

Ley de Bases Nro 27.742 y su Impacto en el Derecho Laboral

GE DS

Grupo de Estudios
de Derecho Social

REVISTA
DE ESTUDIOS
DE DERECHO
SOCIAL

#8 MARZO 25



LEY DE BASES Y PUNTOS DE
PARTIDA PARA LA LIBERTAD DE
LOS ARGENTINOS

STAFF

Director y Fundador GEDS

Raúl H. Ojeda

Coordinador de la Revista

Mariana Otarola

Juan I. Caminos

Comité editorial de la presente edición

Emilio Romualdi

David Duarte

Walter N. Buhler

Itatí Dermachi Arballo

Verónica Vidal

Guillermo Kutter

Nicolás Occhi

Imagen de tapa

Lic. Julia Valiente

Diagramación y edición

Gabriel Hernández

gabo.hernandez@gmail.com

Con el apoyo

ÍNDICE

Editorial Revista Geds -Octava Entrega- Por Mariana Otarola y J. Ignacio Caminos	3
Licencia por maternidad (art. 177): las modificaciones de la Ley Bases 27.742 Por Martín Zangrandi.....	4
La Reforma al art. 29 de la LCT Por Carlos A. Toselli	8
¿Qué pretende usted de mí? Las propuestas de la ley 27.742 a la negociación colectiva Por Guido A. Seren Novoa.....	16
Promoviendo la deslaboralización. La reforma de la presunción del art. 23 de la LCT Por Ricardo F. Seco.....	24
De los daños tarifados a la reparación integral en materia laboral Por Tomás F. Scipione	37
La solidaridad en la denominada reforma laboral Ley 27.742 Por Ronaldo Robles	43
Modificaciones introducidas por la ley 27.742 al Régimen de Trabajo Agrario Por Cristián Requena	52
Fondo de Cese Laboral - «régimen alternativo», ¿para quién? Ley Bases- reglamentación Por Andrea S. Quintos	57
Una vacua reforma del artículo 242 de la LCT. ¿Es el ejercicio del derecho a huelga una causal objetiva de despido? Por Ismael Pasquinelli	64
Vigencia y aplicación de la Ley 27.742 Por Roxana Mambelli	72
Ley de Bases: licencia por gestación Por Guillermina Fragueiro	85
El artículo 245 bis LCT según 27.742. Un intento quizás vano por domesticar la protección contra el despido discriminatorio Por Jorge Elías	94
Trabajador independiente con colaboradores. La batalla en las fronteras de la dependencia Por Ricardo L. Chércoles	103
Período de prueba y sus modificaciones con la Ley 27.742. Un nuevo debate sobre un viejo instituto Por Carolina Barreiro.....	109



Editorial Revista Geds -Octava Entrega-

POR MARIANA OTAROLA Y J. IGNACIO CAMINOS

Por Mariana Otarola ¹ y J. Ignacio Caminos ²

[MJ-DOC-18218-AR](#) | [MJD18218](#)

La octava edición de Revista GEDS se sumerge en el debate central que atraviesa nuestro país: la incidencia de la Ley de Bases en el Derecho del Trabajo.

Esta normativa, nacida del DNU 70/2023 y consolidada como Ley 27.742, ha desatado una profunda discusión sobre sus implicancias, conveniencia y constitucionalidad en el ámbito laboral.

Conscientes de la trascendencia de este escenario, el GEDS, bajo el impulso del Dr. Raúl Ojeda y el valioso apoyo de los Dres. Oscar Benítez y Romina Puente, ha construido una edición federal y plural. Convocamos voces de todo el país para ofrecer una visión diversa y enriquecedora sobre el tema. Este esfuerzo colectivo reúne análisis que abordan, desde múltiples ángulos, el impacto de la Ley de Bases en nuestro ordenamiento jurídico.

Encontrarán en estas páginas un abanico de ideas sobre la aplicación de la ley, la transformación del artículo 23 de la LCT, las controversias del artículo 29, la reconfiguración del período de prueba, los cambios en el artículo 177, la nueva lectura del instituto de la injuria (art. 242), las alteraciones en la indemnización por despido (arts. 245 y 245 bis), el impacto en la registración laboral, las propuestas para la negociación colectiva, las modificaciones al Fondo de Cese y las novedades en el régimen de trabajo agrario.

La Ley 27.742 nos interpela, nos invita a repensar conceptos y a buscar nuevas interpretaciones de lo conocido. Este número de GEDS es una invitación a una reflexión, donde la diversidad de perspectivas se erige como la herramienta esencial para comprender y navegar este nuevo horizonte del derecho del trabajo argentino.

Agradecemos su tiempo y esperamos que su lectura, fruto de un esfuerzo federal y colectivo, pueda ser de utilidad para este debate fundamental que está ocurriendo en nuestro país.

1 Abogada relatora del Juzgado de 1ra Instancia en lo Laboral de la 3ra Nominación de Rosario. Especialista en Derecho del Trabajo, UNR. Docente de posgrado UNR y UNL. Secretaria de la AADTSS, filial Rosario. Miembro de ANJUT. Integrante del Grupo de Estudios de Derecho Social. Maestranda en Administración de Justicia y Litigación Oral, UCA.

2 Abogado (UNC). Adscripto a las cátedras de DTSS, DHL y DIT (UNC).

Laboral - Maternidad - Protección de la Maternidad -
Trabajo de la Mujer - Embarazo de la Trabajadora - Despido
por Causa de Embarazo - Derechos del Niño - Interés
Superior del Niño - Tratados Internacionales

20-febrero-2025



Licencia por maternidad (art. 177): las modificaciones de la Ley Bases 27.742

POR MARTÍN ZANGRANDI ¹

MJ-DOC-18141-AR | MJD18141

Dos modificaciones a la licencia por maternidad

Tanto el Decreto Nro. 70/2023 (art.78) como la Ley Bases Nro. 27.742 en su art. 93, modifican el art. 177 de la LCT 20.744 y mod., en algunos aspectos en lo que se refiere al otorgamiento de la licencia por maternidad. Esos cambios serían: a) El otorgamiento de la licencia por maternidad no solo al «personal femenino» sino también a la «persona gestante»; b) La posibilidad u opción de reducir la licencia no solo a 30 días antes, sino hasta 10 días de la fecha probable de parto, de los 90 días totales que siguen vigentes.

Los cambios implementados por la Ley mencionada dejan pendientes otras modificaciones por las que hace tiempo se debaten y reclaman en distintos foros o congresos, como la ampliación en la cantidad de días de la licencia por maternidad. Pero también, la ampliación o equiparación de los días de licencia por paternidad.

a) El otorgamiento de la licencia por maternidad a la «persona gestante»

La escritora Camila Sosa Villada en una entrevista realizada por el periodista Julio Leiva expresaba sobre el lenguaje inclusivo ²: ¿qué opina como escritora, y a su vez desde su lucha personal? «Que. Yo luego voy a ser carne de cañón en las redes. Pienso que es muchísimo trabajo y que no provoca lo que debería provocar. ¿Sabes? La gente se pone

1 A bogado Laboralista. UNCuyo. Magister en Derecho Procesal UNR. Especialista en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social-UNL.

2 Entrevista de Julio Leiva a Camila Sosa Villada. <https://www.flo.news/actualidad/Camila-Sosa-Villada-La-masculinidad-se-cimenta-sobre-un-corazon-roto-y-yo-me-negue-a-hacerlo-20211020-0066.html>

muy violenta con él y anula completamente. Es decir, yo puedo pararme y decir algo muy inteligente y decir 'todes', entonces dicen todos bueno, listo, cancelada. No la escucho más. ¿Entendés? Después me parece que es un rollo de la clase media que cuando hablas con. Yo, que hablo con un par de trabas más viejas y que se yo, 'Peeero, a mí decime todas o todos'. Incluso me resulta súper ofensivo cuando me tratan en lenguaje inclusivo porque además yo sí soy binaria. Yo sí quise hacer ese pasaje del cuerpo de un varón a la imagen de una mujer. Entonces, bueno, de todas maneras, sí me resultó interesante como práctica lingüística, es decir, tenía que pensar, ¿no? Antes de hablar tenía que decir bueno, a ver cómo es 'todes', para qué se aplica, para las personas. No se puede decirle a un objeto 'esta mesa es negra', ¿entendés? Bueno, todas esas cosas me sirvieron, incluso mi papá se lo preguntaba en algunos momentos. Es decir, a ver, cuando se usa todes, cuando se usa todos, cuando es todas. Ahora yo digo todas. Ahora yo hablo solo en femenino cuando hablo en plural».

El nuevo art. 177 queda redactado de la siguiente manera: «Prohibición de trabajar. Conservación del Empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino o persona gestante durante los cuarenta y cinco (45) días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco (45) días después del mismo». La modificación implementada, amplía la posibilidad de licencia en favor de otras identidades de género, que no se corresponden solo con la división biológica: mujer/hombre, dando lugar a que el goce de esos días sea en favor no necesariamente de la mujer o el personal femenino (como lo hacía con anterioridad).

Si bien la capacidad reproductiva o de gestar está determinado desde lo biológico, este cambio también conlleva a la protección de otras diversidades (personas trans no binarias,). La reforma produce una ampliación de los sujetos de tutela en la licencia por maternidad de la LCT, al utilizar las palabras persona gestante. Ello tiene como consecuencia no reducir los beneficios del cuidado de la persona recién nacida a lo que la Ley laboral sostenía como personal femenino³. Esta ampliación en la protección se puede leer en todo el art. 177, así en el segundo párrafo decía: «la interesada» se sustituye por «la persona interesada». En el tercer párrafo al decir la anterior redacción: «La trabajadora deberá comunicar», se agrega: «La trabajadora o persona gestante deberá comunicar».

La utilización de este lenguaje inclusivo en la modificación implementada por la Ley 27.742 podría extenderse a lo largo de toda la Legislación laboral, a los fines producir en la realidad, un reconocimiento de derechos que no solo giren en torno a «el trabajador», «los trabajadores», «el empleador», «personal femenino», «la mujer», «las mujeres»⁴. En ese sentido esta modificación ha generado cierta igualación a la hora de reconocer otras identidades gestantes, que merecen el mismo trato ante tal tipo de licencia. De lege ferenda el Capítulo 2 debería sustituirse por «De la protección a las personas gestantes».

3 No comparto la críticas a la reforma que entienden que la misma «viene de la mano de la restauración del modelo familiarista y el binarismo sexual —varón/mujer—» Revista de Derecho Laboral —Actualidad-Reforma a la Ley Bases.— La Ley Bases desde un enfoque de Género. Lozano María Paula. 2024 pg. 85

4 Los convenios de protección a la maternidad de la OIT (3, 103 y 183) disponen: «A los efectos del presente Convenio, el término mujer comprende a toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no».

No es menor, cambiar ciertas palabras que utiliza una ley que tiene 50 años, y que fue gestada en una realidad distinta a la actual. Como se menciona en el «Léxico crítico del Futuro. Lenguaje inclusivo/lenguaje incisivo»⁵: «En tanto el lenguaje construye la realidad y, con ello, moldea relaciones e identidades/identificaciones de género, reflexionar sobre su uso y actuar en consecuencia es una tarea imprescindible no solo en nuestra sociedad en general, sino también en nuestro trabajo cotidiano».

b) La posibilidad u opción de reducir la licencia hasta 10 días antes de la fecha probable de parto, de los 90 días totales que siguen vigentes.

La cantidad de días de licencia por maternidad es un tema que hace tiempo se discute, con motivo de su ampliación. Algunos antecedentes en nuestra legislación arrancan con la Ley Nro. 11.317 «Protección de mujeres y niños» del año 1924, que disponía que se prohibía la ocupación de mujeres 6 semanas posteriores al parto. La Ley que le siguió (11.933) de 1934 estableció la prohibición de trabajar 30 días antes del parto y 45 días posteriores. Posteriormente en el art. 193 de la originaria LCT, establecería 90 días con la opción de los 30 días antes de la fecha probable de parto, redacción que, con posteriores reformas (21.824) y cambio de numeración, se mantuvo hasta la reforma actual.

Los convenios de la OIT 3 (1921); 103 (1952) y 183 (2000) expresan: 6 semanas después del parto⁶; 12 semanas después del parto⁷, licencia por 14 semanas⁸.

Como se sabe esta licencia suspende las prestaciones por dicho término, y genera una prohibición para el empleador (art. 40).

5 SALERNO, Paula y SARTORI, María Florencia, «LEXICO CRITICO DEL FUTURO», UNSAM. 2024. https://unsamedita.unsam.edu.ar/lexicocritico/?fbclid=PAZXh0bgNhZW0CMTEAAabvIC-to-GnjVpani6NcD7IWA5OWDXrPck-d41xS87MS5Vp2DGGWYglHDA_aem_d5oe8ccKiix71_YL-FBIscA#calibre_link-312

6 La Recomendación 95 de 1952 dispuso: «Cuando sea necesario para la salud de la mujer, y siempre que sea posible, el descanso de maternidad previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería ser prolongado hasta completar un período de catorce semanas. El convenio 3 dispone también: «tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas».

7 Convenio 103: La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas.

8 Convenio 183: Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

La reforma reduce los 30 días a 10 días previos a la fecha probable de parto, lo cual es una práctica habitual, que beneficia a una parte de las personas que trabajan con empleadores ante los que dicho plazo se puede acordar. Sin embargo, en ámbitos hostiles este acortamiento del plazo dispuesto por la Ley Bases, puede generar la obligación de mantenerse trabajando hasta 10 días antes de esa fecha, aun cuando no se encontrará en condiciones óptimas para hacerlo. En este último caso los 30 días resultaban un plazo de mayor protección y garantía, ya que la prohibición de trabajar es más extensa que los 10 que se establecen en la reforma.

Se perdió en este caso, la posibilidad de ampliar la licencia por maternidad o por paternidad y ponerse de esa manera en sintonía con otros países ⁹ que entienden el valor del cuidado en los primeros meses del nacimiento de una persona. Por ejemplo, Uruguay desde el 2016, padre o madre, tienen el derecho a trabajar por media jornada hasta que él bebe cumpla los 6 meses.

Conclusión: En líneas generales la licencia por maternidad del art. 177 mantiene la redacción que la LCT dispuso desde su sanción. Solo dos modificaciones alteraron esa redacción, como hiciera referencia. Es acertada la extensión de la protección por licencia maternal a las personas gestantes, sin embargo, la reducción del plazo de 10 días previos a la fecha probable de parto, puede, como lo sostuve, convertirse en un arma de doble filo.

⁹ <https://www.ilo.org/es/resource/news/mas-de-120-paises-conceden-licencias-de-maternidad-pagadas-las-trabajadoras>

Contrato de Trabajo - Despido Indirecto - Solidaridad Laboral - Multa Laboral - Indemnización - Certificado de Aportes y Servicios – Sac Primacía de la Realidad

20-febrero-2025



La Reforma al art. 29 de la LCT

POR CARLOS A. TOSELLI ¹

[MJ-DOC-18142-AR](#) | [MJD18142](#)

Sumario: I. Introducción. II. Del nuevo art. 29 de la LCT y su mala técnica legislativa. III. Los supuestos abarcados. IV. De la muerte del Plenario Vázquez. V. De la solidaridad acotada. VI. La válvula de escape de la primacía de la realidad y el mecanismo de la conversión. VII. Conclusiones.

I. Introducción:

En los coletazos de la sanción de la ley 27.742 y su entrada en vigencia a partir del día 9 de Julio de 2024, sobresalieron fundamentalmente todos los aspectos vinculados con la eliminación de las sanciones por incumplimientos registrales y el debate que se planteara respecto de la naturaleza jurídica de las mismas, es decir si eran multas por infracciones laborales o agravamientos indemnizatorios tasados por los daños padecidos por el dependiente que estaba invisibilizado en la sociedad y en los distintos organismos de la Seguridad Social.

No es objeto de este trabajo profundizar tal debate, que ha motivado fallos tan diversos como los que han aplicado la tesis del consumo jurídico y aquellos otros que por el contrario han hecho argumentaciones respecto de la aplicación de la norma más benigna respecto del “infractor” y equiparando su situación con el Derecho Penal han desestimado la aplicación de las mismas en el momento del dictado de sentencias a pesar que habían transitado años hasta llegar al momento de su pronunciamiento o incluso por vía de apelación de sentencias de primera instancia, dejando sin efecto las condenas a las demandadas en los supuestos habilitados normativamente.

¹ Abogado. Doctor en Derecho. Ex Magistrado de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba desde 1.991 a 2016. Profesor Titular de la Asignatura Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultades de Ciencias Económicas y de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Postgrado en Universidades Estatales y privadas. Director de la Revista Temas de Derecho Laboral de la Editorial Erreius.

Como desarrollaremos a continuación, en la espiral liberatoria de responsabilidades laborales se modifica el art. 29 de la LCT, tratando de permitir el disfraz del empleador aparente para desvirtuar las sanciones legales puestas en cabeza del verdadero beneficiario del trabajo prestado por el dependiente.

II. Del nuevo artículo 29 de la LCT y su mala técnica legislativa:

Establece el nuevo texto incorporado dentro de la LCT lo siguiente:

- Artículo 29: Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.

Evidentemente de su texto se desprende un problema de técnica legislativa importante, de quien haya sido el redactor de la norma, ya que hace referencia a una subsidiaridad inexistente en el texto legal (que sólo existió relativamente en el art. 9 último párrafo del régimen de trabajo agrario de la ley 22.248, actualmente sustituido por la ley 26.727) que obligaría a reclamar primeramente a quien hubiera registrado el vínculo laboral y sólo en supuesto de insolvencia podría incoar una nueva acción contra el responsable principal o indirecto según el caso. De igual manera la mención a empresas usuarias hace referencia al art. 29 bis relacionado con las Empresas de Servicios Eventuales (E.S.E.) cuyo articulado se mantiene igual, razón por lo que no se entiende esa remisión, salvo que se habilite el trabajo eventual prestado por otro tipo de empresas que no sean las expresamente habilitadas a tal fin y cuyo única razón de habilitación sería la limitación de la responsabilidad solidaria pactada originariamente en el texto suprimido.

Este artículo en la LCT originaria tenía por objeto la eliminación o la veda de actuación de las agencias de colocación de personal aspecto que fuera restablecido en la vida jurídica nacional por la ley 24.013 que permitió la actuación directa de las empresas en la modalidad de contrato eventual, luego reglamentado por el decreto 1694/06 o bien en supuestos que englobaban en la categorización de eventualidad, habilitó la intermediación de las E.S.E. para que la contratación se realizara a través de las mismas pero siempre garantizando al trabajador así contratado (con todas las críticas y limitaciones que surgen de tal modalidad de contratación) la certeza del cumplimiento a su favor de las obligaciones laborales y de la seguridad social con la amenaza de la solidaridad de ambas empresas, es decir la ESE y la usuaria. Incluso en el actual régimen de trabajo agrario (art. 15 ley 26.727) tal intermediación está expresamente prohibida ²

2 Art. 15 ley 26.727. Se prohíbe la actuación de empresas de servicios temporarios, agencias de colocación o cualquier otra empresa que provea trabajadores para la realización de las tareas y actividades incluidas en la presente ley y de aquellas que de cualquier otro modo brinden servicios propios de las agencias de colocación.

III. Los supuestos abarcados.

Claramente su norma enfoca todo su tratamiento en la intermediación en el vínculo contractual, pero no comprende otras hipótesis de contratación como son aquellas variantes de cesión o subcontratación abarcadas por el art. 30 de la LCT o hipótesis de transferencia de establecimiento regulado por los arts. 225 y 228 de la LCT. Dicha intermediación expresada con propiedad, en realidad se relación con la interposición de la figura del empleador contemplado en el art. 14 de la LCT como se mencionará y analizará infra.

Así la nueva norma despeja la sanción y la atribuye exclusivamente al testaferro u hombre de paja, que conformaba sólo al empleador figurativo a los fines registrales (e incluso en muchas ocasiones de abono de la remuneración del trabajador) sin indagar si tal auto empleador nominado o percibido, reunía realmente los caracteres del art. 5 de la LCT o si ingresaba en el supuesto de fraude castigado por el art. 14 de la LCT.-

En la nueva redacción ello resulta absolutamente innecesario ya que a los fines registrales y contractuales quien haya formalizado el vínculo será quien debe responder por las consecuencias a la hora de la extinción del vínculo. Lógicamente que si los abogados que representen a los trabajadores en los futuros pleitos que, a no dudar, inundarán los Tribunales en estas hipótesis vinculadas fundamentalmente con la insolvencia, plantean la inconstitucionalidad de tal normativa regresiva, será la hora de los jueces a fin de mantener la vigencia del principio protectorio y no dejar a los trabajadores en supuestos de carencia de conseguir sus salarios adeudados y las correspondientes indemnizaciones legales, máxime cuando, como en la actualidad las sentencias judiciales tienen una demora considerable medida en términos de años para llegar al dictado de las mismas o por vía de apelaciones puede ocurrir que pase más de una década antes que el beneficiario puede acceder a la monetización de las cuantías que le correspondieren.

Adviértase que en el DNU 70/2023 especial antecedente del proyecto sancionado se remarcaba en su exposición de motivos: “Que el trabajo productivo, inclusivo y digno, centrado en un contexto social adecuado, es la principal herramienta de crecimiento para una comunidad que busca la distribución equitativa de los bienes producidos, dado que sin producción no hay distribución posible. Que los emprendimientos, esencialmente privados, resultan el mejor recurso para la contención social, a través del empleo y la generación de bienes y servicios necesarios para la vida de toda la sociedad, y para ello se requieren cambios que permitan una expansión de la demanda de trabajo en el país”.

Como ya he señalado en otros análisis puntuales, estas son las únicas expresiones que justificaron la batería normativa, que, prima facie, aparecen como claramente contrarias al sentido protectorio del Derecho Laboral como derecho social integrado al Bloque de Constitucionalidad Federal.

IV. De la muerte del Plenario Vázquez:

El primer aspecto del artículo reformado habilita la reaparición plena de una figura que al amparo de la LCT había caído en desuso, que es el testaferro u hombre de paja, como se lo llamaba antaño, que generalmente era aquella persona insolvente que aparecía figurando nominalmente como dador de trabajo pero que en los hechos actuaba sim-

plemente por interposición de personas para “tapar” o esconder la figura del verdadero empleador, que era quien utilizaba la prestación laboral y que conforme el primer párrafo del artículo derogado pasaba a ser considerado empleador directo.

El nuevo párrafo engloba tanto a trabajadores en los que interviene una persona física o jurídica, que puede o no tener actividad productiva propia, como aquellos otros contratados a través de Empresas de Servicios Eventuales y cuya responsabilidad solidaria con la empresa usuaria subsiste además por el texto del art. 29 bis que ha quedado incólume.

Es indudable que la primera parte de la nueva norma es una invitación al fraude, que puede permitir a empleadores tener diferentes empresas con prestanombres de escasa o nula respuesta económica a la hora del conflicto y como no interviene una empresa de servicios eventuales en la contratación, parecerían carecer de todo tipo de responsabilidad solidaria si aquel empleador aparente no puede afrontar el pago de sus créditos. Máxime cuando, como surge de otras partes de la ley 27.742, se han eliminado todas las sanciones que castigaban la clandestinidad laboral.

La excepción estaría dada si la jurisprudencia interpreta que la provisión de trabajadores a otra empresa, no requiere necesariamente de la participación de las empresas de servicios eventuales, sino que esta nueva disposición lo habilita en todos los casos y entendiendo allí que el empleador aparente y el verdadero recuperarían su responsabilidad solidaria del texto originario, salvo el acotamiento dispuesto por el último párrafo del nuevo artículo y siempre que ello sea efectivamente así.

En ese sentido en un precedente judicial con la anterior redacción se señaló: “El Juzgador en primer lugar estimó que la injuria del dependiente —negativa del vínculo ante su pedido de registración a la aceitera—, resultaba causa suficiente para despedirse. Luego, al tratar las sanciones de la ley de empleo, tuvo especialmente en cuenta la posición que hoy invoca el casacionista, pero concluyó que la respuesta legal más acertada no era sólo perseguir la evasión, sino también el fraude laboral que verificó en el sub examen: la empresa decidió interponer a un tercero como empleador formal ocultando la verdadera relación que tuvo con el trabajador (ver fs.370 vta./371). Frente a ello, la postura recursiva sólo constituye una interpretación parcial y subjetiva de los preceptos de que se trata, pero en modo alguno evidencia el apartamiento legal denunciado.”³

Con relación al Fallo Plenario de la CNAT en los autos: “Vázquez María Laura c/Telefónica de Argentina” (Plenario 323 de fecha 30 de junio de 2.010) donde por mayoría se sostuvo que el cambio de la figura del empleador real por un empleador aparente modifica uno de los elementos centrales del contrato de trabajo y que la respuesta del art. 29 de la LCT “por imperio legal” determina que el dependiente es empleado de quien utilizó efectivamente sus servicios y por lo tanto si ese empleador no lo registró, y consecuentemente corresponde la sanción prescripta por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, por más que el contrato de trabajo haya sido inscripto por el intermediario a quien la ley designa como deudor solidario, el mismo ha tenido muerte súbita, ya que por un lado el trabajador será dependiente de quien formalmente lo contrató, aunque haya cedido

³ TSJ Córdoba – Auto Interlocutorio 43 de fecha 22 de marzo de 2.016, Autos: TORANZO RODOLFO C/ ACEITERA GENERAL DEHEZA S.A. Y OTROS ORDINARIO- DESPIDO” RECURSO DE CASACION 112859/37

su prestación laboral y por otra lado se eliminaron las multas tanto de la ley de empleo como las del art. 80, las que justificaban en casos como el analizado la respuesta solidaria establecida por la norma.

V. De la Solidaridad Acotada:

El último párrafo del artículo reformado avanza sobre la solidaridad, que como tal es considerada un mecanismo de protección traído del derecho civil de las obligaciones, para garantizarle a los trabajadores la posibilidad de percibir sus créditos reconocidos a uno o más potenciales deudores.

Ese tema ha sido muy común y cotidiano, como respuesta judicial en muchos casos donde se ha actuado en fraude a la ley laboral y en tales variantes la jurisprudencia ha marcado que debía considerarse la totalidad del tiempo de servicio, desde el comienzo mismo de la vinculación.

La reforma por el contrario lo que trata es de acotar el período de cobertura solidaria, permitiendo al contratante que no utilizara la mano de obra en su propio emprendimiento si no que, por el contrario se la proveyese a terceros empleadores, a hacerlo de manera continua y sin más puritos que la limitación de responsabilidad de las distintas empresas que intervengan en la maniobra fraudulenta, aunque ellas sean parte de un conjunto económico en los términos del art. 31 de la LCT.

Al permitirse el funcionamiento de estas nuevas empresas de intermediación en la provisión de mano de obra, se quita la cobertura protectoria que estipula el art. 29 bis en cuanto a que dichos trabajadores ya no se registrarán por el convenio colectivo de la empresa usuaria, ni tendrán cobertura de la obra social que comprenda al personal propio de la empresa beneficiaria y menos aún tendrán la protección gremial del sindicato que actúa en dicha actividad. Por el contrario dependerán en todos los casos de cuál es la actividad principal de la empresa colocadora de mano de obra a la hora de definir su marco salarial, convencional y de cobertura de obra social.

Si bien, en general he sido muy crítico de estos saltimbanquis convencionales actuando en las ESE, que ora eran empleados de SMATA, o de la UOM, o de Bancarios y de pronto pasaban a estar regulados por el Sindicato de la Alimentación, o de ATSA, etc. En esta nueva redacción estos trabajadores no podrán argumentar ni cuestionar, que quien formalmente registrara su vínculo, no es su verdadero empleador, siendo mucho más peligroso el tema del encuadre convencional de quien lo registra, que podría generar que dentro de la misma empresa usuaria nos encontremos con trabajadores con distintos salarios realizando la misma tarea, en flagrante violación del art. 14 bis de nuestra Carta Magna.

Es que en los hechos en tales hipótesis se produciría la “desempleadorización”⁴ de la figura del empleador verdadero sustituido de esa manera por una ficción jurídica con el único y sólo argumento de ser quien procedió a registrar al trabajador en los términos del art. 7 bis de la ley 24013, texto según reforma de la ley 27.742.

4 Al decir de ACKERMAN, Mario: “La otra ilusión del terraplanismo jurídico: La sustitución del artículo 29 de la LCT por la Ley 27742 y la desempleadorización” RC D 498/2024.

