre el mismo.

Es menester recordar aquellos conceptos básicos que en la escuela primaria nos explicaron: La República Argentina adoptó el sistema Representativo, Republicano y Federal. En lo que nos compete el sistema Federal implica que la Autoridad de la Nación se divide en tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con funciones y competencia expresamente definidas. Todo ello surge de la sencilla lectura de la Constitución Nacional.

¹ Abogada. Académica evaluadora del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Directora del Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de La Matanza. Co autora del anteproyecto de reforma de la Ley de Procedimiento Laboral en la Provincia de Buenos Aires 15.057. Docente de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales de la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Docente de grado de la Universidad Nacional de Buenos Aires y en diferentes diplomaturas de Derecho Individual, Procesal Laboral y de Riesgos del Trabajo del país. Expositora en diferentes Congresos Laborales.

La Carta Magna veda que un Poder ejecute tareas que le compete a otro u otros.

El Presidente de la Nación es el Jefe Supremo de la Nación, jefe de Gobierno y responsable político de la Administración general del país (Art. 99 inc. 1 C.N).

Expresa el mismo artículo, en su apartado tercero que le está prohibido emitir disposiciones normativas.

Sin embargo, el constituyente de 1994 le otorgó al Presidente la facultad del dictado de decretos de necesidad y urgencia, en situaciones excepcionales que impidan los trámites ordinarios para el dictado de leyes.

La propia Constitución determina que la inexistencia de los presupuestos descriptos (necesidad y urgencia) provocan su nulidad absoluta e insanable.

Escapa de este trabajo extenderme sobre el DNU 70/2023, pero basta recordar que el mismo se dictó el 20 de diciembre de 2023 y días después (23 de diciembre de 2023) el Poder Ejecutivo convocó [en uso de sus facultades] a sesiones extraordinarias en el Poder Legislativo, con lo que se pone en relieve la falta de «urgencia», uno de los requisitos recientemente mencionado.

Los considerandos del Decreto reflejan la existencia de una crisis económica, la cual es diáfana pero también una posición ideológica del Presidente y sobre esta se basa el Decreto.

Estos argumentos no son suficientes para el requisito «necesidad», tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia de La Nación en el fallo «Verrochhi», que expresó: “Es atribución de la Corte evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos de necesidad y urgencia y, en este sentido, corresponde descartar criterios de mera conveniencia ajenos a circunstancias extremas de necesidad, puesto que la Constitución no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto²”.

En síntesis, el Ejecutivo bajo el manto de un D.N.U. se arrogó facultades legislativas que no posee, en consecuencia, éste debe ser declarado nulo de nulidad absoluta.

Al momento de este trabajo, se realizaron diferentes presentaciones judiciales poniendo en crisis el referido DNU 70/23, a modo de ejemplo: «Colegio de Abogados de La Matanza c/Estado Nacional-Gobierno Federal-Poder Ejecutivo s/Acción Meramente declarativa de derecho»³ en nuestro fuero corresponde mencionar el Fallo dictado por la Cámara Nacional de Trabajo, en Feria en los autos caratulados: «Confederación

2 CSJN Fallos: 322:1726, S 19/08/1999, Verrocchi, Daniel c/Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas- s/Acción de Amparo-Dec. 770/96 y 771/96.

3 Expte. Nro. 391/24, Juzgado Federal en lo Civil y comercial contencioso administrativo Federal Nro.1 San Martín.

General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de Amparo»⁴.

En esta última causa, la Cámara Nacional de Trabajo, Sala en FERIA, resolvió declarar inválido constitucionalmente al Título IV del DNU 70/23 por contradecir al artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional y le otorgó a la acción la calidad de «acción de clase», ordenando su pertinente inscripción ante el Registro Público de Procesos Colectivos.

Aun no se ha formalizado la pertinente inscripción y la Doctrina discute si efectivamente se trata de una acción de clase y su alcance en cuanto al ámbito nacional o solo en Capital Federal.

Por ello es importante expedirnos sobre los diferentes institutos de derecho al trabajo que se ven afectados por el D.N.U. 70/2023.

II. LA ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LOS CRÉDITOS LABORALES

El artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo, en su redacción según ley 23.616 (10/11/88), indica que cuando los créditos provenientes de relaciones individuales de trabajo se ven afectados por depreciación monetaria se deben actualizar conforme el índice de Precios del Consumidor de Capital Federal.

Se trata de una norma imperativa pues el Legislador determinó que el Juez o en su caso la Autoridad Administrativa la deben aplicar de oficio.

Luego, el 27 de marzo de 1991 se sancionó la Ley 23.928 de convertibilidad del Austral (moneda de curso legal vigente en esa época) que estableció la paridad monetaria de Un Peso igual a un Dólar Estadounidenses y en consecuencia impidió la actualización monetaria y la indexación por precios.

Debido a la crisis social y económica constituida en el año 2001, el 06 de enero de 2002 se sancionó la ley 25.561 que declaró la emergencia en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria. En lo que nos compete en este trabajo sostuvo la prohibición de la actualización de los créditos y la indexación por precios.

Transcurrieron veintidós años, la realidad económica atravesó diferentes etapas, sin embargo, es diáfano que el actual aumento generalizado y sostenido de los precios de los bienes y de los servicios que provocó el fenómeno denominado inflación es notablemente superior a cualquier otro vivido en estos veintidós años.

4 Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/Acción de Amparo, Causa Nro.56862/2023, Juzgado Nacional del Trabajo de FERIA, Cámara Nacional de Trabajo, Sala FERIA.

En los últimos quince años la moneda se devaluó a diario. Situación que el Legislador advirtió y entonces el 24 de octubre de 2012 sancionó la Ley 26.773 (régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) imponiendo la actualización del crédito del trabajador o trabajadora que sufrió un accidente de trabajo o una enfermedad profesional con el índice Ripte⁵.

En el mismo sentido, el 13 de marzo de 2013 se sancionó la Ley 26.844 (Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares) que determina la obligación de sostener el valor de los créditos provenientes de las relaciones laborales que se rijan bajo este sistema, hasta el momento del efectivo pago⁶.

El Constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que el Estado Argentino suscribió. De ellos se desprende que el Derecho al Trabajo es un Derecho Humano Fundamental. En este sentido la Corte Suprema dijo que el trabajador es el sujeto de preferente tutela constitucional⁷. El Consumidor también es sujeto de tutela constitucional, aunque no se encuentra a la par del trabajador pues no goza de la misma preferencia, sin embargo, la garantía constitucional no impidió que la Ley de Alquileres, sancionada el 11 de junio de 2020 permita el «ajuste» del crédito⁸.

La Jurisprudencia continua en esta línea. En la Provincia de Buenos Aires si bien en relación a los casos de accidente de trabajo por reparación tarifada su máximo Tribunal dijo: “Así las cosas, advierto que en la especie, la reparación que resulta de aplicar lisa y llanamente el art. 12 de la ley 24.557 —utilizando una base de cálculo harto desactualizada por calcularse sobre las remuneraciones devengadas más de nueve años antes de la fecha de pago—, al exceder holgadamente el porcentual citado, no atempera satisfactoriamente el daño padecido, provocando una injustificada reducción del crédito de carácter alimentario, vulnerando los arts. 14 bis y 17 de la Constitución nacional. En tales condiciones, corresponde en este caso concreto declarar la inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557 en lo relativo al período computable para calcular el ingreso base mensual, el que deberá determinarse con arreglo al 67% del promedio salarial que percibía el trabajador durante el año anterior a la fecha del pago insuficiente⁹. La Corte Provincial Bonaerense criterio similar tomo en un caso de accidente de trabajo que se reclamó la reparación integral¹⁰.

5 Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estatales.

6 Ley 26.844 Art. 70 Actualización. Tasa aplicable. Los créditos demandados provenientes de las relaciones laborales reguladas por la presente ley, en caso de prosperar las acciones intentadas, deberán mantener su valor conforme lo establezca el Tribunal competente, desde que cada suma es debida y hasta la fecha de su efectiva y total cancelación.

7 CSJN, *Vizzoti, Carlos Alberto c AMSA SA*, Fallos 327:3677 S 14/09/04.

8 Ley 27551 Art. 14.

9 Del voto de la Dra Kogan, en los autos L. 120.648, «Amaya, Adriana Elizabeth contra Gobierno de la Provincia de Buenos Aires (Empleador Autoasegurado). Enfermedad profesional».

10 SCBA, L. 119.914, S 21/06/2020 «A., D. A. contra Municipalidad de La Plata y otro. Daños y perjuicios».

La desactualización monetaria no impacta únicamente en el pago de las indemnizaciones por accidente de trabajo, por el contrario, la desvalorización provoca una merma en todos los créditos.

A pesar de todo ello en la labor diaria nos encontramos con sentencias que entienden que continua vigente la prohibición de actualizar el crédito laboral.

III. EL ARTÍCULO 276 DE LA LCT Y EL DNU 70/23

El decreto 70/23 que declara la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, sanitaria y social¹¹, es decir aún mayor que aquella determinada por la Ley 25.561, curiosamente intenta darle vida al Artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo pero de una manera muy particular.

La simple lectura del artículo 84 del Decreto 70/2023 nos lleva a la conclusión que fusionaron los conceptos «actualización monetaria» con «intereses» a pesar de que se trata de conceptos diferentes.

La «actualización monetaria» tiene por finalidad sostener el valor de la moneda al momento del efectivo cobro.

Los «intereses moratorios» «se adeudan en razón de la privación al dueño de una capital que el deudor no tiene derecho a retener para sí»¹².

Es decir que para que el acreedor laboral no vea afectado su crédito, el mismo deberá ser actualizado al momento de su cobro, pero además sancionada la conducta del deudor con un interés conforme a una Tasa de Interés.

El mencionado artículo 84 establece que la aplicación de la «actualización», «repotenciación» e «intereses» no puede superar un tope igual al que resulte de aplicar el índice de Precios al Consumidor con más una tasa de interés pura del 3% anual.

El artículo 84 determina un techo.

De modo que el artículo 84 del DNU 70/23 (como lo hace la prohibición de actualizar crédito laboral) afecta el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, específicamente la garantía de Protección contra el despido arbitrario-.

No podemos olvidarnos que -el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos¹³.

11 DNU 70/2023 dictado el 21/12/2023, Artículo 1.

12 Llambías, Jorge Joaquín; Benegas, Patricio Raffo y Sassot, Rafael; Manual de Derecho Civil, Obligaciones, Ed Perrot, pág. 255

13 Fallo CSJN Vizzoti, Carlos Alberto c AMSA SA, Fallos 327:3677 S 14/09/04.

IV. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 277 DE LA LCT

El artículo 85 del Decreto 70/23 modifica el artículo 277 de la LCT, con este nuevo texto.

ARTÍCULO 85.- Sustitúyase el artículo 277 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

-ARTÍCULO 277.- Pago en juicio. Todo pago que deba realizarse en los juicios laborales se efectivizará mediante depósito bancario en autos a la orden del Tribunal interviniente y giro judicial personal al titular del crédito o sus derecho-habientes, aún en el supuesto de haber otorgado poder.

Queda prohibido el pacto de cuota litis que exceda del veinte por ciento (20%) el que, en cada caso, requerirá ratificación personal y homologación judicial.

Las personas humanas y las personas jurídicas alcanzadas por la Ley N° 24.467, ante una sentencia judicial condenatoria, podrán acogerse al pago total de la misma en

hasta un máximo de doce (12) cuotas mensuales consecutivas, las que serán ajustadas conforme la pauta establecida en el artículo 276 de la presente Ley.

El desistimiento por el trabajador de acciones y derechos se ratificará personalmente en el juicio y requerirá homologación.

Todo pago realizado sin observar lo prescripto, así como el pacto de cuota litis o el desistimiento no homologados, serán nulos de pleno derecho.

La responsabilidad por el pago de las costas procesales, incluidos los honorarios profesionales de todo tipo allí devengados y correspondientes a la primera o única instancia, no excederán del veinticinco por ciento (25%) del monto de la sentencia, laudo, transacción o instrumento que ponga fin al diferendo. Si las regulaciones de honorarios practicadas conforme a las leyes arancelarias o usos locales, correspondientes a todas las profesiones y especialidades superaran dicho porcentaje, el juez procederá a prorratear los montos entre los beneficiarios. Para el cómputo del porcentaje indicado no se tendrá en cuenta el monto de los honorarios profesionales que hubieren representado, patrocinado o asistido a la parte condenada en costas-. (el resaltado es de mi autoría, se trata del agregado impuesto por el Art. 85 del DNU 70/23)

El artículo se refiere a distintos supuestos.

En su primer párrafo reitera el tope en las costas impuesto por la Ley 24.432 que modificó al artículo 277, que establece que el total de las mismas no pueden exceder el 25% del monto de sentencia, laudo transacción o instrumento que ponga fin al juicio.

Ello provoca que, en innumerables ocasiones, nuestros honorarios que devengamos como abogados litigantes defensores de las y los trabajadores se vean afectados. Esta norma violenta los artículos 5, 17, 75 y 121 de la Constitución Nacional, pues la normativa que rige las costas es de competencia local y en ese orden de ideas en la Provincia de Buenos Aires se dictó la Ley 14.967 que establece que sus normas son de orden público, y otorga carácter alimentario a los honorarios.

Poco le importó al Legislador Nacional cuando dictó la ley 24.432 y se arrogó facultades que las Provincias no le cedieron.

El DNU 70/23 sostiene esa postura y ratifica en un todo el tope mencionado.

El tema es interesante, y debido a su importancia amerita tratarlo en otra oportunidad, pues este trabajo apunta a la demostración de cuanto afecta el Decreto a las y los trabajadores dependientes.

El agregado del artículo 85 del mencionado decreto permite que las personas (humanas o jurídicas) calificadas como PyMES puedan abonar una sentencia judicial condenatoria en doce cuotas.

Estudiemos detenidamente lo dicho.

Lo primero que debemos recordar es quienes están alcanzados por la Ley 24467.-

Esta normativa regula a las micros, pequeñas y medianas empresas, dando origen a la sigla PyMES.

Se entiende que una persona posee la calidad PyME cuando cumple dos presupuestos: a) posea menos de cuarenta trabajadores y b) tenga una facturación máxima establecida por la Autoridad de Aplicación a diciembre del año anterior a pretender la inscripción o sostenerla^{14 15}.

El segundo presupuesto es la definición de —sentencia judicial condenatoria—, es aquella que pone fin al juicio condenando al pago.

Las sentencias que homologan los acuerdos, son pronunciamientos judiciales empero poseen no poseen el carácter de condenatorias, de modo que no se encuentran alcanzados por este artículo.

El tercer requisito a tener en cuenta, es que el condenado al pago puede solicitarlo es decir que es a pedido de parte y no de oficio.

La norma no es imperativa, de modo que el Juez no está obligado a otorgar el plan de pago en cuotas.

En cuanto a la actualización el Decreto expresa que el capital histórico podrá ser actualizado (no determina Índice a aplicar) y devengará intereses (tampoco fija una tasa de interés).

Sin embargo, la sumatoria de la actualización e intereses no podrá superar el valor que se obtenga del cálculo del capital histórico actualizado por el índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura el 3% anual.

14 El Ministerio de Economía, Subsecretaría de Mediana y Pequeña Empresa es la Autoridad de Aplicación.

15 PYMES: Se divide en categorías: Micro, Pequeña y Mediana Empresa y según la actividad: Construcción, Servicios; Comercio; Industria y Minería; Agropecuario.

Este «techo» es inferior a aquel fijado por la Jurisprudencia; en el ámbito Nacional la Corte Suprema y en la Provincia de Buenos Aires el Tribunal Superior establecieron una tasa del 6% anual¹⁶.

Por otro lado, es menester destacar que una simple lectura puede llevar al lector a la confusión que su aplicación es inmediata, es decir a los juicios que se encuentran tramitando.

Ello sucedería si mal interpretamos que se trata de una norma procesal. Pero los conceptos actualización monetaria e intereses son cuestiones de fondo y no de forma.

Es por ello que el determinar que tasa de interés se aplica en un juicio no debe ser definida por el Legislador provincial. Es una tarea específica del Legislador Nacional.

Basta recordar que cuando se reformó el artículo 48 de la Ley de procedimiento laboral de la Provincia de Buenos Aires (Ley 11.653) incluyendo un tipo de tasa de interés, el máximo Tribunal Provincial en el caso «Abraham» decreto su inconstitucionalidad¹⁷ fijando Doctrina Legal¹⁸.

De modo que esta normativa solo podría aplicarse para aquellos juicios iniciados luego de la entrada en vigencia del decreto cuyo distracto se haya erigido con posterioridad a la entrada en vigencia del decreto.