Sobre el particular el suscripto ha sostenido: “Adviértase que en autos los trabajadores son contratados formalmente por Servitodo S.R.L., pero para comenzar a trabajar deben presentarse directamente en la planta de Volkswagen, donde se formaliza la contratación, son instruidos por personal jerárquico y de supervisión de dicha firma y cumplen tareas inherentes a la labor de producción que se desarrolla en el establecimiento de la accionada Volkswagen, que es la beneficiaria directa de su prestación laboral.- El encuadre legal es claro y no admite mayores cuestionamientos y ese fue el espíritu con que se instrumentó la norma: evitar la intermediación, de empresas o personas que funcionan con el único objeto de proveer de mano de obra a terceros, con la única excepción habilitada por la norma de las empresas de servicios eventuales, contempladas en la segunda parte del artículo de referencia, pero que justamente implican que deben abonarle a esos trabajadores los mismos sueldos que a sus propios dependientes, lo que como ya señalé no acontecía en el caso.- No se trata de trabajadores que venían prestando tareas en otros lados y que de allí son derivados a Volkswagen Argentina S.A., no, directamente sus ingresos son en la planta de Volkswagen y cumpliendo exclusivamente labores (ya sea de logística o de limpieza industrial, según el caso) en la planta de la codemandada.- Conforme las notas de pedido (que es el instrumento formal que vinculaba a ambas empresas) Volkswagen contrata a Servitodo S.R.L. para la provisión de materiales de limpieza, herramientas, equipos y mano de obra, para realizar la totalidad de los trabajos de limpieza de las oficinas administrativas, baños, vestuarios, laboratorios, calles interiores y exteriores de la planta, oficinas sobreelevadas, estacionamiento de autos, motos y bicicletas, fuente de aguas, depósito de alto riesgo, retiro de basuras y viruta, lavado de vehículos de flota y autoelevadores (Nota de pedido 098400, fs. 537) y también para el servicio de abastecimiento a líneas de producción de plantas “A&T” y “MQ”, operaciones de depósitos, aperturas de cajones y controles de stock (Nota de pedido 83229, fs. 540).- En atención a ello, reitero que el encuadramiento legal más ajustado es el del art. 29 de la L.C.T. y así lo dispongo y como consecuencia legal de tal encuadramiento sin más corresponde la solidaridad plena de todas las obligaciones laborales y de la seguridad social incumplidas.- De igual modo, en la hipótesis más favorable a la demandada que se pudiese admitir que trabajadores contratados directamente para prestar servicios en su planta automotriz pudieran pertenecer jurídicamente a las empresas que los contratan a tales fines, en tal caso, también debo señalar que claramente la labor cumplida encuadra en la actividad normal y específica propia del establecimiento, ya que no puede sostenerse válidamente que pueda racionalmente pensarse en la producción de piezas sin que la parte de logística le provea los materiales necesarios o faltantes para ello.- De igual modo la limpieza industrial que realizaba el Sr. Loza también entiendo que es inherente a la labor ya que no sólo es requerido por las normas de calidad de los productos que son certificados sino porque si nadie saca el material de descarte, la producción se torna imposible, por cuanto como señalara el perito técnico de control de los accionantes, si se acumula basura en las calles interiores se torna imposible el paso de los autoelevadores que van proveyendo y retirando materiales.- El desmembramiento de la actividad productiva, en la concepción de los ideólogos de la década pasada, lleva al extremo de plantear que una planta industrial esté compuesta únicamente por personal jerárquico propio y que quienes desarrollen todas las tareas inherentes a la producción sean de empresas tercerizadas, subcontratistas cuya única razón de existencia es el contrato con la principal y que una vez cesado dicho contrato dejan a sus trabajadores en la calle, sin salarios, sin indemnizaciones legales y en muchos casos sin haber ingresado los aportes y contribuciones a los distintos sistemas de la seguridad social.- La empresa

no es ni puede ser únicamente un caparazón de personal de supervisión y jerárquico, la empresa constituye justamente el conjunto instrumental de medios técnicos y humanos que dan forma a la actividad productiva y en ese accionar empresarial deben estar contempladas las tareas que cumplan los accionantes en esta causa ⁵

VI. La válvula de escape de la primacía de la realidad y el mecanismo de la conversión:

La alternativa para dar una respuesta con basamento en el principio protectorio está estructurada sobre la base del principio de la primacía de la realidad, el que sobre el particular destaca que hay que estarse a lo que sucede en los hechos, más allá de lo que pudiera surgir por vía de la instrumentación documental y ese ha sido siempre el argumento que ha permitido la descalificación de la figura del Monotributo, a quien cumplía con todas las características del contrato laboral formal, pero cuyo vínculo era desconocido por las empleadoras y que ha tenido un peligroso desarrollo en el área del arte de curar a partir de los pronunciamientos de la Corte Suprema en los autos “Cairone” y “Rica”

En razón de ello que se presagia corta vida a esos disfraces que se pretenden instrumentar bajo apariencias de modernidad. En un interesante pronunciamiento reciente la Sala VII de Córdoba, con voto del Dr. José Luis Rugani expresó en su crítica al nuevo art. 23: “para el caso, implica un claro retroceso del Principio Protectorio pues con el simple aditamento de “profesional” los malos empleadores podrán evadir la ley laboral contratando a “maestros mayores de obras” en vez de albañiles, “técnicos en marketing” en vez de vendedores de comercio CCT 130/75, “técnicos en salud humana” en vez de enfermeros, etc” ⁶.

La reforma operada con su déficit ya señalado de mala técnica legislativa ha dejado vivo, el artículo más relevante antifraude de la LCT, que consagra el mecanismo de la conversión prevista por el art. 14 de dicho cuerpo normativo, permitiendo la vigencia del acto instrumentado en fraude a la ley laboral, pero bajo su amparo, en una especie de castigo bíblico. La ley dispone que la vinculación supuestamente civil o comercial se rige por el contrato laboral que se quiso evitar.

Dicho artículo 14 de la LCT también contempla y cuestiona con la misma regla al supuesto de interposición de personas que no es otra respuesta a lo que acontecerá en estos casos donde el verdadero empleador aparece agazapado recibiendo la fuerza laboral de los trabajadores y conforme las máximas marxistas apropiándose de su trabajo y generando aquella plusvalía que será su ganancia sin riesgos (aparentes) de tener que contribuir solidariamente a quien por causas generalmente vinculadas con la empresa principal (usuaria conforme la nueva jerga que se pretende incrementar) quede desprotegido con la insolvencia real o simplemente documental que aparezca en los juzgados

⁵ Sentencia 78 de fecha 13 de Diciembre de 2005, Sala X, Autos: “LOZA GERARDO MARTIN Y OTROS C/ SERVI TODO S.R.L. Y OTROS - ORDINARIO DESPIDO” EXPTE. 14833/37 - Voto Unipersonal Dr. Carlos A. Toselli

⁶ Sala VII, C del Trabajo de Córdoba, Sentencia 337 de fecha: 7/8/2024, Autos: LEDESMA TORRES, ALAN RODRIGO C/ EMPRESA PROVINCIAL DE ENERGIA DE CORDOBA - ORDINARIO - DESPIDO

comerciales del país, o inclusive en casos de mayor gravedad, simplemente desapareciendo del espectro societario del país para dejar a los acreedores con aquellas hermosas sentencias cuadros, muy lindas para decorar paredes, pero absolutamente insuficientes a la hora de tratar de realizar sus créditos laborales

VII. Conclusiones:

Lamentablemente nuestros legisladores han dejado pasar una hermosa gesta, digna de ser recordada, como eran los cincuenta años de vigencia de la LCT, sancionando una norma que debió haber tomado en consideración aquellos aspectos que el paso del tiempo determinara que era necesaria su adecuación a la nueva época, vinculados a las relaciones de familia y en su vinculación con la seguridad social, a los avances tecnológicos adecuados a garantías protectorias en lo que hace a la percepción de remuneraciones o formas de comunicación más modernas, dotándolas de la operatividad suficiente, que a más de evitar litigiosidad, tendiera a dar seguridad jurídica a las partes que las utilizaran.

Nada de ello ha sucedido, la creación de empleo digno será nuevamente una utopía. El imperio del costo económico conformará la nueva figura de la realidad y la teoría económica del derecho volverá a primar por sobre la visión axiológica inaugurada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de los autos: "Vizzoti", quitando la posibilidad de que nuestro país ingrese de lleno al concierto de naciones civilizadas, respetuosas de la dignidad humana y de los derechos de los trabajadores.

La mezquindad e ignorancia jurídica de quienes han redactado la norma en análisis y la tozudez en generar su implementación demuestra que estamos muy lejos de aquellas épocas en que el Bloque de Constitucionalidad Federal incorporado por el art. 75 inc. 22 parecía un hito infranqueable.

A un escriba como quien redacta estos párrafos le gustaría equivocarse y que como producto de la modernización y bajo el paraguas de la libertad de los argentinos tuviéramos más y mejores derechos e imperio de la protección en las relaciones laborales. Sin embargo los que se avizoran son momentos de tristeza infinita para quienes sean arrojados fuera del camino de este nuevo tren de la historia que se pretende sostener que ha llegado en esta hora a nuestro país.



¿Qué pretende usted de mí? Las propuestas de la ley 27.742 a la negociación colectiva

POR GUIDO A. SEREN NOVOA ¹

MJ-DOC-18143-AR | MJD18143

Sumario: I. Introito. II. Las convocatorias concretas. III. La negociación colectiva argentina. IV. El aprovechamiento de la estructura instalada y su porqué. V. Desprestigio y limitación. VI. Conclusiones.

I. Introito

La autodenominada «Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos», impactó en la configuración del ordenamiento tutelar laboral. No podía ser de otra manera, con la vocación de generalidad y nivel de aspiraciones que plantea desde su propio nombre.

Empero, una primera anotación, importante, consiste en señalar que no se verifica una modificación sustancial del sistema de relaciones laborales. Más allá de que se adscriba a la visión peyorativa o modernizadora de la norma, lo cierto es que las principales proyecciones legislativas consagradas en función del principio protectorio no se han visto conmovidas (v.gr. irrenunciabilidad, continuidad, representación colectiva unificada, etc.).

Aun así, puede advertirse un ¿tímido? intento de convocatoria a la negociación colectiva para plasmar la operatividad de algunas de esas reformas.

En este breve análisis, se intentará indagar sobre esa convocatoria. En otras palabras, qué pretende la ley de la actuación sindical en el plano negocial. Cómo y porqué.

¹ Magister en Derecho del Trabajo; Docente de Teoría General de Derecho del Trabajo (UBA) y de posgrado (UCA, UDESA); autor del libro Interés colectivo y sindicato (BdeF, 2023); Funcionario de la Justicia Nacional del Trabajo.

No se tratará en el presente la naturaleza o siquiera específicas modificaciones de los supuestos contemplados ² (fondo de cese y período de prueba). Antes bien, la propuesta es indagar en el mecanismo montado para plasmar sus alcances en los contratos individuales.

Por última aclaración, notará el lector que el precario análisis propuesto omite varias disposiciones del Decreto de Necesidad y Urgencia 70/23. Ello se debe a estrictas cuestiones de vigencia. El abordaje carece de sentido a poco que se recuerde que el decreto ha sido declarado inconstitucional, en lo pertinente, en el marco de las actuaciones N° 56862/2023 «CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO DE LA REPUBLICA ARGENTINA c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL s/ACCION DE AMPARO» (CNAT, Sala de FERIA, 30 de enero de 2024). Allende encontrarse pendiente de resolución el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las múltiples disposiciones del intento ejecutivo, exceden el objeto de estudio de la presente, pues tampoco es el instrumento idóneo para revisar el rico reparto de territorio normativos que demanda la coexistencia vinculada de normas en el derecho del trabajo ³.

II. Las convocatorias concretas

En concreto, son las siguientes normas las que reclaman participación negocial:

- 1) «Art. 92 bis. - Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba: a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores; y b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores».
- 2) «Artículo 96.- Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral conforme los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo nacional. Los empleadores podrán optar por contratar un sistema privado 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 ley 20.744. En todos los casos, las empresas podrán auto-asegurarse en el sistema que se defina».

2 Aquellos han sido tratados por el autor del presente en la obra, Reforma Laboral, Mugnolo Juan Pablo (Dir.), La Ley, 2024.

3 Goldin, A., Cuadernos de Investigaciones 22, Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Ambrosio L. Gioja» Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A. 1991, disponible en http://www.derecho.uba.ar/investigacion/cuadernos_de_investigaciones_22_goldin.pdf

Como se podrá advertir, la convocatoria se centra en la salida del contrato de trabajo, más específicamente en los considerados «costes» de salida.

Determinadas las principales convocatorias, hablemos sobre la negociación colectiva.

III. La negociación colectiva Argentina

A mediados de la década de los 70, Clegg postulaba que podía teorizarse la conducta de los sindicatos en función del modelo (estructura) de negociación colectiva en cada país, cuando las relaciones laborales de los estados-nación se fundaban en dicho aspecto de la libertad sindical ⁴. Ahora bien, el análisis propuesto debe partir del necesario reconocimiento de una particularidad de nuestro sistema: en la Argentina, a partir del decreto 23.852/45, el modelo de relaciones laborales se ha caracterizado por la centralidad del sujeto interlocutor obrero que ha sido el centro de imputación subjetivo de las principales normas de la materia y sobre el que se ha erigido la titularidad de los derechos colectivos.

El sistema de relaciones colectivas argentino, desde su regulación de fuente estatal ha sido, invariablemente y a pesar de la oscilación entre unicidad y pluralidad ⁵, un sistema subjetivo. En otras palabras, el Estado ha pensado las relaciones colectivas del trabajo a partir de la configuración asociativa obrera. De allí que pueda sostenerse que la conformación del sujeto sindical ha sido, a pesar de los distintos planes de gobierno, una política pública ⁶.

Esa pronta intervención estatal en la configuración del sujeto imprimió en la estructura una característica centralizada constante. En otra verba, la forma del interlocutor obrero legitimado, consolidó un modelo negocial que replica en las normas autónomas (CCT) el alcance de la representación del interés colectivo reconocido al sujeto negocial (actividad).

4 Clegg, Hugh, El sindicalismo en un sistema de negociación colectiva. Una teoría basada en la comparación de seis países. Centro de Publicaciones del ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección economía del trabajo, Madrid, 1985.

5 Oscilación que puede verificarse entre las normas que intentaron deconstruir el modelo histórico fundado en 1945 y aquellas que lo reimplantaron.

6 Habría una diferencia específica entre las políticas públicas y las políticas gubernamentales. Lo público es concebido como una esfera compartida por el estado y la sociedad que reivindica el pluralismo social y político en la elaboración, implementación y evaluación de las políticas. Mientras las políticas gubernamentales serían, en esta concepción, producto de decisiones «desde arriba», las políticas públicas responderían a demandas e inquietudes «desde abajo», es decir desde la sociedad. Así concebidas, las políticas dejan de ser un asunto exclusivo de funcionarios y políticos; su diseño, ejecución y evaluación devienen instancias en las que los actores sociales toman intervención activa y agregan, a su involucramiento político convencional (participación en elecciones y otras dimensiones de los regímenes democrático-representativos) variadas modalidades de participación.» (Política y políticas públicas en América Latina, Publicado en Cristina Fioramonti y Paula Anaya, comps., El Estado y las políticas públicas en América Latina. La Plata: AECID/COPPPAL/Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, 2011, págs. 37-74.)

La intervención estatal que podría surgir a partir de la deconstrucción jurisprudencial, no altera lo expuesto: a) por un lado porque se convalidó el monopolio negocial en el marco de la preferencia legal del sindicato por actividad ⁷; b) por otro, porque si la unidad descentralizada se integra con representantes de base, quienes pueden estar afiliados a un sindicato simplemente inscripto ⁸, parece poco probable que el sindicato que detenta un monopolio negocial (aquel con personería gremial) reparta su poder en una unidad de negociación donde además puede llegar a tener una posición más desventajosa.

Ahora bien, durante el proceso electoral de 2023, la estructura de la negociación colectiva fue puesta en cuestión. Empero, no se advierte en el DNU 70/23, ni en la «ley bases» que la modernización haya sido considerada necesaria en relación a la estructura centralizada.

IV. El aprovechamiento de la estructura instalada y su por qué

Si bien se incluyeron en las reformas normas que impactan en el financiamiento de los sindicatos ⁹, ninguna de ellas avanzó sobre la fisonomía del sujeto sindical y los múltiples beneficios que condicionan la conformación de los sindicatos de actividad de alcance nacional (v.gr. arts. 8 inc. c, 29, 30, 31, etc.).

En otras palabras, las normas no atacaron el hard law que condiciona la estructura negocial. Es lógico. Intentaron aprovecharlo. Parece, entonces, que tras mucho debate e insistencia en el desprestigio del sindicato tradicional y de la negociación estructurada a nivel de actividad, las reformas, lejos de buscar la diversificación de los niveles de negociación, se acomodaron a la estructura instalada.

En otras palabras, el abaratamiento de los costes de salida consolidado en la posible ampliación del período de prueba y en la constitución de un fondo de cese, serán tales en la medida en que el sindicato los acompañe incorporándolos al contenido negocial.

Ese aprovechamiento podría encontrar distintas explicaciones:

- a) Una mayor legitimación a las reformas: en la medida en que los actores sociales convaliden las modificaciones a través de la norma autónoma, la imposición heterónoma se difumina como tal, encontrando un sustento democratizado.

⁷ CSJN, 3 de septiembre de 2020, «ADEMUS y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Salta - y otro s/ amparo sindical».

⁸ A partir de los fallos ATE I, ATE II y Rossi.

⁹ DNU 70/23: Capítulo III - Convenciones Colectivas de Trabajo (Ley N° 14.250) ARTÍCULO 86.- Sustitúyese el artículo 6° de la Ley N° 14.250, por el siguiente: «ARTÍCULO 6°.- Una convención colectiva de trabajo, cuyo término estuviere vencido, solamente mantendrá subsistentes las normas referidas a las condiciones de trabajo establecidas en virtud de ellas (cláusulas normativas) y hasta tanto entre en vigencia una nueva convención colectiva o exista un acuerdo de partes que la prorrogue. El resto de las cláusulas (obligacionales) podrán mantener su vigencia, solo por acuerdo de partes o por la específica prórroga dispuesta por el Poder Ejecutivo Nacional.»

- b) Una mejor compatibilización entre flexibilidad y tutela: es que las medidas que implican un claro impacto peyorativo en el contrato individual, solo serán convalidadas en tanto en el marco negocial el sindicato entienda que se han pactado beneficios compensadores.
- c) Imposibilidad política de introducción parlamentaria: como señala Mugnolo, «el recurso a la disponibilidad colectiva también podría responder a la imposibilidad política de un gobierno, en un momento dado, de imponer reducciones a los standard laborales existentes, ya sea por no contar con mayorías parlamentarias necesarias para ello o bien porque aun contando con las mayorías necesarias no podría resistir el embate reactivo de las posiciones sectoriales. Ante dicho contexto es entendible que la propuesta de flexibilización gubernamental tan solo llegue hasta el límite de habilitar la posibilidad de que sean los sindicatos y empresarios, mediante negociación colectiva, los que modifiquen la intensidad tutelar legal cuando lo entiendan conveniente. Incluso, en tales casos, los gobiernos parcialmente evitan pagar un costo político que de este modo lo traslada y «comparte» con los sujetos negociadores. El proyecto de reforma laboral elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional pareciera confirmar dicha hipótesis»¹⁰.

Ahora bien, aprovechar la estructura negocial centralizada tiene un efecto claro, cual es la maximización legitimada de la abarcatividad de las reformas. Cuanto mayor sea el ámbito de representación, mayor será la proyección de la negociación si nos encontramos en una consolidada estructura centralizada. Evidentemente, uno de los porqués a la utilización de la disponibilidad colectiva, sin cuestionar la negociación centralizada puede encontrarse allí.

Se suma, a dicho aprovechamiento de la estructura negocial, una lectura de inyección de contenidos encuadrada en un letargo negocial producto de la inflación que encuentra al sindicato pactando ajustes para intentar conservar el valor del salario.

En esa inteligencia y sin privarnos de futuros objetos de estudio, puede advertirse un aprovechamiento del nivel de macro-intervención estructural signado por la consolidación de sujetos negociales a través de decisiones administrativas al amparo de la ley. Por repetición (o persistencia) histórica, se advierte aprovechado otro nivel, de micro-intervención, cuya recurrencia atenta contra la calificación de circunstancial, signada por una intervención limitante de la cuestión salarial en tanto materia negocia l.

Desde la implantación del modelo histórico, la primera no sufrió grandes conmociones, aun mediando normas de fuente estatal que intentaron deconstruir al sujeto sindical o adaptarlo geográfica y productivamente.

La segunda, revela la centralidad salarial de la negociación argentina (fenómeno que no es novedoso) y el poco nivel de desarrollo en restantes contenidos. Sea tal vez compatible con una economía de obstruido progreso, inflacionaria y poco desarrollada en términos industriales.

10 Mugnolo, Juan Pablo, Reforma Laboral, VVAA, La Ley, 2024.

Lejos estamos, entonces, de la puja distributiva del salario y de las funciones adaptativa y de cogobernanza de las relaciones laborales.

A pesar de distintas declamaciones contenidas en los mensajes de elevación o en debates parlamentarios, las funciones adaptativas y de cogobierno de las relaciones laborales no parece que fueran a verse especialmente nutridas por esta nueva apertura del menú negocial.

V. Desprestigio y limitación

¿En qué contexto se intenta «aprovechar» a la negociación colectiva?

La respuesta a la pregunta que antecede puede ser respondida desde distintas perspectivas.

La primera se da en una lógica narrativa, de vital importancia en el marco comunicacional imperante y propuesto, tanto por las nuevas tecnologías, cuanto por el actual gobierno. En efecto, puede considerarse que existe una narrativa que versa sobre la ineficacia, anacronismo y carácter disruptivo del sindicato (en el libre mercado de trabajo).

En otro aporte ¹¹, se recordaba a Nicholas Schackel, quien postuló en «El vacío de la metodología postmodernista» ¹² una forma de argumentación (¿falacia?) que consiste en exponer «[T]oda una doctrina o teoría. simplemente en virtud de tener un núcleo central de doctrinas defendibles pero no terriblemente interesantes u originales rodeado por una región de doctrinas emocionantes pero sólo ligeramente defendibles» ¹³. Este tipo de argumentación permite refugiar posturas controversiales, pero programáticas, en afirmaciones dogmáticas propias del sentir común, en un salto lógico meramente aparente: «El sindicato, como está, nos impide avanzar».

Es cierto que estamos inmersos en un contexto cultural, a nivel global, carente de grandes narrativas ¹⁴. La ausencia viene importando un nuevo surgimiento de relatos precarios, inconsistentes, cientifizados. altamente eficaces.

La invitación al sindicato para incorporar a la negociación se da en un contexto narrativo de desprestigio del propio actor del que la ley pretende valerse.

Pero el dispositivo no agota sus recursos allí.

11 Seren Novoa, Guido A. La doctrina de mota y castro: un castillo medieval de naipes frente al Derecho del Trabajo, Revista Derecho del Trabajo, la Ley, Año LXXXIII, Número 6, noviembre 2023.

12 Schackel, Nicholas, «The Vacuity of Postmodernist Methodology», en *Metaphilosophy*. Vol. 36 April 2005 pps. 295-320. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9973.2005.00370.x>

13 Ídem.

14 Entiéndase a los relatos explicativos del mundo con posterioridad a la caída del socialismo real y al agotamiento del liberalismo concebido como su contraparte y pilar de una concepción del individuo en sociedad (V. Harari, Yuval, 21 lecciones para el Siglo XXI, Siruela, 2018.)

Al desprestigio narrativo se suma otra modificación que limita el poder de acción del sindicato. Nos referimos a la reforma del artículo 242 del Régimen de Contrato de Trabajo. Dice, ahora:

Art. 242. -Justa causa.

Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. Podrá configurar grave injuria laboral, como objetiva causal de extinción del contrato de trabajo, la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento. Se presume que existe injuria grave cuando, durante una medida de acción directa: a) se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas; b) se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento; c) se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente. Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación.

La ¿tipificación?¹⁵ de causales de despido no puede ser leída de otra manera que como una limitación de las manifestaciones posibles de las medidas de acción directa y una advertencia a los trabajadores sobre las consecuencias en sus contratos de trabajo. Una lectura más bondadosa llevaría a considerar que se especifica aquello que no se podía hacer, constituyendo, la inclusión, una técnica legislativa superflua. Aun en la primera lectura no faltarán discusiones interpretativas complejas, pues denominaciones como «la participación activa» demandarán un esfuerzo que revela la ausencia de modificación en relación a la configuración permeable y justipreciable del concepto injuria grave que no consiente la prosecución del vínculo.

En ese marco, al discurso de desprestigio se suma una limitación del ejercicio del derecho de huelga por la limitación excluyente de formas de manifestación, independientemente de las circunstancias.

En ese escenario, con esa dinámica instalada (V. punto anterior), el sindicato es invitado a negociar en términos de disponibilidad las normas tutelares que se proyectan sobre la salida del contrato de trabajo.

15 El interrogante se plantea por cuanto la conducta posee un grado de indeterminación a partir de la mentada participación activa demandada. En relación a los restantes supuestos, la presunción iuris tantum matiza la eventual consideración como tipificación, pues debe entenderse que aun configurada la conducta, puede desvirtuarse como causal extintiva.

VI. Conclusiones

Más allá de las críticas técnicas o semánticas que pudieran hacerse a la ley 27.742, lo primero que debe señalarse a modo de conclusión es que hay una inteligente comprensión de la negociación colectiva como fenómeno nacional y de su marco normativo. Es que se busca utilizar la centralización para una mayor abarcatividad, aprovechando un letargo en la puja distributiva del salario, relegada desde hace más de una década por la inflación.

En un mercado de trabajo que está sufriendo cambios, la reforma no pareciera aprovechar el potencial de la negociación para llegar a nuevos lugares, contenidos diversificados o adaptar puestos de trabajo en condiciones democratizadas. En cambio, promueve la flexibilización de los vínculos más tradicionales.

Con el discurso de achicamiento estatal, se habría podido esperar, por coherencia, una redistribución de los mecanismos de articulación convencional o modificaciones que amplíen el derecho de sindicación removiendo la intervención (ahora) secretarial. En cambio, la ley «bases» buscó la comodidad de la estructura consolidada, asentada en un alto intervencionismo estatal.

Vuélvase sobre la idea: si bien parece incoherente, es una incoherencia inteligente. En la lógica reformista del gobierno, permite darle un buen alcance de abarcatividad a la reforma, en la medida que la negociación la acompañe. Ciertamente, para conflictuarla verá un nuevo desafío impuesto en la misma reforma.

Sea como fuere, lo cierto es que se complejiza el reparto de territorios normativos (quién regula qué) en un contexto heterónimo diferente: la acción colectiva tipificada como causal de despido, la eficacia del despido discriminatorio (que viene a contestar a la «jurisprudencia reinstaladora» a partir de la 23.592). Se busca al sindicato tradicional, con una limitación en su poder de conflicto a través de las limitantes en su exteriorización y la validez de la extinción de los activistas sin tutela formal.

En principio, la inyección de contenidos a la negociación es una oportunidad en tanto abre la puerta al cogobierno de las relaciones laborales. Pero esa esperanza no puede prescindir del paradigma reformista que se imprimió a la norma general: una lógica de contractualización en los vínculos obreros, de deslaboralización de zonas grises, de limitación a las manifestaciones tradicionales del conflicto.

Tal vez el sindicato tenga menos para perder de lo que podemos imaginar a priori. Va a existir un incentivo negocial a la patronal que puede aportar riqueza a los contenidos de la negociación en términos contraprestacionales (que se puede conseguir a cambio) y un panorama de desafíos que sacudan letargos al sindicalismo.

Aunque de forma tal vez incómoda, el sindicato fue llamado a su juego. No es la única lectura posible aquella fatalista. Las relaciones de poder obrero-patronales muchas veces resisten la juridicidad. Tiéndase a confiar en el movimiento obrero y a creer que, como dice esa frase atribuida a Séneca, efectivamente, el trabajo y la lucha llaman siempre a los mejores. Esperemos que estén a la altura.

Derecho Laboral - Fraude Laboral - Prueba - Contrato de Trabajo - Presunción de Contrato de Trabajo - Registración de la Relación Laboral

20-febrero-2025



Promoviendo la deslaborización. La reforma de la presunción del art. 23 de la LCT

POR RICARDO F. SECO ¹

[MJ-DOC-18144-AR](#) | [MJD18144](#)

Introducción ²

El principio protector —que en Argentina tiene sede en el art. 14 bis de la Constitución Nacional— si bien se dirige primordialmente al legislador, su cumplimiento «atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima a dicho precepto» ³. Es él la base y fundamento del Derecho del Trabajo.

Este derecho «se caracteriza por la novedad de haber descubierto, primero, al trabajador como persona» ⁴. Su objeto es la regulación del trabajo dependiente. Mantiene la característica más específica del trabajo asalariado «que reside desde el punto de vista jurídico en el menoscabo de la libertad individual que entraña forzosamente. El objeto propio del derecho del trabajo asalariado es poner límites a ese menoscabo: por una

1 Abogado y notario (UCC); doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); profesor de grado de DT (UCC); profesor de posgrado de varias universidades argentinas y una extranjera; exvocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba, publicista.

2 El presente tiene como antecedente artículos anteriores de su autor tales como SECO, Ricardo Francisco, La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo y el principio de inversión probatoria, en Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, agosto de 1994, N°108, ps.649 y La reforma de la presunción del art. 23 de la LCT. Una contrapresunción regresiva, en Doctrina Laboral ERREPAR (26/08/2024).

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/9/2004, «Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A. s/Despido», RDL, Número extraordinario, Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p.7.

4 LÓPEZ, Justo, La filosofía del derecho y la doctrina social de la Iglesia, TySS,1992-3.

parte, restituir las atribuciones del empleador a lo estrictamente necesario para la ejecución del contrato laboral; por otra parte, restituyendo a los trabajadores en un plano colectivo las libertades que pierden en el plano personal (derecho a la afiliación sindical, a la negociación colectiva, a la huelga)». Empero «los planteamientos generales del Derecho del Trabajo no han perdido un ápice de validez. Habrá que adaptarlos de manera continua al cambio socioeconómico sin dejar de referirlas a los valores que constituyen sus cimientos»⁵.

La función del Derecho del Trabajo es «ajustar la relación que se da entre por lo menos dos personas vinculadas por el hecho laboral. Éste consiste en la prestación por una parte y consecuente recepción por la otra de trabajo humano, que esta última dirige y remunera». «El derecho establece el marco jurídico con el objeto de facilitar el despliegue armónico de la relación que se da dentro de un contexto social que se caracteriza por un desigual poder de negociación de las partes, de modo que no entorpezca el desarrollo de las personas involucradas»⁶.

Cuando entre empleador y trabajador hay relación de dependencia los trabajadores entran dentro del derecho protectorio: si no la hay será otra clase de derecho el que los contenga. En Argentina no hay vigente una tercera categoría híbrida como sucede con el trabajador autónomo económicamente dependiente español.

1. Presunciones

a) Conceptos y clases

Las presunciones son «las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. La presunción comporta, pues, un razonamiento que, partiendo de un hecho determinado (indicio) y de conformidad con la experiencia referente al orden normal de las cosas, permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar»⁷.

Se dividen en: a) legales, b) simples o judiciales. En las legales es el legislador el que sustituye el juez efectuando aquél el razonamiento y estableciendo las presunciones por las cuales ordena, por ejemplo, que probadas tales circunstancias debe tenerse por cierto tales hechos.

Las presunciones legales pueden ser absolutas o iuris et de iure, porque no admiten prueba en contrario ya que imponen tal consecuencia como irrefutable e incontestable.

5 SUPIOT, Alain, «Introducción a las reflexiones sobre el trabajo», Revista Internacional de Trabajo, vol.115 (1996) núm.6, Número Especial, Reflexiones cruzadas sobre el trabajo y su porvenir, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra.

6 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, «Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo», Rev. Relaciones Laborales y Seguridad Social N°1, 1995, p. 64/65.

7 PALACIO, Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, T.I, p.428 siguiendo a Pothier.

Las relativas o *iuris tantum* son aquéllas que admiten prueba en contrario, es decir, admiten la posibilidad de probar la inexistencia del hecho presumido.

Las presunciones simples, judiciales u *hominis* son establecidas directamente por el juez, libradas a su criterio, de acuerdo con los principios de la sana crítica racional. Normalmente se considera que hacen prueba cuando por su gravedad, número y conexión con el hecho que trata de averiguarse sean capaces de producir el convencimiento sobre su existencia ⁸

Lo que llamamos conexión lógica es una actividad humana que a veces está a cargo del legislador, y otras a cargo del juez. Ella está «destinada a detectar regularidades, modos ordinarios y corrientes de encadenarse los hechos, conclusiones que la experiencia, la técnica o la estadística asocian racionalmente a ciertas causas; en fin, tipos usuales de configurarse las cosas según 'acostumbra a suceder'» ⁹.

b) Estructura

Las presunciones requieren de uno o más «hechos antecedentes» que, debidamente comprobados, sirven de base indiciaria para establecer el «hecho presunto». Entre unos y el otro no existe una relación de causalidad mecánica, forzosa, que, al modo de las ciencias naturales o exactas, permita llegar a una completa certeza sobre la conclusión del tipo «dado A, debe necesariamente seguirle B» o «dado B, debe necesariamente antecederle A» ¹⁰.

El servicio de justicia no es compatible con el *non liquet*. Los pleitos deben resolverse en algún sentido, art. 3° del CCyCom.

Al servicio de tal propósito, además de las técnicas de integración e interpretación, «el ordenamiento pone a disposición de sus operadores de argumentación retórica (abogados) y de argumentación adjudicativa (jueces) ciertas presunciones que pueden resumirse en la siguiente premisa: ante la duda, los jueces deben inclinarse por la solución que mejor se acomode a lo que con mayor grado de probabilidad ha ocurrido. En escenarios de completa certeza las presunciones no tienen lugar ni razón de ser» ¹¹.

Entre los hechos antecedentes y el hecho presunto no media una relación indefectible. Es el artificio jurídico el que adjudica a este último «el rango de hecho probado en el exclusivo sentido de tenérselo como dirimente a los fines de un entuerto en particular, o de una serie de pleitos afines» ¹².

8 SECO, Ricardo Francisco, «La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo y el principio de inversión probatoria», en *Doctrina Laboral*, Errepar, Buenos Aires, agosto de 1994, N°108, ps.649.

9 MACHADO, José Daniel, «La presunción del artículo 23 de la LCT: ni tanto ni tan poco (Consideraciones acerca del servicio que presta al trabajador la presunción que hace de la prestación de un servicio)», *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005-2, p.91/124.

10 MACHADO, ob.cit.

11 Ídem nota anterior.

12 Ibídem.

Las presunciones tienen una afirmación base, una afirmación resultado y un enlace conformado por las reglas de la experiencia ¹³.

c) La presunción como técnica de selección o valoración de la prueba

La presunción es «en realidad una técnica de selección o valoración de la prueba. Forma parte del ejercicio de la crítica judicial, del raciocinio y la experiencia aplicados a interpretar los hechos demostrados en relación con el discurso y las pretensiones de las partes.» Constituye «prueba indirecta, ya que la tarea del intérprete en la reconstrucción histórica se apoya en realidad en los indicios probados de los que la presunción —como operación intelectual— viene a depender». En su esencia es una operación intelectual ¹⁴.

Significa «una inferencia que se realiza de un hecho desconocido e incierto para considerarlo cierto, a partir de la existencia de un hecho conocido; todo ello con fundamento en las máximas generales de la experiencia que indican cual es el modo normal como suceden las cosas y los hechos» ¹⁵.

2. Las presunciones en el Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo

a) El principio fundamental del Derecho del Trabajo, que se proyecta en el Derecho Procesal del Trabajo, es el principio protector, art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Las presunciones, en función de la protección del trabajador, sirven para eliminar en el curso del proceso los peligros derivados de las desigualdades sociales y económicas de las partes, poniendo a la parte más débil —el trabajador— en condiciones de paridad frente a la parte más fuerte —el empleador—.

Implica corregir desigualdades fácticas con otras desigualdades jurídicas compensatorias para el logro de la justicia social ¹⁶.

El trabajador es un hiposuficiente de varias clases ¹⁷. Si la finalidad del derecho del trabajo es la protección del trabajador, es lógico y razonable que el legislador establezca pautas procesales, como son las presunciones, que lo protejan de esa desigualdad social y económica. Ellas son un medio técnico de que se vale el derecho del trabajo para garantizar los derechos de los trabajadores.

13 VÉNICA, Oscar Hugo, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465 comentado y anotado, Lerner, Córdoba, 1999, T.III, p.78.

14 MACHADO, ob. cit.

15 DEVIS ECHANDÍA, Teoría general de la prueba judicial, Zavalía, Buenos Aires, 3ª edición, 1974, T.II, p. 694.

16 SECO, Ricardo Francisco, «La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo y el principio de inversión probatoria», en Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, agosto de 1994, N° 108, ps.649.

17 SECO, Ricardo Francisco, «Las consecuencias de la hiposuficiencia reclamacional del trabajador», en Doctrina Laboral y Previsional N°459, Errepar, Buenos Aires, nov.2023, p.1007.

En las presunciones legales el legislador tiene en cuenta lo que sucede normalmente según el orden natural de las cosas, la experiencia sobre el cumplimiento o no de las normas de buena fe sobre la práctica social en la comunidad del trabajo, la evolución permanente de las relaciones laborales.

Procura atemperar las desigualdades. Para ello es necesario imponer una solución de la cual el juez no pueda apartarse.

b) En la LCT existen diversas presunciones, algunas son *iuris et de iure* y otras *iuris tantum*¹⁸.

La presunción del art. 23 acerca de la existencia del contrato de trabajo quizás es la más importante que existe en la norma de fondo. Es *iuris tantum* porque admite prueba en contrario.

La redacción clásica de ese artículo a simple vista parecía no representar problema alguno. Pero como sucede en todas las cosas dio lugar a tres interpretaciones.

c) Cuando se habla de carga de la prueba se procura establecer a cuál de las partes le corresponde producir la prueba. No es una obligación.

La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga derecho a exigir su observancia. Mas su inobservancia acarrea consecuencias desfavorables para quien tenía la carga¹⁹.

Ella contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentran en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.

La carga de la prueba no determina ni establece una obligación en cabeza de ninguna de las partes del proceso. Simplemente apunta o señala a la que tiene un interés jurídico en que determinado hecho sea probado en el caso. Si ello no sucede el juez fallará en su contra. Es un imperativo de su propio interés²⁰.

Por ello, si el contrato de trabajo se encuentra reconocido por las partes no existe el problema de la carga de la prueba de él.

En cambio, si se trata de un trabajo «en negro» o «no registrado» y el supuesto empleador lo niega, el trabajador se encuentra ante la necesidad de probarlo por el principio del *onus probandi incumbit actora*.

Mucho más complicado es cuando se trata de trabajo «en gris» porque estamos ante «los múltiples supuestos en que la relación es de naturaleza ambigua, fronteriza, opinable, equívoca, a punto tal que siquiera probando su corpus o materialidad es posible discer-

18 SECO, La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo.cit.

19 SECO, La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo.cit.

20 SECO, Ricardo Francisco, «La carga de la prueba de la causa del despido directo», en *Práctica Integral Córdoba*, Año XV N°167, enero 2021, Errepar, Buenos Aires, p.83.

nir con claridad si se está o no en presencia de un contrato típico y, luego, atrapado por la regulación especial»²¹.

Cuando examinamos cualquier reseña jurisprudencial de los últimos 20 años, y en especial desde que —como suele decirse— «entró en crisis el concepto de dependencia laboral», encontramos que virtualmente todos los casos referidos involucran en cierto sentido la duda a propósito de la esencia laboral o no del contrato»²².

En tales circunstancias la presunción legal *iuris tantum* del art. 23 de la LCT ayudaba al trabajador.

3. La presunción del art. 23, LCT. Su alcance anterior a la Ley Bases

a) Hasta el 8 de julio de 2024 el art. 23 de la LCT decía:

«ARTÍCULO 23. - Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción 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».

El legislador indica al intérprete que «dada la prestación de un servicio corresponde —al menos en principio— presumirlo originado en un contrato de trabajo por ser ésta la manera característica del ‘curso normal de los hechos’ en la sociedad moderna». «El resultado —no intermediado por el Derecho— es la emisión de un juicio de probabilidad, no de certeza. Pero es más que una mera conjetura»²³.

Compartimos con Machado —de feliz memoria— que, respecto de la subordinación jurídica entendida como calificación jurídica, ella no puede ser materia de una presunción, ya que ella se refiere exclusivamente a hechos.

b) La interpretación de esa norma dio lugar clásicamente al menos a tres posiciones: una estricta, una amplia y una ecléctica, que se presenta como la más esclarecida en cuanto a la prestación de servicios²⁴.

La doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas y las posturas han sido sostenidas por relevantes juristas.

21 MACHADO, ob. cit.

22 Ídem nota anterior.

23 MACHADO, ob. cit.

24 Quien más claro las desarrolla es MACHADO, ob. cit. Nos hemos remitido a la enseñanza de Juan Carlos FERNÁNDEZ MADRID, Raúl ALTAMIRA GIGENA y Amanda Beatriz CAUBET cuando resumen esas posiciones en SECO, La aplicación de las presunciones en el Derecho del Trabajo. cit. Ver también ACKERMAN, Mario E., La reforma laboral en la ley 27.742 y su reglamentación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 224, p.95 y sgtes.

La postura amplia estima que basta la prueba de la prestación de servicios para que opere la laboralidad de la relación. Ella es mayoritaria en la doctrina nacional a partir de sendos trabajos de Roberto García Martínez y Horacio de la Fuente y estima que «el artículo 23 de la LCT debe interpretarse de manera literal. Donde la norma dice hecho de la prestación de servicios debe entenderse que remite al puro facto de una actividad personal de un sujeto en beneficio de otro, sin ningún tipo de aditamento»²⁵.

La postura estricta o restringida requiere que se pruebe la prestación de servicios subordinada. Fue sostenida por una calificada minoría expresada principalmente por Antonio Vázquez Vialard y Justo López²⁶. No obstante el paso del tiempo la discusión subsiste.

En Córdoba, el 26 de noviembre de 1986, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, en autos: «Borda Bozana, Roberto c/Auto Circulo S.R.L. y otro», se expidió por la tesis amplia.

Dijo que para ella «es menester acreditar sólo la prestación de servicios, y en cambio para la tesis restringida es preciso además probar que esos servicios se cumplieron en relación de dependencia. Añadió que 'si el efecto de la presunción fuera sólo presumir la onerosidad del contrato de trabajo, la inutilidad del artículo 23 sería manifiesta por cuanto el art. 115 de la ley de contrato de trabajo presume la onerosidad del trabajo'. Relaciona al artículo 23 con el principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Armoniza aquel artículo con el orden jurídico general y con los principios jurídicos propios del derecho del trabajo en particular, artículos 9 y 11 de la ley de contrato de trabajo».

c) En cuanto a la postura ecléctica nos remitimos simpliciter causae a lo expuesto por Machado²⁷ y seguido por nosotros²⁸.

4. La presunción del art. 23 de la LCT sustituido por art. 89 de la ley N°27.742 (B.O. 8/7/2024. Vigencia: a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina.)

ARTÍCULO 23.- Presunción de la existencia del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

La presunción contenida en el presente artículo no será de aplicación cuando la relación se trate de contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios y se emitan los recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o el pago se

25 MACHADO, ob. cit.

26 Ídem nota anterior.

27 MACHADO, ob. cit.

28 SECO, Ricardo Francisco, La reforma de la presunción del art. 23 de la LCT. Una contra-presunción regresiva, en Doctrina Laboral ERREPAR (26/08/2024).

realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente. Dicha ausencia de presunción se extenderá a todos los efectos, inclusive a la Seguridad Social.

a) El DNU N°70/2023 (B.O. 21/12/23) pretendió modificar el art. 23 de la LCT.²⁹ El DNU referido en el título laboral se halla suspendido por decisión judicial.

En el texto de la ley N° 27.742, a la que resumiendo mencionaremos como Ley Bases, modificó el art. 23 de la LCT y mantuvo la primera parte del texto anterior.

b) Con el agregado de la Ley Bases se amplía la posibilidad excluir de la presunción a un amplio colectivo de trabajadores y se legaliza medios, muchas veces fraudulentos, que se usan en «contrataciones de obras o de servicios profesionales o de oficios como es la emisión de recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación o que el pago se realice conforme los sistemas bancarios determinados por la reglamentación correspondiente»³⁰.

La última parte agregada es una «presunción de no existencia del contrato de trabajo», cuando debería ser al revés. Esto es presumirse la no relación de dependencia y que si ella no existe ello pudiera demostrarse en juicio³¹.

Hemos afirmado con énfasis que es sumamente impropio que haya una «contrapresunción» inserta en una norma laboral, la que se supone protectora del trabajador según el mandato del art. 14 bis de la CN.

c) Lo particular del artículo modificado en una lectura rápida es que no sólo alcanza la exclusión a los profesionales universitarios sino a todos los que desempeñan profesiones u oficios, aunque éstos sean no calificados, en cuanto emitan esos comprobantes. En ese caso la prueba de la laboralidad corresponderá al trabajador.

d) Puntualiza Ackerman los requisitos acumulativos incorporados por la reforma para cancelar la aplicación de la presunción del primer párrafo del art. 23 de la LCT cuales son: «1) Que exista un contrato de obra o de servicios. 2) En el caso del contrato de servicios, deben ser profesionales o de oficios. 3) En cualquiera de las hipótesis deben haberse emitido recibos o facturas correspondientes a dichas formas de contratación. 4) Estos recibos o facturas podrían ser sustituidos por el pago conforme los sistemas bancarios que determine la reglamentación».

Añade aquél que, en cuanto al tercer requisito, el art. 3 del Anexo II del decreto 847/2024 dice: «La regla prevista en el segundo párrafo del art. 23 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias será aplicable con independencia de la cantidad de recibos o facturas emitidas según la normativa de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y/ o clientes que posea».

29 SECO, Ricardo Francisco, «La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT por el DNU 70/2023», Doctrina Laboral y Previsional N°461, Errepar, Buenos Aires, enero 2024, p. 9 y «Una breve comparación de la LCT, el anteproyecto de la Comisión Illia y el DNU 70/2023», Doctrina Laboral y Previsional N°463, Errepar, Buenos Aires, marzo 2024.

30 SECO, «La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT», cit.

31 LITTERIO, Liliana Hebe, «La presunción de no existencia de contrato de trabajo del DNU 70/2023», DT, Año LXXXIV, N°1, enero 2024, p.5.

Compartimos con él que la reglamentación procura neutralizar la presunción de laboralidad que suelen aplicar principalmente los jueces «cuando existe una numeración corrida de facturas o recibos a favor de la misma persona o si el trabajador presta servicios sólo para un cliente o fundamentalmente para uno»³².

e) Diego Tosca ya criticaba la redacción del DNU, suspendido por decisión judicial, que contenía una norma similar a la que comentamos. Decía que ella era inadecuada y que debió haber dicho, en su caso, «cuando se trate de una relación que constituya objeto de un contrato de obra o de servicios»³³.

Finalmente estimaba que era inútil el agregado. Además, aquél apuntaba que «la aventura modificatoria no parece tener efectos prácticos ni, menos aún, útiles».

Es que los contratos de servicios y de obra se hallan regulados en el Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1251 y 1252. El art. 1252, luego de establecer reglas para distinguir el contrato de servicios del contrato de obra, dispone que «Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral». Esto no ha sido modificado.

Claramente añadió Tosca que, de acuerdo al Derecho Común, «el vínculo podría estar ajeno al contrato de trabajo en tanto se actúe en forma independiente, es decir, sin dependencia del prestador del servicio en relación a quien lo recibe».

Ciertamente con Tosca y con Ackerman compartimos —ahora refiriéndonos a la Ley Bases— que «la clave sigue estando, en consecuencia, en la presencia o no de dependencia, de acuerdo a los parámetros habitualmente considerados para aceptar su configuración».

En el art. 23 de la LCT no se ha modificado su premisa básica, esto es, que la mera prestación de servicios —tal como pacífica opinión jurisprudencial y doctrinal actual sostiene— hace presumir la existencia de contrato de trabajo.

El segundo párrafo de dicha norma, de acuerdo a la nueva redacción que se le pretende asignar, «no dice que por el hecho de que las partes hayan suscripto formalmente un contrato de obra o de servicios la presunción no tiene operatividad, sino que esta alentada limitación de la presunción sólo tendrá lugar cuando efectivamente ‘se trate’ de una contratación de obra o de servicios profesionales, la cuestión no parece tener ninguna relevancia práctica».

Expresa ese autor que en el caso que estemos «ante una contratación de obra o de servicios genuina, en la cual el locador actúa en forma independiente, sin insertarse de manera subordinada en una estructura ajena, de titularidad de quien dirige su trabajo y paga su remuneración, no se estará en presenciade un contrato de trabajo».

32 ACKERMAN, Mario E., La reforma laboral en la ley 27.742 y su reglamentación, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 224, p.95 y sgtes.

33 TOSCA, Diego, «La estéril modificación del artículo 23 de la LCT a través del manifiestamente inconstitucional DNU 70/2023. Primera aproximación», en Revista de Derecho Laboral-Actualidad, Suplemento Digital, «La reforma laboral del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/2023», Dossier N° 6, ARESE, César(director), GUIRADO, Diego(coordinador), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2024, p.55.

Para él «toda vez que la novedosa redacción del artículo 23 no se detiene en las formas, no dice que la instrumentación formal de un contrato, o la emisión de facturas por parte de quien realiza el trabajo, tornan inaplicable la presunción del primer párrafo, sino que tal consecuencia recién tendrá lugar cuando 'se trate', efectivamente, de una relación genuina, auténtica, propia de un contrato de obra o de servicios, no parece tener efectos prácticos relevantes la sorprendente modificación»³⁴.

Apunta Tosca que, en todo caso, «si por hipótesis se interpretase que el simple hecho de la materialización de un instrumento contractual o la emisión de facturas por parte del prestador de trabajo hace caer la regla presuncional, cabría afinar la preeminencia de la regla general que emana del primer párrafo del mismo dispositivo, haciendo primar la regla de primacía de la realidad sobre las formas, para llegar de este modo al único resultado aceptable en la disciplina jurídica laboral, la protección del trabajo prestado en forma subordinada, con irrelevancia del modo en que las partes puedan haber calificado la relación».

Ello es compartido con Ackerman³⁵.

6.-En nuestro criterio, la norma bajo comentario contradice palmariamente el principio protector del art. 14 bis, CN, y el principio de progresividad del art. 2.1. del PIDESC y art. 26 de Conv.A.D.H., con raigambre constitucional según la CN convencionalizada de 1994.

La norma reformada, que contiene una contrapresunción, contradice la Recomendación 198/2006 de la OIT, que —si bien no es un convenio ratificado— expresa la conciencia de la humanidad reunida en la OIT³⁶.

En el número 11 de ese instrumento internacional se propicia que se establezca en el ordenamiento nacional una presunción legal *iuris tantum* de la existencia de una relación de trabajo entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, lo que es propio del Derecho Latinoamericano del Trabajo³⁷. La postura restrictiva que parece asumir a reforma de la Ley Bases «difícilmente pueda satisfacer la aspiración de la OIT sobre la previsión de una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo»³⁸.

No admite la norma internacional una contrapresunción.

El contenido de la nueva norma no ha caído del cielo. Ha sido abonado por la postura sumamente restrictiva de la CSJN expuesta en varios casos como «Cairone, Mirta Griselda y otros c/ Sociedad de Italiana de Beneficencia en Buenos Aires Hospital Italiano s/despido», «Pastore, Adrián c/Sociedad de Italiana de Beneficencia en Buenos Aires Hospital Italiano s/despido», ambos del 19 de febrero de 2015 y «Rica, Carlos Martín c/Hospital

34 TOSCA, ob. cit.

35 ACKERMAN, ob. cit., p. 117.

36 SECO, «La reforma laboral: examen de las modificaciones a la LCT», cit.

37 VILLASMIL PRIETO, Humberto, «Estudio introductorio desde la perspectiva del derecho latinoamericano del trabajo», en Villasmil Prieto- Carballo Mena, Recomendación 198 sobre la relación de trabajo, b.o.b., Caracas, 2016, p.81.

38 Ver CANDAL Pablo, comentario al art.23 de la LCT en AA.VV., Ley de Contrato de Trabajo comentada, 3ª edición, ACKERMAN(director), Rubinzal Cuzoni, Santa Fe, 2022, T.I., p. 339.

Alemán y otros», del 24 de abril de 2018, todos de médicos, profesionales universitarios dependientes. Ante ello la doctrina no ahorró críticas ³⁹, postura que ratificamos ⁴⁰.

7.- Si relacionamos la reforma del art. 23 de la LCT con los trabajadores independientes con colaboradores que se prevé en el art. 97 de la Ley Bases, podemos concluir sin hesitar que el art. 23 ha sido claramente vulnerado por la figura del trabajador independiente dejando sobre todo «en completa indefensión a los trabajadores colaboradores, o por lo menos, prestándose para el fraude laboral» ⁴¹.

La presunción que tratamos «representa una herramienta legal fundamental para garantizar que las relaciones laborales sean adecuadamente reconocidas y reglamentadas, contribuyendo así a evitar situaciones en las cuales los empleadores pudieran eludir responsabilidades laborales mediante la negación de la existencia de un contrato formal». De ese modo contrarresta «posibles intentos de eludir las obligaciones por parte de los empleadores, frente al trabajador como sujeto de preferente tutela judicial» ⁴².

Una correcta interpretación de la situación de esos trabajadores colaboradores atendiendo a la primera parte del art. 23 de la LCT y a la Recomendación 198/2006 de la OIT permitirá resolver con justicia la cuestión y dentro del sistema del Derecho que profesamos.

5. La deslaboralización propiciada en la Ley Bases no es jurídicamente posible

El DNU 70/2023 suspendido en el Título laboral y el Título Modernización Laboral de la Ley Bases se ordenan a una deslaboralización y al retorno nada discreto del arrendamiento de servicios y contratos civiles o comerciales, obviando la protección que manda el art. 14 bis de la CN para los trabajadores.

39 Ver por ejemplo SECO, Ricardo Francisco, «La relación de dependencia. La presunción del artículo 23 de la LCT y otros temas trascendentes para el derecho del trabajo en la jurisprudencia reciente de la CSJN. El caso 'Cairone'», en Temas de derecho laboral, setiembre 2015, Erreius, Errepar, Buenos Aires, 2015, ps. 59/79; IZAGUIRRE, Javier Fernando. El gradualismo en materia laboral se expresa en la deslaboralización de las prestaciones de servicios profesionales, Observatorio del Derecho Social CTA Autónoma, Comentarios al Fallo de la CSJN Rica c Hospital Alemán», Revista La Defensa, <https://www.ladefensa.com.ar/>; BUSTOS, José P., COCHLAR, Oscar, ¿Existe relación de dependencia entre los médicos y las instituciones sanitarias? 6-jun-2018, Cita: MJ-DOC- 13574-AR | MJD13574; DUARTE, David, «El fallo Rica. Un caso de neto corte decadente», <https://www.ladefensa.com.ar/>.

40 ACKERMAN, ob. cit., p.104 y sgtes. hace un amplio recorrido de la jurisprudencia sobre el tema. Ver también SECO, Ricardo Francisco, Contratación de profesionales. Notas de la relación de dependencia, en Revista de Derecho Laboral N° 2005-2, Contratación laboral, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p.303 y ss.esp.ps.331 a 338.

41 LAMELLA, Leticia, «La figura de los trabajadores independientes con los colaboradores en la Ley de Bases», MJ-DOC-17819-AR | MJD17819.

42 Ídem nota anterior.

Si bien el Derecho es una ciencia social y sus instituciones no son cosas naturales sino convicciones sociales, cada una de esas instituciones tiene una naturaleza jurídica.

La CSJN en el caso «Pérez Aníbal c/DISCO SA» del 1/9/2009 ha dicho que «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, máxime cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional».

Ackerman, en la misma línea, cita un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español referido a las facultades del legislador en un marco constitucional y legal similar al local. Afirmó el alto cuerpo de aquel país que de los arts. 14 y 35.2 de la Constitución Española «se deriva para el legislador la prohibición de que, una vez que ha incorporado determinados criterios para definir la prestación de trabajo que cae en el ámbito regulado por el Derecho Laboral, excluya del ámbito de aplicación así configurado y de los derechos de él derivados a grupos de trabajadores o a determinados tipos de prestaciones en función de un criterio que, por injustificado o irrazonable, resulte constitucionalmente inaceptable por contrario al principio de igualdad»⁴³.

La persona humana que preste servicios en favor de quien tiene facultades de dirigirla a cambio de una remuneración es un trabajador dependiente atrapado por la ley tuitiva que es la LCT. La definición del art. 4° de la LCT, relacionada con los arts.21,22,23,25 y 26, no se ha modificado.

Los principios de identidad y de no contradicción también funcionan en el Derecho del Trabajo.

6. Conclusiones

1. La reforma de la Ley Bases al art. 23 de la LCT que –con el agregado de una contrapresunción puede ser inútil según la doctrina– también es contraria al principio protector del art. 14 bis, CN, al principio de progresividad del art. 2.1. del PIDESC y art. 26 de Conv. A.D.H., todos con raigambre constitucional según la CN convencionalizada de 1994 y a la Recomendación 198/2006 de la OIT.
2. La interpretación del alcance del art. 23 de la LCT deja margen para que haya una tesis amplia, una restringida y una ecléctica o intermedia, cuyos factores de corrección como los planteara el maestro José Daniel Machado aún subsisten.
3. La temprana pretensión reformadora del Derecho del Trabajo, iniciada por el Presidente que asumió el 10 de diciembre de 2023, que fue intentada por una vía formalmente ilegítima mediante el DNU N° 70/2023, encon-

43 ACKERMAN, Mario E., «Las ilusiones del terraplanismo jurídico y la insólita sustitución del art. 2 de la LCT por el art. 88 de la Ley 27.742» Cita: RC D 454/2024, con cita de TC 1ra, 26/11/1998, S 227/1998, en Relaciones Laborales (L.L., España) T. 1999-1, pág. 842 y ss., esp. pág. 844.

tró su límite en el cuestionamiento a través de un planteo judicial hecho por una asociación sindical de tercer grado, con facultades para defender intereses individuales homogéneos, que tenía razón y encontró un tribunal que se la dio ⁴⁴.

La sanción por el Congreso de la ley N° 27.742 (B.O.,8/7/2024), aunque más reducida, repite las normas jurídicas regresivas para los derechos de los trabajadores que contenía el DNU N° 70/2023.

Los iuslaboralistas confiamos en la institucionalidad. Será tarea de los abogados de plantear los cuestionamientos fundados y del Poder Judicial resolverlos con justicia conforme la Constitución Nacional y el Bloque de Constitucionalidad federal.

44 Autos: «Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Acción de amparo», fallado el 30/1/2024 por la CNTrab. de feria.

Indemnización Tarifada - Indemnización del Derecho Civil por Riesgos del Trabajo - Renta Periódica - Incapacidad Laboral - Incapacidad Total y Permanente - Inconstitucionalidad - Laboral - Contrato de Trabajo - Riesgos del Trabajo

17-marzo-2025



De los daños tarifados a la reparación integral en materia laboral

POR TOMÁS F. SCIPIONE ¹

[MJ-DOC-18145-AR](#) | [MJD18145](#)

Poco tiempo de que se publicara el Decreto Nro. 70/2023 finalizando el año pasado, y mayormente luego al entrar en debate el texto de lo que a la postre se denominó socialmente como «Ley Bases», comenzó a sonar con más énfasis que nunca en materia de Derecho Laboral la frase «Daños y Perjuicios».

En un primer momento se lo nombraba tal vez como un as bajo la manga o como un modo de encontrar cierto consuelo frente a la eliminación de las indemnizaciones agravadas que se encontraban previstas en las leyes 24.013 y 25.323 frente a supuestos de inexistencia o irregularidad en la registración de las relaciones laborales y frente a la falta de pago en tiempo de los créditos adeudados.

No es la intención del presente ensayo la de constituirse en un manuscrito de doctrina, sino, simplemente el de pensar y ubicar esta nueva etapa que se presenta en el Derecho del Trabajo a la luz de los presupuestos que jurídicamente corresponda aplicar intentando con ello evitar caer en peligrosas simplificaciones que nos lleven a sostener, a la hora de iniciar una acción judicial, a la ligera, que existen daños y perjuicios que deben ser resarcidos y fijar su cuantía a ojo.

Así, entrando en el análisis es menester indicar que la sanción de la ley 27.742 ha derogado el sistema de reparación que se encontraba vigente para resarcir los daños derivados de conductas antijurídicas vinculadas a inexistencia o deficiencias en las registraciones de los vínculos laborales como así también en los motivados por la falta de pago en término de determinados créditos laborales.

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Litoral, egresado en 2014. Especialista en «Daños y Perjuicios» por la Universidad Nacional del Litoral. Cohorte 2017-2018. Ex Vicepresidente del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados de la 1era Circunscripción de Santa Fe. Miembro del Foro de Práctica Profesional de la ciudad de Santa Fe. Ponente y Disertan en distintas Jornadas y Congresos. Autor de artículos de doctrina en materia de daños, procesal civil y comercial, entre otros.

Más allá de algunas voces minoritarias que han pretendido atribuirle naturaleza puramente penal o sancionatoria a las disposiciones tarifarias que contenían las leyes 24.013 y 25.323, lo cierto es que sin perjuicio de que pudiera tener cierto carácter disuasivo respecto del empleador, para el trabajador revestía naturaleza exclusivamente indemnizatoria, no sólo porque significaban un ingreso económico a su patrimonio, sino porque la misma letra de la ley así lo concebía al referirse como «indemnización» o «agravamiento indemnizatorio».

Partiendo de esta premisa, en el antiguo sistema que contenía las disposiciones reparatorias para conductas antijurídicas respecto de irregularidad en la registración de los vínculos —y todos los derechos y beneficios que ello conlleva para un trabajador— vedaba la posibilidad de reclamar daños y perjuicios derivados de allí porque el legislador había ejercido la opción de tarifar el daño.

Sin perjuicio de la conveniencia o no de la tarifación legal del daño, que no es motivo de análisis aquí, lo cierto es que ninguna duda cabe en relación a que el propio sistema laboral —con todas las normas que lo gobiernan— según se encuentra vigente hoy, al no contemplar una reparación sistémica de estos perjuicios, nos obliga a tener que determinarlos según las reglas generales de la responsabilidad civil regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, con mayor detalle a partir de su art. 1716.