Ello es así por cuanto el artículo 7 del Código Civil y Comercial establece que las normas no tienen efecto retroactivo. Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que debe aplicarse la ley vigente al momento del hecho¹⁹.

Salvo, que esta norma resulte progresiva con aquella vigente, en virtud del Principio Pro Homine y el de Progresividad.

16 «Cuando el capital se reajusta en función de la depreciación monetaria, la tasa de interés moratoria pura a aplicarse debe establecerse en el seis por ciento anual». SCBA, L 73452 S 19/02/2002, Ramírez, Santiago Delfor c/Todoli Hnos. S.R.L. y otros s/Indemnización por incapacidad absoluta.

17 La ley provincial 14.399 se encuentra en pugna con la Constitución nacional (arts. 31, 75 inc. 12, 126 y cctes.), en tanto legisla sobre una materia de derecho común cuya regulación es competencia del Congreso de la Nación, y por tal razón debe ser declarada inconstitucional e inaplicable al caso., L 108164 S 13/11/2013, Abraham, Héctor Osvaldo c/Todoli Hnos. S.R.L. y otros s/Daños y perjuicios.

18 La doctrina legal es aquella interpretación que la Suprema Corte hace de las disposiciones legales que rigen la relación sustancial debatida en una determinada controversia y, por lo tanto, no la constituyen los votos en minoría de alguno de los magistrados que conforman el Tribunal, ni puede depender de la accidental constitución de este último pues, por el contrario, debe entenderse como la emanada del acuerdo logrado por sus miembros ordinarios y naturales. SCBA, LP 117678 S 17/12/2014.

19 CSJN Lucca de Hoz, Mirta Liliana c/Taddej, Eduardo y otro s/accidente - acción civil.

Entendido que se trata de una cuestión de fondo, el «hecho» generador o constitutivo es el distracto, y no el inicio de demanda. Tan cierto resulta ello que la actualización e intereses se devengan desde que se produjo el despido²⁰.

Parte de la doctrina entiende que el punto de partida para saber si corresponde o no este artículo, es la fecha de inicio de la relación laboral, sin embargo, humildemente no comparto esta posición pues el mencionado artículo 7 CCyC determina que desde su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Distinta es la situación de la forma de pago: la indivisibilidad del pago surge de los artículos 74 y 137 de la LCT.

El plazo de pago de la sentencia es una cuestión local (Artículos 5, 75 inc. 12 y 121. Constitución Nacional y artículos 1, 103 apartado 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires). En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, de la lectura armónica de los artículos 34 y 163 el Código procesal Civil y comercial, aplicable al fuero laboral en virtud de la expresa autorización que emana del artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, se desprende que es un deber del juez al dictar sentencia condenatoria pasible de ejecución fijar un plazo para su cumplimiento.

Es decir que es una facultad jurisdiccional establecer el plazo en el pago de la sentencia. Se trata de una de las facultades de la Provincia de Buenos Aires que no delegó al Gobierno Federal (Arts. 5, 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional).

El decreto interfiere en las facultades provinciales y —legisla— sobre una cuestión procesal.

V. CONCLUSIÓN

El Decreto 73/20 no cumple los presupuestos de «necesidad» y «urgencia» establecidos en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional para el dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia. Su consecuencia es que nulo de nulidad absoluta, como tal es inaplicable.

El artículo 84 del referido decreto confunde los conceptos actualización monetaria con intereses y fija un techo para su aplicación que resulta inferior al determinado por la jurisprudencia actual.

El artículo 85 del decreto 73/20 violenta las Constituciones Nacional y de la Provincia de Buenos Aires al modificar la forma de pago e interfiere en la actividad jurisdiccional.

20 SCBA, L 116461 S 31/07/2013 Arriola Camacho, Jorge William y otro/a c/Copper Metal S.A.I.C. s/Diferencias salariales. «En razón de la mora automática que rige en materia laboral los intereses deben computarse desde que cada crédito fue debido (art. 137, L.C.T.)».



¿Puede admitirse la validez parcial del DNU 70/2023?

POR EDUARDO LANTELLA¹

[MJ-DOC-17653-AR](#) | [MJD17653](#)

Sumario: I. *Primeros precedentes jurisprudenciales sobre el Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2023.* II. *Invalidez total o parcial del Título IV del DNU 70/2023.* III. *Conclusiones.*

El autor sostiene superar la objeción formal de la totalidad del decreto de necesidad y urgencia número 70 del año 2023 para que las mejoras que propone su art. 84 actualizando y repotenciando los créditos laborales afectados por la depreciación monetaria puedan ser aplicadas, saneando así la injusta situación que afecta a los reclamos de los trabajadores dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo por la derogación que en su tiempo efectuó la ley 23.928 sobre el art. 276 de la LCT conforme la última sustitución efectuada por la ley 23.616, teniendo en consideración además la actual doctrina legal en torno a la tasa de interés aplicable imperante en el territorio bonaerense emanada de su Suprema Corte Provincial².

1 Abogado, graduado en la Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Dcho. del Trabajo del Colegio de Abogados de Pergamino. Fue representante de dicho Colegio en la Comisión de Reforma de la Ley 15.057 y co-autor del Anteproyecto de Reforma de la ley 15.057.

2 SCBA. L. 118.587 «Trofe», sent. del 15-VI-2016, aplicable al ámbito de los procesos laborales, donde se dispuso por mayoría que los intereses deben ser calculados exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para la captación de depósitos a plazo fijo a treinta (30) días, durante los distintos períodos de devengamiento, conforme las condiciones determinadas en las reglamentaciones aplicables en cada caso (conf. arts. 622 y 623, Cód. Civ. de Vélez Sarsfield; 7, 768 inc. «c» y 770, Cód. Civ. y Com.; 7 y 10, ley 23.928 y modif.).

I. PRIMEROS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE EL TÍTULO IV (ARTÍCULOS 53 A 97) DEL DNU 70/2023

Vigente el DNU 70.2023 a partir del 29 de diciembre de 2023 el Poder Judicial ha dado sus primeros pronunciamientos que ha título ilustrativo se pasan a enumerar algunos de ellos, no siendo motivo de análisis el contenido de esos fallos, pero si destacar las directrices que imprimen estos precedentes.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en su sala de feria³ declara la invalidez constitucional en forma completa del Título IV (artículos 53 a 97) del DNU 70/2023, por ser contrario al art. 99, inc. 3º, de la Constitución Nacional a partir de no advertir razones de «urgencia» para eludir la debida intervención del Poder Legislativo en lo que hace a la legislación de fondo, centrando su impugnación en un defecto de origen de la norma por no superar el test de constitucionalidad exigido para otorgarle validez a un decreto de necesidad y urgencia.

A la par del pronunciamiento de la Cámara Nacional del Trabajo y cuando parecía que estaba zanjada y concluida la discusión tornándose inaplicable la totalidad del Capítulo que reforma algunas normas atinentes al derecho del trabajo, se advierte que en la Provincia de Río Negro la cuestión no es pacífica y se dictan dos pronunciamientos diametralmente opuestos, cabe poner de resalto que ambos órganos judiciales no consideran a la sentencia de la causa promovida por la CGT de aplicación sobre todo el territorio nacional, de allí sus pronunciamiento con independencia de lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

Así para la Cámara del Trabajo de Viedma en las actuaciones Ponce María de los Ángeles c/Emprendimientos Crown S.A. s/ordinario. Sentencia del 16 de febrero de 2024 el DNU 70/2023 debe aplicarse por ser una norma «notoriamente más beneficiosa para el obrero» y «formalmente vigente, en tanto se han cumplido los pasos legales previstos para ello» estableciendo un modo de cuantificar los créditos laborales que impide su desvalorización.

La Cámara del Trabajo de Cipolletti en la causa: Chávez, Mariana Soledad vs. Campos, Claudia Beatriz s. Ordinario, sent. del 21/02/2024 declara —la inconstitucionalidad del DNU 70/2023, por no respetar los requisitos procedimentales y constitucionales exigidos y sin que el Congreso de la Nación haya ameritado su ratificación, a pesar de lo dispuesto por el art. 17, Ley 26122; argumentos que deben prevalecer al no haberse respetado la división de poderes propia de un sistema Republicano de Estado—, —por ser nulo de nulidad absoluta o insalvable—, cuestión que analiza para determinar los intereses aplicables con referencia a la regulación que efectúa el art. 84 del DNU 70/2023 en cuanto modificó al art. 276, LCT.

3 Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala de Feria. Sent. del 30 de enero de 2024.

II. INVALIDEZ TOTAL O PARCIAL DEL TÍTULO IV DEL DNU 70/2023

La problemática a dirimir lleva a interrogarse si es posible objetar la validez formal del DNU 70/2023 cuestionándose la necesidad y urgencia de todas las normas contenidas en el Título IV o en forma concreta se debe analizar cada instituto reformado y preguntarse si se cumplen los requisitos que motivaron su dictado.

Sentada esta cuestión se apresura brindar una respuesta en torno al artículo 276 de la ley de Contrato de Trabajo conforme la redacción que surge de la modificación efectuada por el DNU 70/2023, enmarcada la norma en una situación crítica donde se advierte desde hace varios largos años que los créditos laborales reclamados judicialmente se pulverizan y deprecian a partir de que el fenómeno inflacionario volvió a acechar estas tierras, ante ello, algunos órganos judiciales ensayaron respuestas por caminos colaterales a partir de la corrección de la tasa de interés aplicable al crédito laboral reclamado judicialmente⁴, solución que por cierto fue revocada en el reciente pronunciamiento del Máximo Tribunal de la Nación en la causa «Oliva, Fabio Omar c/COMA S.A. s/despido», (sentencia del 29/02/2024)⁵, y a la fecha se ha forjado un nuevo precedente de la CNAT Sala VIII «Nasilowski»⁶, hasta llegar a la última ratio declarando la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT como lo ha hecho el Tribunal de Trabajo de Chacabuco en varios pronunciamientos⁷.

Al centrarse en el análisis aislado del art. 84 del DNU 70/2023 que sustituye el artículo 276 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) no cabe más que una rotunda respuesta afirmativa en cuanto a la necesaria e imperiosa urgencia en que se aplique, de lo contrario en el

4 Acta 2764/2022 de la CNAT.

5 CSJN «Oliva, Fabio Omar c/COMA S.A. s/despido» Sentencia del 29/02/2024. Consideró que la capitalización periódica y sucesiva ordenada no encontraba sustento en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación que la cámara dijo aplicar.

6 CNTrab. Sala VIII. Nasilowski, José Timoteo vs. Arauco Argentina S.A. y otros s. Accidente - Acción civil; sent. del 04/03/2024; -La aplicación a los créditos del mecanismo del «CER», guarda total y absoluta razonabilidad -en los términos exigidos, por la CSJN en el precedente «Oliva» de fecha 29/02/2024 y por la Constitución Nacional- en la medida que, indudablemente, su resultado no excede «sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación» (art. 771, CCIV. y CN). Por lo tanto, corresponde utilizar como interés moratorio el índice «CER», publicado por el BCRA, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. Además, ese capital devengará un interés compensatorio puro del 3% anual-.

7 Tribunal del Trabajo de Chacabuco. «Conlon» (sent. del 17/03/2023 - Expte. n° 37904), «Orlando» [sent. del 25/06/2021 - Expte. N° 38.502]; «Mugnolo» [sent. del 15/09/2021 - Expte. N° 39.053]; «Gorosito» [sent. del 5/11/2021 - Expte. N° 37.787], entre otros, resolvió que: -las sumas a las cuales el trabajador resulta acreedor con motivo de su despido injustificado y que no son satisfechas en término, tienen el carácter de obligaciones de valor, y por ende su importe debe ser liquidado conforme a los valores actuales vigentes al momento de dictarse el pronunciamiento-.

ámbito de la Provincia de Buenos Aires, salvo en el territorio con competencia del Tribunal de Trabajo de Chacabuco los justiciables se ven actualmente afectados en la tutela judicial efectiva de sus derechos cuando son objeto de reclamo créditos laborales provenientes de las relaciones individuales de trabajo.

La norma parte de reconocer algo que hasta el momento de su dictado estaba vedado en el ámbito de los reclamos fundados en créditos laborales consagrados en la Ley de Contrato de Trabajo referidos a la posibilidad de actualizar y repotenciar esos créditos por depreciación monetaria, si bien deja librado a los jueces el mecanismo a utilizar fija un techo el cual actualmente en territorio bonaerense se traduce en una mejora ante la tasa pasiva más alta del Banco Provincia establecida por la doctrina legal de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, que viene resultando ser negativa frente a los índices de inflación, recordemos que la tasa de interés aplicable es la nominal y no la efectiva que podría obtener el demandado ante un reclamo judicial haciendo las previsiones de un posible fallo adverso o la que obtiene cuando deposita el capital, más los intereses hasta la fecha de la sentencia y costas para recurrir ante la Suprema de Justicia de la Provincia mediante un recurso extraordinario solicitando que la suma depositada sea salvaguardada en un plazo fijo.

No se puede pecar de ingenuo que la norma no estuvo inspirada en forma directa a beneficiar a los trabajadores sino más bien a limitar las Actas dictadas por las Cámaras Nacionales de Trabajo en torno a los intereses, cuya última acta fue dejada sin efecto por la CSJN en el precedente «Oliva» (op.cit), pero más allá de esta cuestión incorpora a la legislación laboral algo que hasta el momento estaba vedado para los créditos reclamados judicialmente provenientes de las relaciones individuales del trabajo y es su posibilidad de actualización y que en el ámbito de la ley de Riesgos del trabajo fuere reconocido a partir del 5 de marzo de 2017 cuando el art. 11 de la ley 27.348 sustituye al art. 12 de la ley 24.557 conforme su redacción originaria, otro ejemplo lo vemos en el art. 70 de la ley 26.844 aplicable al Personal de Casas Particulares.

También la norma reconoce la facultad de la corrección de la depreciación monetaria mediante la aplicación de intereses, imprimiéndole una limitación, que complementa la ya dispuesta por el art. 768 inc. c del Código civil y Comercial⁸, posibilidad por cierto en su momento brindada por el Órgano Supremo de la Nación en la causa M. 913. XXXIX. RECURSO DE HECHO Massolo, Alberto José c/Transporte del Tejar S.A. CSJN 20.04.2010 en donde rechaza el pedido de inconstitucionalidad de la ley 23.928 en el recordado voto

8 Tribunal de trabajo n°1 de Pergamino. MANDARINO FRANCO DAMIÁN C/ PROVINCIA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO - ACCIÓN ESPECIAL, N° de Expediente: 48852. La Dra. Alicia Luppi Barbella al emitir su voto señala: -La seguridad jurídica exige que se mantenga la vigencia del DNU hasta tanto sea derogado formalmente por el Congreso (Art. 24 Ley 26.122) y en esas circunstancias corresponde la aplicación del DNU cuando se verifiquen en el caso concreto, las circunstancias de ser más favorable al trabajador. Puesto que si bien en su origen puede considerarse que no cumple con los requisitos que la constitución exige para facultar al Poder Ejecutivo a dictar actos de naturaleza legislativa fundados en la necesidad y urgencia, cuando su aplicación resulte una mejora en las prestaciones dinerarias, corresponde sostener su validez-.

del Dr. Petracchi que indicaba: Que, sin perjuicio de lo expresado, no puede dejar de señalarse que tanto el Tribunal (conf. Fallos: 315:158, 992 y 1209) como la doctrina especializada han reconocido en la tasa de interés un remedio para dicha situación, lo que deberá ser también evaluado por los jueces de la causa como una alternativa para evitar que los efectos de la depreciación monetaria que tuvo lugar durante la crisis económica y financiera, incidan solamente sobre quien fue la víctima del daño, tema para el cual los magistrados deben ponderar los antecedentes del caso y las circunstancias económicas del momento para determinar con criterio prudencial el interés aplicable.

A partir de la nueva redacción dispuesta para el art. 276 de la LCT introducida por el DNU 70/2023, de considerar su aplicación y conforme al criterio dispuesto por mayoría por la SCJBA (Trofeo p. cit.) en cuanto a fijar la tasa de interés cuando no se está ante

el supuesto del art. 768 inc. b del C.C.C. vedando la elección del interés aplicable a los magistrados de grado, la norma faculta a los jueces a establecer un mecanismo de actualización o repotenciación con la única limitación que no puede superar el capital histórico actualizado por el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con más una tasa de interés pura del 3% anual, que en los hechos se traduciría en la aplicación efectiva de este sistema para evitar la depreciación de los créditos laborales.