Vale aclarar que el hecho de tener que utilizar las normas generales de la responsabilidad civil no implica de modo alguno abandonar la mirada, y hermenéutica que corresponde realizar en función de los principios propios del derecho laboral, especialmente el principio protectorio.

Claro está, a la luz del interminable repertorio de antecedentes jurisprudenciales de nuestro máximo tribunal, que la reparación deberá ser siempre plena, so riesgo de constituir una arbitrariedad violatoria del art. 19 de la Constitución Nacional (Fallos Santa Coloma, Gunther, Aquino, Ontiveros; Grippo, entre otros).

De aquí que se deba subsumir el reclamo de daños y perjuicios dentro del sistema de responsabilidad civil gobernado por las normas del derecho común a fin de no incurrir en omisiones técnicas que puedan dar lugar a un rechazo de la pretensión indemnizatoria no tarifada que se viene tratando.

Es entonces que conviene repasar cómo se sistematizan, en este tipo de supuestos, los cuatro elementos clásicos de la responsabilidad civil.

Comenzando por el presupuesto de la antijuridicidad se puede advertir que la misma se refleja fácilmente, pues el empleador ha incumplido la normativa laboral que obliga a registrar debidamente al trabajador, registración que debe ser coherente con la realidad del vínculo. En tal sentido encontramos no sólo una antijuridicidad material —acción que contraría al ordenamiento en general— sino peor, una antijuridicidad o ilicitud formal ya que es violatorio de normas específicas que imponen una obligación en cabeza del empleador (art. 7 Ley Nro. 24.013).

En relación al factor de atribución, debemos recordar primeramente que nos encontramos dentro del análisis de la responsabilidad civil contractual, o como mejormente ha delineado cierta doctrina moderna, responsabilidad obligacional.

Resulta claro que la obligación que se impone al empleador es de resultado, y no de medios, dado que no se pretende que el empleador despliegue un máximo esfuerzo en cumplir la normativa sino que se le exige concretamente un resultado, el de registrar correctamente la relación laboral. En este sentido y como pacíficamente se entiende tanto en doctrina como jurisprudencia, el incumplimiento de una obligación de resultado encuadra dentro de un factor de atribución de tipo objetivo, ello con motivo de que no resulta necesario ingresar a analizar el grado de reprochabilidad que se imputa al sujeto ocasionante del daño, ni por culpa ni por dolo.

De esta forma no resultaría atendible una defensa que pretenda esgrimir falta de culpa, intentando demostrar que existían circunstancias económicas o de cualquier tipo que llevó al empleador a incumplir su obligación.

De igual manera, y más allá del pleno convencimiento de quien suscribe respecto de que corresponde la aplicación de un factor de atribución objetivo, y para el hipotético caso de que algún magistrado entendiera viable la posibilidad de analizar la conducta a la luz de un factor de atribución de tipo subjetivo, lo cierto es que la calificación del accionar del empleador es, cuanto menos culposa —entiende esta parte en verdad que se trata de una conducta dolosa— ya que no existen razones disculpatorias o que permitan interpretar que no existe reproche alguno al modo de proceder del empleador.

Vale recordar aquí, que en caso de que se analice en torno al factor de atribución subjetivo, no resulta indiferente la calificación de la conducta entre culposa y dolosa dado que conforme lo previsto en el art. 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación, son distintas las consecuencias por las que se responde en uno y otro caso.

Ya en torno al análisis causal, y recordando que el Código Civil y Comercial ha impuesto la utilización de la teoría de la causalidad adecuada, que es aquella que indica que será causa de un resultado la que según el orden común y ordinario de las cosas suele acontecer —art.1726—, se puede sostener, sin ningún tipo de duda al respecto, que los daños que se reclaman tienen un vínculo causal adecuado, por cuanto, y esto resulta un hecho notorio según las máximas de experiencia, la inexistencia o irregularidad de registración conllevan perjuicios directos en el trabajador que se ve privado de gozar de derechos que contienen beneficios, muchos de ellos materiales y otros en su calidad de vida, es decir, inmateriales.

Por último en cuanto a la determinación y cuantificación del daño, resulta imprescindible remarcar, con el fin de una mayor claridad expositiva, que como bien lo expresa hoy el Código Civil y Comercial, deben ser resarcidas las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que deriven del menoscabo de los diferentes bienes jurídicos o intereses no reprobados que el ordenamiento jurídico tutela y en forma plena (art. 1740).

En efecto, para no incurrir en superposición de «rubros indemnizables», es dable destacar que sin perjuicio de los diferentes tipos de bienes jurídicos o intereses protegidos, como la salud, integridad física, integridad psíquica, estética, patrimonio, estadios espirituales, etc., de lo que no caben dudas es que el efecto nocivo se refleja en el patrimonio o en el fuero íntimo e intangible del lesionado, por lo que se resarcen consecuencias patrimoniales o extra patrimoniales, en la primera tendiendo el resarcimiento a su equivalencia, como forma de intentar ubicar las cosas en el estado anterior al daño (art. 1740 CCyC), y la segunda como sustitutiva o compensatoria (art. 1741 CCyC) de los dolores, molestias, etc. sufridos.

Así entonces se pueden ubicar como perjuicios, entre otros, a «la imposibilidad de acceder en el futuro a un beneficio previsional (o su recepción en un monto menor al que correspondería en función del ingreso real), su privación en caso de invalidez, la ausencia de obra social (para el trabajador y su familia), la carencia de protección de una ART, la falta de acceso al crédito bancario, la imposibilidad de resistir los excesos en el ius variandi, la restricción a los derechos individuales de la libertad sindical, la pérdida de los beneficios y servicios sociales provistos por los sindicatos (mutualidades, préstamos, turismo, deporte, etc.), la inseguridad de sus ingresos, y la amenaza siempre latente y por ende el miedo a perder el empleo» (Vide: Reparación plena de los daños antes tarifados por las Leyes 24013 y 25323 Autor: Formaro, Juan José; Cita: RC D 451/2024) En este sentido, y dada la reconocida interpretación mayoritaria que veda la legitimación activa al trabajador para reclamar los aportes que no fueran ingresados por el empleador al sistema de la seguridad social durante toda la relación laboral, no implica que ello no conlleve un verdadero daño económico para el trabajador que para acceder al beneficio jubilatorio deberá trabajar más o desembolsar de su propio peculio los aportes que no fueran ingresados. Esto implica una consecuencia patrimonial directa y que en términos de reparación debe ser indemnizado y cuya legitimación sí posee el trabajador, sin perjuicio de otros daños materiales que puedan surgir de las pruebas que puedan producirse en la instancia judicial.

Como una de las posibles pautas a tener en cuenta en cuanto a las consecuencias patrimoniales, entre otras, encontramos que la falta de pago de la contribución patronal (exclusivamente en lo que hace al componente jubilatorio), representa una suma de dinero que injustificadamente se ha ahorrado el empleador y que el trabajador deberá cubrir de su bolsillo para poder acceder al beneficio jubilatorio en su caso. Hemos descontado la parte del aporte jubilatorio que realizaría el propio trabajador en función de que, en tal caso, es el empleador quien normalmente hace las veces de agente de retención y lo imputa al Sistema de Seguridad Social, y que al no habérselo retenido (salvo que se comprobare que efectivamente ocurrió) sólo se podría reclamar el valor de la contribución patronal.

Así entonces la alícuota que debería cubrir el trabajador para acceder al beneficio jubilatorio en los mismos términos que si se lo hubiera registrado es la del 10,77% de cada uno de los haberes devengados.

Antes de continuar, es bueno realizar una pequeña disquisición en relación a un posible planteo de prescripción de la patronal para todos aquellos aportes no reclamados que superaren el plazo de prescripción. En tal sentido entiende este parte que el daño ocasionado se termina de consolidar recién al momento del distracto, pues entiendo que el daño técnicamente es uno sólo, el de la imposibilidad de acceder correctamente a la jubilación que se termina de constituir recién al momento del distracto. En dicha inteligencia el paso de cada período mensual no hace más que agravar el daño, sin llegar a constituir un daño nuevo sino el reflejo nocivo agravado de uno mismo.

En otras palabras, lo que se quiere referir es que el daño es uno sólo y se patentiza al momento de la finalización de la relación laboral, comenzando al finalizar el primer mes de trabajo y que según el paso de cada período mensual va agravando o maximizando su cuantía únicamente.

Por otro lado, y en caso de que no se coincidiera con la idea antes esbozada, debemos recordar que nuestro Código Civil y Comercial ha contemplado la posibilidad de dispensar del plazo de prescripción ya ocurrido en determinados supuestos excepcionales (art. 2550). Estoy convencido que efectivamente esta excepcionalidad la reviste el caso de un trabajador que por la necesidad imperiosa de poder contar con un trabajo que es el que le genera su sustento diario se ve privado a lo largo de toda la relación laboral de reclamar la contribución patronal en cada uno de los períodos en que debe ser ingresado al Sistema de la Seguridad Social por el riesgo mismo de perder su fuente de ingresos.

Ya en el orden de las consecuencias no patrimoniales o el denominado daño extrapatrimonial o antiguamente reconocido como daño moral, podemos observar que un sinnúmero de los derechos mencionados más arriba que no goza la parte trabajadora por el hecho de la irregularidad denunciada, conlleva un detrimento que tiene una vinculación directa con sus estadios espirituales, que van desde el miedo a perder el empleo o poder reclamar muchos derechos, la desazón de saber que no podrá jubilarse en tiempo y forma como es debido, la tristeza de vivir en una situación que conlleva desprotección para sí y el entorno que depende de él, y la vulnerabilidad que de ello se desprende, junto con la privación del ejercicio de una vida más confortable que implicaría poder gozar de la totalidad de los derechos. Esto refleja realmente una minusvalía en su bienestar espiritual que debe ser integralmente indemnizada.

En este sentido es bueno recordar que sin perjuicio de otros aspectos del daño que puedan ser probados en el caso particular, muchos de ellos, y que fueran mencionados anteriormente, se prueban en sí mismos, o como indica el aforismo: *in re ipsa*, ello por el hecho de que la privación de registración correcta ante los organismos de la seguridad social refleja un hecho notorio que se desprende de las máximas de experiencia y que como tal se encuentran relevadas de prueba en concreto.

En otras palabras, cualquier operador del derecho conoce con precisión las privaciones de derechos que implican ausencias de una vida más digna y que se derivan de la falta de goce de los derechos relacionados con la correcta registración de la relación laboral.

En relación a la cuantía y ponderando las satisfacciones sustitutivas y/o compensatorias que la nueva norma del Código Civil y Comercial de la Nación impone como guía, es menester precisar que a la hora de justificar los montos que se reclamen oportunamente, se deberá cotejar con diferentes alternativas de destino que pueda dársele al dinero peticionado a los fines de procurar alegrías al trabajador que sean capaces de compensar ese detrimento inmaterial padecido. Desde luego que no todos los casos son idénticos, y que soy de la idea mayoritaria que en materia de daños y perjuicios pregonaba que no tiene por qué guardar relación con el daño patrimonial, constituyendo partidas presupestarias completamente autónomas.

Del mismo modo advierto la necesidad de reivindicar más que nunca el correcto resarcimiento de las consecuencias no patrimoniales en donde la zozobra, las privaciones, los miedos, entre otros padecimientos de la parte trabajadora pueden llegar a ser considerablemente más significativos que la indemnización de las consecuencias patrimoniales.

Por último, es bueno recordar que, como se advirtió al comienzo del presente, el cambio de opción a manos del legislador de pasar de un sistema de tarifación del daño a uno de reparación integral no resultaría en sí mismo inconstitucional sino que sería uno de los caminos legítimos viables. En tal sentido implica precisamente que el nuevo sistema

que tienda a la reparación integral del daño efectivamente sufrido no se constituya en una mera declamación que se llena de manera abstracta concediendo una suma irrisoria sin guardar relación con la realidad, puesto que en tal caso, la reforma prevista en los arts. 99 y 100 de la llamada Ley Bases se convertirían claramente en inconstitucional, por ser violatoria del principio de «progresividad» o «no regresividad» que debe imperar en materia de derecho del trabajo y que integra la Constitución Nacional por lo previsto en el art. 75 inc. 22 que incorpora entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio este reconocido por la CSJN en diferentes fallos: «Aquino»; «Milone»; «Madorran» entre muchos.

Por ello, para que no sea vea vulnerado el mentado principio con la eliminación de las multas, debe otorgarse lugar a la parte trabajadora de encontrar reparación plena en los restantes institutos generales del derecho.

De esta forma, solamente podría sostenerse que no viola el principio de progresividad la eliminación de los agravantes indemnizatorios que fueran normados en las leyes 24.013 y 25.323, en la medida que los perjuicios que antes indemnizaban las normas previstas en esas leyes, sean reparados por otros medios. En caso contrario, la normativa que se encuentra vigente sería regresiva, y como tal inconstitucional.

Para finalizar el presente ensayo, creo oportuno recordar una cuestión no menor en materia de daños y perjuicios, máxime en tiempos de elevada inflación en Argentina, que como ya lo han sostenido doctrina y jurisprudencia pacíficamente, las deudas por indemnizaciones de daños y perjuicios revisten calidad de deudas de valor por lo que su estimación debe hacerse al momento del dictado de la oportuna sentencia de mérito, por lo que todos los montos reclamados deberán ser correctamente adecuados en esa oportunidad.

Así lo tiene entendido incluso la doctrina, que en la conclusión de la Comisión Nro. 2 «Obligaciones: Obligaciones de dar dinero» en XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Bahía Blanca, Octubre de 2015, por voto mayoritario expuso: «Deben encuadrarse como obligaciones de valor las indemnizaciones de daños, la obligación de alimentos, la deuda de medianería y el valor colacionable» y en forma unánime: «El momento para la cuantificación de la deuda de valor será el determinado por las partes en el contrato, o la sentencia en el caso de deudas judiciales».

Hasta aquí se ha hecho un repaso de las ideas que se entiende deben ser guía para un correcto encuadre de los reclamos de daños y perjuicios derivados de inexistencia o irregularidad en la registración de las relaciones laborales, entendiendo que para su procedencia resulta imperioso delimitar con precisión cada uno de los elementos que hace al reconocimiento de la indemnización integral conforme la elección efectuada por el legislador a partir de la Ley Bases.

En la inteligencia seguida anteriormente, queda un largo camino por recorrer por todos los operadores jurídicos, que seguramente lleve un largo tiempo estabilizar y coincidir por lo que aún está todo por realizarse, pero que entiendo, sólo llamando a las cosas por su nombre, podremos emprender este enorme desafío de lograr, en términos ya de los daños y perjuicios en el marco del derecho laboral: «dar a cada trabajador lo suyo».

Registración de la Relación Laboral - Solidaridad Laboral -
Principio de Progresividad - Derecho Laboral -
Inconstitucionalidad

17-marzo-2025



La solidaridad en la denominada reforma laboral Ley 27.742

POR RONALDO ROBLES ¹

MJ-DOC-18146-AR | MJD18146

Sumario: I. Antecedentes Normativos. II. Solidaridad antes de la reforma. III. Nuevo escenario de la Solidaridad.

I. Antecedentes normativos

Corresponde recordar que con el dictado del decreto necesidad y urgencia 70/2023, y en sus considerandos se sostuvo, que: Que el empleo formal registrado no crece desde el año 2011, y es un hecho demostrado que las medidas estructurales adoptadas por la Ley de Empleo N° 24.013 y por la Ley N° 25.323 no han podido revertir el problema de la informalidad», y puntualmente en el Título IV - TRABAJO, Capítulo II - Ley de contrato de trabajo - Ley N° 20.744 (t.o. 1976), ARTÍCULO 69.- Sustitúyese el artículo 29 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

«ARTÍCULO 29.- Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados».

Que esa pretendida reforma, fue ampliamente cuestionada, se dispuso la suspensión de la normativa por decisiones judiciales, recordando lo manifestado por el Dr. Cesar Árese en artículo de Rubinzal-Culzoni «Deconstruyendo la reforma laboral del DNU 70/2023» ², <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/doctrina/articulos/ver/2162974/>, que dijo:

1 Abogado (U.B.A.) - Máster Universitario en Dirección de Empresas (Universidad de Alcalá y Universidad Nacional de Salta) - Especialista en Derecho Laboral (Universidad Nacional del Litoral) - Especialista en Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de Rosario) - Juez del Trabajo, Metán, Salta.

2 Autor: Arese, César, Cita: 733/2023, Fecha de publicación: 22/12/2023

IX. Arquitectura regresiva: En fin, no existen en el DNU 70/2023 senda alguna de progresividad de derechos laborales, sino una amplia avenida de regresión y varias inconveniencias e inconstitucionalidades. Se creía, como dice la CSJN que, en el marco de cuestiones relacionadas con el Derecho del Trabajo y el Derecho Previsional, el principio de progresividad o no regresión «veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no solo es un principio arquitectónico de los derechos humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia»[1 Fallos: Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores vs. Poder Ejecutivo Nacional y otro s. Acción de amparo, CSJN, 24/11/2015, Rubinzal Online, www.rubinzalonline.com.ar, 906/2012, RC J 7517/15; Benedetti, Estela vs. Poder Ejecutivo Nacional - Ley 25561 - Decretos 1570/2001 y 214/2002 s. Amparo, CSJN, B.1694.XXXIX, 16/09/2008, Rubinzal Online, RC J 3660/08, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; Sánchez, María del Carmen vs. Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s. Reajustes varios, CSJN, S.2758.XXXVIII, 17/05/2005, Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN, RC J 101904/09, voto del juez Maqueda Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. s. Accidente - Ley 9688, CSJN, A.2652.XXXVIII, 21/09/2004, Rubinzal Online, RC J 4176/04, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.]. Es más, agrega este tribunal, el «impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, sumado al principio pro homine determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana; y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales» («Escalona», 344:1070)[2 CSJN, Notas de jurisprudencia, septiembre de 2021, jurisprudencia@csjn.gov.ar, pdf.]. Si, como dicen los órganos de control de Naciones Unidas y la Comisión de Expertos y Aplicación de Convenios de OIT, «los derechos del trabajo son también derechos humanos»[3 Declaración conjunta de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y las presidencias de los Órganos de Tratados de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, 2023.] y una sociedad democrática no admite retrocesos en derechos sociales, todo esto, la aplicación de un DNU regresivo en derechos, recién comienza.

No surge duda alguna que ese DNU 70/23 al pretender plasmar derogaciones y modificaciones de las leyes laborales, mantuvo una clara visión regresiva de los derechos laborales de los trabajadores, en franca contradicción con el «principio de progresividad» incorporado constitucionalmente, en los incs. 19, 23 y 22 del art. 75 de nuestra Constitución Nacional, en los artículos 2.1 y 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y artículo 1° del Protocolo de San Salvador Adicional a la Convención Americana sobre Derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 24.658).

Se desconoció que ese «principio de progresividad» tiene especial significación en nuestra disciplina, conforme al criterio de interpretación de la CSJN a partir del fallo «Aquino» (21/09/2004) y en diversos precedentes que dijo: «En ese sentido, la Corte Suprema, ha puesto de relieve que el «impulso a la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos» sumado al principio pro homine determinan que «el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplica-

ción no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales» (Fallos: 330:1989, considerando 8, op. cit. Y sus citas). Es que, no puede perderse de vista que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, y que, en materia de hermenéutica, con arreglo al principio in dubio pro justitia socialis, la preceptiva debe ser interpretada a favor de quienes, al serle aplicada con, este sentido, tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad (dictamen de la Procuración General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones remitió la Corte Suprema en Fallos: 341:954, «Ortiz» y sus citas).

En efecto el art. 69 del DNU 70/2023, modificaba el art. 29 de la LCT, implicaba consecuencias desfavorables para los trabajadores, en razón de que no resulta razonable que quien se beneficie directamente del cumplimiento del débito laboral del trabajador no sea considerado empleador, en total contradicción con la definición de «empleador» que establece la propia Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 26, al señalar que es la «persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador». El citado artículo 26 de la LCT, determina quienes pueden ser empleadores. Con acierto se señala «que rigurosamente lo que se requiere en forma indispensable para ser empleador es la llamada capacidad de derecho, es decir la de ser titular de derechos y deberes jurídicos en sentido lato» Obra. LOPEZ, CENTENO y FERNANDEZ MADRID, ob. cit, p. 240 ³.

Diego M. Tosca dice: «En el ámbito de la jurisprudencia nacional, se buscó desalentar este tipo de intermediaciones fraudulentas declarándose, a través de un fallo plenario, que «cuando de acuerdo con el primer párrafo del artículo 29 de la LCT se establece que el trabajador ha sido empleado directo de la empresa usuaria de sus servicios, procede la indemnización prevista en el artículo 8º de la ley 24013 aunque el contrato haya sido inscripto solamente por la empresa intermediaria»(CNAT, en pleno, fallo plenario 323 del 30-6-201, en autos «Vazquez, María Laura c/Telefónica de Argentina SA y otros/Despido»). Esta sanadora doctrina plenaria perdería vigencia en caso de consolidarse la modificación legal bajo análisis ⁴.

Que fracasada esa pretensión de Reforma Laboral con el DNU 70/2023, el Poder Ejecutivo Nacional insiste, y remite un nuevo proyecto el que finalmente fue sancionado y promulgado con la Ley 27.742 (B.O. 08/07/2024), y conocida como Ley de Bases y Punto de Partida para la Libertad de los Argentinos.

En el ámbito laboral, la normativa vigente en el Título IV, pretende la formalización del empleo (arts.76/81), se incluye en el Título V «modernización Laboral», capítulo I, Mo-

3 Sujetos del Contrato de Trabajo por Horacio Las Heras y Pablo Salpeter. El empleador pág. 117/118. Obra: Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo II, la relación Individual de Trabajo-I, Mario E. Akerman -Director- Diego M. Tosca -coordinador- Rubinzal Culzoni Editores- Imprenta Lux S.A.06/10/2005.

4 Publicación de Diego M. Tosca: EL ARTICULO 29 DE LA LCT CONFORME EL ARTICULO 69 DEL DNU 70/2023. LA CONVALIDACIÓN LE GAL DEL FRAUDE. LA MODIFICACIÓN DEL ARTICULO 136.Revista DE DERECHO LABORAL, 2024-I, La reforma laboral intentada por DNU 70/2023, RUBINZAL - CULZONI EDITORES, Talleres Gráficos de imprenta Lux S.S., 19/03/2024. Artículo Página 183/184.

dificaciones a la Ley 24.013 (arts. 82/87) y en el Capítulo II - Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo (arts. 88/96) y respecto de la solidaridad se dispone: ARTÍCULO 90.- Sustituyese el artículo 29 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:.

Artículo 29: Mediación. Intermediación. Solidaridad. Subsidiariedad. Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral, sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas. La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.

En efecto, en el artículo consignado se resalta, el agregado «in fine», el que no se encontraba en el artículo 69 del DNU 70/23.

II. Solidaridad antes de la reforma

En la prestación laboral, no surge duda de que el empleador en algunas ocasiones, decide contratar personal, recurriendo a terceras personas, por lo que en esa prestación se vinculan tres actores, y la normativa anterior disponía al empleador directo de quien utilizaba la prestación del trabajador, evitando las maniobras de fraude, tal como lo prescribe el art. 14 de la LCT, es así que existe numerosa jurisprudencia que al acreditar el inicio de su débito laboral para un empleador, con intermediación de terceros y con posterioridad continuar idénticas labores con otra persona jurídica, pero realizando las mismas labores sin interrupción alguna, no quedaba duda alguna que esa operatoria contractual fue realizada en fraude, por aplicación del art. 14 de la LCT y en consecuencia ese contrato de trabajo, se encuadrada en el primer párrafo del art. 29 de la LCT, como empleado directo de la empresa que utilice su prestación.

Conforme se señalara, en el anterior art. 29 de la LCT, se contemplaba la posibilidad de la contratación de los trabajadores por terceros, por lo que en esa intermediación se consideraba empleador a quien se beneficiaba del débito laboral y la responsabilidad solidaria del «tercero proveedor de personal» como colocadores de personal no habilitados como empresas de servicios eventuales, de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y del régimen de seguridad social, recordando que la Ley 24.013 (arts. 75/80) regulaba las condiciones de las empresas eventuales debidamente habilitadas. Es decir que, en la anterior redacción, se encontraba prevista esa eventual maniobra de fraude laboral, en el supuesto de que el empleador pretendiera eludir las consecuencias derivadas de esa contratación, criterio convalidado jurisprudencialmente.

La ley dispone que los trabajadores contratados por terceros con vistas a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación (art. 29 LCT). La doctrina explica que esta disposición legal hace imposible la interposición fraudulenta porque frustra su resultado (evadir las normas legales). El empresario que utiliza los servicios de los trabajadores contratados por el intermediario es el empleador directo y, por lo tanto, está directamente sometido a todas las obligaciones, deberes y cargas que la relación de trabajo le impone, incluso las relativas al registro y

documentación de la relación. A su vez, si bien por mandato legal el intermediario «se suprime» en la contratación, para protección y garantía del dependiente se establece su responsabilidad solidaria respecto de «todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social»⁵.

III. Nuevo escenario de la solidaridad

Que al estar por los términos del nuevo artículo 29 de la LCT, tenemos que refiere que «Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral» y concluye que «La empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última», es decir que se deja sin efecto la situación anterior de ser considerado empleador directo de quien se beneficie del débito laboral, y tener por empleador solo a quien registre la relación laboral, lo que no hace más que convalidar el fraude laboral.

Adviértase que en el anterior artículo 7° de la Ley 24.013, se entendía que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador en el libro especial del art. 52 LCT o en la documentación prevista en los regímenes jurídicos particulares y en los registros del art. 18, inc. a) de la Ley 24.013, normativa que actualmente se encuentra modificada en el Título V «Modernización Laboral» (con los artículos 82,83,84 y 85) modificando el artículo 7°, e incorporando los artículos 7° bis, 7° ter, 7° quáter, y puntualmente el art. 7 bis dice: «La registración efectuada en los términos del artículo 7° se considerara plenamente eficaz cuando hubiera sido realizada por cualquiera de las personas humanas o jurídicas intervinientes» y el nuevo artículo 7° dice que la relación o contrato de trabajo se encuentran registrados cuando el trabajador esté inscripto en las formas y condiciones que establezca la reglamentación. Dicha registración deberá ser simple, inmediata, expeditiva y realizarse a través de medios electrónicos.

Como se señalara en las nuevas relaciones laborales, no resulta razonable que en esa vinculación laboral del trabajador, pueda sostenerse con la validez que pretende el art. 7 bis de «eficaz» que su contrato de trabajo se encuentra debidamente registrado, por la sola circunstancia de que «cualquiera» lo registre y no el directo beneficiario de su prestación debito laboral, especialmente que se encuentra vigente el art. 26 de la LCT, que define como empleador a quien requiera los servicios del trabajador, normativa que se articula con los artículos 21, 22 y 23 de la LCT.

No resulta entendible, que con la redacción señalada pueda sostenerse una «Modernización Laboral», tal como surge del Título V de la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, cuando no se observa del nuevo texto, que se pretenda resguardar o proteger los derechos del trabajador, con un total desconocimiento del

5 Raffaghelli Luis -Director; Ley de contrato de trabajo n° 20.744. Comentada por jueces y juezas del trabajo. Tomo I: artículos 1 a 102; IJ Editores; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2020; pág. 174.

«principio de no regresión en materia de derechos fundamentales» y que en reiterada jurisprudencia la CSJN sostuvo la confirmación del principio protectorio y que el trabajador constituye un sujeto de preferente tutela constitucional, recordando que en los fallos «Aquino» y «Vizzotti» se marcó una tendencia de la protección del trabajador y sus derechos y que en el precedente «Milone» (fallo: 327: 4607) sostuvo que una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales.

En efecto en ese «nuevo escenario» de las nuevas relaciones laborales, el trabajador se encuentra totalmente desprotegido en sus derechos, quedando expuesto a la discrecionalidad de quien asumirá su condición de «empleador», por la sola circunstancia de que se cumpla con su registración laboral por «cualquiera» que registre su contrato, cumplimiento con lo dispuesto por el art. 7 bis de la Ley 24.013. Es decir no necesariamente de quien se beneficie directamente del cumplimiento de su debito laboral, lo que no hace más que configurar una situación de fraude laboral, al surgir la posibilidad de que el trabajador se encuentre debidamente registrado según la nueva normativa, percibiendo sus salarios con un convenio colectivo distinto al que corresponda en razón de la propia actividad económica que despliegue por parte del empresario que se beneficia directamente de sus labores, importando esa registración una situación fraudulenta (art. 14 LCT) y violatoria del principio de buena fe (art. 63 LCT).

Que esa situación señalada de que el trabajador perciba sus salarios con la aplicación de un convenio distinto a la actividad cumplida en la empresa usuaria, como consecuencia de esa nueva registración laboral, es decir la registración de su contrato de trabajo por «cualquiera», nos encontramos en que en el supuesto de intervención de una «empresa de servicios eventuales» se le garantizaba al trabajador la percepción de sus salarios conforme a la actividad económica de la empresa usuaria, tal como lo dispone el art. 29 bis de la LCT, que dice «in fine»: «El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria. (Artículo incorporado por Art. 76 de la Ley N° 24.013 B.O. 17/12/1991), recaudos o extremos que no se garantizan al trabajador con la modificación introducida por la Ley 27742, en el art. 29 de la LCT, por lo que se patentiza el eventual perjuicio del trabajador en la percepción de sus salarios, especialmente cuando no se cumpla con los principios de buena fe del art. 63 de la LCT, por lo que en los supuestos que no intervenga una empresa de servicios eventuales, se evidenciara el trato discriminatorio en la percepción de los salarios del trabajador, respecto de otros trabajadores con igual categorial laboral que cumplan idénticas labores en la jornada laboral para la empresa usuaria.

Insisto, no surge duda alguna que la modificación introducida por el Art. 90 de la Ley N° 27742, importa un indudable efecto regresivo de la normativa laboral anterior (contraviniendo el principio de progresividad de los art. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 2-1 del PIDESC), al no sancionarse la intermediación fraudulenta de mano de obra, y disponer que el empleador resulta «cualquiera» que registre esa relación laboral, beneficiando al verdadero empleador en su condición de «usuario» quien finalmente utiliza a su exclusivo beneficio la prestación de servicios del trabajador, propiciando claramente el fraude laboral, previsto en el art. 14 de la LCT, en

el supuesto que «cualquiera» que registre esa relación laboral con el trabajador no cumpla con la calidad de «empresario», contraviniendo lo que prescribe el art. 5 de la LCT, que dice «., se entiende como «empresa» la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios se llama «empresario» a quien dirige la empresa».

Diego M. Tosca en la «reedición» de su artículo de Revista de Derecho Laboral dice: «En definitiva, si una empresa tiene como único objeto proveer trabajadores, registrándolos como tales y enviándolos a prestar servicios a una tercera empresa, la situación queda subsumida en la previsión del art. 14 de la LCT, que aparta al contratante interpuesto, pues considera nula la figura. Si se trata de un mero intermediario, de un sujeto, persona humana o jurídica, que no tienen otra función que la de aportar trabajadores a terceras empresas, sin tener ella misma un claro y definido objeto empresarial —objeto que no puede ser, cabe insistir, proveer trabajadores—, la situación quedará regida por el artículo 14 de la LCT, norma que sanciona con la nulidad de las maniobras, y que por lo tanto lleva a considerar empleador a quien utiliza los servicios del trabajador, no obstante que lo registre quien lo provee (ha sido considerado un caso de interposición fraudulenta la provisión de personal por parte de quien no reviste la calidad real de organización empresarial (CNAT, sala II, 22-5-2009. «Zoccoli, Alejandro c/Edesur S.A.»)⁶.

Señala Daniela Favier, en su artículo «Reflexiones preliminares sobre la modificación proyectada por la Ley Bases sobre la responsabilidad solidaria en materia de intermediación, art. 29 LCT» de MicroJuris: «En cambio, da una solución distinta si las personas son contratadas por intermedio de empresas de servicios eventuales, allí la norma establece que quien es el titular de la relación laboral es la empresa de servicios eventuales; siempre que estuvieren correctamente habilitadas para tal fin. Ahora bien, tanto el DNU como la LB modifican de manera gemelar el texto y concuerdan en dejar una sola situación sin hacer distinción, que «Los trabajadores serán considerados empleados directos de aquellos que registren la relación laboral», vemos que queda en incertidumbre, en principio, la titularidad de la relación laboral. La práctica nos ha demostrado que se da muchas veces la no registración de la relación y en el caso de registrarse lo hace quien no tiene solvencia económica para hacer frente a las obligaciones laborales ni de la seguridad social; como así también existen empresas usuarias que tercerizan a través de otros, por lo general insolventes, la contratación de personal que debería ser contratados en forma directa de manera de diferir las responsabilidades e inclusive lograr con ello descuelgue de convenio colectivo, eludir la sindicalización, etc.

El texto modificado respecto a esto daba certidumbre al poner directamente en cabeza de quien se «beneficia» con la prestación personal la titularidad de la relación, de manera de contrarrestar las consecuencias negativas de las situaciones de interposición fraudulenta o simulación⁷.

6 Publicación de Diego M. Tosca: EL ARTICULO 29 DE LA LCT modificado por la ley 27.742 - «LEY BASES». LA CONVALIDACIÓN LEGAL DEL FRAUDE. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 136. Revista DE DERECHO LABORAL, 2024- Suplemento especial, Ley 27.742: La reforma laboral en la Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentino, RUBINZAL - CULZONI EDITORES, Talleres Gráficos de imprenta Lux S.S., 06/09/2024. Artículo Páginas 113/121.

7 Título: Reflexiones preliminares sobre la modificación proyectada por la Ley Bases sobre la responsabilidad solidaria en materia de intermediación, art. 29 LCT. Cita: MJ-DOC-17808-AR

Otra cuestión a considerar de la modificación del art. 29 de la LCT, es la situación irregular que se origina, respecto de la prestación de sus servicios por parte de las empresas de servicios eventuales (art.29 bis de la LCT) las que se encuentran obligadas al cumplimiento de las disposiciones de los artículos 77, 78, 79 y 80 de la Ley 24.013, normativa que se encuentra vigente, y en la redacción del nuevo artículo 29 de la LCT, se permite en el nuevo escenario laboral la incorporación de «intermediarios para la provisión de personal», que pueden ser persona humana o jurídica, con la única finalidad de suministrar trabajadores a terceras empresas, lo que no hace más que convalidar situaciones fraudulentas, especialmente que en la actualidad las agencias de empleo debidamente registradas como empresa de servicios eventuales, tienen como única finalidad de poner a disposición de las empresas usuarias trabajadores en forma temporaria o extraordinaria, sólo se encuentran autorizadas para proveer personal a terceros, para cumplir en forma temporaria servicios determinados de antemano, o responder a exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, recordando que el Decreto 1694/2006 regula su funcionamiento conforme lo establecido por la Ley de Contrato de Trabajo (t.o 1976) y sus modificaciones y la Ley de Empleo N° 24.013 y sus modificatorias.

Corresponde recordar una mala práctica laboral de algunos empleadores, que a los fines de precarizar el empleo con el fin de bajar el costo laboral, se realizan registraciones de manera irregular con una jornada inferior a la efectivamente cumplida, como así también el abuso en la contratación de personal, con la utilización de «cooperativas debidamente habilitadas», que en la práctica funciona como una «agencia de colocación de personal a terceros», pretendiendo alterar la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, recordando que las mismas se encuentran reguladas por la Ley N° 20.337, y que al estar por el art. 40 de la Ley N° 25.877 (18/03/04) que dice:«. serán considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social. Las cooperativas de trabajo no podrán actuar como empresas de provisión de servicios eventuales, ni de temporada, ni de cualquier otro modo brindar servicios propios de las agencias de colocación», tal como lo sostuvo la jurisprudencia en diversos precedentes y se dijo: «Constituye una de los supuestos más comunes de fraude enmascarados bajo la fachada de 'cooperativas de trabajo' la situación en la cual, como en el caso, la única finalidad de la cooperativa consiste en proveer servicios a terceros. Los interesados recurren a ella (una suerte de agencia) a fin de obtener empleo, deben asociarse y ésta, en tal carácter, los envía a terceros (clientes) donde se les asigna trabajo efectivo. La beneficiaria persigue un interés ilícito interponiendo a la cooperativa entre ella y los trabajadores subordinados que le sirven para cumplir su actividad empresaria, con la clara intención de no cumplir ninguna de las normas del derecho laboral coactivo. Así, la constitución de la sociedad cooperativa para proveer trabajo a terceros (es decir sin fines cooperativos ya que el aporte del trabajo no será para ésta sino para terceros) pretende soslayar la solidaridad que prevé la ley (art.29, LCT). La obtención de personal por dicha vía resulta a todas luces más 'económica' que la contratación de trabajadores con las correspondientes cargas sociales»⁸.

| MJD17808, Producto: LJ,MJ, Fecha: 24-jun-2024, microjuris.com.

8 Ramírez, Walter Antonio vs. Procter & Gamble Argentina S.R.L. y otros. Despido /// CN-Trab. Sala X; 11/03/2019; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 5343/19.

Resulta oportuno recordar, que a los fines de sortear esos obstáculos de registrar correctamente los contratos de trabajos, a los efectos de efectivamente garantizar condiciones dignas y equitativas de labor, permitiendo a los trabajadores el goce pleno de sus derechos laborales, los empresarios para la provisión de su mano de obra y siempre manteniendo el criterio de la baja de costos laborales, con el solo propósito de eludir los aportes y contribuciones al sistema de la seguridad social, utilizan otra modalidad para la provisión de mano de obra, utilizando la figura de una Asociación Civil, la que se registra y obtiene su personería jurídica, únicamente con el objeto de frustrar derechos de terceros, en este caso de «trabajadores» y con objeto social, tales como, entre otros como «promocionar y fortalecer actividades que vinculen a productores y consumidores» e involucran a trabajadores en la condición de asociados, pero en realidad tienen como única finalidad evadir las leyes laborales, los registran como monotributistas, quienes emiten facturas por sus servicios a la empresa usuaria por el cumplimiento de su debito laboral, no resultando razonable por el principio de la primacía de la realidad de que se pudiera considera al trabajador como un empresario, resultado simplemente un ardid para no aplicar las normas de orden público al contravenir los artículos 7,9 y 14 de la LCT, tal como surge del siguiente precedente ⁹.

Adviértase, que en la «Modernización Laboral» que se publica con la Ley de Bases, no surgen modificaciones en la normativa para el funcionamiento de la empresas de servicios eventuales, por lo que se mantienen las exigencias legales para su actividad como proveedora de mano de obra (arts. 75/80 de la Ley 24.013 y Decreto Reglamentario 1694 del 22/11/2006) recaudos o exigencias que no se imponen a los nuevos empleadores proveedores de mano de obra, tal como reza en el nuevo art. 29 de la LCT que dice: «sin perjuicio de haber sido contratados con vistas a utilizar su prestación o de proporcionarlos a terceras empresas», por lo que se ocasiona a las empresas de servicios eventuales, una competencia desleal por la incorporación en las relaciones laborales de terceras empresas (intermediarios) en la provisión de mano de obra a las empresas usuarias, que indudablemente afectara la actividad económica de aquellas.

Como se señalara, en la modificación del art. 29 de la LCT (Ley 27.742), se introduce una modificación, respecto del DNU 70/23, por lo que se establece que la empresa usuaria será responsable solidaria por las obligaciones laborales y de la seguridad social respecto de los trabajadores proporcionados, exclusivamente respecto de aquellas devengadas durante el tiempo de efectiva prestación para esta última.

Dicho de otro modo, con esa aclaración o acotación, no resultaría ajustado a derecho que se pretenda imponer obligación alguna a la empresa usuaria por un periodo laboral en el que no intervino, por lo que tampoco no se puede desconocer la posibilidad de un contrato de trabajo con pluralidad de empleadores (beneficiarios de los servicios del trabajador), es decir la figura del empleador múltiple contemplada en el art. 26 de la LCT, sin que sea requisito ineludible la existencia de un grupo económico. Por lo señalado, la norma hace responsable solidaria a la empresa usuaria, solo existe solidaridad en un único empleador.

9 Autos «Novoa, Jorge Hernán Vs. Austin Powder Argentina S.A. y/o Asociación Civil El Arca El Galpón y/o Saravia, Rosana Mabel S/ Ordinario», Expte. N° 7746/20, San José de Metán 04/05/203, registrado en libro de sentencia N° 41 Folio 238/259.

Contrato de Trabajo - Aplicación Retroactiva de la Ley -
Multa - Intereses - Tasa de Interés - Irretroactividad de la
Ley - Multa Laboral - Certificado de Aportes y Servicios -
Régimen de Trabajo Agrario - Prueba de Testigos - Despido
Sin Justa Causa - Código Civil y Comercial de la Nación -
Interpretación de la Ley

18-marzo-2025



Modificaciones introducidas por la ley 27.742 al Régimen de Trabajo Agrario

POR CRISTIÁN REQUENA ¹

[MJ-DOC-18147-AR](#) | [MJD18147](#)

La ley 27.742 (BO 08/07/2024), denominada “Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, representa —ni más ni menos que en el emblemático año del aniversario 50^a de la ley 20.744 (RCT-LCT)—, el mayor ataque regresivo (dado que, por el momento al menos, el brutal DNU 70/2023, no se encuentra vigente en su faz laboral por haber sido declarado inconstitucional in totum por la CNAT, lo cual se encuentra pendiente de revisión por ante la CSJN) que haya sufrido el Derecho del Trabajo en nuestro país, desde sus albores. A modo de mera aclaración, al referir a la regresividad (como contrapartida a su vez del principio de progresividad que rige para las leyes laborales), aludo a la desregulación propiamente dicha y a la flexibilización laborales.

No solo introduce significativas reformas en la LCT, sino que también lo hace abrogando normativa laboral contenida en otras leyes, como la 24.013, 25.013, 25.345 y 25.323, al tiempo que deroga normas de Estatutos Particulares (EP).

Abordaremos en la ocasión, las reformas e incidencia que se proyectan en el Estatuto del Trabajador Agrario (ley 26.727).

Entiendo, dado que este EP dejó de ser cerrado (como lo era con la ley 22.248) y pasó a integrarse con muchísima otra normativa laboral (leyes 24.013, 25.323, 25.345) y con el mismo RCT-LCT, en tanto admite la aplicación supletoria (art. 2º) y de hecho contiene disposiciones que remiten directa y expresamente a institutos del RCT-LCT, que todas las modificaciones introducidas pueden, eventualmente, afectar al RTA.

Así, en forma general, la primera afectación está dada por lo que se dispone en orden a diversa normativa que resulta también aplicable al RTA:

¹ Ex Vocal de la Cámara de Trabajo de San Francisco. Actual Vocal de la Sala Segunda de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Publicista. Autor de «Régimen de Trabajo Agrario Ley 26.727 Comentada», Alveroni Ediciones, Cba., 2013.

Artículo 99: “Deróganse los artículos 8° a 17 y 120, inciso a), de la ley 24.013; el artículo 9° de la ley 25.013; los artículos 43 a 48 de la ley 25.345; el artículo 15 de la ley 26.727 y el artículo 50 de la ley 26.844”.

Más allá de las abrogaciones generales que se efectúan de las incorrectamente llamadas “multas” que afectan a todo el Derecho del Trabajo —y que en realidad son verdaderas indemnizaciones o en algunos casos reagravamientos de éstas—, en lo que respecta al RTA se suprime expresamente el contenido del art. 15. Esta norma refería a: “Empresas de servicios para la provisión de trabajadores temporarios. Prohibición. Se prohíbe la actuación de empresas de servicios temporarios, agencias de colocación o cualquier otra empresa que provea trabajadores para la realización de las tareas y actividades incluidas en la presente ley y de aquellas que de cualquier otro modo brinden servicios propios de las agencias de colocación”.

La disposición tenía sentido dentro del marco tuitivo que con fuerza se instauraba a través del contenido integral de la ley 26.727, que abroga la ley 22.248 de la última dictadura cívico militar que asoló la Argentina y en lo específicamente laboral produjo normas desreguladoras, desprotectoras, flexibilizadoras, como la indicada. Más aún, esta norma debía leerse en consonancia con la del art. 14, que refiere a las cooperativas de trabajo, ya que se complementaban en orden al combate del fraude y simulación laboral.

Pero, lo más importante era que no se producía ninguna alteración funcional en el medio agrario, desde que la propia ley crea el “Servicio Público de Empleo para Trabajadores Temporarios de la Actividad Agraria” (arts. 65 a 68), al tiempo que subsisten las Bolsas de Trabajo (arts. 69 a 71), con lo cual no se advierte ninguna necesidad de este tipo de empresas tercerizadoras, sobre las cuales pesa siempre la fuerte sospecha de su utilización para precarizar la prestación a través del indicado fraude laboral. No obstante, bajo el pretexto del ejercicio de un valor tan caro a los seres humanos como es el de la libertad, se deroga esta norma tuitiva para abrir la posibilidad a que se introduzcan las empresas de servicios eventuales y con ellas mayor desprotección para un colectivo de trabajadores —como es el de los rurales— que, históricamente han sido explotados y sojuzgados.

En esta línea desprotectora, se sustituyen por el art. 98 de la ley 27.742, los arts. 16 y 69 del RTA. Veamos:

El art. 16 del RTA, es el que da inicio al Título III de la ley 26.727, referido a las modalidades contractuales del trabajo agrario. Estas, constituyen uno de los aspectos principales del régimen: El cambio de regulación (respecto de su ley antecesora) respecto de las modalidades contractuales, que a nuestro juicio es de los mejores logrados de esta normativa.

Es que, la ley 22.248, en extrema simplificación, establecía la existencia de sólo dos clases de trabajadores, conforme fuera su forma de contratación: permanentes y no permanentes. Los primeros eran los que poseían los mayores derechos, siendo los que primigeniamente contempló el Estatuto del Peón, es decir, el clásico peón de campo; mientras que los segundos eran básicamente los trabajadores de las cosechas (los temporarios, migrantes o golondrinas).

La ley 26.727 innova al respecto. No obstante mantener su preferente tutela hacia lo que continúa denominando trabajador permanente, establece una caracterización que

los desdobra en dos tipos de contrato de trabajo agrario: El permanente de prestación continua y el permanente de prestación discontinua. Y mantiene a los trabajadores no permanentes bajo la designación de su contratación como temporario.

Una de las cuestiones más significativas en este nuevo paso dado, es la expresa remisión que se efectúa hacia la aplicación de diversas normas del RCT-LCT, fundamentalmente las atinentes al sistema indemnizatorio con motivo del distracto.

El art. 16 pergeñado por la ley 26.727, disponía: “Contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua. El contrato de trabajo agrario se entenderá celebrado con carácter permanente y como de prestación continua, salvo los casos previstos expresamente por esta ley. No podrá ser celebrado a prueba por período alguno y su extinción se regirá por lo dispuesto en el Título XII de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias” (Énfasis agregado).

Dejando de lado las múltiples consideraciones a que da lugar esta norma, referenciaremos únicamente lo relativo a lo que se modifica por el art. 16 según la redacción de la ley 26.742, el cual ha quedado redactado de esta forma: “Contrato de trabajo agrario permanente de prestación continua. El contrato de trabajo agrario se entenderá celebrado con carácter permanente y como de prestación continua, salvo los casos previstos expresamente por esta ley. Su extinción se regirá por lo dispuesto en el título XII de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias.

Para los trabajadores de tiempo indeterminado del sector agrario será de aplicación lo dispuesto respecto del período de prueba en el artículo 92 bis de la ley 20.744” (Énfasis agregado).

Como se advierte claramente, lo que se ha habilitado es la aplicación del período de prueba, remitiendo para ello a lo que se dispone expresamente en tal sentido en el art. 92 bis, LCT (conforme redacción dada por la Ley Bases).

Supimos indicar en la obra referenciada supra, que: “[...] lamentablemente, con demasiada frecuencia la utilización del periodo de prueba se ha desvirtuado en su finalidad por el sector patronal en nuestro país, ya que se lo pretende erigir en otra modalidad contractual, forzando para ello sus recaudos de procedencia y límites, a través de la lisa y llana no registración del trabajador en tiempo y forma –clandestinidad–, o bien bajo otra forma de simulación o fraude laboral, la eliminación para esta actividad en particular –por sus condiciones más propensas a facilitar la clandestinidad– constituye un avance normativo. Así precisamente lo resalta la doctrina autoral: “Esta disposición implica una superación del régimen general del contrato de trabajo, cuyo artículo 92 bis establece un período de prueba por tres meses, durante los cuales se puede extinguir el contrato de trabajo sin ningún tipo de indemnización. La prohibición del período de prueba para los trabajadores rurales implica una mayor protección para los mismos”².

2 ELIZONDO, Jorge Luis, “Los trabajadores rurales y el nuevo Régimen del Trabajo Agrario (Ley 26.727)”, en Revista de Derecho Laboral – Actualidad – 2012 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe mayo 2012, ps. 111/112.

Y de manera concordante: “[...] la norma transcripta acentúa el aspecto protectorio al vedar el periodo de prueba aun en los contratos de tiempo indeterminado de prestación continua”³.

Por cierto, para el empleador cumplidor de sus obligaciones legales y convencionales, la disposición legal se le presentaba problemática, por cuanto no tenía forma de saber si el trabajador que contrataba se ajustaba o no a sus expectativas. La exposición de motivos del proyecto de ley no daba ninguna razón de por qué se había eliminado, o no se había contemplado, el período de prueba, limitándose a indicar dogmáticamente —y tal vez bajo el prejuicio de que siempre el periodo de prueba es malo— que «importa un fuerte avance respecto del sistema vigente».

Desde luego, y más allá de las críticas fundadas que puedan efectuarse desde el sector de los cumplidores de la ley, quienes legítimamente pueden sentir un perjuicio, una desventaja por el quiebre del principio de igualdad frente a los empleadores a los que se les aplica la normativa común, se trataba de una decisión que hacía a la política legislativa del legislador adoptada para este EP que no es reprochable, atacable, desde lo jurídico. Reiteramos que llama la atención sí, que no se hubiese fundamentado mínimamente el porqué de la exclusión de este instituto jurídico para este EP en la redacción dada por la ley 27.727.

Ahora bien, indudablemente, se ha pasado de una lisa y llana supresión del período de prueba, al absurdo actual que impone la Ley Bases. Es que, una cosa es un período de prueba razonable, como el que imperaba hasta el 08/07/2024, de no más de tres meses, y otro es esta escala gradual que se instaura ahora. En efecto, el solo hecho de duplicar llevándolo a seis meses, deviene una enormidad y carece en sí mismo de justificación, máxime en lo que refiere a las tareas rurales, en donde la apreciación de si el trabajador sirve o no para la tarea, se determina muy rápidamente, mucho antes incluso de los tres meses⁴. Pero, además, ahora se puede alongar aún más este período si la empresa cuenta de 6 a 100 trabajadores, en cuyo caso se extiende hasta los ocho meses si así se lo negocia colectivamente. E incluso, más gravosa todavía resulta lo que en la mayoría de los casos se presenta, que es el establecimiento rural que cuenta con hasta 5 trabajadores, en cuyo caso directamente se amplía a un año, siempre negociado colectivamente. Ciertamente, nada justifica este desvarío jurídico, más que el solo deseo de la reforma regresiva implementada de utilizar, como indicábamos, al plazo de prueba como una modalidad contractual más, desvirtuando así su verdadero sentido y cayendo en el fraude laboral.

Prosiguiendo con las reformas expresas a este Estatuto Particular, el nuevo artículo 69, dispone: “Bolsa de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial podrán proponer a los empleadores un listado del personal necesario para la realización de tareas temporarias en las actividades con-

3 ARONNA, Carlos César, “Las modalidades contractuales en el nuevo Régimen de Trabajo Agrario”, en Revista de Derecho Laboral – Actualidad – 2012 – 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, mayo 2012, p. 172.

4 Adviértase al efecto, que en la ley 22.248, se fijaba en ese plazo: ARTICULO 63- Durante los primeros noventa (90) días la relación de trabajo agrario podrá ser rescindida sin derecho a indemnización alguna. Transcurrido dicho lapso el trabajador adquirirá estabilidad y su antigüedad se computará a todos los efectos, desde el día en que se hubiere iniciado la relación laboral.

templadas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión de Trabajo Agrario.

El empleador podrá contratar a la persona sugerida y/o a cualquier otra que disponga.

Queda derogada toda norma que se oponga al presente artículo y/o a la libertad de contratación y elección del personal por parte del empleador”.

El anterior art. 69, disponía: “Bolsas de trabajo. Las bolsas de trabajo a cargo de las asociaciones sindicales de trabajadores con personería gremial proveerán a los empleadores del personal necesario para la realización de las tareas temporarias en las actividades contempladas en la presente ley, conforme las resoluciones que a tal efecto dicte la Comisión Nacional de Trabajo Agrario (CNTA).

Ello, sin perjuicio de la vigencia de las normas que actualmente prevén la obligatoriedad del uso de las bolsas de trabajo para el ámbito rural en determinadas actividades y jurisdicciones”.

Esta norma se encontraba reglamentada por la Resolución N° 336 del año 2002 del Ministerio de Trabajo de la Nación, que imponía la obligatoriedad del uso, por el empleador, de las bolsas de trabajo, para determinadas regiones de nuestro país. El fundamento siempre estuvo dado en usos y costumbres de muy vieja data.

Toda esta normativa ahora queda derogada, asistiéndole al empleador la posibilidad de contratar a quien quiera, sin injerencia de la entidad sindical.

Más allá de lo “loable” que suena la nueva normativa en aras de la tan cara libertad de que hacen gala los “libertarios”, su utilidad en términos precisos, es relativa.

Ello porque, más allá de que es indiscutible que las bolsas de trabajo conferían una cuota nada desdeñable de poder al sindicato (UATRE) en lo que refiere a los trabajadores temporarios (antes no permanentes), ya que estos sí perdían una parte de su libertad al no poder ser contratados si no estaban afiliados al gremio y por ende siendo “presentados” por los representantes gremiales a los empleadores, justamente también allí se encuentra un factor de certeza para el empleador. Es que no es lo mismo contratar a desconocidos, que hacerlo con aquellos que se encuentran subordinados al gremio. Máxime en esta actividad en donde, predominantemente, la connivencia patronal-gremial, ha sido y posiblemente siga siéndolo, muy estrecha.

Ahora bien, más allá de estas modificaciones puntuales a este EP, consideramos que, además, una vez que esté reglamentada, también será de aplicación la previsión que contiene el artículo 97 de la Ley Bases, referido a la creación de la figura del “trabajador independiente con colaboradores”.

Incluso, otras modificaciones introducidas a la LCT, como la del artículo 23, 29, también tendrán aplicación en este EP, dado que como señalamos, su aplicación supletoria ahora es posible, en tanto se respete lo dispuesto por el art. 2.



Fondo de Cese Laboral - «régimen alternativo», ¿para quién? Ley Bases- reglamentación

POR ANDREA S. QUINTOS ¹

MJ-DOC-18148-AR | MJD18148

Sumario: I. El Fondo de cese laboral como opción. II. Reglamentación del fondo de cese laboral. III. No hay alternativas en relaciones desiguales.

I. El fondo de cese laboral como opción

Con la sanción de la ley 27.742, auto titulada como, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, se introdujo una opción al régimen indemnizatorio previsto en la ley de contrato de trabajo.

Expresamente la Ley 27.742, establece sobre derecho del trabajo en el Título IV, –Promoción del empleo registrado– art 76 al 81, y Título V, –Modernización laboral– que comprende seis Capítulos, art 82 al 100.

En cuanto lo aquí nos interesa, para el desarrollo del presente trabajo, el Capítulo III, legisla sobre fondo de cese laboral, en un solo artículo el 96, el cual prescribe:

«Mediante convenio colectivo de trabajo, las partes podrán sustituir la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral conforme los parámetros que disponga el Poder Ejecutivo nacional. Los empleadores

¹ Abogada y Procuradora Universidad Nacional de Córdoba, Especialista en Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Justicia Constitucional y Derecho Humanos, con orientación en género. Universidad de Bologna Italia. Desempeñó como Asesora en el Poder Legislativo de la Provincia de Jujuy, Miembro del Instituto de Derecho Laboral del Colegio de Abogados de Jujuy. Miembro de la Comisión de Investigación de la CTIO (Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidad en el mundo laboral entre varones y mujeres). Apoderada Legal de sindicatos y Obra Sociales, Disertante en Talleres, Jornadas de capacitación. Co- autora de diversos artículos de derecho del trabajo. Actualmente Jueza Vocal del Tribunal del Trabajo Sala IV -por concurso- en la Provincia de Jujuy.

podrán optar por contratar un sistema privado 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 ley 20.744.

En todos los casos, las empresas podrán auto-asegurarse en el sistema que se define».

A fin de poder hacer un análisis concienzudo del artículo y poder responder el interrogante de alternativo ¿para quién?, es conveniente el detalle del articulado, así si nos detenemos en la primera parte, del primer párrafo, en su literalidad surge en aparente claridad, quienes pueden «sustituir» la indemnización prevista en el artículo 245 de la ley 20.744 por un fondo o sistema de cese laboral, ya que expresamente dice que son las partes las que pueden sustituir. Por lo que podemos entender, quienes pueden sustituir, son las partes que intervienen en un convenio colectivo, a su vez limita esa facultad a los parámetros que el poder ejecutivo nacional disponga, por lo que es claro que del 09.07.2024, al 26.09.2024 fecha de publicación en el boletín oficial del decreto reglamentario 847/24, no teníamos más que un artículo de la nueva opción para las partes intervinientes en la celebración de los convenios colectivos.

Previo al análisis de la extensa reglamentación no se puede dejar de mencionar su inmediato precedente, esto es el art 81 del DNU 70/23, que disponía la reforma del art 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, que en sus párrafos 7 y 8 establecía:

«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 ocho por ciento (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».

Surge de la redacción la evidente diferencia, el decreto 70/23, fue claro y determinantes respecto del aporte mensual estableciendo un techo para el mismo del ocho por ciento, sin embargo, en la redacción de la ley bases ni en su reglamentación dispone o referencia monto alguno para el aporte mensual, cuestión numérica que en el caso concreto puede determinar si se garantizó el orden público laboral o no, si se resguardaron los principios de derecho del trabajo o no.

II. Reglamentación del fondo de cese laboral

La reglamentación de la ley bases se realizó a través de distintos decretos, específicamente lo referente a los títulos IV y V se reglamentó a través del decreto 847/24, publicado el 26.09.2024.

Mediante una inusual técnica legislativa, de reglamentar una ley del congreso de la nación a través de más de un decreto, el decreto 847/24 a su vez, cuenta con dos anexos, específicamente el anexo II, reglamenta el título V de la ley 27.742, a través de 25 artículos, observamos el tratamiento especial del citado decreto al fondo de cese laboral, ya

que de los 25 artículos del anexo II, dedica casi el ochenta por ciento de su articulado a reglamentar el fondo de cese laboral, previsto en el art 96, de la ley 27.742, mientras deja muchos otros artículos del título V, de la misma ley sin reglamentar.

Para avanzar sobre el interrogante de quien es la opción, de fondo de cese o indemnización prevista en el art 245 de la ley 20744, iniciare analizando los considerandos del decreto reglamentario en cuanto al tema, y expresamente dice: «es necesario reglamentar el Sistema de Cese Laboral como régimen alternativo acordado en el marco de las Convenciones Colectivas de Trabajo que le brinda a los empleadores y a los trabajadores la posibilidad de sustituir las indemnizaciones correspondientes».

Continúa su desarrollo expresando: «Que este sistema busca resolver el problema de alta incertidumbre y costos asociados al despido e indemnización en la República Argentina, así como proporcionar mayor estabilidad en las relaciones laborales».

Realizando además otras consideraciones generales al Título V de la Ley N° 27.742.

De estos fundamentos surge el interrogante del presente trabajo, el fondo de cese laboral de la ley 27.742, es y/o será —ya que todavía no tenemos ningún convenio colectivo que lo prevea— un ¿régimen alternativo?

Para ello el primer paso es que los representantes de la parte trabajadora y empleadora en un convenio colectivo así lo acuerde, entonces debiera seguirse la esencia de un régimen alternativo, es decir no dejarían de lado la indemnización del art 245 de la LCT, sino que esta pasaría a ser una opción más.

En tal caso, al no existir exclusivamente una indemnización como la prevista en el art 245, «norma base que regula la indemnización por despido arbitrario y lo hace en función de dos elementos: el salario y la antigüedad del trabajador en el empleo». SANTIAGO JOSÉ RAMOS —agosto de 2008— www.saij.jus.gov.ar-IdSAIJ:DACF080071.

Si no que, pasaría a ser una opción dentro de un régimen alternativo, el análisis inmediato es si se mantiene las funciones dadas a la indemnización por antigüedad.