Por otro lado, no se advierte la diferencia que existiría en aplicar el artículo 276 de la LCT conforme a la sustitución efectuada por el DNU 70/2023 respecto de la utilización que actualmente se realiza en las sentencias de algunos Órganos Judiciales del Trabajo del art. 1 del DNU 669/2019 cuando conlleva una mejora en la indemnización que le corresponde al trabajador como consecuencia de un siniestro laboral (7).

III. CONCLUSIONES

La aplicación del art. 84 del DNU 70/2023 que sustituye el art. 276 de la Ley de Contrato de Trabajo conlleva a una mejora y es más beneficiosa para los derechos del trabajador hasta tanto en el territorio bonaerense su Suprema Corte no modifique la doctrina legal respecto de la tasa de interés aplicable y así como los Tribunales aplican el DNU 669/19 en los reclamos por siniestro laborales cuando se traduce en una indemnización superior para el trabajador en los reclamos por siniestros laborales, nada obstaculiza ceñirse a la aplicación parcial de este nuevo Decreto de Necesidad y Urgencia.

En el fallo de la CNAT, Sala I CAUSA NRO. 4140/2019/CA1 AUTOS: «MEDINA LAUTARO c/PROVINCIA ART S.A. s/RECURSO LEY 27348» (25/10/2022) el Dr. Catani ha expresado: Desde este punto de vista, el decreto 669/19 puede ser inválido en tanto decreto de necesidad y urgencia, pero —si mejora las prestaciones puede valer como decreto delegado (art. 76 de la Constitución Nacional) por expresa delegación efectuada por el Congreso en el art. 11.3 de la LRT.

Despido sin Justa Causa - Contrato de Trabajo - Control de Razonabilidad - Facultades y Deberes del Juez - Fundamentación de Sentencias - Derecho del Trabajo - Decretos de Necesidad y Urgencia

19-marzo-2024



El derecho asimétrico

POR MARIANO NATALE¹

MJ-DOC-17647-AR | MJD17647

Sumario: *I. Introducción. II. El derecho asimétrico o compensador. III. El derecho del Trabajo y el Derecho Procesal del Trabajo (prueba de los hechos). IV. Conclusiones.*

«No existe mayor injusticia que tratar como iguales a los desiguales»

ARISTÓTELES².

I. INTRODUCCIÓN

En el jubileo de la ley de contrato de trabajo 20.744 y, dadas las circunstancias jurídicas que vive nuestra nación (no solo en lo que hace al derecho del trabajo), trataremos de efectuar un breve análisis del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo y los principios del derecho del trabajo a la luz del decreto 70/23 y su intención desreguladora de nuestra rama del derecho, así como de la vía legal elegida para hacerlo.

Haciendo un poco de historia, es bueno recordar que luego de la Revolución Francesa (1789), se prescribió en dicho país la imposibilidad de que el juez interpretara la norma debiendo solamente aplicarla. Ya sea, por la desconfianza social en el magistrado, por los motivos históricos, o por diversos motivos de ese país, se le ordenaba al magistrado que solo aplicara la ley y que no utilizara su criterio para impartir justicia. Lo cierto es que ello

1 Doctor en derecho del trabajo. Docente de grado y posgrado. Abogado.

2 Aristóteles. Ética Nicomaquea. En dicha obra el autor explica en el libro V sección III sobre la justicia la igualdad, lo desigual y el mérito «. Es además evidente por lo que ocurre en relación con el mérito: todos reconocen que las distribuciones, para ser justas, deben realizarse según ciertos méritos; el problema es que no todos están de acuerdo al mérito mismo, siendo para los demócratas la libertad; entre los de la oligarquía, para unos la riqueza, para otros el linaje; para los aristócratas, la virtud».

en la práctica no pudo ser llevado a cabo ya que para aplicar una ley siempre primero debe interpretársela³.

Esta historia, en cierto modo se pretende hoy en día aplicar a la sazón del art. 66 del decreto 70/23 en los procesos laborales cuando surjan dudas en la producción de la prueba. Veamos:

II. EL DERECHO ASIMÉTRICO O COMPENSADOR

Que el derecho del trabajo es una norma compensadora, de las desigualdades existentes en las relaciones laborales no es algo que resulte novedoso, pero sí lo llamativo es que estando en el año 2024 tengamos que volver a explicarlo y que algún sector lo siga poniendo en tela de juicio (no por el derecho del trabajo mismo, sino porque se intenta «ideologizar» al derecho laboral).

En efecto, tan solo con la lectura de la historia del trabajo y del derecho del trabajo, no solo de los libros de nuestra rama, sino los textos de historia, sociología, filosofía, economía entre otras, todos terminan reconociendo la autonomía del mundo del trabajo y su necesaria y obligatoria protección de la persona de trabajo. Antiguamente encontrábamos en contra de esta visión, al liberalismo, pero que con las consecuencias de la Revolución Industrial (entre otras revoluciones) han accedido a «adecuarse a la realidad» y darle regulación y protección al trabajador en su relación de trabajo frente al empleador.

Así podemos decir hoy en día que, para el liberalismo clásico, el «derecho del trabajo resulta ser ese hijo no querido», que lo ha llevado a través de la historia que demuestra las etapas iniciales de persecución hacia la reunión de trabajadores y la huelga⁴ a pasar a la etapa de la tolerancia⁵ y luego a la regulación y protección de la persona de trabajo. No es mi intención en este limitado marco entrar en debate sobre decisiones políticas y económicas, simplemente hago un brevísimo repaso a la historia, que dicho sea de paso nunca viene mal releerla para saber que muchas situaciones que hoy en día se viven, en cierto modo ya se vivieron otrora y así entender mejor el panorama actual. El sistema jurídico de la República Argentina está diseñado de manera tal que la propiedad privada sigue siendo un valor constitucional y también regula y protege al trabajo en sus diversas formas (el que gozará de la protección de las leyes), es decir ambos son derechos cons-

3 Francois Geny. Método de interpretación de fuentes en derecho privado positivo.

4 Por ejemplo en Francia con la Ley Le Chapelier del año 1791 que prohibía la asociación de trabajadores (entre otras prohibiciones) o en Inglaterra en los años 1799 y 1800 con las leyes de Combinación (Combinations Acts) donde también se prohibió la asociación (combinación) de trabajadores así como la negociación colectiva. En ambos países las asociaciones de trabajadores no desaparecieron, sino que tuvieron que pasar a la clandestinidad con la habilitación del estado del terror en contra de ellos y con las muertes que la misma historia demuestra.

5 En Francia hacia 1864 se abolía la Ley Le Chapelier, y en tanto que en Inglaterra hacia 1824 se abolía las Combinations Acts, pero no se daba una apertura total a las asociaciones de trabajadores.

titucionales. No se trata de «arrinconar» al empleador, pues la propia ley de contrato de trabajo le reconoce la propiedad privada, le otorga a este sujeto la potestad de organizar, dirigir, modificar, sancionar al trabajador y de extinguir el contrato de trabajo sin invocación de causa, en suma y para no extenderme, le reconoce la libertad para hacer su negocio, pero si le impone límites protectorios para compensar todas las desigualdades existentes en las relaciones de trabajo.

III. EL DERECHO DEL TRABAJO Y EL DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO (PRUEBA DE LOS HECHOS)

El derecho del trabajo no parte de la igualdad de los sujetos contratantes, sino que la igualdad es el fin buscado por dicha rama del derecho. Protege a la persona de trabajo con la fuerte intención de compensar las desigualdades connaturales que, de por sí, existen en la relación laboral entre empleador y el trabajador como son las económicas, culturales, sociales, entre otras desigualdades.

El derecho del trabajo entonces viene a compensar esas desigualdades naturalmente existentes en las relaciones de trabajo, y en consecuencia no es un derecho de iguales sino un derecho que busca la igualdad a través de la protección de un sujeto. Claramente podemos afirmar que es un derecho asimétrico o desigual, porque no puede tratarse como iguales a los que naturalmente no lo son. Lo expuesto fue también receptado por el legislador en el art. 17 bis de la LCT el que textualmente dice: «Art. 17 bis.- Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación»⁶.

Dicho artículo fue incorporado nuevamente a la LCT por ley 26.592, y por dicha ley se copia textualmente el artículo 19 de la LCT original del año 1974. Sin embargo, dicho artículo no estuvo vigente entre los años 1976 al 2010 ya que con la reforma que sufriera la LCT en 1976 —a manos del gobierno de facto, a través del decreto 390/76 del 13/5/76 y luego ratificado por ley 21.297— se derogó este artículo, entre otros de la LCT. Otras ramas del derecho, en principio parten de la igualdad de las partes y, así, cuando un sujeto por ejemplo quiera comprar una vivienda (contrato civil de compraventa) el derecho los entiende como iguales al vendedor y al comprador. Situación análoga y clásica sucedía en el ámbito comercial, cuando por ejemplo una persona se presentaba en un comercio a comprar un producto (cualquiera fuese), sin embargo, se dio la particularidad de que a este derecho mercantil lo atravesó el derecho del consumo, que también vino a proteger a uno de los sujetos contratantes. Pero lo que queda claro es que uno de los sujetos contratantes en una relación de trabajo no tiene la libertad de elegir a su empleador como sí lo tiene el sujeto que realice un contrato civil o un contrato comercial, porque el trabajador tiene varias necesidades que cubrir (por no decir todas) con su remuneración, y esto es lo que transforma y da la nota típica al contrato de trabajo con la relación de subordinación (técnica, jurídica y económica).

6 Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.592 B.O. 21/5/2010.

El principio protectorio toma estas desigualdades naturales que se presentan en las relaciones de trabajo y viene a generar una desigualdad legal de signo positivo para intentar colocar a la persona de trabajo en una situación de pseudo igualdad con el empleador⁷.

El derecho del trabajo en su recepción constitucional prescribe el principio protectorio (art. 14 bis CN) el mismo campea de manera general en todo el derecho del trabajo y de manera específica en sus tres reglas de manifestación in dubio pro operario, regla de la norma más favorable y regla de la condición más beneficiosa.

La regla in dubio pro operario que recepta el artículo 9 LCT se refiere a la duda real sobre la interpretación de una norma debiendo ser interpretada en favor del trabajador y además campea en la prueba de los hechos, ya sea en el proceso judicial como en el administrativo. Ello no implica una violación al principio dispositivo ni la garantía de defensa en juicio. Así, en lo referente al derecho procesal del trabajo, más particularmente a un conflicto laboral que tenga que ventilarse por las vías administrativas y/o jurisdiccionales, estas desigualdades de los sujetos de la relación laboral se seguirán manteniendo por más que el contrato de trabajo se haya extinguido. En efecto, al trabajador es al que más le costará conseguir la prueba y producir la misma (ya sea testimonial, documental, pericial, confesional, entre otros medios de prueba).

Veamos como ha quedado redactado el artículo 9 de la LCT según la modificación del art. 66 del decreto 70/23: «Art. 9° - El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador, cuando hubieran agotado todos los medios de investigación a su alcance y persistiera duda probatoria insuperable, valorando los principios de congruencia y defensa en juicio. En tal sentido se aplicará la regla general procesal, en virtud de la cual los hechos deben ser probados por quien los invoca, con plena vigencia de la facultad de los magistrados en la obtención de la verdad objetiva y el respeto a la seguridad jurídica. (Artículo sustituido por art. 66 del Decreto N° 70/2023 B.O.21/12/2023.)». El texto subrayado es el agregado por el artículo 66 del decreto 70/23.

En tanto que el texto del artículo 9 LCT bajo análisis, también ha sido recortado por la dictadura militar de 1976, pues se le quitó la extensión al principio in dubio pro operario en relación a su aplicación al proceso judicial, ya que el decreto 390/76 (ratificado por ley 21.297) quitó a dicho artículo el párrafo que decía «o en apreciación de la prueba en los casos concretos». Por ley 26.428 (sancionada en noviembre de 2008) el texto del artículo 9 LCT volvió a la redacción original de 1974, quedando redactado así: «Art. 9° - El principio de la norma más favorable para el trabajador. En caso de duda sobre la apli-

7 Circunstancia que dudosamente sucederá sin que el trabajador se agrupe y sindicalice, por más que la ley otorgue una virtuosa protección.

cación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba, en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador».

Prescribir directivas de interpretación (por vía de un decreto) para que el intérprete ya sea el/la magistrado/a tenga que interpretar las pruebas de los hechos al momento de resolver el conflicto por la vía de quien alega debe probar (art. 377 CPPC), no solo es violentar el sentido protectorio del derecho del trabajo sustancial, sino es también hacerlo caer en la nada jurídica cuando se presente un conflicto y el mismo deba ser ventilado judicialmente, en favor del sujeto que mejor posición tiene para probar, además de mayor resistencia económica en la relación laboral y en perjuicio del trabajador. El in dubio pro operario, la teoría de la carga dinámica de las pruebas, las presunciones, el silencio del empleador, la no puesta a disposición de los libros laborales, la buena fe, entre otras, son herramientas legales que el derecho procesal del trabajo no puede dejar de usar porque no solo que se tratan de leyes directrices, sino porque lo prescriben los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22, 19 y 23) y porque además implicará para el magistrado sentenciar de espaldas a las realidades desiguales de la relación de trabajo que en conflicto se ventilan frente a él⁸ en prohibición del principio de progresividad y de no regresión normativa.

Por esta nueva norma se pretende dejar sin efecto respecto la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas para pasar al régimen general de prueba, desconociéndose así la jurisprudencia de la CSJN sobre la carga e interpretación de la prueba en materia de

8 Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Tomo I, pág. 261 y sgtes, en el comentario al art. 9 cita a la Dra. Torres Nieto de Herbella Mirta «La función de las presunciones laborales» LT, XXVI, pág. 133 y donde expresa: «.las presunciones, consagradas primeramente por la jurisprudencia y receptadas con posterioridad en la LCT, se fundan en la observación de hechos corrientes de los cuales normalmente derivan otros, es decir, cuando hay causalidad adecuada. Por ejemplo, si el menor adulto trabaja, lo usual es que esté autorizado (art. 32, LCT); cuando haya prestación de servicios para otro a título personal, se presume la existencia de un contrato de trabajo (art. 23, LCT); si una mujer que trabaja queda embarazada y es despedida, se presume que el despido obedece a ese embarazo (art. 178, LCT); si empleador se niega a exhibir en juicio la documentación contable y laboral es porque oculta irregularidades cuya comprobación le ha de resultar desfavorable frente a las pretensiones del trabajador (art. 55, LCT). De ahí que surja una presunción sobre la veracidad de las afirmaciones del trabajador que deberían constatar con los asientos de los libros. En orden a las hipótesis indicadas y a otras que hemos de analizar, la ley de contrato de trabajo crea presunciones que tienen distintos efectos, algunas de ellas son absolutas, es decir, no admiten prueba en contrario, y otras son relativas, o sea, se permite prueba que las contradiga. Todas ellas han sido establecidas para asegurar la igualdad jurídica de las partes, para impedir fraudes y, en definitiva, como defensa del orden público laboral, particularmente comprometido en los casos a los que se refiere la ley».

discriminación y doctrina de «categoría sospechosa» resultante de los fallos «Pellicori⁹» y «Sisnero¹⁰»¹¹.

El intento de limitar la interpretación judicial y «acorrallar al magistrado» para que utilice únicamente principios del derecho procesal civil en el proceso laboral implica además coartar la soberanía del juez en clara violación a la división de poderes una violación a los principios protectorio, irrenunciabilidad, buena fe, progresividad y no regresión.

IV. CONCLUSIONES

Posiblemente el modelo jurídico resulte ser una consecuencia de la opción política que adopte un país para un momento determinado. En este sentido, el derecho es una decisión política que viene a regular, a proteger, a normar situaciones fácticas preexistentes en la sociedad y nuevamente reiterando, esto se lo hace en base a la idea y/o ideología que el político de turno mantenga¹². Si esto es así, entonces el derecho posiblemente pase a un segundo plano y será «una herramienta» para lograr las intenciones del político de turno, generándose normas regresivas y violatorias del propio sistema constitucional, así como situaciones injustas y desacertadas, las que además de generar un grave disvalor en la persona del trabajo vienen a imponerse como verdades rebeldas, sin tener en cuenta el sistema constitucional y mucho menos la historia local e internacional sobre esta materia.

Cuando por ideología se niega o desconocen derechos, entonces entramos en el terreno de la arbitrariedad política que atenta claramente contra el sistema constitucional, republicano, democrático y la protección de los derechos humanos. Como podrá notarse, la valoración o interpretación que los magistrados pueden hacer ante situaciones dudosas es un tema que ha preocupado en demasía en estos 50 años de vigencia de la LCT. Empero, debe recordarse que la extensión del supuesto de duda al proceso judicial no hace ni autoriza al magistrado a efectuar la prueba que la parte no hizo.

9 Pellicori, Liliana S. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo. P. 489. XLIV dictado por la CSJN el 15/11/2011.