En especial la función disuasiva, como principal función del art 245, así lo señala, SUDE-RA, Alejandro: «El propósito principal de la norma es el disuasivo. Debe constituir una amenaza para el empleador, de entidad tal como para convencerlo de la conveniencia de no despedir sin causa al trabajador. La naturaleza de esta amenaza es pecuniaria; esto implica que cuando mayor es el quantum de la tarifa, mayor su poder disuasivo y —por ende— la protección dada al trabajador.

El segundo propósito subsiguiente es sancionatorio, adoptada por el empleador la conducta no querida por el ordenamiento (despido —sin causa—) respecto de la cual se pretendió disuadirlo, el sistema lo castiga imponiéndole el pago pertinente.

Y finalmente, el tercer y último propósito sería el aludido por el legislador como indemnizatorio».

SUDERA, Alejandro, El fondo de cese laboral, Revista de derecho laboral: suplemento especial: Ley 27742: Mario Eduardo Ackerman 1 ed. San ta fe: Rubinzal Culzoni, 2024, pág. 212.

Pero en este punto podemos avanzar a un más, analizando el inc. c y d del artículo 7º, del Anexo II, que, prevé los parámetros y principios al cual debe sujetarse el sistema de cese laboral acordado mediante los convenios colectivos, y expresamente dice:

En el Convenio Colectivo de Trabajo que corresponda se deberá establecer que, al inicio de una nueva relación laboral, el empleador y el trabajador acordarán si se rigen por algún sistema de cese laboral contemplado en dicho convenio o por el sistema indemnizatorio previsto en la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o.1976) y sus modificatorias.

La opción formulada por mutuo acuerdo entre el empleador y el trabajador solo puede ser modificada por acuerdo escrito de ambas partes.

De allí se desprende que, establecido en el convenio colectivo de trabajo, el nuevo régimen alternativo, más la vigencia del sistema previsto en la ley de contrato de trabajo en su art 245, cada empleador con cada uno de sus trabajadores deberá establecer al inicio de la relación laboral, cual es el sistema por el que se regirán.

En consecuencia, para la vigencia efectiva del fondo de cese prevista en el art 96 de la ley 27.742 una vez establecido en el convenio colectivo, cada empleador y trabajador acordaran el sistema aplicable. A su vez el inc. d del art 7 del anexo II, parece referirse al acuerdo realizado en el inc. c respecto del sistema aplicable en tal caso, solo podrá ser modificado por acuerdo escrito de ambas partes, en suma, una vez acordada la elección del régimen alternativo esta puede ser modificada, al no expresar momento ni causas, se infiere que mientras sea por escrito y acuerdo de ambas partes la misma procede.

La pregunta sería, se puede crear en el derecho del trabajo un régimen indemnizatorio alternativo donde el sistema aplicable sea el que las partes individualmente acuerden en cada caso, es decir en una relación de hipo suficiencia, como la que existe entre empleador y trabajador, donde una de las partes no está en igualdad de condiciones de negociación, puede sentarse a acordar un sistema indemnizatorio.

Debo resaltar asimismo que el decreto reglamentario a diferencia de la ley no comprende solo el régimen alternativo para casos en que proceda el art 245 sino que también el artículo 6 del anexo II del decreto, amplía el Sistema de Cese Laboral como régimen alternativo acordado en el marco de las Convenciones Colectivas de Trabajo, a otros supuestos. Expresamente otorga a los empleadores y trabajadores la posibilidad de sustituir, además de la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 245 de la LCT, con un sistema de fondo de cese laboral cualquier, otros rubros indemnizatorios cuyo cálculo tome como parámetro la indemnización del art 245 de la LCT, lo cual incluiría los supuestos previstos en los artículos 183, inciso b), 212, 246, 247, 248, 250, 251 y 253 de la Ley N° 20.744, sin embargo, no los limita solo a ellos.

Asimismo, expresa que el Sistema de Cese Laboral deberá determinar con precisión las causales, hechos y/o condiciones bajo las cuales se le deberá abonar una prestación dineraria al trabajador al extinguirse la relación laboral y definir el monto de los pagos que deban abonarse al trabajador en la contingencia de una relación laboral interrumpida y las modalidades de pago de dicha prestación dineraria.

Refiere que, entre otras alternativas, el Sistema de Cese Laboral podrá vincular los montos y modalidades a distintos parámetros y características de la relación laboral y pactar modalidades de mediación o de resolución en casos de conflicto. Y que en todos los casos se deberá establecer un tratamiento diferencial en favor del trabajador despedido sin justa causa.

Claramente es un nuevo sistema indemnizatorio que puede ser desarrollado extensamente mediante convenio colectivo abarcando en apariencia todas las situaciones comprendidas en la ley de contrato de trabajo.

Asimismo, el Sistema de Cese Laboral podrá contemplar la utilización de fondos de cese y/o la utilización de seguros colectivos o individuales, para lo cual deberá respetar los requerimientos de la Reglamentación.

Se torna complejo valorar el decreto reglamentario y compatibilizarlo no ya con la constitución sino con normas de la LCT como lo son el art 260 de la lct y el h) del art 7, el cual expresa: «El pago al trabajador de las sumas resultantes a través del Sistema de Cese Laboral tendrá efecto cancelatorio pleno, total y definitivo de las indemnizaciones a las que sustituyen».

En sintonía con la estructura hiper abarcativa de la norma, se encuentra el inc. i del artículo 7 que mantiene esa estructura al legislar sobre la vigencia temporal y plasma los casos en que se aplica el sistema de cese laboral a las relaciones laborales iniciadas previamente a la entrada en vigencia del sistema de cese laboral: «i) En el caso de relaciones laborales que se hayan iniciado previo a la entrada en vigencia del Sistema de Cese Laboral acordado en el Convenio Colectivo de Trabajo, las partes podrán pactar de mutuo acuerdo el cambio al Sistema de Cese. El Convenio Colectivo de Trabajo podrá determinar un régimen especial para estos trabajadores».

Así los sucesivos artículos continúan ampliando supuestos que pueden abarcar enumerado el artículo 8 distintos supuestos de extinción de la relación laboral, tales como extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo de partes, por despido sin justa causa, con justa causa, por fallecimiento, como así también en los términos de los artículos 247, 250 y 251 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 y sus modificatorias, la compensación establecida en el artículo 183, inciso b), 212 de la LCT, como por renuncia del trabajador, despido indirecto, Jubilación del trabajador. Modalidades para la Gestión de los Sistemas de Cese Laboral.

A continuación, y sin intención de profundizar en los artículos subsiguientes a modo de dar un breve y efímero detalle sobre lo dispuesto por el decreto reglamentario 847/24, respecto de fondo de cese laboral, señalaré alguno de los aspectos más relevantes de la norma así, el artículo 9 expresa las modalidades en que pueden constituirse los Sistemas de Cese Laboral, tales como: a) Sistema de cancelación individual, b) Sistema de Fondo de Cese individual o colectivo, c) Sistema de Seguro individual o colectivo.

En cuanto al Sistema de Cancelación Individual, el Convenio Colectivo de Trabajo deberá definir como mínimo dos puntos: I. Las condiciones, hechos y circunstancias bajo las cuales se abonarán las indemnizaciones al finalizar la relación laboral. II. Las modalidades, plazos, montos o porcentajes de los pagos que deban abonarse al trabajador. En este sistema, los pagos acordados serán ejecutados de forma directa por el empleador al trabajador.

El artículo 11 por su parte prevé los parámetros y principios que debe tener el Fondo de Cese como punto 1, que el mismo puede ser individual o colectivo, 2. Que el mismo será inembargable por los acreedores de los trabajadores o empleadores, por deudas de cualquier naturaleza. Por su parte el punto 3. Expresa que el Convenio Colectivo de Trabajo preverá que las partes que lo suscriban no podrán ser beneficiarias en ningún caso de fondos no reclamados, así como el destino que les corresponda. Y finalmente en el punto 4. Dispone que el Convenio Colectivo de Trabajo podrá contemplar diferentes modalidades de administración de los recursos siempre y cuando se encuentren habilitadas por la presente Reglamentación.

El artículo 12 refiere a la cuenta bancaria de cese, estableciendo que será el banco central de la República Argentina quien establecerá las regulaciones aplicables a las cuentas bancarias de cese.

El artículo 13, 14 y 15, establece todo lo referente a los fondos comunes de inversión abiertos de cese laboral, mientras que el art 16, establece que será la comisión nacional de valores (CNV) la que determinará las pautas de inversión y limitaciones a las que deberán sujetarse los «FCI de Cese Laboral». Mientras que el artículo 17, establece que la comisión nacional de valores (CNV) podrá determinar la alternativa de fideicomisos financieros de cese laboral.

Respecto del tratamiento impositivo de fondos de cese laboral, legisla el artículo 18. En cuanto a los importes sustitutivos de las indemnizaciones que se abonen a los trabajadores en el marco de los Sistemas de Cese revestirán, a los fines del impuesto a las ganancias, el tratamiento que este establece para las referidas indemnizaciones, conforme surge del art 19.

Mientras que el artículo 20 refiere cuáles serán las autoridades de aplicación, estableciendo la comisión nacional de valores (CNV) y el banco central de la República Argentina.

A su vez lo previsto para el sistema de seguro individual o colectivo se encuentra previsto en el artículo 21, el que podrá efectivizarse con las aseguradoras habilitadas por la superintendencia de seguros de la nación (SSN), quien a su vez será la autoridad de control y supervisión respecto del sistema de seguro de cese laboral y/u otros sistemas que impliquen la intervención de sociedades de seguro.

El art 23 es el último artículo dedicado al fondo de cese laboral, el cual prescribe que independientemente de la existencia o no de un Sistema de Cese Laboral, los empleados pueden contratar un seguro con el fin de asegurar el monto de la indemnización que deberán abonar por un despido dentro del supuesto del artículo 245 de la LCT, ya sea de manera total o parcial, como así también a cualquier otro rubro indemnizatorio cuyo cálculo tome como parámetro a la referida indemnización.

III. No hay alternativas en relaciones desiguales

Del recorrido fugaz sobre el articulado del decreto reglamentarios, que regula el fondo de cese laboral previsto por la ley 27742 surge claramente la intención de ampliar los supuestos previstos en la ley bases no solo en cuanto a las indemnizaciones previstas por la ley de contrato de trabajo sino también en cuanto a la vigencia temporal del fondo de cese laboral.

Más allá de la llamativa técnica legislativa, al momento de la puesta en práctica de este nuevo instituto que regiría para todas las relaciones de trabajo, que lo acuerden mediante convenio colectivo, ya no solo para las que se caracterizan por su falta de permanencia como lo es en el caso de empleo de la construcción.

Como muy bien lo expresa Castagnino Laura Cristina, al decir: «Las fluctuantes necesidades de la industria de la construcción en general y cada obra en particular determinan constantes modificaciones en las plantas del personal, relaciones de empleo breves e

inestables y la imposibilidad de mantenerlas fuentes de trabajo más allá de las concretas necesidades de cada obra».

Sino que con la nueva normativa se pretende aplicar a todas las relaciones laborales en las que las partes opten por su aplicación y cuando me refiero a las partes y luego de recorrer el articulado específico, no me refiero a las partes que acuerdan en un convenio colectivo de trabajo, representante sindicales y de empleadores, sino a las partes que componen las relaciones laborales concretas esto es el trabajador o trabajadora con la parte empleadora que podrá ser una persona física y/o jurídica.

En tal caso son los principios de derecho laboral piedra basal de la génesis del derecho del trabajo como derecho especial dentro del régimen general, los que nos guíaran para definir sin en los casos concretos se ven afectados los derechos garantizados por la constitución nacional.

Si tenemos en cuenta que el derecho del trabajo nació con el fin de dar protección a la parte más vulnerable de la relación de trabajo, es decir a los trabajadores, poner en pie de igualdad a las partes para negociar el régimen indemnizatorio aplicable, implicaría desproteger.

Por lo que se pone a la luz la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos que se encuentran por encima de los mínimos inderogables. En consecuencia, cobra mayor relevancia el orden público laboral que fija esos mínimos inderogables con la finalidad de corregir abusos de derecho y garantizar la justicia social. Imperativamente su aplicación es obligatoria.

En este orden de idea los principios protectorios del derecho del trabajo poseen vital relevancia, no dejar de mirar a través de ese prisma será la misión, para poder dilucidar la aplicabilidad de la norma, que prevé un sistema de opción entre desiguales.

Huelga - Despido - Asociaciones Sindicales -
Gremios - Sindicatos

20-febrero-2025



Una vacua reforma del artículo 242 de la LCT. ¿Es el ejercicio del derecho a huelga una causal objetiva de despido?

POR ISMAEL PASQUINELLI ¹

[MJ-DOC-18149-AR](#) | [MJD18149](#)

Sumario: I. Introducción. II. Primer cambio: La participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento podrá configurar injuria grave laboral. III. Segundo cambio: presunción de injuria grave laboral. IV. Tercer cambio: Obligación del empleador de intimación previa en caso de despido con justa causa. Excepción en caso de daño a las cosas o a las personas. V. Un comentario sobre la Resolución 901-2024 del Ministerio de Seguridad. VI. Consideraciones finales: el impacto de las reformas en el ejercicio del derecho a huelga.

1. Introducción

Luego de la precoz y fallida reforma laboral intentada mediante el DNU 70/2023 (declarado inconstitucional por la CNAT), el gobierno logró consenso legislativo para una reforma menor a la pretendida y sancionó la ley 27.742 (“Ley Bases”).

Mientras el DNU intentó una reforma tan ambiciosa como absurda e inconstitucional en materia de derecho de las relaciones colectivas del trabajo, al pretender encuadrar como servicios esenciales y así limitar el ejercicio del derecho de huelga en la mayoría de las actividades productivas y de servicios, además de la modificación del art. 6° de la Ley 14.250 y la incorporación de los artículos 20 bis y ter a la Ley 23.551; en la Ley Bases, la única modificación que se sostuvo en esta materia, aunque por intermedio del derecho individual del trabajo y con modificaciones sustanciales –como desarrollaremos

¹ Abogado (UBA). Asesor sindical. Docente de Derecho de las Relaciones Colectivas del Trabajo (UBA). Maestrando en Derecho del Trabajo (UBA) y Ciencia Política (UNSAM).

más adelante– es el agregado de tres párrafos –uno de ellos desagregado en tres incisos– al artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT), en el cual se pretende encuadrar como injuria laboral grave ciertas modalidades atípicas de conflictividad laboral.

En su nueva redacción ², la norma reformada incorpora una presunción y, finalmente, una obligación en cabeza del empleador de intimación al cese de la conducta injuriosa con carácter previo al despido con justa causa.

De forma preliminar, debemos señalar que si bien el causar un daño económico o de otro tipo, la nocividad, es la esencia del derecho a huelga ³ como forma de autotutela; esto tampoco significa que este derecho pueda ser considerado absoluto, esto ha sido señalado tanto por los órganos interpretativos de la OIT como por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁴, por lo que este derecho, al igual que todos los demás, debe ser ejercida dentro de los márgenes legales, con proporcionalidad y razonabilidad, no en abuso del derecho.

Los bloqueos y las tomas de establecimientos, como medidas de conflictividad laboral, raramente pueden ser considerados dentro de los márgenes del legítimo ejercicio del derecho a huelga sino que, las más de las veces, como actos ilícitos, por mediar violen-

2 El texto del art. 242 LCT, luego de la reforma por la ley 27.742, expresa lo siguiente:

“Artículo 242: Justa causa.

‘Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación.

‘La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

‘Podrá configurar grave injuria laboral, como objetiva causal de extinción del contrato de trabajo, la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento.

‘Se presume que existe injuria grave cuando, durante una medida de acción directa:

a) se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas;

b) se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento;

c) se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente.

‘Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa, excepto en el supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación.”

3 Krotoschin, Ernesto, “Tratado práctico de derecho del trabajo”, t. II p.234; Lopez, Justo, “Huelga y Daño”, en “Doctrina Laboral”, Buenos Aires, Errepar, t. V, p. 781 y ss; Alvarez, Eduardo “Conflicto colectivo y derecho de huelga”, en Derecho colectivo del trabajo, Buenos Aires, p. 569.

4 CSJN, “Ribas, Riego y otros” 13/05/1964, Fallos 258:267.

cia ⁵, causar un daño excesivo al derecho a la propiedad del empleador o impedir trabajar al no huelguista.

En este sentido, resulta exagerado e incorrecto jurídicamente cuando en la opinión pública se trasmite que el artículo 242 que trataremos faculta al empleador a despedir como consecuencia de ejercer el derecho a huelga. No obstante, debemos advertir que encontrándose estas medidas en los márgenes de este derecho, mediante una interpretación equivocada o una reglamentación excesiva fácilmente se podría penetrar a interferir en la esfera del derecho a huelga. Un claro ejemplo de esto que advertimos son las Resoluciones del Ministerio de Seguridad dictadas poco después de la sanción de la Ley Bases, que comentaremos sobre el final de este trabajo.

En lo que sigue, voy a referirme a lo que considero tres reformas mediante los agregados del tercer, cuarto y quinto párrafo del artículo 242 de la LCT. Acto seguido, haré un comentario sobre dos resoluciones que han surgido en parte como consecuencia de estas reformas y, finalmente, verteré mis conclusiones.

II. Primer cambio: La participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento podrá configurar injuria grave laboral

Nuestro ordenamiento jurídico exige al empleador de indemnizar al trabajador en caso de un despido con justa causa, es decir, cuando media una injuria laboral tal que impida la continuación del vínculo laboral.

El punto central de este sistema –que será a su vez la razón principal por la que la reforma realizada tendrá de poco a ningún impacto– es que la determinación de la existencia de una injuria grave y de la oportunidad en que se produzca la extinción de la relación laboral son cuestiones de hecho y prueba reservadas a los jueces. Esto surge de los párrafos primero y segundo del art. 242 de la LCT, los cuales no han sido modificados por la Ley Bases.

En este orden de ideas, la norma incorporada al tercer párrafo del artículo 242 indica: “Podrá configurar grave injuria laboral, como objetiva causal de extinción del contrato de trabajo, la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento” ⁶.

Que la participación en bloqueos o tomas de establecimiento pueda constituir una injuria laboral no incorpora nada nuevo a nuestro ordenamiento jurídico. Sostengo esto porque, manteniéndose el sistema de los párrafos primero y segundo, la norma incorporada como tercer párrafo no cambia el sistema ni incorpora precisión alguna con respecto a cuándo el juzgador debería inclinarse por la justificación o no del despido. Esta decisión continúa dependiendo del ejercicio de su sana crítica, conforme a las circunstancias del caso, y muy especialmente de la causa que motivara la medida de acción directa en cuestión, tal como siempre sucedió en todo presunto despido con justa causa, incluidos los motivados por ejercer el derecho a huelga.

5 CSJN, “Ribas, Riego y otros” 13/05/1964, Fallos 258:267 y “Kot, Samuel S.R.L. s/ Recurso de Habeas Corpus” 05/09/1958.

6 El uso de itálica es propio.

No obstante, debo resaltar que es oscura la incorporación del término “causal objetiva” de extinción del contrato de trabajo a la norma. Primeramente, debido a que no existe actualmente, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, desarrollo de injurias objetivas ⁷, por lo que esta categoría resulta hasta el día de hoy ajena al instituto que tratamos. Intentando desentrañar el sentido de esta locución, debemos señalar que si lo “objetivo” estuviese referido a que la participación activa en bloqueos o tomas de establecimiento constituyera una injuria grave independientemente de los hechos del caso –como son fundamentalmente la causa que motivara la medida de acción directa y la modalidad concreta de esta– la “objetividad” se encuentra subordinada al verbo “podrá”, y en consecuencia, quedaría vacía de contenido.

El origen de la deficiencia en la técnica legislativa antes señalada puede advertirse fácilmente viendo la pretensión original de reforma mediante el DNU 70/2023, hoy declarado inconstitucional y no aplicable, cuyo texto preveía: “Configura injuria laboral grave la participación en bloqueos o tomas de establecimiento” ⁸.

Esta norma, con redacción imperativa, a diferencia de la redacción vigente que venimos analizando, restringía absolutamente estas modalidades atípicas de conflicto laboral. Hay que destacar que si bien esas acciones colectivas no pueden tenerse como regla, y muchas veces han sido tachadas de ilegales o ilegítimas por la jurisprudencia, lo cierto es que no pueden ilegalizarse de manera absoluta, puesto que en casos extremos de conflicto pueden constituir la única herramienta en cabeza de los trabajadores para lograr la finalidad coactiva y de autotutela que son la esencia del derecho a huelga. ⁹

Por lo que hemos analizado, consideramos que la pretensión de limitación o restricción al derecho a huelga en el texto sancionado en la Ley Bases ha quedado vacía de contenido en la redacción recientemente sancionada. El actual texto del párrafo tercero del art. 242 deja librado a la apreciación del juez la existencia de justa causa, tanto en caso de ejercicio de una medida de acción directa como en cualquier otro supuesto, tal como ocurría con anterioridad a la reforma.

III. Segundo cambio: presunción de injuria grave laboral

En segundo lugar, se incorporó una presunción –legal y iuris tantum– de existencia de injuria grave laboral en tres supuestos de medidas de acción directa atípicas, cuando: “a) se afecte la libertad de trabajo de quienes no adhieran a la medida de fuerza, mediante actos, hechos, intimidaciones o amenazas; b) se impida u obstruya total o parcialmente el ingreso o egreso de personas y/o cosas al establecimiento; c) se ocasionen daños en personas o en cosas de propiedad de la empresa o de terceros situadas en el establecimiento (instalaciones, mercaderías, insumos y materias primas, herramientas, etc.) o se las retenga indebidamente”.

⁷ Las hay imputables al empleador en los artículos 178 y 181 LCT y en algunos estatutos profesionales.

⁸ El uso de itálica es propio.

⁹ Raffaghelli, Luis, “La libertad sindical en riesgo frente a la reforma del DNU 70/2023”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, Dossier N° 8, año 2024, pág. 125

Lino Palacio, siguiendo a Pothier, define a las presunciones como “las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. La presunción comporta, pues, un razonamiento que, partiendo de un hecho determinado (indicio), y de conformidad con la experiencia referente al orden normal de las cosas, permite afirmar la existencia del hecho que se desea probar”¹⁰.

En la legislación laboral, todas las presunciones operaban, hasta esta reforma, como técnicas para cumplir con la manda constitucional de tutela al trabajador en su condición de hiposuficiencia (arts. 23, 55, 57, 115, 143, 178 y 181 de la LCT).

Esta que analizamos, es la primera presunción en nuestro ordenamiento que tiene como objeto la desprotección del trabajador. En este sentido, cabría preguntarse por la constitucionalidad de la norma y sobre su aplicación en consonancia con el art. 58 de la LCT, que señala: “No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido.”

Habiendo hecho estas consideraciones, nos preguntarnos cuál es el sentido de esta nueva presunción y cuál será su impacto en la práctica procesal. En caso de que un empleador resuelva un despido con justa causa motivado en la participación activa del trabajador despedido en alguna de estas medidas de acción directa atípicas contempladas, probado ese hecho por parte del empleador y el acaecimiento de alguna de las consecuencias lesivas enumeradas en los tres incisos del cuarto párrafo, se presume la justa causa, y entonces el trabajador debería desvirtuar esta presunción probando que aun mediando un daño al empleador o a terceros como producto de alguna de estas acciones conflictivas en su sentido estricto, este no tuvo participación activa en los hechos concretos que causaron el daño.

IV. Tercer cambio: Obligación del empleador de intimación previa en caso de despido con justa causa. Excepción en caso de daño a las cosas o a las personas

El último párrafo agregado al artículo 242 dice: “Previo al distracto el empleador debe intimar al trabajador al cese de la conducta injuriosa”, con excepción del supuesto de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c).

A diferencia del resto de las modificaciones introducidas por la ley 27.742 en el art. 242 LCT, que son claramente regresivas en materia de derechos, esta es la única mejora relativa, al plasmar en la literalidad de la norma la obligación de intimación previa en cabeza del empleador antes de extinguir el contacto con invocación de causa, que venía impuesta por la jurisprudencia.

Mi interpretación es que este agregado opera sobre el sistema de despido con justa causa del art. 242 in totum, y no únicamente para los casos de medidas de acción directa

¹⁰ Palacio, Lino, Manual de Derecho Procesal Civil, 21° edición, Buenos Aires: Thomson Reuters - La Ley.

atípicas que tratamos con anterioridad, aunque la única excepción a la obligación de intimación previa hecha por la norma es el caso “de daños a las personas o cosas previsto en el inciso c), donde la producción del daño torna inoficiosa la intimación”. Hago esta interpretación debido a que la norma ha sido incorporada al último párrafo del artículo 242, no dentro de los párrafos tercero o cuarto que ya tratamos ni condicionada a estos casos de medidas de acción directa atípicas, ni señala ninguna subordinación a las normas antes señaladas.

Esta reforma es de enorme trascendencia puesto que la doctrina de la invariabilidad de la causa del despido, que obliga a las partes a precisar la causal del despido al momento del distracto, con fundamento en los principios de buena fe y continuidad del vínculo laboral, y con el objeto de posibilitar el derecho de defensa de la contraparte; esta reforma incorpora el requisito de intimación previa, que ya era una invención pretoriana, como prolongación del principio de buena fe, con la única excepción ya mencionada del inciso “c”.

Siguiendo esta lógica, no habrá despido con justa causa de no cumplirse este requisito. En consecuencia, siempre que se trate de un despido intempestivo, deberá el empleador indemnizar, lo que constituye una mayor protección contra el despido arbitrario.

V. Un comentario sobre la Resolución 901-2024 del Ministerio de Seguridad

El 10/09/24 se publicó en el BORA la resolución 901/2024 MSG, la cual establece un “Protocolo de actuación frente a bloqueos”. Esta norma se suma a la resolución 893/2024 MSG, del 05/09/24, que creó en el ámbito del Ministerio de Seguridad de la Nación un “comando unificado de seguridad productiva”.

La resolución 901/2024 define al bloqueo como “maniobras, dispositivos, vallados u obstáculos, de cualquier naturaleza, que impidan, dificulten o amenacen, de forma actual o inminente, el ingreso o egreso de personas, vehículos o mercaderías en un establecimiento productivo o de servicios en cualquier lugar del territorio nacional”.

Esta es una definición en exceso amplia de lo que implica un bloqueo, por lo que mal utilizado podría extenderse a otras modalidades del derecho a huelga, como la huelga de brazos caídos, la ocupación pacífica de un establecimiento, o mismo un piquete, manifestación fuera del establecimiento que no implique un bloqueo total; por lo que el alcance de la definición, o mejor dicho, el hecho mismo de que se lo defina, es bastante problemático.

El bloqueo típicamente constituye la imposibilidad actual y total de acceso a un establecimiento, la inminencia o la “dificultad” en la entrada realmente puede ser extensible a muchos supuestos de medidas de acción directa “que no llegan” a ser un bloqueo sino que constituyen otras medidas de acción directa que si han sido convalidadas por la jurisprudencia y los órganos interpretativos de la OIT.

La resolución prevé un sistema de denuncia, la posterior actuación de las fuerzas de seguridad a fin de que “hagan cesar el bloqueo y restablezcan el normal ingreso y egreso de personas, vehículos o mercaderías en el establecimiento afectado”. Además de que las fuerzas de seguridad recabarán pruebas sobre el desarrollo del bloqueo, que inclui-

rán la identificación de los responsables y participantes, a fin de su inmediata remisión al juzgado penal correspondiente y al Ministerio Público Fiscal.

Además, el Ministerio de Seguridad “comunicará de manera inmediata la información que recibiere a la Secretaría de Trabajo y a las personas físicas o jurídicas afectadas, a fin de que puedan proceder de acuerdo con lo previsto en el artículo 242 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones”.

Esta reglamentación, mediante una resolución, una definición tan amplia del bloqueo que podría afectar inadecuadamente otras modalidades de conflictividad laboral y con una actuación exacerbada del Ministerio de Seguridad y de las fuerzas de seguridad, sin mediar intervención de la autoridad administrativa del trabajo, en su condición de autoridad de aplicación de la leyes 23551 y 14786, ni de la justicia, que es la única habilitada para decidir respecto a la legalidad o ilegalidad de las medidas de acción directa en cada caso concreto.

Cabe destacar que esta resolución, en sus considerandos, toma no la redacción del art. 242 de la LCT surgida de la Ley Bases, que como hemos elaborado en el presente artículo, dice “podrá” considerarse injuria grave, sino el proyecto de redacción previo no sancionado en forma imperativa (por eso indica: “se considerarán comprendidas dentro del concepto de injuria grave las medidas de acción directa cuando...”).

La norma tiene como principal motivación el texto de una norma no sancionada o una cuya vigencia se encuentra suspendida ¹¹, lo cual constituye un error grosero que profundiza la manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad de la resolución.

VI. Consideraciones finales: el impacto de las reformas en el ejercicio del derecho a huelga

Como he ido desarrollando a lo largo del presente artículo, a mi entender, la modificación normativa enumera en primer término carece absolutamente de impacto en el ordenamiento. Y la segunda tendrá muy poco, ya que no se advierte cuál sería la utilidad práctica o ventaja procesal de una presunción en los casos en que esta habrá de aplicarse. Caso distinto es el de la tercera reforma, que agrega una obligación en cabeza del empleador de intimación previa al cese de la conducta injuriosa, la cual creo tendrá un gran impacto en todos los procesos por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que en una porción significativa de estos el empleador arguye un despido con justa causa.

Hago estas consideraciones técnicas respecto a los márgenes tan acotados en los que se ha logrado limitar el derecho de huelga en la Ley Bases, a la “vacuidad” de la reforma, no sin considerar que, aun así, estas reformas tienen claramente un efecto disciplinador sobre el movimiento obrero organizado y disuasivo de la acción sindical, máxime si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica en que se sancionó esta reforma laboral regresiva.

11 O de una norma derogada, ya que aún si el DNU 70-2023 fuera finalmente convalidado por la CSJN, en estos párrafos del art. 242 LCT ha sido reemplazado por el texto de la Ley Bases por sucesión normativa.

Es un lugar común, en las circunstancias de ajuste económico, intentar limitar la conflictividad social, desalentando o incluso reprimiendo la acción de los sindicatos y de los trabajadores en tanto formas de oposición previsibles a las medidas de política pública que determina reducciones de derechos.

Los operadores jurídicos deben hacer el esfuerzo de “separar la paja del trigo”, bregar por sostener el principio de legalidad y el Estado social de derecho que está hoy puesto en cuestión.