10 «Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo», sentenciado por la CSJN el 20/5/2014.

11 García Nadia. Principales modificaciones relativas al DNI 70/2023 y su impacto en el derecho individual del trabajo y en el derecho de la seguridad social. Compilado Diario La Ley DNU 70/2023 segunda edición, páginas 167 y sgtes.

12 Montoya Melgar Alfredo. Derecho del Trabajo, Ed. Tecnos. Madrid. En la página 34 «El derecho del trabajo como opción política. Todo modelo jurídico -y de modo particularmente llamativo, todo modelo jurídico-laboral- obedece a una opción política, a la que institucionaliza y da forma. La concepción política general que inspire a un determinado sistema social tiene así su necesario reflejo en la configuración del Derecho, y dentro de él, el Derecho del Trabajo. Los principios en los que se funda una sociedad política inspiran también, y no podría ocurrir de otra forma, a las instituciones jurídicas laborales».

Por dicho principio, se trata de valorar con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las herramientas legales compensadoras para cuando realmente el magistrado tenga una duda por las escasas o deficientes pruebas, pero para ello el trabajador deberá probar (salvo supuesto de inversión de la carga probatoria —art. 1735 CCC— entre otros supuestos que no queremos extendernos en razón del límite de escritura).

Utilizar a la seguridad jurídica como una herramienta descomponedora es un camino que no conduce a buenos resultados. La seguridad jurídica debe darse con justicia dándole a cada uno el suyo, en tanto y en cuanto así le corresponda, pues se trata de buscar la verdad objetiva y no de crear una ficción del proceso judicial laboral para que se cerceñen derechos sustantivos en conflicto.

La vía elegida de utilizar un decreto para modificar la LCT (al igual que gran parte de otras ramas del derecho como el civil, comercial, minería, medio ambiente, entre otras¹³) a la sazón del decreto de necesidad y urgencia n° 70/23 no es la vía constitucionalmente válida para hacerlo.

Sobre esto no me extenderé pues el fallo de la Sala de FERIA de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictado en el amparo «CGT c/ESTADO NACIONAL»¹⁴ lo explicita de manera adecuada y con gran claridad jurídica sobre la forma de la pretendida reforma del Título IV (arts. 53 a 97 del dto. 70/23) declarando al mismo inconstitucional y por ello de no aplicación a las relaciones laborales. Asimismo, se citan fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los alcances de la sentencia en un proceso colectivo y ordenando inscribir la acción en el Registro Público de Procesos Colectivos (conf. Acordada 12/12 CSJN), todo lo cual demuestra el alcance pleno a todo el colectivo de trabajadores por la sentencia y por ser la parte actora el representante de todos los trabajadores.

A la declaración de invalidez constitucional del Título IV (artículos 53 a 97 del decreto 70/23) por violentar lo prescripto en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, se le debe sumar lo resuelto el viernes 15/3/2024 por el Honorable Senado de la Nación en relación al rechazo efectuado para otorgarle validez y seguir el proceso de transformar en ley al decreto 70/23 conforme lo prescribe la ley 26.122 y su reglamentación, la cual requiere también un rechazo por parte de la Honorable Cámara de Diputados, si ello sucediera, en el ámbito laboral no habría conflictividad normativa pues por la sentencia dictada en el amparo judicial de la CGT antes mencionado ya se había declarado la invalidez constitucional de la reforma en materia laboral.

Para finalizar, la mayoría de los laboristas estamos contestes en la posible necesidad de una reforma a la ley de contrato de trabajo, pero en el sentido señalado por el derecho natural, como por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, los derechos humanos, la protección de los más vulnerables, la incorporación de cuestiones de género, la reducción de la jornada de trabajo, y así como surge de las interpretaciones judiciales, ya que en el jubileo de la ley es justo reconocer que el sistema productivo ha

13 Por decreto 70/23 se modifican o complementan 87 normas.

14 CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA c/PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCIÓN DE AMPARO - Expte N° 56862/2023

cambiado a como era 50 años atrás, pero no por ello es necesario erradicar o modificar al derecho del trabajo en el sentido regresivo o desregulador so pretexto que «la LCT es vieja», ya que la ley de sociedades comerciales n° 19.550¹⁵ resulta ser más antigua que la propia LCT, pero no se instala en los medios ni en la conciencia de la sociedad que dicha ley también debe ser modificada por anacrónica. Las leyes son fuentes del derecho, y deben ajustarse a las realidades sociales, pero así como la ley de convertibilidad¹⁶ sigue reflejando resultados procesales formalmente justos pero desarticulados de la realidad y de la inflación, que en la práctica traen injusticias, en consecuencia se requiere que a las leyes se las analice a la luz de los principios de la equidad y la justicia social, que son las que reflejan las verdaderas necesidades de la persona de trabajo, para que así exista paz social pues, como lo decía Aristóteles, «no existe mayor injusticia que tratar como iguales a los que son desiguales».

15 Ley 19.550 Sociedades Comerciales, publicada en el Boletín Oficial del 25-abr-1972 Número: 22409 Página: 11

16 Ley 23.928 Publicada en el Boletín Oficial del 28-mar-1991 Número: 27104.



El nuevo viejo período prueba

POR J. FACUNDO RODRÍGUEZ PONTE¹

[MJ-DOC-17655-AR](#) | [MJD17655](#)

Sumario: *I. Génesis del art. 92 bis de la LCT. II. Nuevo texto. III. Tesis. IV. Derechos tachados. V. Nuevo plazo. VI. Resultado.*

Con el dictado del DNU 70/2023 se pretende establecer las «bases para la reconstrucción de la Economía Argentina» funda su dictado el PEN argumentando que —el empleo formal del sector privado se mantiene estancado. lo que ha provocado que el empleo informal supere al formal en un 33%—.

Sin ingresar en el análisis sobre su validez en cuanto a la necesidad y urgencia ponderable para introducir las reformas laborales que propone el ejecutivo, corresponde señalar que las reformas intentadas en el instituto del período de prueba a primera vista no parecerían orientadas a mejorar los porcentajes de empleo informal.

I. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 92 BIS DE LA LCT

Formalmente, el período de prueba se introdujo en el Contrato de Trabajo en el año 1995 con el dictado de la Ley 24.465, fue esta norma la que agregó el artículo 92 bis.

Unos años más tarde —1998— la Ley 25.013 maquilló este instituto con la impronta de flexibilizar el Contrato de Trabajo, transformación que continuó con la llegada del año 2000 a través del dictado de la Ley 25.250, ley profundizó la precarización del contrato de trabajo. Finalmente, la Ley 25.877 le dio la forma definitiva al período de prueba que se mantiene hasta que el DNU sea aplicable.

Liminarmente, se podría decir que la figura del período de prueba es aplicable a contratos de trabajo tutelados con estabilidad intensa como la relativa propia o absoluta, sin

¹ Abogado, graduado en la UBA. Juez del Tribunal de Trabajo Nro. 1 del Departamento Judicial de Quilmes.

embargo, aparece en nuestro país en el contexto de un régimen de inestabilidad laboral o estabilidad relativa impropia donde el despido incausado o injusto dispuesto por el empleador es válido para romper, por su sola decisión, el contrato aun cuando luego resulte generador de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT.

Así, el artículo 21 de la LCT se manifiesta con una fragilidad inicial ya que, el régimen admite que la promesa patronal de dar ocupación y el compromiso del dependiente de poner su capacidad laborativa a disposición del empleador puede extinguirse sin expresión de causa dentro del plazo establecido.

Se ha llamado al período de prueba como un período de carencia, cuyo transcurso es necesario para que pueda encontrar aplicación en plenitud las normas de protección que corresponden a un contrato de trabajo de tiempo indeterminado².

II. NUEVO TEXTO

Antes de analizar las modificaciones que introduce el DNU, corresponde individualizarlas:

Primer párrafo: —Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros OCHO (8) 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—.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas: los puntos uno y dos se mantienen mientras que el punto 3 se elimina, cabe recordar su texto -El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba.

Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período-.

El punto cuatro pasa a ser el punto tres, pero mantiene su texto, el punto cinco pasa a ser el punto 4, pero su texto se extiende, ya que a su texto original —Las partes obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social— se le agrega la frase-, con los beneficios establecidos en cada caso-.

El punto seis pasa a ser el punto cinco manteniendo el mismo texto, pero convirtiéndose en la última regla del período de prueba, ya que se elimina el original punto 7 cuyo texto es el siguiente —El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social—.

2 Etala, Carlos A., Contrato de Trabajo, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 206.

III. TESIS

Las reformas que busca implementar el Decreto 70/2023 en el instituto bajo análisis vienen a desempolvar discusiones que parecían zanjadas hace rato en la materia entre ellas el debate entre la tesis dualista y monista, donde la primera entiende que con la aparición de período de prueba se consideran dos momentos contractuales y sendos contratos distintos: uno de prueba y otro, a continuación, definitivo. Esta tesis postula que se trata de una contratación autónoma o desvinculada al contrato de trabajo, que nace a partir de su vencimiento, si es que no se ha resuelto.

La tesis monista considera el lapso de prueba como una fase inicial del contrato, en tanto existiría una unidad contractual por negocio imperfecto, que consistiría en un tramo del contrato de trabajo que, en su caso, queda consolidado con la contratación definitiva. Es así que pueden distinguirse regímenes en los que operan condiciones suspensivas, condiciones resolutorias y plazos³.

La idea básica de dos contratos —uno de prueba y otro definitivo— fue considerado como refractario a los principios básicos del Derecho Laboral sobre la base que deben valorarse sus instituciones. Las Leyes 24.465 y 25.013 —el decreto busca lo mismo— generaron una relación de naturaleza dual que se desentendía total o parcialmente de cuestiones relativas a la seguridad social en lo concerniente a aportes, contribuciones y/o tiempo de servicio —solo se contaba si el contrato continuaba— y de las consecuencias de la ruptura sin causa. Se concibió aquel periodo de prueba como una nada jurídica o vacío artificial en la vida laboral del trabajador, aun cuando el vínculo hubiera existido, ya que la prestación laboral y el pago de la remuneración fueron cumplidos⁴.

Con la sanción de la Ley 25.877 se aseguró al trabajador el pago de aportes y contribuciones a la seguridad social desde la contratación y que el período de prueba se compute como tiempo de servicio a todos los efectos laborales, descartando una posible interpretación bajo los parámetros de la tesis dualista.

Con el dictado del decreto 70/2023 se echaron por tierra años de discusión legislativa y evolución normativa, acordes a los derechos laborales reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia. Esto es así toda vez que en el contexto de una valorización básica del contrato realidad y la perdurabilidad de la relación de trabajo con el dictado del decreto el «nuevo» período de prueba resultaría ajeno a elementales principios constitucionales, privando al dependiente de derechos en el tramo inicial de su relación de trabajo.

Esto es así porque se vuelve a admitir una tesis dualista donde en el contrato de trabajo la relación no está consolidada desde el inicio, si no sujeta a una condición con aptitud de resolver el contrato, el cual se convierte en un evento futuro —potestativo del emplea-

3 Valverde Martín, Antonio, *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Montecorvo, Madrid, 1976.

4 Maza Miguel Ángel y Hockl María Cecilia. *El período de prueba en el Contrato de Trabajo*, Capítulo VII, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo II, *La Relación Individual de Trabajo-I*, Ackerman Mario E. p.487.

— al que se somete el contrato ordinario. Regresan diseños legales imperfectos al punto de que, en caso de resolverse el contrato, el tiempo de trabajo no es considerado como tal y queda a la interpretación de «los beneficios establecidos en cada caso» si el empleador debe o no las contribuciones o si debe efectuar los aportes legales al sistema de seguridad social.

El ejecutivo resucita la Ley 24.465 en cuanto el tiempo de trabajo a prueba no constituye tiempo de servicio si el contrato se resuelve, antes el legislador, ahora el ejecutivo modifica el instituto como una especie de la contratación en la que el vínculo no es pleno durante su duración. Y de esta forma se vuelve a orientar al período de prueba con un carácter autónomo o independiente, dotado de sustantividad propia, que nace, se desarrolla y termina en una etapa previa a la incorporación o no, con carácter definitivo, del trabajador a una empresa. Estaríamos frente a un contrato de trabajo cuyo objeto es la realización de una obra determinada —la prueba—, cumplido el cual el mismo se extingue, ya sea por la desvinculación del trabajador con la empresa, y/o por la transformación por tácita reconducción del contrato a prueba en un contrato por tiempo indeterminado⁵.

Se transforma el contrato celebrado a prueba el cual comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador lo cual pasa a constituirse en un trabajo eventual y al extinguirse el contrato de trabajo celebrado a prueba se produciría una novación en cuyo poder nacería un nuevo contrato de distintas características del contrato original (Arts. 933 y 938 Inc. A del Código Civil y Comercial).

Retoma vigencia la teoría que considera al instituto bajo análisis como un precontrato, o un contrato preliminar o preparatorio que está sometido el contrato a una condición resolutoria o condición suspensiva, que consiste en que el trabajador prueba su aptitud para el trabajo; si ello ocurre, se tiene por realizada la condición y la relación de trabajo cobraría todo su vigor⁶.

Liberada la teoría dualista en la interpretación del período de prueba se corre el riesgo de dejar de considerarlo como una parte inicial del contrato de trabajo por tiempo indeterminado donde ciertos derechos se han sometido a un plazo suspensivo cierto (arts. 350 y siguientes del Código Civil y Comercial). Donde la actual redacción dota al período de prueba de una mayor tutela a los derechos del trabajador y no confiere hasta su acaecimiento los derechos relativos al preaviso y la indemnización. El contrato de trabajo dejaría de nacer puro y simple, ya no generaría derechos y obligaciones para las partes desde el primer momento.

5 Babio, Alejandro Oscar, en DT 1998-b-1398/1406.

6 De la Cueva, Mario, Derecho mexicano del trabajo, 6ta de, Porrúa, México 1964, t. I, p. 764.

IV. DERECHOS TACHADOS

Retomando lo dicho precedentemente destaco que no solo sería suspensivo el derecho a la estabilidad.

Esto es así porque el punto 7 del texto actual del art. 92 bis con el decreto deja de existir porque fue tachado (El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social), como se dijo en el párrafo anterior no solo el trabajador suspende el derecho a la estabilidad, sino que también se produce una poda de la antigüedad generada en el trabajo durante el desarrollo de contrato celebrado a prueba, se dejaría de acumular la antigüedad del contrato por tiempo indeterminado en una clara contradicción con los derechos que establece el art. 18 LCT.

Y en consonancia con el intento de desconocimiento del tiempo de servicio durante el período de prueba, se tacha el punto 3 del texto actual (El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período), tanto es así que la eximición de registrar el vínculo que se inicia por el período de prueba coloca en una posición de mayor desprotección al nuevo trabajador.

Esto es así porque brinda la posibilidad que el empleador deje de lado las reglas impuestas en el punto 1 (no puede contratar a un mismo trabajador más de una vez) y el punto 2 (sobre el uso abusivo del período de prueba), el decreto no tacha esos puntos, pero da un guiño al empleador al poner en cabeza del trabajador la prueba de la existencia de un contrato a prueba, el cual con la actual redacción no sería necesario por la obligación de registrar el mismo. De esta forma se podría contratar a prueba más de una vez los trabajadores o bien hacerlo en forma sucesiva, aparece este riesgo ante la ausencia de rastros contables que hoy si deja el nuevo trabajador.

El trabajador recién contratado con la reforma también es colocado en una situación de desprotección frente al empleador por liberarlo de su registración⁷ y por la posibilidad de no computar el tiempo de servicio. De esta forma no encontramos con un período de prueba totalmente desnaturalizado el cual deja de ser un tiempo de comprobación y examen del trabajador, y pasa a postergar la tutela contra el despido arbitrario como

⁷ Sala VII, CNAT en autos «Romano Nancy c/Bae Negocios SA s/Despido», 16/03/2004, la exigencia de registrar la relación laboral en el libro especial del art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo, como también en el SURL son obligaciones conjuntas y no alternativas; así el período de prueba sólo puede ser invocado por el empleador cuando se trate de un trabajador inscripto no sólo en los libros, sino también en los registros laborales (art. 52 de la LCT, arts. 7 y 18 de la Ley 24013 y art. 2 decreto reglamentario 2725/91). Frente al incumplimiento de registro debe interpretarse inequívocamente que se ha renunciado al período en cuestión, y en consecuencia ello trae aparejada la pérdida de los beneficios previstos en el art. 92 bis de la LCT. De esta forma, la ruptura intempestiva de la relación, dispuesta por el empleador, aún en el supuesto o hipótesis de considerar que se habría producido dentro del plazo previsto en el mentado artículo, trajo aparejado -en el caso- el deber de abonarle a los actores la indemnización de rigor-.

un mero recurso para flexibilizar la salida de los trabajadores, pues ya de por sí exime al empleador del deber de indemnizar el despido.

No es otra cosa más que un mecanismo que flexibiliza el despido de los trabajadores de escasa antigüedad, suspendiendo bajo el pretexto de que hay una ocasión de prueba.

Solo se trata de una forma de postergar el acceso de los trabajadores a la tutela que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional les confiere sin distinción frente al despido arbitrario.

V. NUEVO PLAZO

La duración del período de prueba, como se dijo se extendería de tres a ocho meses.

Para abordar esta novedad, corresponde previamente analizar el plazo que se establecen para este mismo instituto en otras tierras.

Dentro de Europa —inspiración de muchos proyectos— el período de prueba adoptó diferentes plazos, a saber: en Francia, la duración en contratos de duración determinada del período no puede ser mayor a un mes ni menor a dos semanas. En España con la reforma de 2021 se llevó el instituto a una duración de seis meses para los trabajadores técnicos titulados, dos meses para el resto de los trabajadores y un mes para contratos temporales de duración inferior a seis meses⁸. En Italia —pionero en el uso de este instituto⁹ — dispuso un plazo máximo de seis meses para los altos empleados y de tres meses para todos los demás, pudiéndose pactar plazos más reducidos.

En nuestro continente encontramos en Brasil la existencia de un vínculo autónomo del contrato ordinario cuyo plazo de duración no debe exceder los noventa días. En Paraguay se prevé el período de prueba, estableciendo un máximo de duración en dos supuestos, a saber, de treinta días para el personal del servicio doméstico y trabajadores no calificados y de sesenta días, para trabajadores calificados o para aprendices. Uruguay si bien no legisló sobre este instituto se prevé un período de carencia de cien jornadas para los trabajadores remunerados por jornal, por hora o a destajo, ese lapso operaría como condición para obtener derecho a la estabilidad.

Analizando la redacción actual del art. 92 bis LCT en el contexto internacional se llegaría a la conclusión que tenemos un instituto cuyo plazo de duración resulta razonable, esto para el propósito buscado, es en teoría, otorgar un tiempo durante el cual el empleador en forma discrecional puede poner fin al contrato de trabajo sin abonar indemnización de ninguna clase, donde resulta innecesario invocar una causa, una actuación no satisfactoria, ni por ende la imposibilidad de que se mantenga una relación a firme a futuro¹⁰.

8 Artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores.

9 Sancionado por Ley del 13 de noviembre de 1924, posteriormente la Declaración XX de la Carta del Lavoro y finalmente el Código Civil de 1942.

10 Fernández Madrid Juan Carlos, Ley de Contrato de Trabajo, tomo II, La Ley, p. 1027.

Claro está que se pensó con un contexto donde rige la buena fe bilateral, donde las partes pueden extinguir el contrato en tanto el mismo no pueda continuar por razones subjetivas u objetivas apreciadas con criterio funcional y prudente (art.65 LCT) en tanto el conocimiento mutuo de las partes dio como resultado una apreciación no satisfactoria para mantener el vínculo¹¹.

Parecería que la realidad no se compadece con la teoría, donde todos los reparos que tuvieron a la hora de adoptar este instituto no se verifican en la cotidianeidad de las relaciones laborales y la idea de extender su duración no va a fomentar la creación de empleo formal, sino que va a precarizar aún más a los trabajadores. Así se busca descartar la posibilidad de que el goce del contrato por tiempo indeterminado que reza la primera oración del artículo bajo análisis.

Como ventana al futuro basta con analizar lo que está sucediendo hoy en España con el período de prueba, donde desde la entrada en vigor a partir de la reforma laboral de 2021 el número de contratos temporales se redujo y provocó que la mayoría de las rescisiones de contratos de trabajo típicos se hayan extinguido por no superar el período de prueba. Según la Confederación General del Trabajo —de España— los ceses por no pasar el período de prueba aumentaron del 5% al 20/25%. Los datos de la Seguridad Social española, apuntan que en los diez primeros meses del año 2023 se han dado de baja a cerca de 825.000 personas por este motivo¹². Esto hace dudar sobre la efectividad del periodo de prueba, ya que parecería que algunas empresas lo estarían utilizando de manera fraudulenta para esconder lo que, en realidad, es un contrato temporal.

Desde el Sindicato español analizan que las empresas ven el periodo de prueba como una oportunidad de los empleadores para acrecentar su negocio, describen que la fórmula es sencilla: contratan de forma indefinida y antes de cumplir el plazo de prueba establecido legalmente (seis meses para los técnicos titulados, dos meses para el resto de los trabajadores y un mes para contratos temporales de duración inferior a seis meses) cesan al empleado. Que mediante este modus operandi, se ahorran las indemnizaciones por despido. Que esta es una situación que ocurre principalmente, en aquellas empresas cuya actividad requiere de asalariados de baja cualificación, que podría haber sectores en los que se esté utilizando esta práctica operando con mano de obra intercambiable a la que apenas hay que formar, trabajadores que tras su incorporación a la empresa pueden ser rápidamente rentables, y cuya baja por no superar el período de prueba responde al interés de la empresa de no acumular costos por indemnizaciones.

Un caso detectado en España fue las contrataciones en la campaña del Black Friday donde la demanda de trabajadores es extrema debido a la concentración de ventas por la búsqueda de descuentos y ofertas lo que lleva a que las empresas estén aprovechando el periodo de prueba de 15 días que contempla el contrato fijo para, justo antes de ter-

11 López Aragón Lorenzo, El período de prueba en el contrato de trabajo, DT, 1995-A, 1002.

12 <https://elpais.com/economia/negocios/2023-12-31/asi-funciona-el-fraude-de-los-periodos-de-prueba-para-que-las-empresas-ahorren-en-indemnizaciones.html>.

minarlo, comunicar al empleado que no ha sido superado con éxito y que se da por finalizada la relación laboral¹³.

La descripción de como en España se está sobre utilizando el período de prueba en reemplazo de los contratos temporales anticipa otra vez —ya sucedió con la flexibilización laboral de la ley 25.013— que la reforma no obtendrá una mejora en el empleo formal sino que favorecerá la salida del contrato por parte de los trabajadores a un menor costo para los empleadores y si a esto se le suma la posibilidad de extender el período a más del doble esto no hará otra cosa más que reducir la rotación de trabajadores por un plazo mayor sin indemnización alguna.

Las complejidades descritas me llevan a entender que la duración fijada por el Decreto parecería anormalmente amplia y constituye en una clara tergiversación de la razón de ser del instituto bajo análisis. Un período de prueba de tanta amplitud no sería razonable si se tiene en cuenta que las empresas muchas veces realizan un proceso previo de selección para acreditar las aptitudes de los trabajadores en la realización de la concreta actividad a efectuar y que en el resultado de las evaluaciones se deducen las aptitudes del trabajador pudieron haberse evaluado. A esto se suma que muchas veces en trabajos precarios o iniciáticos —dentro de un escalafón— la complejidad de las tareas a desempeñar ni la polivalencia funcional las empresas justifica que fueran necesarios ocho meses para comprobar las aptitudes y capacidades de los trabajadores para asumir los cometidos encargados.

IV. RESULTADO

En definitiva, la posibilidad de que el decreto entre en vigencia con la poda de derechos descripta y la ampliación del plazo del período de prueba, favorecería entiendo un uso exacerbado del mismo por parte los empleadores, constituyéndose en una vía alternativa para no contratar de manera indefinida y así evitar las indemnizaciones anudadas del contrato, lo que constituiría un con la extralimitación de la figura un potencial abuso de Derecho (art. 10 del Código Civil y Comercial).

13 <https://cadenaser.com/baleares/2024/02/15/el-ipc-sube-al-34-en-baleares-en-enero-con-los-alimentos-un-75-mas-caros-radio-mallorca/>



El despido discriminatorio a la luz del decreto de necesidad y urgencia 70/2023

POR J. FACUNDO TEMPERONI ¹

MJ-DOC-17649-AR | MJD17649

Sumario: I. Marco conceptual de la figura en estudio. II. La ley aplicable a tenor de la jurisprudencia imperante con anterioridad a la vigencia del decreto 70/23. III. La regulación del art. 82 del decreto de necesidad y urgencia 70/2023. IV. Palabras de cierre.

I. MARCO CONCEPTUAL DE LA FIGURA EN ESTUDIO

El derecho a la igualdad, núcleo de la regla de no discriminación, representa uno de los cimientos cruciales sobre los que se erigen los actuales sistemas políticos democráticos, fácil es entonces entender que este derecho se replique como un ingrediente esencial en nuestro sistema jurídico laboral, más aún si se comparte que las relaciones laborales constituyen, probablemente, el ámbito o, al menos, uno de los ámbitos en el que las situaciones contrarias a la mencionada regla «se hacen más visibles y son más sensibles»².

1 Abogado. Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Profesor universitario de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata. Publicista en revistas científicas y disertante en jornadas, diplomaturas y congresos de la materia. Finalmente, es autor de los libros “La extinción del contrato de trabajo en la doctrina de la SCBA” publicado por la Editorial García Alonso y “La instancia extraordinaria en el proceso laboral de la provincia de Buenos Aires” de la Librería Editora Platense.

2 Monereo Pérez, José L. - Rodríguez Escanciano, Susana - Rodríguez Iniesta, Guillermo, «Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva: la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación», Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 4 (3er trimestre 2022), p. 12. Recuperado el 08/02/2024 de <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/614>

Sin soslayar los lineamientos de tono más genérico que otorgan relevantes reglas internacionales en materia de derechos fundamentales (así, entre otros, el art. 2 de la «Declaración Universal de Derechos Humanos», o bien el 1 de la «Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial»), a fin de aproximarnos al fenómeno en estudio, liminarmente estimamos conveniente acudir al Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo «sobre la discriminación (empleo y ocupación)» (ratificado por ley 17.677), que en su art. 1.1.a. enseña que en el ámbito de las relaciones de trabajo la discriminación consiste en «cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación»³.

Se ha dicho que en la noción de discriminación confluyen tres elementos, el más claro —y al que hemos hecho mención inicialmente—, aunque no el único, es el de la desigualdad de trato (visible en las cuestiones de género), pero también, y ganando importancia, hallamos el del ejercicio de libertades (que tiene su caso típico en la discriminación anti-sindical). No obstante, la discriminación no es solo igualdad y libertad, sobre todo tiene su base en la protección de la dignidad de la persona, porque esa dignidad es la que en última instancia fundamenta todo el derecho antidiscriminatorio⁴.

A influjo de estos fundamentos y enfocados en el trabajador como sujeto de preferente tutela constitucional, como hemos expresado en otra oportunidad, concretamente, el despido discriminatorio muestra al dependiente no solo como destinatario de un trato distinto respecto de sus pares (que radica en la cesantía injustificada en sí), sino que además, lo sitúa en receptor de un acto ilícito de exclusión basado en motivaciones fuertemente repudiadas por el conjunto de reglas estructurales que rige a la sociedad⁵. Es que lo que caracteriza a este tipo de cesantías, no es la existencia o inexistencia de causa sin más, sino la presencia de circunstancias específicas cuyo uso como causa de despido es radicalmente opuesto «a principios esenciales del ordenamiento jurídico, en cuanto supone violación de derechos de la persona humana que se reputan intangibles»⁶.

Si con esas directrices queda de manifiesto la gravedad de la conducta reprochada, advertidos de ciertas tesituras propensas a deformar el concepto en estudio, ocupa aclarar algo —paradójicamente— incuestionable. En efecto, debe comprenderse en este introito

3 A la par, el Convenio permite a los Estados contemplar otros motivos de discriminación siguiendo el procedimiento previsto en su art. 1.1.b.

4 Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Manuel, «Los contornos de la discriminación», *Temas Laborales*, núm.162/2022, p.13. Recuperado el 09-02-2024 de https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/inline-files/2023/06/1_162.pdf

5 Temperoni, Juan F., «Una mirada actual al despido discriminatorio en el derecho del trabajo argentino», *Revista de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social (Brasil)*, Vol.6, número 2, año 2021, p.3. Recuperado el 08/02/2024 a partir de <https://revis-ta.laborjuris.com.br/laborjuris/issue/view/6>

6 Alonso Olea, Manuel, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1985, p. 362.

que la configuración de un despido arbitrario o carente de justa causa —términos que a nuestro juicio no merecen aquí diferenciación— de ningún modo ha de significar invariablemente un acto de discriminación negativa, pues sólo bajo los criterios expuestos y cuando las concretas circunstancias que rodeen a la decisión extintiva lo indiquen podrá arribarse a tal determinación. Así, es suficientemente claro que un despido injustificado ha de serlo sin que necesariamente implique discriminación, aunque de modo inverso, la cesantía contraria a la regla de no discriminar en todos los casos va a resultar injustificada, y podría agregarse: «especialmente injustificada»⁷.

Veremos, tan reveladores contornos desde hace varias décadas han conducido a otorgarle un particular enfoque al supuesto de despido discriminatorio, todavía, generando un debate que aún hoy se mantiene latente en una suerte de resurrección acontecida de la mano del decreto 70/2023.

II. LA LEY APLICABLE A TENOR DE LA JURISPRUDENCIA IMPERANTE CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DEL DECRETO 70/23

II.1. Es sabido que en el ámbito de las relaciones de trabajo privadas rige la «estabilidad relativa impropia»⁸, conforme esta tipología aun cuando la decisión extintiva carezca de justa causa no existe para el empleador imposibilidad jurídica de despedir, puesto que el acto igualmente resultará eficaz en tanto habrá de finalizar el vínculo laboral, quedando la patronal obligada a indemnizar al trabajador cesanteado. Es el mecanismo elegido por el legislador nacional al reglamentar la manda de «protección contra el despido arbitrario» consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y que tiene su máxima expresión en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo⁹, con vocación de ser aplicable al universo de trabajadores¹⁰. Claro que otro es el caso, cuando se trata de

7 Temperoni, Juan F., op. cit.

8 Ello, dejamos de relieve, en seguimiento a la conocida clasificación trazada por Horacio de la Fuente (al respecto, ver de dicho autor la publicación titulada «Reformas al régimen de estabilidad en el empleo», La Ley, C, 990).

9 Por demás conocido: en dicha norma se contempla un régimen tarifado de indemnizaciones que ha sido convalidado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, destacando en que no hay dudas en cuanto a la validez constitucional «de 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», si bien ello condicionado a que la modalidad que se adopte, teniendo en miras que el propósito del instituto es reparar, guarde «una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación», pues de lo contrario -y así lo juzgó en referencia al tope máximo resarcitorio que contiene la norma arriba citada- se incumpliría con el deber inexcusable enunciado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (causa «Vizzoti», sent. de 14-09-2004, Fallos: 327:3677).

10 Desde ya, vale aclarar que conviven mecanismos indemnizatorios análogos en actividades legisladas por estatutos particulares (como por ejemplo, el del art. 43 de la ley 12.908 para los

trabajadores amparados por los arts.40, 48 y 50 de la ley 23.551, ya que estos cuentan con una tutela más fuerte según la opción que brinda su art. 52 en orden a la posibilidad de demandar la reinstalación en el puesto de trabajo, desenlace que supone la nulidad del acto extintivo.

En principio, podría decirse que sin distinción alguna anidada en la gravedad de la cesantía, en nuestro ordenamiento jurídico laboral la ruptura del contrato de trabajo decidida por la patronal y desprovista de justa causa acarrea únicamente la obligación de abonar las indemnizaciones previstas en la ley, que han de comprender a cualquier perjuicio padecido por el trabajador en razón del despido. Esa es la solución del régimen legal que regula al contrato de trabajo, predicable, incluso —con un resarcimiento agravado—, cuando la decisión rupturista encuentra su motivación en el estado de embarazo de la trabajadora, o en la celebración del matrimonio por parte del dependiente o en la enfermedad que éste puede estar cursando (arts. 178, 182 y 213 de la Ley de Contrato de Trabajo, respectivamente). En todas estas situaciones el vínculo de empleo fenece indefectiblemente.

Y concretamente, a diferencia de lo que acontece en otras regiones (así, Brasil con el art. 4 de la ley 9.029, o España con el art. 55.5 de la ley del Estatuto de los Trabajadores), con anterioridad al decreto 70/2023 el sistema legal argentino no contaba con una norma que se ocupe de definir a la cesantía basada en motivos discriminatorios y regulase sus consecuencias; sólo por un breve período estuvo vigente en el país el art. 11 de la ley 25.013 (B.O. de 24-09-1998) que contenía un agravamiento indemnizatorio frente al despido discriminatorio, luego derogado por el art. 41 de la ley 25.877 (B.O.de 19-3-2004).