Registración de la Relación Laboral - Registración Defectuosa - Multa Laboral - Vigencia de la Ley - Aplicación Retroactiva de la Ley - Irretroactividad de la Ley

20-mayo-2024



Vigencia y aplicación de la Ley 27.742

POR ROXANA MAMBELLI ¹

MJ-DOC-18150-AR | MJD18150

Sumario: I. Vigencia. II. Aplicación en el tiempo de la ley 27.742. III. Eficacia temporal de las leyes (Art. 7, CCC). IV. Cómo se aplica la nueva ley según el art. 7, CCC. V. La vigencia de las leyes en relación al proceso y sus etapas. VI. Algunos ejemplos respecto de la vigencia de la ley 27.442 (sin ánimo de completitud). VII. Qué pasa en caso de duda.

I. Vigencia

El art. 237, ley 27742 (Ley de Bases, a partir de acá LB) establece que las disposiciones de esta ley entrarían en vigor al día siguiente al de su publicación en el boletín oficial, salvo en los capítulos o títulos en donde se señala lo contrario. Publicada el 8/7/2024, comenzó a regir el 9/7/2024.

Hay un diferimiento a la reglamentación del Poder Ejecutivo nacional en lo concerniente al art. 76, que trata sobre la regularización (inexistencia o deficiencia en la registración) de las relaciones laborales vigentes del sector privado iniciadas con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley. Es así que en el art. 77 expresa que los efectos surgirán de la reglamentación y, curiosamente, menciona que «esos efectos podrán comprender» y enumera una serie de extinciones, condonaciones, bajas, etc. Es decir, si «podrán comprender» es que la enumeración no es definitiva y sólo una pauta para el Ejecutivo.

¹ Abogada egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Exjueza de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario, Sala II. Miembro de ANJUT y de la AADTSS Filial Rosario.

II. Aplicación en el tiempo de la ley 27742

II.1. Aclaración preliminar

Todo lo que se diga acá no implica una opinión respecto de la constitucionalidad o no de las reformas introducidas por la nueva ley sino solamente un criterio para su aplicación o no a distintas situaciones. Por otro lado, este debería ser el orden de análisis en cada caso, en tanto —metodológicamente— primero debe determinarse si la ley resulta aplicable y sólo si la respuesta es afirmativa habrá de indagarse acerca de la constitucionalidad de la norma de que se trate.

Asimismo, entiendo que a esta altura de los hechos existe abundante y profunda doctrina y opiniones vertidas en torno a este tema, por lo que mi interés particular es intentar aclarar con simpleza cuales son las distintas situaciones que se plantean y cómo deben ponderarse a fin de evitar equívocos que llevan a una inapropiada aplicación o no de la ley, o a desafortunadas interpretaciones jurisdiccionales, que son las que realmente importan porque deciden la suerte de concretos derechos en cabeza de trabajadores.

II.2. ¿Resulta aplicable la norma general contenida en el art. 7 CCC?

Por qué la duda, se preguntarán.

Y es que he escuchado no demasiadas —por suerte— pero suficientes opiniones como para preocupar en torno a cómo debería ponderarse la vigencia de las modificaciones introducidas por la ley 27742. Los principales argumentos son que —como regla— anteriores leyes de reformas establecían el momento concreto de su entrada en vigencia, lo que el legislador omitió ahora. Entonces, dicen, sería adecuado, útil, conveniente, que cuando se dicte el decreto reglamentario de la ley se establezca el momento de entrada en vigencia. Obviamente, la mayor preocupación parece radicar en las normas derogatorias contenidas en los arts. 99 y 100, LB, porque los intereses económicos que sobrevuelan las innovaciones aspiran a que las «indemnizaciones» o «multas» establecidas en las leyes derogadas (luego volveré sobre la diferencia, si la hay) no sean aplicables en ningún caso, esto es, establecer la retroactividad de la norma derogatoria de los arts. 8 a 17 y 120, inc. a) de la ley 24013, el art. 9 de la ley 25013, los artículos 43 a 48 de la ley 25345, el artículo 15 de la ley 26727, el art. 50 de la ley 26844, y la ley 25323.

Pues no. Porque como veremos en detalle más adelante, las leyes no se aplican retroactivamente excepto que así lo disponga el legislador.

Y acá el legislador no expresó la voluntad de alterar la regla del art. 7, CCC, motivo por el cual toda reglamentación que se dicte al respecto se erigiría en un exceso vedado por la CN, 28 en tanto estaría alterando ilegítimamente la intención de la norma, que no ha sido la de su aplicación retroactiva puesto que, insisto, si así hubiera sido debió haberse expresado claramente en el texto legal.

Es jurisprudencia de la Corte nacional que la potestad reglamentaria habilita para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, si se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirven, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persi-

que, son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que ésta. En ese sentido el exceso reglamentario se configura cuando una disposición de ese orden desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu o finalidad, contrariando de tal modo la jerarquía normativa, lo que requiere un sólido desarrollo argumental que lleve, como última ratio, a la invalidación de la norma cuestionada. (Fallos: 337:149; 324:3345;; 325:645; 323:2395; 322:1318; 319:3241; 344:2779, disidencia del juez Maqueda). La Corte también ha señalado que el órgano dotado de potestad reglamentaria está habilitado para establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que respeten el espíritu de la norma, sirvan razonablemente a su finalidad, y no rebasen el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la solución entre varias alternativas. (Fallos: 308:1897; 313:433; 327:5002).

En el tema analizado, es obvio que los arts. 99 y 100, no requieren ninguna reglamentación ni explicación para permitir su aplicación; basta con seguir las disposiciones generales del CCC al respecto en tanto cualquier determinación por parte del Poder Ejecutivo de un aspecto que incumbe al legislador —como sería la vigencia retroactiva de la norma derogatoria— correría el riesgo de vulnerar, concretamente, derechos ya consolidados en cabeza del trabajador cuando tal análisis —como está redactada la norma— incumbe al juez o jueza de la causa.

III. Eficacia temporal de las leyes (art. 7, CCC)

Creo conveniente comenzar por clarificar los términos utilizados en la redacción del art. 7, CCC.

Establece dicha norma -Eficacia temporal:

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Empecemos a desbrozar la literalidad de la norma.

Consecuencias: son los efectos, derivaciones que reconocen causa eficiente en las relaciones y situaciones jurídicas.

Relaciones: contratos en general, vinculaciones entre sujetos.

Situaciones jurídicas: se atiende al individuo frente a la norma general (por ejemplo, en supuestos abordados por el derecho de propiedad, de familia, etc.).

Leyes supletorias: son las que regulan por defecto o de distinto modo lo que acordaron voluntariamente las partes al momento de contratar. Normalmente refieren a relaciones de consumidores, pero perfectamente aplicable a algún otro supuesto (en nuestra materia, LCT, 11).

Por ejemplo, si las partes al momento de contratar fijaron condiciones distintas a las reguladas por la ley imperativa, esas condiciones de trabajo voluntariamente acordadas no se verían afectadas por la nueva ley, porque se han tenido en miras al contratar.

Claro está, no es una cuestión muy frecuente en el ámbito laboral, atento a la imperatividad de las leyes laborales que regulan las relaciones de trabajo, pero podría darse tal vez en contrataciones de personal superior o especializado. No obstante, no está de más recordar que para que sean válidas esas condiciones no podrían reducir o suprimir los derechos previstos en la LCT, estatutos y las CCT.

Las leyes no tienen efecto retroactivo (sean o no de orden público): esto significa que las leyes se aplican «para adelante» (sería como la contracara de la aplicación inmediata o del efecto diferido (en las leyes supletorias).

La ley vieja rige el pasado, la nueva, el futuro.

La retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales: en la versión anterior a la ley 17711 se mencionaban los «derechos adquiridos», expresión que fue cambiada con dicha reforma y este cambio mantenido en el CCC vigente. Se explica, someramente, que casi siempre una nueva ley puede afectar derechos adquiridos de alguien; lo que no podría afectarse con la aplicación retroactiva son garantías constitucionales (y las contenidas en Tratados de DDHH, especialmente la progresividad). Ese es, entonces, el límite para la aplicación «hacia atrás».

Antes de abordar cómo opera en concreto la norma analizada, debo advertir con firmeza que no ha de confundirse la relación material con la relación procesal; en palabras del antiguo derecho procesal —concepto y superado pero gráfico—, el derecho existente con el mismo derecho puesto en funcionamiento (en el proceso), cuestión sobre la que ahondaré en breve.

IV. Cómo se aplica la nueva ley según el art. 7, CCC

- a) La aplicación inmediata de la nueva ley significa que ésta comprende los efectos o las consecuencias de hecho que deben cumplirse de las relaciones (o situaciones) nacidas antes de que entre en vigencia; son efectos o consecuencias de relaciones o situaciones existentes;
- b) la aplicación es diferida cuando la nueva ley se aplica a las relaciones jurídicas constituidas a partir de ese momento;
- c) los jueces no pueden aplicar la nueva ley a los efectos -hechos- ya cumplidos de las relaciones o situaciones jurídicas (porque no serían «existentes»);
- d) a no ser que la retroactividad esté admitida por la propia ley y no afecte derechos fundamentales ².

2 Cfr. Juan A. Confalonieri (h). «La proyección de los efectos derogatorios de las sanciones de acciones disvaliosas en el derecho privado», LL, doctrina, diario del 27/8/2024).

Como regla, entonces, hay aplicación inmediata de la nueva ley a las situaciones in fieri, no consolidadas, no agotadas, haya o no proceso.

Conforme aclara Eduardo A. Depetris ³, cuando hablamos de consecuencias nos referimos a las de hecho y derecho que surgen de una «situación» jurídica existente y que se producen luego de entrar en vigencia la nueva ley.

4.1. En el derecho transitorio, pues, existe un principio general que es el del efecto inmediato de la nueva ley, la que se va a aplicar a las situaciones y relaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella y a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes al tiempo de entrada en vigencia del nuevo texto legal ⁴. Al margen de que las situaciones fácticas son variables hasta el infinito, no es posible encontrar soluciones generales que las comprendan a todas, pero tengo para mí que resulta de la mayor importancia intentar establecer reglas de interpretación del art. 7, CCC lo más concretas posibles a fin de obtener resultados que no sean caóticos y que no lleven a resultados absurdos.

La sistematización que me conformó más por su claridad es la que lleva adelante Juan J. Formaro ⁵. Aclaro, no porque no hayan sido abordados estos conceptos por muchos otros autores sino por la forma simple de exponer las distintas cuestiones, partiendo de identificar las fases que pueden darse en orden a la aplicación de la ley vieja o la nueva teniendo en cuenta que sus extremos –constitución y extinción– se rigen por las leyes vigentes a esos momentos.

Dice Formaro ⁶ que siguiendo la doctrina de Roubier, lo importante es distinguir las fases en que están las situaciones o relaciones jurídicas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Veamos:

- a) la constitución y la extinción de las relaciones y situaciones jurídicas se rigen por las leyes vigentes en el momento en que acaecen;
- b) las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones se rigen por las leyes vigentes en el momento en que acaecen;
- c) las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones no agotadas (in fieri) que se producen durante la nueva ley, quedan alcanzadas por ésta;
- d) las consecuencias de aquellas relaciones y situaciones no agotadas (in fieri) que se producen durante la nueva ley, quedan alcanzadas por ésta, aunque las relaciones o situaciones de que deriven se encuentren constituidas con anterioridad;

3 «La aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio. Conflictos entre el nuevo Código Civil y Comercial y el derecho del trabajo» (MJ-DOC-7447-AR/MJD7447).

4 Cfr. Depetris, ob cit.

5 «La aplicación temporal -art.7, CCC- de la reforma laboral (ley 27742)- RC 435/2024; también en RDL - Actualidad- Suplemento digital- Reforma laboral de la Ley de Bases, Dossier Nro. 9, p. 16.

6 Ob.cit.

La aplicación inmediata —entonces— es la regla y el efecto propio y normal de la ley.

El juego armónico de los conceptos antes mencionados conduce —según el autor— al siguiente esquema:

- a) las situaciones o relaciones agotadas totalmente -por haberse cubierto las etapas de constitución, modificación, consecuencias y extinción- se rigen por la ley antigua, la que estaba vigente en ese momento;
- b) las situaciones o relaciones jurídicas en curso de constitución -mediante la producción de ciertos hechos aptos para comenzar su gestación que no se han consumado íntegramente- al momento de entrar en vigencia la nueva ley, son regidas por esta última;
- c) Las consecuencias de una situación o relación ya constituida que se producen a partir de la vigencia de la nueva ley, son atrapadas por ésta;
- d) las situaciones o relaciones que son íntegramente posteriores a la nueva ley, serán reguladas por ésta en todos sus aspectos.

En lo concerniente a la aplicación retroactiva:

La ley es retroactiva cuando su aplicación se proyecta temporalmente al pasado (ya vimos que excepto que la ley así lo disponga, no tiene efectos retroactivos).

En lo que respecta a la ultraactividad de las normas supletorias en materia contractual ⁷: rige la ley bajo la que se celebró el contrato, ya que las normas supletorias pactadas lo fueron en defecto o diferencia respecto de la ley vigente en ese momento y esa integridad (norma más voluntad de las partes) se afectaría si se aplicara una ley distinta.

4.2. Algunos ejemplos servirán para clarificar el tema (tengo presente que los mayores debates y distintas soluciones jurisprudenciales han partido del análisis de la aplicación o no de las normas derogatorias contenidas en los arts. 99 y 100 de la ley 27.742).

Sin embargo, pido paciencia al lector, ya que antes de ello tengo que abordar necesariamente un tema cuya desinterpretación o desconocimiento ha llevado —según mi modo de ver— a soluciones jurisprudenciales insostenibles, que es el que sigue.

V. La vigencia de las leyes en relación al proceso y sus etapas

5.1. Aída Kemelmajer de Carlucci ⁸ rememora el famoso plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew, que en 15/04/2015 anunció, sin distinciones y anticipadamente, que no aplicaría el nuevo código (que entraba en vigencia el 01/08/2015) a ningún asunto que llegara a su tribunal que hubiera sido resuelto en primera instancia aplicando las disposiciones del CC o del CCom.

⁷ Vimos antes la posibilidad de un contrato de trabajo celebrado con condiciones especiales.

⁸ «La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes - Segunda parte- Ed. Rubinzal Culzoni, SF, 2016, p. 9 y ss.

Apunta la autora las críticas que mereció tal solución que, a criterio de la mayoría de los comentaristas, colisionaba frontalmente contra el art. 7, CCC que dispone la aplicación inmediata cuando correspondiera. Destaca que una de las discrepancias —fundamental a mi modo de ver en el tema que nos ocupa— ha sido la de determinar si la circunstancia de existir un proceso en trámite modifica o no las reglas.

Como más arriba adelanté, se evitarían equívocos en la interpretación si se tomara especialmente en cuenta que no hay relación entre la ley que regula o regulaba la relación jurídica con las leyes que rigen el proceso.

O sea, no confundir la relación material con la relación procesal.

Porque si podemos hablar de un extendido consenso respecto de que la nueva ley no debe aplicarse a las consecuencias o efectos cumplidos (o consolidados, para más claridad) al amparo de la anterior, da la impresión de que la existencia de un proceso en trámite, o la fecha de promoción de la demanda o de la traba de la litis, o del dictado de la sentencia, tendría la aptitud de desbaratar una coherente interpretación del derecho transitorio tal como venimos viendo, según la cual una cosa es el derecho material y otro el proceso; una cosa es el derecho que pretendiera tener el trabajador respecto de su empleador y la determinación de qué ley resulta aplicable a los hechos que lo generaron y otra muy distinta el modo en que perseguirá su satisfacción coercitivamente, esto es, el proceso judicial.

5.2. Tener presente la apuntada diferencia es, según mi punto de vista, una primera y fundamental regla para determinar cuál resulta la ley aplicable al caso. O, mejor dicho, que no debe tener relevancia a la hora de emprender el análisis de la ley aplicable.

Un ejemplo de esa confusión, a mi modo de ver, se puede verificar en «Romero» CCCL, Rafaela, del 07/08/2024 ⁹.

En efecto, señala ahí el Tribunal que en el análisis de la impugnación del demandado en torno al incumplimiento de los requisitos fijados por la legislación para la viabilidad de la «multa prevista por el art. 8 de la Ley 24013», que «En análisis de esta impugnación, se impone señalar que al momento en que se redacta el presente voto (última semana del mes de julio de 2024), la ley 24013 se encuentra parcialmente derogada por el art. 99 de la Ley 27742. Corresponde entonces revisar los efectos de dicha decisión legislativa para el caso que nos convoca. Es decir, si la derogación mencionada es o no aplicable en la decisión judicial que se adoptará a través de la presente resolución». Es un razonamiento «Trelew» puro, al que le caben las mismas y abundantes críticas.

No es por la fecha de emisión de la sentencia que debe ponderarse la aplicabilidad de la derogación contenida en la ley 27442, claramente.

En un segundo orden de análisis, el Tribunal —tras anunciar que las leyes no tienen efecto retroactivo conforme CCC,7— expresa que «configura una excepción a esta regla» (la irretroactividad) «lo referente a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas existentes». A mi modo de ver, otro garrafal error, en tanto si fuera cierto que se aplica la ley nueva a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no se trataría de una aplicación retroactiva sino inmediata. También me pregunto cuáles son

9 Rubinzal Online RC J7982/24.

las relaciones y situaciones jurídicas «existentes» en el caso en el que la relación laboral se había extinguido mucho antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.

En fin, no creo interesante seguir ahondando en los fundamentos de este pronunciamiento porque mi intención no es la remarcar errores sino advertir acerca de cómo algunos —graves— conducen a respuestas jurisdiccionales irregulares (sin perjuicio de que, en el caso concreto, se consideró «el carácter sancionatorio (y no indemnizatorio) de los rubros introducidos por las leyes 24013, 25323 y 25345, los cuales constituyen verdaderas cláusulas penales de fuente legal que ostentan una función disuasiva». Es decir, si consideraron que las revocadas eran sanciones, el anterior análisis era inoficioso en tanto la razón de la improcedencia del rubro fincaba en su naturaleza punitiva ¹⁰.

5.3. En conclusión, para que la ley nueva sea aplicable de inmediato, no importa que la situación discutible esté o no en litigio, porque la existencia o no de un proceso es un elemento accidental y distinto a los fines de establecer la ley que se aplica.

Insisto en el concepto, es irrelevante que la demanda se presente después de la entrada en vigencia de la ley, o que se dicte una sentencia (definitiva o no) cuando la nueva ley está en vigencia.

Agregaría, entonces, una regla de aplicación «negativa», digamos:

Para determinar qué ley debe ser aplicada, no tiene incidencia si ya se presentó o no una demanda, la fecha de traba de la litis o la fecha del dictado de sentencias.

VI. Algunos ejemplos respecto de la vigencia de la ley 27442 (sin ánimo de completitud) ¹¹

6.1. Pido disculpas a los lectores por la insistencia reiterada de algunos conceptos, pero entiendo que —en esta cuestión— lo que abunda no daña.

¹⁰ Dicho ello sin perjuicio de que considerar que las normas derogadas tienen efecto punitivo y, por ende, debería aplicarse la norma más benigna, se podría dar el supuesto de una sentencia que, en etapa de practicarse planilla, sea objetada por el deudor aludiendo a que dicha «pena» no existiría al momento de pagar el monto de condena.

¹¹ Los primeros precedentes jurisprudenciales se han dividido entre aquellos -los menos- que consideran verdaderas sanciones penales a las normas derogadas por los arts. 99 y 100 de la ley 27442 y los que sí aplican las derogaciones. Ejemplo de los primeros: «Alves», JCCLab. de Puerto Iguazú, 01/08/2024, Rubinzal Online, RC J 7656/24 (no se puede aplicar una sanción contemplada en una norma que al momento del dictado de la sentencia no se encuentra vigente; no se trata de aplicar la norma de forma retroactiva, sino de evitar aplicar una sanción contemplada en una norma derogada en razón de la entrada en vigencia de una ley posterior); «Correa Baier c. Gallo», Juzgado Laboral Nro. 1, Corrientes, 01/08/2024, (con interesante desarrollo sobre lo que se considera situación jurídica agotada y el carácter indemnizatorio de las normas dejadas sin efecto); en el mismo sentido, mismo tribunal en «Sánchez c. Brook SRL», 05/08/2024, Rubinzal Online RC J; «Cordini Juncos c. Comisión Nacional de Regulación del Transporte», CNAT, Sala II, 08/08/2024, Rubinzal Online, RC J 8198/24 (perfeccionamiento del

- Los contratos celebrados luego del 09/07/2024 se rigen por la LB.
- Los contratos en curso al momento de dictarse la nueva ley y que se extinguen bajo su vigencia: tanto la extinción y sus efectos se regirían por la nueva ley.

Acá, en principio (y si superara el test de constitucionalidad) se ubicaría el art. 245 bis, incorporado por art. 95 de la LB, esto es la regulación del despido «por un acto de discriminación».

- Las consecuencias de relaciones y situaciones no agotadas que se producen durante la nueva ley, quedan alcanzadas por ésta, sin perjuicio de que la relación o situación se hubiera constituido antes.

En esta regla ubicaría la situación de los plazos de licencia por embarazo de la trabajadora o persona gestante, esto es, la opción para variar el comienzo de la licencia de marras (art. 177, LCT, sustituido por art. 93, LB).

En esta situación encuadraría también el período de prueba (92 bis, LCT, modificado por art. 91, LB). El que se hubiera cumplido antes de la entrada en vigencia de la nueva ley, no ha de extenderse (a 8 meses o un año, según sea el caso) y se rige íntegramente por el art. 92 bis original. Si el período de prueba se está cursando, parecería que quedaría atrapado por la LB, pero para mí no es clara la cuestión y en caso de duda me inclinaría por la solución más favorable al trabajador, que es que se regula este período del contrato por tiempo indeterminado —en cuanto a su extensión y efectos— por la ley vigente al momento de celebrarse el contrato.

- Contratos celebrados y en curso o extinguidos que se rigen por normas supletorias, no se aplica la ley nueva.
- Contratos extinguidos antes del 09/07/2024, no se aplicaría -si realmente hubiera alguna modificación relevante del art. 2, LCT respecto de los contratos de locación de servicios, obra o agencia- la presunta restricción en torno a la existencia de relación laboral.
- Contratos extinguidos por la ley vieja, pero pendientes de reclamo judicial (en los ejemplos que veremos sí hay necesidad de ponderar reglas procesales ya que la reforma implica alteraciones de la carga de la prueba o conlleva la valoración de algunas pruebas, en una suerte de tarifa legal).

derecho al cobro antes de entrar en vigencia la LB, destacó que la sentencia es declarativa de derechos, no constitutiva); Valles, Gisel Elizabeth vs. Aloo S.A. s. Ordinario - Despido Cám. del Trab. Sala II, Córdoba, Córdoba; 13/08/2024; Rubinzal Online; RC J 8294/24. Entre los segundos, que aplican «retroactivamente» la derogación de sanciones: «Toconas c. Pugliese», TTSala I, SS de Jujuy, 12/08/2024, RC J 8627/24; «Moyano c. Rossi», Sala X CTrab.Cdba., 05/08/2024, Rubinzal Online RC J7996/24 (las normas derogadas ostentan carácter punitivo y debe aplicarse la LB retroactivamente porque sus disposiciones son más favorables); mismo Tribunal en «Orellano», 23/07/2024, Rubinzal Online REC J 8098/24. Hoy, son numerosas las sentencias que no aplican las derogaciones.

Es el caso del art. 23, LCT, sustituido por art. 89, LB. La Sala VII de la Cámara del Trabajo, Córdoba ¹² sostuvo que «a la época en que las partes se relacionaron, estaba en vigencia el art. 23, LCT en su redacción original que claramente establecía que la presunción de la existencia del contrato de trabajo operaba aun cuando se utilizaran figuras no laborales. Es útil tener presente que, a pesar de las modificaciones a la LCT mediante la Ley 27742 de dudosa legitimidad constitucional, aún está vigente el art. 14, LCT».

Desde ya, aplicar inmediatamente pautas probatorias distintas de hechos que nacieron y se extinguieron bajo la vigencia de la vieja ley constituiría una grave alteración de las consecuencias jurídicas de tales circunstancias.

6.2. Aplicación de las normas derogatorias de la LB (arts. 99, LB, deroga los arts. 8 a 17 y 120 inc. a) de la ley 24013, el art. 9 de la ley 25013, los arts. 43 a 48 de la ley 25345, el art. 15 de la ley 26772 y el art. 50 de la ley 26844; el art. 100, LB, deroga la ley 25323 «Y toda norma que se oponga o resultare incompatible con el contenido del presente título» ¹³.

- a) Esta cuestión es la que al momento se presenta como una de las principales que generan controversia en cuanto a su aplicación en el tiempo y ha generado posiciones jurisprudenciales encontradas.

Como hemos analizado más profundamente, la primera regla es que, para verificar la aplicación de las derogaciones, no tiene relevancia si ya está promovida la demanda, si se trabó la litis o se debe dictar sentencia de primera o ulterior instancia. No es por ese camino el análisis correcto del tema.

La cuestión radica en determinar si es posible aplicar retroactivamente la derogación —tornando improcedente los reclamos fundados en las leyes derogadas— o si se trata en estos casos de la aplicación de algo similar a la «ley penal más benigna» que conllevaría que, al momento de resolverse la cuestión, la «pena» o «sanción penal» hubiera desaparecido o fuera de menor entidad hacia el infractor.

Claramente se advierte que esta discusión no se generaría si no se hubiera vigorizado otra que, francamente, hasta ahora no tenía más que entidad doctrinaria: ¿se trata de «sanciones» (penales o civiles) o de «indemnizaciones»?

- b) En la mayoría de las normas derogadas, la ley menciona «indemnizaciones» con lo que, en esos supuestos, parecería en una interpretación simplista que de eso se trata; la letra de la ley es la primera regla de interpretación. Sin embargo, lo que apoya esa conclusión será determinar la naturaleza de las conductas omisivas, es decir, cual ha sido la intención de la ley, su finalidad.

Podrían considerarse algunas realmente indemnizaciones tarifadas por los daños que los errores u omisiones registrales o conductas omisivas del empleador significan para el trabajador. En esta concepción, pues, perdidas las ventajas de la tarifación de daños, el trabajador deberá de acá en más —derogadas ya las normas— describir y acreditar el daño sufrido por incumplimientos registrales, de pago de sumas adeudadas, de entrega de documentos, de falta de pago en término de liquidaciones finales, etc.

12 Ledesma Torres c. EPE de Córdoba, 07/08/2024, RC J 8093/24.

13 Probablemente se pueda dar acá una contemporaneidad de normas contradictorias, cuya resolución correspondería a las reglas contenidas en el art. 9, LCT.

- c) También puede considerarse que efectivamente se trata de sanciones, pero de sanciones civiles: incumplida la norma será la sanción, el pago de los daños ocasionados y precalculados por el legislador.

Lo que no es posible es que se considere a las sanciones (multas o indemnizaciones) como abarcadas por el derecho penal o el derecho penal administrativo. En efecto, no se advierte el ejercicio del poder punitivo del Estado, no se encuentra el sujeto infractor frente al estado rindiendo cuentas (pagando multas y otras sanciones) sino al empleador frente al trabajador, a quien debe el pago de los daños que su conducta ha generado.

Es que la pena y en su caso la sanción administrativa integran el llamado «derecho sancionador» esto es, un conjunto de normas jurídicas de derecho público sujetas a reglas propias que tipifican delitos e infracciones que establecen sanciones concretas (repressivas). Son las reglas de legalidad y tipicidad ¹⁴.

6.3. Como el lector podrá apreciar, la vastedad del tema impide que me aboque a un estudio profundo. Me conformo con delinearlo y dejar algunos conceptos básicos que comparto. Machacando en el concepto de que se trata de las normas derogadas de indemnizaciones o sanciones civiles (con el mismo resultado práctico: el resarcimiento de daños), sigo la excelente línea de ejemplos de Lalanne ¹⁵.

6.3.1. las «indemnizaciones» de los arts. 8, 9 y 10, ley 24013

- a) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador intimó al empleador, dio cuenta de ello a la AFIP y se agotó el plazo del art. 11 de la ley 24013 sin cumplimiento del empleador, deben acogerse los reclamos de las indemnizaciones incluidas en los arts.8, 9, 10 y 15 de la ley 24013, porque la situación estaría ya consolidada al amparo de la vieja ley.
- b) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador intimó al empleador, dio cuenta de ello a la AFIP y, mientras corría el plazo del art. 11 de la ley 24013, comenzó a regir la ley 27742, no serían procedentes las indemnizaciones indicadas ut supra, porque el hecho generador es el incumplimiento del empleador; no la intimación del trabajador.
- c) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador intimó al empleador y dio cuenta de ello a la AFIP, y el empleador incumplió dicho requerimiento y despidió sin causa al trabajador o éste se consideró despedido porque la relación no estuvo registrada o lo estuvo falsamente, el empleador deberá abonar el recargo indemnizatorio.
- d) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador intimó al empleador, dio cuenta de ello a la AFIP y el despido (directo o indirecto) ocurrió durante la vigencia de la ley 27742, el empleador no debe el recargo indemnizatorio porque la consolidación del hecho al amparo de la nueva ley,

¹⁴ Para un detallado e interesante despliegue explicativo del tema, remito a Confalonieri, ob. cit.

¹⁵ Julio E. Lalanne, «La derogación de las 'multas' de la Ley Bases ¿tiene efecto retroactivo?», Diario LL del 27/08/2024

6.3.2. La presunción de temeridad y malicia del art. 9 de la ley 25013

- a) El empleador deberá pagar el interés por temeridad y malicia si el despido incausado y su incumplimiento (art. 255 bis LCT) se produjeron antes de la vigencia de la ley 27742.
- b) Si antes de la vigencia de la ley 27742 se hubiese producido el despido incausado del trabajador, pero durante su vigencia se hubiera consumido el plazo del art. 255 bis de la LCT sin pago del empleador, no sería procedente la sanción del art. 8 de la ley 25013.
- c) Si antes de la vigencia de la ley 27742 hubiese sido homologado un «acuerdo rescisorio» entre el trabajador y el empleador y éste no lo hubiera cumplido, sería procedente la sanción del art. 9 de la ley 25013.
- d) Si antes de la vigencia de la ley 27742 hubiese sido homologado un «acuerdo rescisorio» entre el trabajador y el empleador y el incumplimiento del segundo hubiera ocurrido durante la vigencia de la ley 27742, no sería procedente la sanción por temeridad y malicia.