Sin embargo, ya hace décadas que gran parte de la comunidad iuslaboralista hubo de entender que el despido discriminatorio quedaba alcanzado por las previsiones de la ley 23.592 de «Actos discriminatorios» (B.O. del 05-09-1988). Esta ley, de carácter general (no circunscripta a lo laboral sino a todas las ramas del derecho), prescribe —en lo que interesa— que «Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados» (art. 1, primer párr.). Con sustento en el precepto legal, se ha afirmado que el trabajador destinatario de este tipo de decisiones se halla facultado no sólo a reclamar un resarcimiento integral —con reparación del daño material y moral—,

periodistas profesionales, o el del art. 48 de la ley 26.844 para el personal de casas particulares); incluso uno de diferente diseño como el «fondo de cese laboral» implementado por la ley 22.250 para el personal de la industria de la construcción; siendo que además pueden preverse otros por medio de la negociación colectiva, como expresamente lo prescribe ahora el mentado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo según la redacción dada por el art. 81 del decreto 70/2023.

sino además, a hacer cesar el acto, lo que únicamente puede lograrse declarando su nulidad y reponiendo al dependiente en su puesto de trabajo¹¹.

En contraposición con esa postura, otras voces sostuvieron que cualquier clase de despido injustificado —reiteramos, salvo el caso de la hipótesis aprehendida por el art. 52 de la ley de Asociaciones Sindicales— quedaba atrapado por las normas legales que definían al sistema de estabilidad relativa impropia, no escapaba a ello el despido discriminatorio. Rodríguez Mancini, acaso máximo exponente de este criterio, expresaba que era un error afirmar sobre la base de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 23.592 la posibilidad de aceptar la reinstalación del dependiente declarándola aplicable en plenitud a las relaciones laborales; a su juicio, tal entendimiento representaba «una proyección indebida de una ley general al terreno de la situación de extinción del contrato», recordaba, al respecto «distintas opiniones doctrinarias y en particular la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno a la incompatibilidad de las reinstalaciones no aceptadas por el empleador con la garantía constitucional referida a la libertad de contratar»¹²; o bien, que «La implantación de una estabilidad absoluta, como la que resulta de anular el despido discriminatorio, no se halla contemplada expresamente por disposición legal alguna y por lo tanto no cabe la interpretación extensiva del art. 1 de la ley 23.592 para establecer dicha nulidad y ordenar la reinstalación del empleado despedido toda vez que esa medida choca con la propia de la ley de contrato de trabajo que admite la ruptura del contrato en cualquier caso»¹³.

II.2. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso «Álvarez» (sent. de 07-12-2010, Fallos: 333:2306) hubo de expedirse sobre el controvertido tema.

No vamos a detenernos a describir el contenido de un precedente a esta altura mayormente conocido, sólo diremos que con una muy ajustada mayoría el Alto Tribunal adoptó aquel criterio que aboga por la aplicación lisa y llana de lo prescripto en el art. 1 de la ley 23.592 a los supuestos de despidos discriminatorios, y ello con su íntegro alcance, es decir, reconociéndole al trabajador la posibilidad de demandar la nulidad de despido y lograr la reinstalación en el empleo. Con su natural efecto expansivo, el nuevo criterio —reiterado por la Corte en otras ocasiones¹⁴— fue seguido en las distintas jurisdicciones.

Tal doctrina fue integrada con el estableciendo del estándar probatorio para estos casos, en brevísima síntesis, en el caso «Pellicori» (sent. de 15-11-2011, Fallos:334:1387), resolvió la Corte que en los procesos relacionados con la ley 23.592 en los que se controvierta la existencia de un motivo discriminatorio, resultará suficiente para la parte que lo afirma «con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia», caso en el cual, recaerá sobre quien se reprocha la comisión del trato im-

11 Fernández Madrid, Juan C., Tratado práctico de derecho del trabajo, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2001, Tomo II, p. 1738.

12 Rodríguez Mancini, Jorge, «Más sobre despido discriminatorio», La Ley 2007-E, 37.

13 Rodríguez Mancini, Jorge, «Contratación laboral y discriminación», La Ley, 2006-A, 26.

14 Así, en las causas «Parra Vera» (sent. de 23-08-2011) y «Cejas» (sent. de 26-03-2013) y «Ledesma» (sent. de 09-09-2014).

pugnado «la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación»¹⁵.

III. LA REGULACIÓN DEL ART. 82 DEL DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA 70/2023

III.1. Habrá notado el lector, que no ha sido objeto de la presente publicación ingresar en un examen acerca de la validez constitucional del procedimiento de formación que tuvo tan protagónico decreto, tampoco, de aquellas decisiones judiciales que en esa ponderación han dispuesto la suspensión de la «aplicabilidad» de las reformas que trajo en su Título IV¹⁶. Y no ha sido este el lugar elegido para inspeccionar el cúmulo total de normas del trabajo sobre las que de un modo u otro actúa el instrumento dictado por el Poder Ejecutivo Nacional.

III.2.a. El desarrollo plasmado en los puntos que anteceden muestran, delinean con nitidez, el objeto de estudio seleccionado: el despido discriminatorio, ahora en su novedosa consagración normativa.

Dentro de lo que puede considerarse la segunda reforma de mayor importancia que ha sufrido la ley 20.744 (la primera aconteció con la ley 21.297, B.O. del 29-04-1976), bajo el Título IV «Trabajo», Capítulo II, el art. 82 del decreto incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo el art. 245 bis titulado «Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio». La nueva norma dice: «Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de etnia, raza, nacionalidad, sexo, identidad de género, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial.

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 50% de la establecida por el artículo 245 de la Ley N° 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 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.

15 Las directrices fueron mantenidas en los precedentes «Sisnero» (sent. de 20-05-2014, Fallos: 337:611); «Varela» (sent. de 04-09-2018, Fallos: 341:1106), «Fontana» (sent. de 08-04-2021, Fallos: 344:527); «Caminos» (sent. de 10/6/2021, Fallos: 344:1336) y «Salguero» (sent. de 07/12/2023, Fallos: 346:1489).

16 Ver lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala FERIA, en autos «Confederación General del Trabajo de la República Argentina», expte. 56862, sent. int. del día 03-01-2024.

El despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción del vínculo laboral a todos los efectos».

III.2.b.i. Las motivaciones de este segmento del decreto, a estar a sus considerandos, tal vez podrían encontrar reflejo en la necesidad de darle «seguridad jurídica» a las relaciones laborales¹⁷.

Incontrastablemente la solución consagrada normativamente se mueve dentro de los límites de la estabilidad relativa impropia. El despido discriminatorio no genera el derecho de demandar la nulidad del acto y la consecuente reinstalación del trabajador, pues en todos los casos —expresamente se señala— «producirá la extinción del vínculo».

Se diferencia así de las directrices que se desprenden de lo resuelto por la Corte Federal —en su voto mayoritario— en la mencionada causa «Álvarez» (Fallos: 333:2306) y su zaga. Ello, por cierto, no invalida técnicamente la norma desde ningún punto de vista, antes bien, emerge como una legítima elección del órgano que la produjo, y se ajusta al argumento nuclear de aquel criterio minoritario que se ventiló en el mismo precedente, en sustancia, en tanto hubo de ponderarse señera doctrina del Tribunal que ha sostenido la imposibilidad de consagrar mecanismos que impongan al empleador sujeto de derecho privado el restablecimiento forzoso del trabajador despedido (en lo fundamental, los casos «De Luca», sent. de 25-02-1969, Fallos: 273:87; «Figueroa», sent. de 4-9-1984, Fallos: 306:1208 y «Agnese», sent. de 24-11-1998; Fallos: 321:3081).

Ante esta norma especial y posterior, ya no queda margen para accionar con fundamento en la ley 23.592 y peticionar la reinstalación del trabajador o demandar otro tipo de consecuencias en esta clase de cesantías¹⁸. Por supuesto que dicha afirmación no significa vedar la total aplicación de la ley general a los vínculos laborales, que conserva su potencial aplicabilidad en relación con otros actos —ajenos a la extinción— que puedan afectar a la regla de no discriminación.

Adicionalmente, no está demás memorar que la obligación de abonar un agravamiento indemnizatorio o un plus resarcitorio anexo a la indemnización por despido en esta clase de decisión extintiva, cuenta con antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico laboral, puntualmente —lo hemos mencionado en párrafos anteriores— en el derogado art. 11 de la ley 25.013 que preveía una medida de similar tenor. Y en comparación con dicho antecedente legal, la novedosa norma prevé una solución más favorable al trabajador,

17 Al respecto, apunta Stella Maris Chiti que esta disposición resulta de gran importancia ya que otorga certidumbre a las partes, que en la actualidad, quedan libradas a los múltiples criterios jurisprudenciales a la hora de establecer la reparación por despido discriminatorio (en: «Período de prueba y régimen indemnizatorio por despido sin causa en el decreto 70/2023», La Ley, EbookTR 2024 [Santarelli], 282 - IMP - Práctica Profesional 2024-CLXIII, 85).

18 Entendemos que con una opinión disímil se ha expresado que aún bajo una colisión de normas, parecería posible, frente a un caso de discriminación, seguir accionando en los términos de la ley 23.592 (conf. Ferraro, Leonardo P., «Indemnización por despido incausado: cambios instrumentados mediante DNU 70/2023 'Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina'», La Ley, EbookTR 2024 [Santarelli], 282 - IMP - Práctica Profesional 2024-CLXIII, 73).

en tanto aquella otra únicamente reconocía un resarcimiento equivalente al 30% de la indemnización por despido, mientras que la de ésta asciende al 50% facultándose a los jueces a elevarla —graduarla— hasta el 100% en atención a la gravedad del acto, dato objetivo que excluye la mera discrecionalidad o arbitrio del juzgador y que deberá formar parte de la motivación de la decisión judicial.

Asimismo, el nuevo art. 245 bis comentado prohíbe que esta indemnización puede ser acumulada —así creemos que debe leerse— con otro agravamiento previsto en un «régimen especial». La veda no se destaca por su claridad, cuando no se comprende porque razón no podría reconocerse este agravamiento junto a otro receptado legalmente pero prescripto en razón de un incumplimiento o ilícito contractual distinto y que también pudo haber cometido el principal al extinguir el contrato de trabajo.

III.2.b.ii. En otro orden, es conveniente precisar que en tanto no han sido objeto de modificación alguna, subsiste la regulación que la Ley de Contrato de Trabajo otorga a determinadas hipótesis extintivas tradicionalmente consideradas discriminatorias, como lo son el despido por causa de embarazo y por matrimonio (arts. 178 y 182 ley cit.). Análogas reflexiones merece lo establecido por la ley 23.551 para el caso de los delegados, postulantes y representantes sindicales (art. 52 ley cit.).

III.2.b.iii. En cuanto a los motivos de discriminación, en líneas generales el texto del decreto consagra los tradicionalmente contemplados en los fundamentales instrumentos de derechos humanos, aunque peca de insuficiente al no contener a las motivaciones vinculadas con el «origen social» (previsto en el Convenio 111 de la O.I.T.) o la «posición económica, condición social o caracteres físicos» (contemplada en el art. 1 de la ley 23.592), tampoco prevé, como lo señala Arese remitiendo a otros documentos internacionales, a las razones de «edad» o «salud»¹⁹.

El mecanismo se complementa con una previsión de corte procesal²⁰, en la que se establece que la prueba estará a cargo de quien invoque la causal discriminatoria.

En los escasos escritos que hasta el momento se divisan en la doctrina de los autores, algunas ponencias han visto en esta parcela del artículo una previsión contraria a las líneas rectoras que emanan de la sentencia dictada por la Corte Federal en el caso «Pelllori»²¹.

19 Arese, César, «Una ancha avenida de regresividad de derechos», Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral Actualidad Suplemento digital, La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2023 Dossier n°6, p. 15.

20 A modo de paréntesis, no cabe olvidar que aun cuando en el esquema federal argentino la regulación de normas adjetivas es algo propio de la competencia de las provincias, este tipo de preceptos, todavía emanados de poderes nacionales, han sido tolerados en cuanto a su validez constitucional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (conf. causa «Feito García de Carreira», sent. de 18-10-1977, Fallos: 299:45).

21 Ver Delegación Argentina de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, «Primer análisis sobre el Decreto de Necesidad y Urgencia Nro. 70/23 en materia laboral y de la seguridad social», Asociación Argentina de Derecho del Tra-

No compartimos esa visión. Es que en la mencionada causa, sin abandonar la clásica regla de distribución de la carga de la prueba que impone a cada una de las partes el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción, lo dicho por la Corte implicó dotar de una evidente elasticidad a este clásico postulado, aliviando —no eximiendo— la carga probatoria que pesa sobre la parte que denuncia la existencia del móvil discriminatorio, ya que en este tipo de litigios le bastará en principio probar la verosimilitud de su afirmación, toda vez que de esta forma se trasladará ya en cabeza del empleador el imperativo de acreditar la objetividad o legitimidad de la decisión²².

Expresamente el Alto Tribunal lo dejó en claro en la última parte del considerando décimo primero de la sentencia al señalar 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 verosímelmente 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».

Conforme tal juicio, razonamos que hay un resquicio para interpretar la nueva norma en armonía con las directrices que brinda la sentencia dictada en la causa «Pellicori», toda vez que el trabajador cumplirá con su carga probatoria acreditando aquellos hechos bajo las pautas que otorga el precedente referido. Sin perjuicio de esa conclusión, en nuestro parecer, hubiese sido provechoso plasmar en la regulación de modo expreso aquella peculiar regla que modula el cumplimiento del imperativo procesal que pesa en cabeza de la víctima del acto discriminatorio.

IV. PALABRAS DE CIERRE

Más allá del desenlace final que pueda tener el decreto 70/2023, lo normado en el art. 245 bis que se incorpora a la Ley de Contrato de Trabajo constituye una respuesta a una necesidad que irradiaba del ordenamiento jurídico laboral, en tanto el supuesto de

bajo y de la Seguridad Social. Recuperado el 11-02-2044 de <https://www.aadyss.org.ar/articulos.php?anio=2023>

22 Conf. Temperoni Juan F., ob cit.; del mismo autor y en idéntico sentido: «Últimos criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de extinción del contrato de trabajo», Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Erreius, junio de 2022. Y en el tópico, es gráfico lo expuesto por Jorge W. Peyrano al analizar el fallo citado, en cuanto afirma que mientras la pretensa víctima de un acto discriminatorio debe asumir un esfuerzo probatorio de baja intensidad y limitado a probar que fue despedida en el marco de una situación que podría dar lugar a que el distracto hubiera sido por trato discriminatorio, (6) será la contraria (la patronal) la que deberá probar cabalmente que el despido no obedeció a discriminación alguna, sino a otros motivos (en: «Las cargas probatorias con intensidades de esfuerzos diferentes», La Ley, 2011-F, 624).

despido basado en motivos discriminatorios requería de una expresa y especial regulación dentro del sistema normativo del trabajo, ciertamente, ajustado a sus específicas características.

En lo cardinal, no desistiendo de reconocer las críticas que ha generado el nuevo precepto²³, como la autoridad de la doctrina sentada por la Corte Federal en el precedente «Álvarez», no luce descabellado razonar que la aplicación de la ley 23.592 para justificar la nulidad de las cesantías discriminatorias y sus efectos no ha dejado de mostrar cierta tensión entre la ley general y el tipo de estabilidad que conforma la fisonomía del régimen laboral.

Insistimos, es cierto que con otros argumentos podría alegarse que el Gobierno se hallaba habilitado para pergeñar un remedio de mayor intensidad, por ejemplo, reconociendo para estas hipótesis como una alternativa en favor del trabajador a la indemnización agravada, la posibilidad de demandar la nulidad del despido y su reinstalación, previniéndose alguna consecuencia patrimonial de razonable cuantía frente a una eventual resistencia del principal. Pero que ello no haya sido así en las reglas elaboradas por el Poder Ejecutivo Nacional no invalida al novedoso precepto en términos constitucionales, el que estimamos, se erige como una de las formas de reglamentar la manda de protección contra el despido arbitrario²⁴, aquí, bajo uno de los rostros más repudiados por la sociedad, el de la discriminación.

23 Así, Arese, César, op. cit.; Lupinacci, Iván G., «La desprotección manifiesta frente a los despidos por causales de tratos discriminatorios que trae el DNU 70/2023», La Ley, 2023-F, 566; entre otros.

24 La aseveración, es confirmada con la inclusión en los supuestos de despidos injustificados de la «indemnización» como una de las distintas posibilidades que brinda el art. 7.d del Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales y aprobado por nuestro país con la ley 24.658 (B.O. del 17-06-2006).

Despido - Indemnización por Despido - Indemnización - Despido sin Justa Causa - Despido con Causa - Laboral - Decretos de Necesidad y Urgencia

19-marzo-2024



El fondo de cese laboral contemplado en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo conforme al DNU 70/2023

POR GUILLERMO UNZAGA DOMÍNGUEZ¹

[MJ-DOC-17648-AR](#) | [MJD17648](#)

Sumario: I. Introducción. II. La posición del liberalismo ante la indemnización por despido sin justa causa. III. La incidencia de las indemnizaciones por despido en la contingencia por desempleo. IV. La Flexibilidad de las relaciones laborales. V. Las cuentas de capitalización en el sistema argentino. VI. Presente y futuro de los fondos de cese en nuestro sistema laboral.

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos modernos, a comienzos de la tercera ola de la revolución industrial, las indemnizaciones coactivas por despido encontraron origen en ideas de socialización de contingencias, en épocas donde se entendía que las partes de la relación laboral se situaban en veredas diferentes que no se cruzaban. Por aquellos tiempos también se pensaba que era conveniente presionar jurídicamente al patrono para que no despidiera inmotivadamente. Caso contrario, él sería el responsable del desempleo de su dependiente y por lo cual debería indemnizarlo por dicha contingencia (hasta el profesor Mario Deveali era de esta posición).

¹ Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas. Presta servicios, en relación de dependencia, como Abogado Inspector de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. En lo académico, es profesor titular de la Cátedra de «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCALP Sedes La Plata y Bernal y, en la misma Alta Casa de Estudios, director de las diplomaturas en «Derecho laboral». Por lo demás, es autor de los libros «El Preaviso en las causales de extinción» de la Editorial El Derecho, «La Protección contra el despido arbitrario» editado por Editorial La Ley y, actualmente, es director en «IJ Editores» de la Revista de Dcho. del Trabajo de la Pcia. de Buenos Aires.

Actualmente esas ideas están siendo superadas, porque ni las partes se encuentran en extremos opuestos, ni parece apropiado sancionar al que arriesga su capital. Ante ello, en el caso que nos convoca, la búsqueda de alternativas a la obligación de abonar, ante un despido sin justa causa, una indemnización por despido no aparece como algo absurdo, en tanto se respeten los derechos reconocidos a los trabajadores en normas constitucionales y tratados internacionales suscriptos por el país, tema que excede el presente trabajo.

II. LA POSICIÓN DEL LIBERALISMO ANTE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

La corriente liberal del pensamiento critica la obligación de abonar una indemnización por despido cuyo financiamiento esté a cargo del empleador. Lo hizo —al momento de la incorporación legislativa de la institución (a partir de la ley 11.729 al modificar el Cod. de Comercio en 1934)— como actualmente.

Alberto Benegas Lynch (h) considera que «las indemnizaciones coactivas por despido se traducen en peores condiciones de vida para la gente de menores recursos. El mercado debe tener la máxima flexibilidad para poder reaccionar en forma fluida, adaptándose a las cambiantes circunstancias. Por ello, una indemnización por despido significa sacar recursos que hubieran sido invertidos en determinados sectores, para coactivamente destinarlos a determinados individuos. La indemnización por antigüedad, obliga al empresario a retener trabajo ineficiente rechazando trabajo más productivo debido al obstáculo que representa aquella erogación. Estas consecuencias no permiten optimizar recursos, lo cual disminuye el ritmo de acumulación de capital que, a su vez, deteriora las condiciones generales de vida, principalmente los salarios de la gente que se desea proteger²».

Para la posición liberal, si el empresario remuneró correctamente a su empleado durante la vigencia de la relación laboral y no le retuvo un porcentaje para una eventual indemnización por cese, partiendo del concepto que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, que tenga que destinar su dinero (recursos) en indemnizaciones coactivas, le significará malgastar recursos, no destinándolos a áreas donde tendría que hacerlo, es decir, básicamente a la incorporación de más capital a la empresa para dar, a su vez, más empleo.

Luis Beccaria expresa «la indemnización por despido y el preaviso desalientan la contratación de nuevos trabajadores: ante la existencia de tales erogaciones a abonar en la eventualidad del despido, los empleadores reducirán al mínimo el reclutamiento prefiriendo mecanismos como horas extras y/o uso de más maquinarias³. Con respecto a esto, en otra parte del trabajo, analizaremos el tema de la incidencia del despido en la

2 Benegas Lynch (H) «Fundamentos de análisis económicos» página 359.

3 Beccaria Luis «Desocupación: visiones sobre sus causas y las estrategias para reducirla» página 19.

economía de la empresa, pero independientemente de lo señalado y de la posición que adoptemos, es decir a favor o en contra de una indemnización por despido con financiamiento del empresario (como responsable —o no— de los daños que genera el despido), el liberalismo nos advierte que no podemos dejar de desconocer —si eventualmente estamos a favor— que partiremos de dos premisas, que serían injustas:

Primero, que el estado delega —en parte— una incumbencia propia en el empresario (hacerse cargo de los desempleados). La obligación legal de tener que abonar una indemnización por despido, más allá de si distorsiona o no los efectos de la economía de la empresa, más allá de si produce una mala asignación de recursos, es injusta desde su fundamentación. En ese sentido, agregan que lo injusto es que la tenga que afrontar el empresario, lo justo es que la tenga que solventar el estado, como obligado a velar por los desempleados.

Segundo, que de las dos partes de la relación laboral se vulnera, a favor del empleado, la igualdad de derechos que debe existir en toda relación jurídica. En el caso, son las leyes laborales, sancionadas por políticos ignorantes, las que obligan a los empleadores, por imperio legal, a darles trabajo, a sus dependientes, hasta el día en que estos se puedan jubilar. Agregan que los empleadores, máxime en el mundo actual, son conscientes que semejante garantía es una verdadera utopía. Es por ello, que aseveran que las leyes laborales, que, en el caso obligan a indemnizar trabajadores despedidos, además de injustas, son voluntaristas, que perjudican justamente a quienes dicen defender, generando efectos no deseados, tales como desempleo. Esta es sin duda una de las consecuencias, en la opinión liberal, de tener que abonar una indemnización por despido sin causa, la que, a su vez, sería una especie dentro de un género que sería la intromisión del estado en el mercado de trabajo.

Los pensadores liberales sin reconocer la existencia de un verdadero hecho ilícito ocasionado por el empleador al despedir sin justa causa, se suelen preguntar ¿qué culpa tiene el empresario, respecto del desempleo general? ¿la culpa de la situación económica no le cabe al Estado?, el empresario al igual que el trabajador a quien deja sin empleo, también es una víctima más de la situación general del mercado. Concluyen que, ningún empleador deja sin empleo a alguien porque quiere y reiteran que el culpable de la desocupación es el propio Estado al entrometerse en el mercado de trabajo. En ausencia de regulaciones laborales —intervención coactiva en el mercado de trabajo— sostiene Alberto Benegas Lynch (h) que «la misma palabra desempleo perdería sentido. Se tratará de una cuestión de precio entre la oferta y la demanda, ya que siempre habrá trabajo disponible, recordemos que los recursos son escasos (trabajadores) y las necesidades ilimitadas (trabajo que realizar). Quienes quieran permanecer un cierto tiempo sin tener que tomar el primer trabajo que les ofrezcan, podrán obtener un seguro en el mercado. El liberalismo no se opone a esto, por el contrario, es particularmente importante cuanto más especializada sea la tarea, ya que un peón puede conseguir empleo en muchos trabajos diferentes, un especialista o un profesional muy especializado tal vez no»⁴.

4 Benegas Lynch (H) «Fundamentos de análisis económicos», página 359.

Dentro de esta corriente del pensamiento se admite que los trabajadores, por medio de seguros, puedan prever su desempleo. Como en muchos países del mundo, en nuestro país, en tiempos pretéritos, fue utilizado. Como explica Alejandro Ruzo, había «tres clases de instituciones por medio de las cuales se establecían estos seguros: los sindicatos, las asociaciones de socorro mutuos profesionales y las asociaciones de socorros mutuos no profesionales. Existen asociaciones aisladas cuyas cajas locales en caso de crisis no pueden ayudar suficientemente. Esto lo remedian en parte las federaciones que son la reunión dentro de un país, provincia, de las asociaciones de obreros que ejercen la misma profesión. Los socorros que prestan las cajas obreras no consisten solamente en indemnizaciones por falta de trabajo, suministran también socorros de viaje a los que en busca de colocación de un punto a otro y a los que tienen que trasladarse a un sitio distante para ocupar el empleo conseguido. Según hace constar Vallez, el seguro empezó en la Tipografía Bonaerense. La citada fue la primera asociación argentina que lo estableció. Después el seguro se extendió, en los oficios de lujo, luego en los oficios secundarios, guanteros, cigarreros, etcétera y después se extendió rápidamente entre los joyeros, carroceros y todas las especialidades del hierro y de los metales»⁵.

Conviene aclarar que la contratación de este tipo de seguro para despidos, en nuestro país, se fue perdiendo, a medida que fue generalizándose la aplicación de una indemnización por despido a cargo de los por entonces «patronos» (como dijimos a partir de la ley 11.729 al modificar el Cod. de Comercio). No obstante, ello, en aquellos donde hoy aún se estila la contratación de seguros de desempleo privados y voluntarios, son los trabajadores quienes los contratan, debiendo pagar las primas acordadas para que la entidad los financie mientras encuentran empleo en una tarea que es de su agrado, compatible con su profesión o con el salario que desean. Por eso cuanto más sofisticada sea la tarea, mayor será la cuota que deberán pagar, de igual manera cuanto mayor sea la tasa de desempleo existente, también mayor será la prima a abonar y aclaramos que el liberalismo no se opone a estos seguros, de hecho, los alienta.

III. LA INCIDENCIA DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO EN LA CONTINGENCIA POR DESEMPLEO

Mientras que, para el liberalismo los costos de la indemnización por despido y en su caso el preaviso (que habitualmente la acompaña) disminuyen la contratación y genera desempleo, para los sectores proteccionistas, a la inversa, lo desalientan.

Dejando de lado el seguro que eventualmente pueda contratar —a su costo— un trabajador para paliar su desempleo, podría entenderse que el costo derivado de la indemnización por despido constituiría un costo fijo más (y operando de la forma que lo hacen las contribuciones a los regímenes de seguridad social, los pagos por seguros contra accidentes, etc.) si para hacer frente a esta eventualidad los empleadores conformaran

5 Ruzo Alejandro «El seguro Obrero» Boletín del Departamento del Trabajo N° 22, página 271.

un fondo (técnicamente previsión). El monto que el empresario debería separar con destino a ese fondo dependería de las probabilidades de despedir empleados y de la tasa de interés. Sin embargo, este fondo es de difícil cálculo, puesto que las probabilidades de despido cambian frecuentemente en una empresa, según circunstancias y hechos muchas veces aleatorios, además la indemnización se calcula tomando como base el salario del último año trabajado (art. 245 LCT). Esto explica, en parte, por qué los empresarios no lo realizan en la práctica (prevén), o provisionan sólo una parte (esto lo suelen hacer grandes empresas), consiguientemente, el despido genera efectivamente un costo al que sólo se incurre al producirse el evento. Lo citado es el principio general: ocurrido el despido sin justa causa, el empleador, de sus recursos, abona la indemnización reconocida legalmente (por esto se llama en economía sistema de reserva de empresa).

Por excepción, en nuestra legislación laboral, los trabajadores de la industria de la construcción, que se rigen por la ley 22.250 del año 1980, tienen un sistema distinto para el cese que, en la práctica, actúa como un seguro y que se denomina fondo de desempleo. Su naturaleza jurídica no es sancionatoria (como la indemnización del 245 LCT), sino compensatoria por el tiempo trabajador, ello toda vez que el trabajador, toda vez que lo percibe «cualquiera sea la causa de extinción de la relación laboral». Este fondo de desempleo se financia exclusivamente con la contribución del empleador consistente en el 12% de lo percibido por el trabajador, mes a mes, en concepto de salarios básicos y adicionales remunerativos establecidos en el convenio colectivo (76/75). Dicho porcentaje corresponderá al primer año ya que los sucesivos será del 8%. Respecto a ellos, el empleador los depositará en una entidad bancaria habilitada, en cuenta a nombre del obrero, dentro de los primeros quince días del mes siguiente a aquél en que se haya devengado la remuneración.

Al término del contrato de trabajo, el fondo de desempleo le corresponderá al trabajador, reiteramos: cualquiera sea la causa de extinción de la relación laboral. Como explica Miguel Pirolo, «las relaciones que se establecen en este ámbito se caracterizan por su transitoriedad —pues su vigencia está indefectiblemente condicionada a la finalización de la obra— y no generan, por tanto, expectativa de permanencia alguna. Seguramente por esta razón, el legislador ha entendido inaplicable todo sistema destinado a proteger la estabilidad, y ha adoptado un régimen en virtud del cual las partes se encuentran facultadas para resolver el contrato sin consecuencias indemnizatorias. Sin embargo, a fin de no dejar sumidos a los trabajadores del sector en la más absoluta desprotección, se ha plasmado en el estatuto un sistema sustitutivo del clásico régimen de estabilidad que prescinde de considerar al despido como acto ilícito y que, en lugar de constituir un resarcimiento tarifado de las consecuencias dañosas que normalmente derivan de la ruptura unilateral de un contrato, implica una capitalización de la antigüedad del trabajador, a través de la acumulación dineraria en un fondo destinado a ese fin»⁶.

6 Pirolo Miguel Ángel «La extinción del contrato de trabajo en las relaciones regidas por los estatutos especiales» en Revista de Derecho Laboral 2.000 - 2, página 246.

A pesar de la opinión teórica del liberalismo que brindamos, respecto de la incidencia negativa que tiene la regulación laboral del despido sobre el desempleo, según Adriana Marshall, la misma en la práctica no resulta clara, señalando que «el debate internacional lleva ya varias décadas: a los que enfatizan que la protección laboral impide que se realicen contrataciones en las fases expansivas por las limitaciones a despedir durante las fases recesivas, se oponen quienes sostienen que la protección constituye a estabilizar la demanda de fuerza de trabajo en el mediano y largo plazo»⁷.

Así, la evidencia empírica sobre el impacto de las regulaciones acerca del despido y sobre la forma que las firmas ajustan ante cambios en la producción es controvertible: algunos trabajos señalan que «que las firmas recurren más frecuentemente al despido como mecanismo de ajuste en países donde es más fácil y barato despedir lo cual implicaría que también contratan más frecuentemente durante las expansiones»⁸. Otras evidencias, sin embargo, apuntan en otra dirección. Por ejemplo, Christopher Buechtemann afirma que no existen diferencias significativas en la tasa de despido entre los Estados Unidos (con un mercado de trabajo flexible) y países europeos con alto grado de protección contra el despido. También, señala que tampoco «existe mucha evidencia comparable que sostenga la visión de que la legislación sobre la protección al empleo tenga un fuerte impacto restrictivo sobre el comportamiento de contratación de las firmas»⁹.

IV. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES

En España, hacia fines de los ochenta y mediados de los noventa, se autorizó la vigencia de contratos de trabajo por tiempo determinado que implicaban un costo, al momento de la extinción, más barato que los contratos indeterminados. Durante la expansión de aquellos tiempos hubo un gran crecimiento de la ocupación y casi la totalidad de ese aumento correspondió a estos contratos, lo cual permitió argumentar acerca del impacto positivo que habría tenido la introducción de esas modalidades en la caída del empleo, por lo menos en el corto plazo.

Con este antecedente, en nuestro país, la administración justicialista que gobernaba hacia fines del año 1991, preocupada por las eventuales restricciones que imponían las normas sobre despido a la contratación de trabajadores, ensayaron un procedimiento para tratar de morigerarlas. En la Ley Nacional de Empleo (24.013) se establecieron diversas modalidades promovidas de contratación a tiempo determinado, al vencimiento de los cuales no se pagaba indemnización por despido o se abonaba una cuantía menor que la tarifa del 245 LCT (estas modalidades eran recogidas, justamente, de la legislación espa-

7 Marshall Adriana «La nueva política laboral: incentivos que no generan empleo pero que agravan la inestabilidad» en Coyuntura y Desarrollo N° 217 (1996), página 27.

8 Mosley H. «Employment protection in labour force» Labor Market institutions in Europe (1994).

9 Buechtemann C. «Introduction: Employment security and labour markets», página 3-66.

ñola). Además, y como si fuera poco, el empresario era eximido o contribuiría —según el contrato utilizado— en menor medida en lo que hacía a contribuciones patronales.

Lo sucedido con el empleo desde 1991, podría sugerir que la flexibilización de las condiciones del despido no habría sido importante en el caso argentino. En efecto, durante la vigencia de estas modalidades promovidas, el desempleo se elevó (por supuesto que, básicamente a causa que, el mercado, no captó a los que iban perdiendo su empleo fruto de las privatizaciones). Como si fuera poco, en los hechos, la reducción-exención de las contribuciones empresariales distorsionó el deteriorado sistema previsional argentino que había dejado el gobierno radical en razón de que no se cubría la exención otorgada a los empleadores. Para más, «el uso de las mismas tuvo el efecto de incrementar fuertemente la rotación de personal»¹⁰. Aunque esto se prohibía expresamente en la ley 24.013 y se establecían sanciones, en los hechos, se extinguían los contratos por tiempo indeterminado y se contrataban nuevos empleados bajo alguna de las modalidades promovidas, toda vez que eran más ventajosos para el empleador.

Fue así que, la misma administración que las impulsó, en el año 1998, con la sanción de la ley 25.013, derogó las modalidades promovidas y en el mensaje de elevación del proyecto de esa ley por parte del Poder Ejecutivo se dijo que las mismas, en vez de reducir la desocupación, habían generado una grave distorsión en las relaciones de trabajo y producido un impacto negativo en el financiamiento del sistema de seguridad social. Se advierte, de la evidencia empírica citada que, no es cierta, por lo menos en nuestro caso particular, la idea según la cual una mayor permisividad para despedir por medio de la utilización de contratos «flexibles», favorezca la generación de empleo o, a la inversa, mitigue el desempleo.

Es que, «la generación de empleo está ligada al movimiento global de la economía y, en períodos de fuertes transformaciones, particularmente en la industria, refleja el proceso de reestructuración. En la Argentina, como en otros países, el desempeño negativo del empleo ha estado asociado primordialmente a los efectos de la reforma económica (liberalización comercial con apreciación cambiaria entre otros factores) y la resultante recomposición. Obviamente, el proceso de creación de empleo depende de factores mucho más cruciales que la legislación que protege a los trabajadores: los cambios en la estructura económica, en el estado del mercado interno e internacional, en el ahorro y la inversión, en la innovación tecnológica y organizativa y en el crecimiento de la productividad son algunos de los más relevantes»¹¹.

«De todos modos, frente a resultados decepcionantes, siempre podrá argumentarse que las reformas a la legislación del trabajo instrumentadas hasta el momento han sido insuficientes y que sólo una mayor profundización del camino emprendido tendría consecuencias favorables visibles sobre la performance del empleo. El debate acerca de las

10 Beccaria Luis «Desocupación: visiones sobre sus causas y las estrategias para reducirla» página 22.

11 Marshall Adriana «Si se propuso crear más ocupación fracasó ¿para qué sirve la reforma laboral? en Internohhet.

relaciones entre regulación del trabajo y tendencias en el empleo, como sobre la relación entre costo laboral y empleo, difícilmente pueda cerrarse, ya que no hay —y posiblemente no las habrá tampoco en el futuro— evidencias realmente concluyentes en ninguna dirección»¹².

V. LAS CUENTAS DE CAPITALIZACIÓN EN EL SISTEMA LABORAL ARGENTINO

Las modalidades promovidas no habían cumplido con su objetivo de reducir el desempleo —y estaban camino a ser derogadas— por lo que se precisaba un nuevo cambio en materia laboral. Fue así que, en 1995, se sancionaron dos normas que llevaron los números 24.465 y 24.467, la última citada específica para las Pymes. Si bien se insistió con la política de más formas temporales de contratación para alcanzarlo, lo novedoso fue que también se comenzó a afirmar que las normas laborales denominadas flexibilizadoras (24.013, 24.465 y 24.467), en rigor de verdad, lo que buscaban era fomentar la contratación de grupos vulnerables (por ejemplo, ex combatientes de Malvinas, personas con discapacidad) y reducir la incertidumbre que le ocasiona a la empresa el costo de los despidos y los juicios laborales (esto también se verificó en la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 donde el art. 39.1 prohibía la acción judicial para reparar el daño por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales salvo dolo del empleador). Esto, claro está, era muy distinto a reducir el desempleo.

Concretamente, en la ley para Pymes, se incluyó un capítulo laboral con algunos beneficios laborales para aquellas empresas calificadas como tales en función de un número máximo de trabajadores en relación de dependencia. Así, se fijó un plazo de preaviso único, se permitió el fraccionamiento de las vacaciones, del aguinaldo (en hasta tres cuotas) y se permitió la utilización de cuentas de capitalización para indemnizar la extinción del contrato.

Esta normativa no fue bien recibida por autores *ius laboralista*s. Naldo Brunelli «consideró que si bien las Pymes constituyen el motor de la reactivación productiva que el país anhela, consideró que la protección de las Pymes, como un instrumento de política social que redundaría en beneficio global de la comunidad toda, debe globalizar también los costos necesarios para proveer a tal protección. Debe ser sobre la comunidad toda, a través del Estado, en proporción a la capacidad de cada sector social, donde repose el peso de la protección a dichas empresas. No resulta razonablemente defendible, a criterio del suscripto, que el trato más favorable dado por motivaciones de política social a una empresa lo sufra en desmedro de sus derechos el trabajador que de la misma depende»¹³.

12 Marshall Adriana «Si se propuso crear más ocupación fracasó ¿para qué sirve la reforma laboral? en Internohhet.

13 Antecedentes Parlamentarios de la Ley de Pymes «La Ley» página 376.

Moisés Meik, otro de los críticos más severos de esta normativa, entendió «que erosiona la base de nuestra disciplina (.) Por esta disposición se arremete contra la protección contra el despido arbitrario, desconociendo en esa cláusula el carácter constitucional de ese derecho en materia de estabilidad laboral y de extinción del vínculo laboral»¹⁴. También recuerdo perfectamente que Néstor Rodríguez Brunengo nos insistía [esto no está escrito, sino que lo recojo de las charlas con mi profesor titular de la UCALP], que no era acertado querer efectuar una distinción entre empresas, en este caso pequeñas de las que no lo sean en la faz laboral, puesto que de esta manera se discrimina negativamente sólo a los empleados de las primeras. Afirmaba que, si el legislador quisiera beneficiar a las Pymes, lo tendría que hacer, pero otorgándoles ventajas competitivas, reducciones impositivas, tratamientos fiscales especiales, etcétera, pero no restándoles derechos a sus trabajadores.

Después de conocer la crítica más severa a la ley de Pymes, vayamos a nuestro tema en particular, es decir las cuentas de capitalización. El artículo 92 de la Ley estableció que los convenios colectivos de trabajo referidos a las pequeñas empresas podrán modificar el régimen de extinción del contrato de trabajo. Para los casos en que dichos convenios introduzcan, en el régimen de extinción, cuentas de capitalización individual, el Poder Ejecutivo Nacional habilitará la utilización de los instrumentos de gestión previstos en el sistema integrado de jubilaciones y pensiones, o en el régimen de seguros. Por su parte, el artículo 3° del decreto 146/99 dispuso que las modificaciones al régimen de extinción del contrato de trabajo, no podrán desvirtuar el principio de protección contra el despido arbitrario. Si se introdujeran cuentas de capitalización individual, será necesario que, en la homologación del convenio colectivo, el Ministerio de Trabajo se expida fundadamente sobre la puesta en vigencia del sistema propuesto.

Este sistema de cuentas de capitalización se restringía a las Pymes que lo hubieran acordado en sus respectivos convenios colectivos. De así permitirse, el empleador hubiera debido contribuir al financiamiento del fondo (no se reglamentó el porcentaje) período por período. Al término del contrato —por cualquier causa— el trabajador hubiera cobrado, por medio de la AFJP elegida, el fondo existente en su cuenta. Claro está que, como señaló Julio Magri, «no hay [hubiera habido] ninguna seguridad de que la patronal haga [hubiera hecho] el aporte, ya que es sabido que la evasión es del 50%»¹⁵. Por otro lado, al no penalizar el despido, hubiera seguido favoreciendo la rotación de trabajadores.

En los hechos, nos cuenta Marcelo Arroyo, ningún convenio colectivo para Pymes incorporó, en su texto, el sistema de cuentas de capitalización «hasta su derogación por la Ley 25.877 llamada de reordenamiento laboral del 2004, es decir por el término de nueve años de vigencia. Algún gremio se atrevió a hacer algo parecido como el seguro de La Estrella de empleados de comercio, pero no fue más que una jubilación complementaria, rescatable cuando el trabajador renuncia o lo despiden, pero no reemplazó al régimen

14 Meik Moisés «¿Corte o convalidación del Modelo?» en XXVI Jornadas de Derecho Laboral, página 164.

15 Magri Julio «¿Y si despedimos a Menem con justa causa?» <https://prensaobrera.com/politicas/y-si-despedimos-a-menem-con-justa-causa>.

de extinción. Los empresarios son ante todo pragmáticos, si algo les reporta utilidades lo usan, y sino no»¹⁶. Lo concreto es que esto nos impide, como corolario, dar alguna evidencia empírica de los resultados del sistema en nuestro país.

VI. PRESENTE Y FUTURO DE LOS FONDOS DE CESE EN NUESTRO SISTEMA LABORAL

El presidente de la Nación, Javier Milei, el 20 de diciembre de 2023 dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23. En los que nos interesa en función del tema que estamos tratando, en el art. 81 no sólo modificó el texto del art. 245 de la Ley 20.744, sino que agregó cuatro párrafos finales. En los últimos dos, incorporó, por un lado, que mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio por un fondo o sistema de cese laboral cuyo costo estará siempre a cargo del empleador, con un aporte mensual que no podrá ser superior al 8% de la remuneración computable. Por otro que, los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado de capitalización a su costo, a fin de solventar la indemnización prevista en el presente artículo y/o la suma que libremente se pacte entre las partes para el supuesto de desvinculación por mutuo acuerdo conforme artículo 241 de la presente ley.

a. Liminarmente digamos que, el instituto del fondo de cese laboral lo vemos como algo positivo, en tanto y en cuanto sea adoptado libremente por las partes, es decir que éstas no sean compelidas, ni por la ley general ni por el convenio colectivo de trabajo, a utilizarlo.

Sentado ello, en el primero de los citados párrafos del art. 81 del DNU 70/23 (modificatorio del art. 245 LCT) se regula una herramienta que sólo se puede habilitar para el caso de estar plasmada expresamente en el texto del convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador (en esto es igual a la ley 24.467 aunque no se limita a las Pymes). De así ocurrir, las partes «podrán» sustituir el régimen indemnizatorio clásico derivado del art. 245, es decir producido el distracto sin justa causa el empleador abona la indemnización tarifada conforme a las pautas de dicha norma, por un fondo o sistema de cese laboral.

La propuesta oficial permite la constitución, voluntaria, en una entidad que determinará la reglamentación, de un fondo de cese administrado por aquella. Es decir, la apertura de una cuenta individual a nombre de cada trabajador a la cual contribuirá, en su financiamiento, sólo su empleador y en hasta un 8% de la remuneración bruta que perciba cada uno de aquellos, período por período. Al momento del despido sin causa el fondo administrador entregará la cuantía depositada en su cuenta, todo conforme a lo que determine la reglamentación.

16 Arroyo Marcelo, «Sobre el proyecto de generalizar el sistema de desempleo del régimen de la construcción a todo el universo laboral», en Revista de Dcho. del Trabajo de la Pcia. de Bs. As.» ed. IJ Editores.

Como concluimos en el ítem anterior, no tenemos evidencia empírica en nuestro país de este instituto de fondo de cese, sin perjuicio de ello, los impulsores de la medida afirman que, para el empleador, se hace más previsible el costo laboral del distracto y se elimina la litigiosidad, con todo lo que ello acarrea, como son los costos y costas de los procesos laborales, sumados a la gratuidad de los empleados en los mismos. La previsibilidad del costo asociado al despido que implica el fondo de cese —que efectivamente pasaría a ser fijo y no contingente— es considerado, como se dijo, como un atributo positivo. El empresario tendrá reglas claras a las cuales someterá el ejercicio de su emprendimiento empresarial. Desde el primer día de iniciada la relación laboral, sabrá cuanto tendrá que ir depositando en la cuenta especial a nombre de cada empleado para cubrir la eventualidad de un despido sin justa causa.

Entre tanto, para el empleado y siempre conforme a sus impulsores, el fondo de cese se presenta como una seguridad que hoy no tiene ningún empleado despedido arbitrariamente. En la actualidad —por lo general la práctica contra legem— ante un despido, las partes concilian, ya sea administrativa o judicialmente un porcentaje de la indemnización que al empleado le corresponde conforme al art. 245 LCT, y en caso de no arribarse a ningún acuerdo, el dependiente inicia las acciones a su alcance para hacerse del crédito que le reconoce la ley (indemnización por despido sin justa causa).

El reproche que, en nuestra opinión, más severamente se le puede efectuar a este sistema de fondo de cese, es que el legislador presuma que el empleador algún día extinguirá el contrato arbitrariamente (sin causa), puesto que de lo contrario no se explica el sistema. Es decir que, como presume la extinción sin causa, lo invita a que durante la relación laboral contribuya a un fondo individual para su dependiente. Otro reproche es que la contribución encarece los costos laborales. Esto último no es algo que pueda ser dejado pasar por alto. Todos los meses el empleador va a tener que contribuir al fondo de cese como hace con los demás sub sistemas de seguridad social.

Además de lo dicho, también tenemos muchas dudas que, esperemos, sean respondidas en una futura reglamentación del instituto. Por ejemplo, ¿el sistema sólo se aplicará al caso del despido sin justa causa? Así se desprendería del texto de la ley que expresa que las partes podrán sustituir el presente régimen indemnizatorio. Parecería clara la norma del 245 conforme al DNU, puesto que se refiere al supuesto de dicho artículo y no otro. Esto, sería una diferencia sensible respecto al régimen que impulsaba la ley de Pymes como al de la industria de la construcción que beneficia a los trabajadores cualquiera sea la causa de extinción laboral.

Luego, también nos planteamos ¿Qué ocurre si el trabajador se consideró en situación de despido indirecto? ¿le corresponde o no el fondo de cese? Y en caso de renuncia o despido con causa ¿Qué ocurre con el dinero del fondo? ¿es devuelto al empleador? Qué pasa con los trabajadores cuyo estado laboral les obliga a ser incluidos en los supuestos, como el del art. 212, cuarto párrafo, que reenvían al 245 pero tienen otra naturaleza ¿también están incluidos como beneficiarios del sistema los trabajadores afectados?

Por otro lado, producido el despido sin justa causa, ordenándose al trabajador a percibir el fondo de cese, ¿subsiste la obligación del otorgamiento del preaviso sustitivamente indemnizado por parte del empleador? Parecería que sí, toda vez que los arts. 231 y 232 de la LCT no han sido reformados por el DNU. Finalmente, ¿se puede prohibir efectivamente al trabajador acceder a la justicia a reclamar, por ejemplo, indemnizaciones por discriminación o daño moral? Indudablemente no. Es más, estamos seguros que los abogados que ejercen la profesión en forma liberal no se van a quedar de brazos cruzados, viendo como disminuye el número de juicios laborales. Esta misma pregunta ya se la hicieron al sancionarse la Ley de Riesgos del Trabajo en 1995 y la lucha de los abogados fue tenaz, duró años, y hoy los juicios por las contingencias de dicha norma se mantienen, cuando en la redacción originaría se los prohibía (art. 39.1 LRT).

Como se advierte, tenemos más reproches y dudas que certezas en lo relativo al instituto de fondo de cese, pero no queremos concluir sin decir que el gran beneficiario será la entidad que los administre.

b. Finalmente, en el segundo de los citados párrafos del art. 81 del DNU 70/23 (modificador del art. 245 LCT) se le permite al empleador a que, durante la relación laboral, contrate, estimamos con una entidad financiera que determinará la futura reglamentación, un fondo de capitalización al cual irá contribuyendo en los porcentajes y bajo las modalidades que pacte y que cubra, como hecho indemnizable, al despido sin justa causa o la liberalidad que abone en caso de extinción por mutuo acuerdo del art. 241 de la LCT de ocurrir dichos eventos. En verdad, tampoco nos oponemos a esta facultad del empleador, porque es eso, no se lo compele a contratar un seguro, se lo deja a que, en tanto le convenga o lo quiera que lo haga, pero todo a su costo. Para más, lo descripto, no se refiere a los seguros que pregona el liberalismo los cuales son a costa del trabajador y de los cuales ya hablamos.

Valor MJ

Más Información, Mejores Resultados



NOVEDADES VIRALES



LÍNEA EXCLUSIVA



NEWSLETTER DIARIO



PODCAST DE ACTUALIDAD