6.3.3. La «indemnización» del art. 80 de la LCT

- a) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador hubiese intimado al empleador y se hubiera agotado el plazo para cumplir dicho requerimiento, el empleador debería pagar la indemnización correspondiente.
- b) Si antes de la vigencia de la ley 27742 el trabajador hubiera intimado al empleador, pero el plazo para cumplir la obligación se hubiese cumplido durante la vigencia de la nueva ley, el empleador no debería ser condenado a pagar la indemnización derogada.

6.3.4. La «indemnización» agravada del art. 1 de la ley 25323

- a) Si el despido del trabajador hubiese ocurrido antes de la vigencia de la ley 27742, el empleador debería pagar el incremento indemnizatorio.
- b) Si el despido del trabajador se hubiera producido durante la vigencia de la ley 27742, el empleador no debería pagar la indemnización agravada.

6.3.55. Las «indemnizaciones incrementadas» del art. 2 de la ley 25.323

- a) Si antes de la vigencia de la ley 27742 se hubiera producido el despido del trabajador y el empleador, previamente intimado, no pagare su deuda en término, deberá cargar con el incremento indemnizatorio.
- b) Si antes de la vigencia de la ley 27742 se hubieran llevado a cabo el despido (directo o indirecto) y la intimación del trabajador al empleador, pero el plazo para cumplir se hubiera agotado durante la vigencia de la nueva ley, el empleador quedaría eximido del recargo.

VII. Qué pasa en caso de duda

La realidad indica que hay y habrá numerosas dudas interpretativas respecto de la aplicación del derecho transitorio, en los casos que hemos mencionado y en muchos otros más.

No parece que hubiera posibilidad de una colisión normativa (excepto el caso de leyes que sean incompatibles o contrarias, art. 100, ley 27742) porque para cada caso rige la ley vieja o la ley nueva, no ambas a la vez. Ello excluiría la aplicabilidad del art. 9, LCT.

Ahora bien, como acertadamente señala Aída Kemelmajer de Carlucci ¹⁶ el art. 7, CCC no es una «isla dentro del sistema» sería absurdo que en un código que menciona reiteradamente «el ordenamiento» (como un todo) y que reclama una interpretación conforme al «sistema de fuentes» (arts. 1 y 2), haya un artículo que escape al reclamo de coherencia. Es por ello que la interpretación que guíe la decisión «no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya sólo porque lo recuerdo el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1 y 29 sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. art. 31 y art. 75, inc. 22).». Por supuesto, tampoco podrían soslayarse principios propios del derecho del trabajo y, sobre todo, la progresividad en el tema de derechos.

Siempre habrá que tenerse en cuenta que el trabajador es considerado «sujeto de especial tutela constitucional», guía inquebrantable de interpretación en los temas que hemos abordado.

¹⁶ La aplicación del Código Civil y comercial», p.29 y ss.

Licencias Laborales - Maternidad - Voluntad Procreacional - 17-marzo-2025
Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo - Principio
de Progresividad Licencia por Maternidad - Matrimonio
Igualitario - Igualdad ante la Ley Discriminación -
Perspectiva de Género - Derecho del Trabajo



Ley de Bases: licencia por gestación

POR GUILLERMINA FRAGUEIRO ¹

MJ-DOC-18151-AR | MJD18151

Sumario: I. Introducción. II. Adecuación a la ley de identidad de género: licencia para personas gestantes. III. Reducción facultativa del plazo de licencia previa al parto. IV. Aspectos indeseablemente inalterados de la ley. V. Deuda pendiente. VI. Reflexión final.

I. Introducción

La extensa Ley de Bases y Puntos de Partida para la libertad de los argentinos (en adelante Ley de Bases), bajo el número 27.742, trata temas que incluye desde la declaración de emergencia, la reforma del Estado, la promoción del empleo registrado, la modernización laboral, hasta la energía y el Régimen de Incentivo de Grandes Inversiones (RIGI).

En particular, el Título V introduce las reformas a la ley 20.744, Ley de Contrato de Trabajo (LCT), con la denominación «Modernización Laboral». Entre ellas, en su art. 93, se encuentra la sustitución del art. 177 de la LCT referido a la licencia por embarazo, por un texto que reproduce casi exactamente el anterior, con algunas modificaciones respecto del sujeto y del plazo.

A simple vista, la redacción del artículo sobre la licencia por gestación se mantiene casi idéntico, sin embargo, es conveniente realizar un análisis pormenorizado de lo que realmente implica la modificación, la implicancia de la redacción no modificada y los reclamos latentes desoídos que derivan en la persistencia de una deuda pendiente en la materia.

¹ Abogada (UNC). Magister en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España). Especialista en Derecho Laboral (UNC). Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

II. Adecuación a la ley de identidad de género: licencia para personas gestantes

La novedad que surge de la lectura del nuevo artículo 177 de la Ley de Contrato de Trabajo, es que la prohibición de trabajar durante los cuarenta y cinco días anteriores y posteriores al parto está dirigida al personal femenino o a la persona gestante.

Como primera valoración, la inclusión de persona gestante como sujeto de protección durante el embarazo, sin indicación del sexo o género, es relevante a los fines de adecuar la normativa laboral a la Ley 26.743 de Identidad de Género. Nuestro ordenamiento reconoce el derecho a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. De este modo con la referencia a persona gestante se incluye a varones trans, personas no binarias y demás identidades que no se auto identifican con el género femenino y tienen la capacidad de atravesar un embarazo.

Ahora bien, no se explica con tanta claridad la razón por la que el artículo se refiere a personal femenino y a persona gestante como sujetos diferenciados. El texto de la norma peca de redundante al incluir al personal femenino, cuando la referencia a persona gestante engloba a todo ser humano que atraviesa una gestación, sin importar si se trata de personal femenino o masculino, según la adecuación a la ley de identidad de género.

En el mismo sentido, tampoco pareciera tener mucho sentido que en el tercer párrafo se refiera a «la trabajadora o persona gestante», y en el quinto y sexto párrafo se consigne «mujer o persona gestante». Entre los motivos por los cuales el legislador pudiera haber creído pertinente hacer dicha diferenciación, se me ocurren algunas opciones poco felices. O el legislador no ha comprendido con exactitud a lo que se refiere persona gestante, o no considera a la mujer como persona.

Como alternativa menos probable pero más deseada, sería que el legislador haya querido otorgar esta licencia también a las trabajadoras que serán madres, pero sin gestar. Es decir, esta redacción en un sentido literal podría tener implicancias en su interpretación para el caso de la licencia por maternidad de mujeres trabajadoras no gestantes, como ocurre en el caso de parejas del mismo sexo, la adopción o incluso en la maternidad por subrogación. Si esa fuera la intención legislativa, se llenaría el vacío legal respecto de dichos casos que hasta ahora no estaban receptados en la ley.

Por otra parte, la adecuación a la ley de identidad de género ha pasado por alto que los artículos 178, 179, 183, 184, 185 y 186 de la ley siguen refiriéndose a la mujer trabajadora. Es decir, que estos artículos siguen sin tener en consideración a la persona que sin auto percibirse mujer atraviesa una gestación, pero podría entenderse que habilita la exigencia de dichos institutos a favor de la mujer trabajadora que fuera madre no gestante. En consecuencia, podría decirse que hubo un intento incompleto y deficiente del legislador por adaptar la licencia de modo más respetuoso con el derecho a la identidad de género. Aunque esto no elimine por completo el reconocimiento del leve avance que significa.

III. Reducción facultativa del plazo de licencia previa al parto

El periodo de trabajo prohibido por gestación continúa siendo de cuarenta y cinco días anteriores al parto y hasta cuarenta y cinco días después del mismo. La modificación se observa en cuanto a la opción de la persona gestante de que se le reduzca la licencia anterior al parto, que no podrá ser inferior a diez días. La redacción anterior permitía reducir la licencia hasta treinta días previos al parto, y se mantiene sin reformas que el remanente se acumulará a la licencia posterior al parto hasta cubrir los noventa días en total.

Esta modificación le concede a la persona gestante la posibilidad de continuar trabajando por decisión propia, sin intervención del empleador, por más tiempo previo a la fecha presunta de parto, de modo que, con posterioridad a él, goce de más días de licencia hasta cumplir los 90 días. La ampliación del límite temporal debe ser decisión exclusiva de la persona interesada, y dependerá de las circunstancias concretas del caso, según el tipo de tareas que realiza y de las recomendaciones médicas, ya que se está en presencia de un embarazo en estado avanzado.

Ahora bien, desde el punto de vista tuitivo, si la intención de este artículo es proteger tanto a la persona gestante como a la persona por nacer, la reducción de días de licencia previa no se traduce necesariamente en mayor resguardo ni libertad. Podría alegarse que determinar compulsivamente una mayor protección —30 días de prohibición de trabajo— aún en contra de la decisión de la persona embarazada, correría riesgo de caer en estipulaciones de tipo paternalistas en desmedro de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la modificación del artículo no parece significar un verdadero avance hacia la protección del embarazo y el régimen permanece casi idéntico.

En todo caso, si en la práctica se observa un deseo generalizado de las personas gestantes de trabajar hasta el último momento previo al parto ² y esto se debe a que desean acumular licencia posterior, ya que el plazo total es demasiado escaso, hubiera sido más protectorio prever un término de trabajo prohibido más amplio, lo que iría también en consonancia con la Recomendación N° 191 de la OIT (2000). Aquí vale aclarar que nuestro país no ha ido ratificando los Convenios que la OIT ha dictado en la materia (N° 103 de 1952 y N° 183 del año 2000), sino que ha quedado ratificado únicamente el Convenio N° 3 sobre protección de la maternidad del año 1919, sin actualización.

En tal sentido, resultaría más equitativo y tuitivo ampliar el término total de la licencia, en lugar de «dar la opción» de trabajar con embarazos casi a término haciendo eco una vez más de la sobrecarga de tareas hacia las personas trabajadoras con capacidad de gestar. Asimismo, se genera desigualdad entre quienes atraviesan embarazos sin dificultades y quienes se ven impedidos de prestar tareas los días previos al parto, ya que verán reducida su licencia posterior.

2 MUGNOLO, J.P (2024). Reforma Laboral. Ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos, Buenos Aires, pp. 214-218.

IV. Aspectos indeseablemente inalterados de la ley

En cuanto al plazo total por el cual se extiende la prohibición de trabajar, sigue siendo de noventa días. Esto resulta notablemente inferior a la Recomendación sobre la protección de la maternidad N° 191 de la OIT (2000) que estima una licencia de dieciocho semanas por lo menos, es decir, 126 días. Existen numerosos proyectos de ley que proponen la extensión de ese término, sin embargo, la reforma actual ha dejado pasar la oportunidad de ajustarse a los estándares internacionales y se mantuvo en los noventa escasos días de prohibición de trabajo por gestación.

Sumado a esto, no se ha modificado la licencia por paternidad del art. 158 inc. a) que sigue siendo extremadamente exigua —sólo dos días—, lo que perpetúa la división sexual del trabajo y sobrecarga a las mujeres con las tareas de cuidado y reproducción³. Las licencias más extensas para las madres, en comparación con las de los padres, perjudican los ingresos y las oportunidades laborales de las mujeres en el futuro, produce desincentivo en su contratación y genera efectos negativos en su trayectoria laboral⁴.

Comparto la postura de ciertos autores⁵ que sostienen que es un escenario preocupante ya que la importancia de las licencias por maternidad, paternidad o familiares son una herramienta fundamental para garantizar el derecho a cuidar y ser cuidado, así como para promover una distribución más equitativa entre varones y mujeres del trabajo reproductivo y las tareas de cuidado. Una manera de reconocer la responsabilidad de los varones como miembros activos y responsables directos de las tareas domésticas y de crianza en el hogar, es otorgando licencias por nacimiento más extensas al padre que, si bien puede parecer una sobrecarga para los empleadores, al fin y al cabo, la sociedad en su totalidad debe contribuir con el trabajo de reproducción. De lo contrario, estas tareas terminan afectando sobremanera a las personas gestantes.

Por otra parte, la garantía de estabilidad en el empleo para la persona gestante continúa siendo ficticia, en tanto que frente a un despido discriminatorio —que se presume al que se produce en los siete meses y medio antes y después del parto (art. 178 LCT)—, se prevé una indemnización agravada (del art. 182 LCT). Con ello se obtiene un ensancha-

3 INDEC (2022): Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2021, Ministerio de Economía, ISBN 978-950-896-624-7, p. 43. Disponible en: https://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf

PAUTASSI, L. (2023). «El tiempo y su distribución. Claves para su incorporación en las regulaciones laborales de Argentina» (pp. 104 - 114). En Revista temática GEDS (Grupo de Estudios en Derecho Social), mayo, Número dedicado a: Perspectiva de género en el Derecho Laboral. Disponible en: https://drive.google.com/file/d/1XyeRKGc_CGPxHYcFrmFvaZH8hVpYZLP5/view?usp=share_link

4 DÍAZ LANGOU, G., DE LEÓN, G., FLORITO, J., CARO SACHETTI, F., BIONDI, A. y KARCZMARCZYK, M. (2019). El género del trabajo. Entre la casa, el sueldo y los derechos. CIPPEC - OIT - ONU Mujeres - PNUD. Disponible online: https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2019/11/el_genero_del_trabajo.pdf

5 BONAVITTA, P., & BARD-WIGDOR, G. (2022). Licencias por Cuidado Familiar y la Reproducción de Roles de Género: El Caso de Argentina. *Puriq*, 4, e420. <https://doi.org/10.37073/puriq.4.420>

miento de la suma indemnizatoria, pero de ninguna manera deja sin efecto la ruptura del vínculo. En tal sentido, la estabilidad se desvanece frente al pago de una suma dineraria tarifada en la norma.

La supuesta estabilidad, que no garantiza la inmutabilidad del vínculo, sino que robustece el monto indemnizatorio, está ahora en perfecta sintonía con el nuevo art. 245 bis de la LCT en su última parte, que determina que en todos los casos de despido discriminatorio se producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos. Esta añadidura viene a contradecir a la extendida jurisprudencia ⁶ que hace varios años reconoce como aplicable la ley 23.592, Ley Antidiscriminación, que ordena el cese inmediato de la conducta discriminatoria lo que implica dejar sin efecto el despido y reinstalar a la persona despedida por motivos discriminatorios.

Como última observación, el último párrafo del artículo 177 mantiene incólume el otorgamiento de los beneficios previstos en el art. 208 LCT para el caso de que la mujer o persona gestante permanezca ausente de su trabajo durante un tiempo mayor a los 90 días a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto e incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos.

Aquí se ha perdido una oportunidad más de atender a los numerosos reclamos en la cuestión. El artículo 208 de la LCT contempla el caso de las enfermedades llamadas inculpables que no tienen su origen ni relación alguna con el trabajo y es el empleador quien debe abonar la remuneración a pesar de la falta de prestación de tareas. Esto ya es cuestionado por el costo que implican dichos casos, y aún más en las circunstancias de embarazos de riesgo en los cuales las mujeres se ven impedidas de acudir por más tiempo que la licencia que abona ANSES, y que será a cargo del empleador.

Una alternativa posible ante estos casos, para no sobrecargar al empleador y que proponen algunos proyectos de ley, sería continuar con la cobertura de la seguridad social mientras dure el impedimento de trabajar, al igual que durante la licencia por gestación. Esto alivianaría la carga sobre el empleador y se soportaría solidariamente por la seguridad social, lo que además de resultar más equitativo socialmente, puede indirectamente favorecer a la contratación de mujeres que se enfrentan con un plus de desigualdad al momento del inicio, ejecución y término del contrato de trabajo ⁷.

Como Pateman ⁸ lo profundiza en su obra, las mujeres que ingresan al mercado laboral enfrentan una doble subordinación, por trabajadora y por mujer ⁹, condiciones que la acompañan durante todo momento de su relación laboral, la contratación, el desarrollo y

6 Véase CNAT, Sala II, SD 95.075 del 25.06.07, «Álvarez Maximiliano y otros C/Cencosud SA S/ Acción de Amparo»

7 Véase LERUSSI, R.C. (2022) Restricciones epistémicas en el derecho del trabajo: ensayo crítico, Joaçaba, v. 23, n. 1, p. 109-120, jan./jun. 2022, online: <https://doi.org/10.18593/ejil.30419>

8 PATEMAN, C. (1988). «Hacer un contrato», en El contrato sexual, Anthropos, ed. 1995, pp. 9-30.

9 A esto se podrían agregar más condiciones transversales que profundicen la desigualdad precontractual y contractual, como la clase, la etnia, la religión, la salud, la identidad de género, la orientación sexual, etc.

la extinción del vínculo. El empleador a sabiendas de que las mujeres se hacen más cargo del cuidado del hogar, de las licencias para cuidado de los hijos o ancianos enfermos y de la crianza de los hijos en sus primeros años de vida, preferirá contratar a un varón que no asuma dichas tareas.

V. Deuda pendiente

Frente a los reclamos y problemáticas actuales que resuenan desde el punto de vista de las responsabilidades familiares, la Ley de Contrato de Trabajo ha quedado desactualizada en materia de equidad de género. No contempla la distribución desigual de las tareas de cuidado ni las diversas composiciones familiares. Constantemente se presentan proyectos de reforma y esta hubiera sido una oportunidad de ajustar la legislación a los reclamos sociales, de modo que no se deba recurrir a la justicia para encontrar respuesta a vacíos legales por omisión del legislador.

Nuestra regulación no contempla las licencias familiares que puedan gozar cualquiera de los progenitores por razones de familia, ni la diversidad de conformaciones familiares posibles, lo que afectará en la práctica a la comunidad LGBTIQ+, las familias monoparentales y adoptantes¹⁰. Sin perjuicio de la interpretación del texto realizada supra respecto del «personal femenino», no se contempla expresamente el caso de una madre no gestante. Lo cual constituye una omisión legal al momento de actuar tanto para la persona dependiente como para la empleadora, así como para la seguridad social responsable en su caso de asumir el pago de la retribución¹¹. Receptar dicha circunstancia evitaría la judicialización de estos casos frecuentes no contemplados expresamente por la ley.

Asimismo, existen circunstancias cotidianas en la vida familiar de las personas, como la adopción, los abortos o nacimientos sin vida, las familias monoparentales, las parejas del mismo sexo o la maternidad subrogada, que no se encuentran previstas en el texto legal al momento de regular la licencia por gestación. Esto hace que en caso de conflicto sean los tribunales lo que deban resolver los casos concretos, con los riesgos que ello implica. La reforma que se llevó a cabo hubiera sido una oportunidad para llenar estos vacíos legales en la materia.

Respecto de la adopción, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad por omisión el régimen de licencias de la LCT por no contemplar la maternidad/paternidad durante la etapa de guarda con fines de adopción, ya que la omisión de licencia supone una desigualdad y discriminación entre hijos y familias adoptivas, dado que el sistema de

10 Ibidem

11 Hay jurisprudencia que manda a la Anses a otorgar la asignación por maternidad a una madre no gestante, desde la fecha de inicio de la licencia concedida por el empleador. En este caso el pleito es respecto de la asignación de ANSES y no de la licencia que el empleador otorgó a la trabajadora. Juzg. Federal 1º Inst. Seguridad Social, Nro. 10, Capital Federal, Sentencia de fecha 21/07/2023, B.V.J. c/ Anses s/ amparos y sumarísimos, disponible en <http://www.sajj.gob.ar/juzgado-federal-1ra-instancia-seguridad-social-nro-10-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-anses-amparos-sumarisimos-fa23310001-2023-04-21/123456789-100-0133-2ots-eup-mocsollaf>

seguridad social debe asegurar por igual el beneficio a todos los trabajadores¹². Para el caso de dos padres que adoptan se ha reconocido judicialmente el derecho a gozar de la licencia prevista en el art. 177 de la LCT, pues la intención de la ley es darle a la persona trabajadora el tiempo suficiente para recibir a su hijo en el seno de la familia, un tiempo de tranquilidad y adaptación¹³.

La falta de previsión legal respecto del aborto, pérdida o nacimiento sin vida también lesiona el derecho a la salud de la persona gestante y se promueve la judicialización de estos casos cuando el empleador no reconoce el derecho a gozar de licencia. La maternidad por subrogación es otra situación no contemplada explícitamente en la ley, y si bien la licencia por embarazo busca proteger la salud de la madre gestante, también tiene directa vinculación con la salud y el bienestar del/a niño/a y su vínculo con los padres/madres. En tal sentido, la jurisprudencia ha reconocido como vital su atención primaria en los primeros meses de vida, y se ha admitido la procedencia de la licencia por maternidad a la madre no gestante y la consecuente asignación familiar, como instrumentos para garantizar la integración de la familia, el cuidado del niño y la vinculación afectiva con sus padres¹⁴.

Por último, la ley continúa omitiendo una regulación para el caso de la colisión de institutos entre la licencia por embarazo y el periodo de prueba, tema sobre el que la jurisprudencia se ha expedido en reiteradas oportunidades. El problema de que la norma no recepte expresamente estos casos perjudica a los y las trabajadores/as que deben acudir a la justicia para exigir el cumplimiento de sus derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, a la familia, a la salud y a la autonomía de la voluntad.

En tal sentido, la temática se convierte indudablemente en una cuestión de género y nuestra regulación sobre licencia por gestación continúa en falta con la igualdad material concebida en nuestra Constitución Nacional¹⁵, y con los tratados internacionales ratificados por nuestro país, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Con-

12 Juzg. 1º Inst. Civil Nro. 82, Capital Federal, sentencia de fecha 20/09/2022, A. M. V. C. y otros s/ control de legalidad, disponible en <http://www.saij.gob.ar/juzgado-nacional-primera-instancia-civil-nro-82-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-otros-control-legalidad-fa22020050-2022-09-20/123456789-050-0202-2ots-eupmocsollaf>

13 Juzg. de Familia Nro. 5, Mar del Plata, sentencia de fecha 15/07/2015, A. L. B. Y A. I. O. s/materia a categorizar (declaración de adoptabilidad), disponible en <http://www.saij.gob.ar/juzgado-familia-nro-5-local-buenos-aires-materia-categorizar-declaracion-adoptabilidad-fa15010036-2015-07-15/123456789-630-0105-1ots-eupmocsollaf>

14 Cam. Fed. Seguridad Social, Capital Federal, sentencia de fecha 05/05/2022, T., J. c/P.E.N.y otro s/amparos y sumarísimos, disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-seguridad-social-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-pen-otro-amparos-sumarimos-fa22310001-2022-05-05/123456789-100-0132-2ots-eupmocsollaf>

15 La Constitución Nacional consagra, además de la igualdad ante la ley del artículo 16, el principio de igualdad material en sus artículos 37, 75 inc. 2, 75 inc. 17, 75 inc. 19 segundo y tercer párrafos, 75 inc. 22 (con los tratados de derechos humanos) y 75 inc. 23.

vención de Belem do Pará) en el contexto regional, que son herramientas fundamentales para promover la igualdad entre mujeres y hombres ¹⁶.

Entre la normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el mandato de promover la igualdad entre mujeres y hombres en materia del trabajo está consagrado en su Constitución y, especialmente, la protección de la maternidad en el Convenio N° 183 de 2000, no ratificado por Argentina, y su Recomendación N° 191 del mismo año, el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares N° 156 de 1981, y el Convenio N° 102 sobre seguridad social de 1952 que reconoce las prestaciones de maternidad como una de las nueve ramas de la seguridad social ¹⁷.

VI. Reflexión final

La manera de legislar sobre la protección durante y después de la gestación, así como en lo relacionado con la licencia por maternidad, paternidad o licencia familiar, impacta directamente en el principio de igualdad entre trabajadoras y trabajadores. Este principio implica la creación de un marco normativo que permita condiciones laborales equitativas para todas las personas independientemente de su género. Una legislación deficiente en esta área no solo se traduce en un problema de desprotección, sino que refuerza la discriminación estructural hacia las mujeres.

La actual redacción al art. 177 de la LCT continúa en deuda con el marco constitucional y convencional, el cual demanda una legislación laboral que promueva la igualdad real de género. El texto sigue reproduciendo una visión limitada y desactualizada de los derechos laborales en torno a la maternidad y la paternidad, perpetuando una concepción tradicional y rígida de los roles familiares y laborales.

No pareciera que la reforma introducida por la Ley de Bases tenga la intención de avanzar sustancialmente hacia la igualdad de género ni hacia una distribución más equitativa de las tareas de cuidado y reproducción. Si bien se puede destacar el valor de incluir el término «persona gestante», lo cierto es que el régimen de licencia por gestación mantiene el espíritu de su concepción tradicional sin adecuaciones reales a los avances sociales en materia familiar y de género.

De hecho, no se observa una modificación sustantiva que promueva una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos desde el nacimiento, ni tampoco una redefinición del concepto de familia que contemple los avances sociales en cuanto a los modelos de convivencia y crianza. La escasa flexibilidad de las licencias y la falta de un sistema que promueva la corresponsabilidad en las tareas de cuidado refuerzan una estructura desigual que coloca a las mujeres en una situación de desventaja tanto en el ámbito laboral como en el doméstico. La sobrecarga de responsabilidades familiares no

16 Entre otros, cabe mencionar la propia Carta de las Naciones Unidas, numerosas resoluciones de la Asamblea General, las Conclusiones acordadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en relación con la integración de la perspectiva de género, la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y su seguimiento, y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

17 OIT (2009), Protección de la maternidad, Notas OIT: Trabajo y Familia, N° 4, disponible en <https://www.ilo.org/es/publications/proteccion-de-la-maternidad>

solo limita sus oportunidades profesionales, sino que reproduce y perpetúa los estereotipos que asignan a las mujeres el rol principal en el cuidado de los hijos.

En resumen, la reforma, aunque apunta a algunos cambios nominales, no aborda de manera efectiva los problemas estructurales de la desigualdad. Se hace urgente una reforma integral que promueva una reorganización profunda de las responsabilidades familiares y laborales, acorde con los principios de igualdad y equidad entre los géneros.

Laboral - Despido - Decretos de Necesidad y Urgencia -
Discriminación - Registración de la Relación Laboral -
Registración Defectuosa - Jornada Laboral - Multas
Laborales - Vigencia de la Ley - Discriminación Laboral

18-marzo-2025



El artículo 245 bis LCT según 27.742. Un intento quizás vano por domesticar la protección contra el despido discriminatorio

POR JORGE ELÍAS ¹

[MJ-DOC-18152-AR](#) | [MJD18152](#)

Sumario: I. El despido discriminatorio en el derecho argentino. II. Los elementos centrales del sistema de protección contra el despido discriminatorio. III. El artículo 245 bis introducido por la ley 27.742: ataque el despido discriminatorio por cuatro vías. IV. Conclusión.

La autodenominada «Ley Bases», que prefiero llamar 27.742, en su retrógrado capítulo laboral no se ha privado de intentar revertir la jurisprudencia referida a tutela antidiscriminatoria en materia de despidos que se ha instalado sólidamente en el ordenamiento jurídico nacional.

I. El despido discriminatorio en el derecho argentino

La no discriminación estuvo durante largos años instalada casi como una norma programática en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien la Ley de Contrato de Trabajo en

¹ Abogado Laboralista. Ejerce su profesión como defensor de trabajadores y asesor de entidades sindicales. Miembro del Grupo de Expertos en Relaciones Laborales creado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2005/2007. Presidente de la Filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Disertante en Carrera de Posgrado en Derecho Laboral en diversas universidades. Autor de obras de la especialidad.

su artículo 17, el convenio 111 OIT ratificado por nuestro país en 1968 ², y los tratados internacionales que quedaron incorporados a la Constitución luego de la reforma de 1994 ³ no fue sino años después que una abundante y pacífica jurisprudencia consolidó el instituto. Ya antes de la reforma constitucional se había sancionado en 1988 la ley 23.592, fruto del malestar que provocaban los abusos que los porteros de establecimientos de diversión nocturna, conocidos como patovicas que discriminaban el ingreso de jóvenes según su apariencia o vestimenta ⁴.

Sin embargo, debieron transcurrir más de tres lustros para que, al amparo de la ley 23.592 y de los tratados de derechos humanos, sucesivos fallos judiciales fueron delimitando este instituto se ha instalado con fuerza en nuestro derecho del trabajo.

II. Los elementos centrales del sistema de protección contra el despido discriminatorio

El desarrollo de la jurisprudencia y doctrina sobre el tema, permite identificar los elementos constitutivos de la tutela antidiscriminatoria en caso de despidos: la amplitud de hipótesis en los que opera la protección, un régimen de carga de la prueba particular, y las acciones de reparación y nulidad que asisten al trabajador afectado.

II.1. El concepto de acto discriminatorio en nuestra ley.

Los redactores de la ley 23.592 conceptualizaron de modo muy amplio —quizá único en el derecho comparado— la discriminación, al definirla como la de «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». Esta fórmula, como puede apreciarse, excede la tradicional conceptualización

2 El artículo 1 del Convenio OIT 111 define a la discriminación como: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

3 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ONU 1966, fue ratificado por ley 23.313 de 1986; la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre Bogotá 1948 fue ratificada por ley 23.054 de 1984, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU 1948 es aplicable a nuestro país desde su sanción, atento su calidad de miembro del organismo desde su fundación.

4 Elías, J. «La onda expansiva del despido discriminatorio» Revista de Derecho Laboral RDL, 2008-2, p.86)

de la discriminación a través de un listado de situaciones que habilitan los mecanismos protectorios ⁵.

Al amparo de esta conceptualización del acto discriminatorio, la jurisprudencia laboral ha receptado en la categoría de discriminatorios despidos que están referidos, no tanto a las clásicas causales de sexo, raza, religión, etcétera, sino otras situaciones más específicas del mundo del trabajo como los despidos por razones de salud del trabajador, activismo sindical, edad, o el despido represalia por el ejercicio legítimo de un derecho a reclamar por parte del trabajador.

II.2. El mecanismo probatorio en los casos de despido por discriminación.

La jurisprudencia se hizo cargo de las dificultades probatorias por parte de las víctimas de estos actos, y siguió el criterio sustentado por dictámenes de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ⁶. Con tal fundamento, se venía aplicando el criterio de que en materia de despidos discriminatorios «el trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, y para ello no basta una mera alegación, sino que se debe acreditar la existencia de algún elemento que permita considerar la posibilidad de un acto arbitrario de discriminación» ⁷.

Este criterio fue consagrado por la CSJN en el recordado fallo «Pellicori», en el que estableció que: «En los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación» ⁸.

II.3. Las acciones que le asisten al trabajador víctima de un despido discriminatorio: reparación de daños y nulidad del acto.

La ley 23.592 expresamente contempla como efecto del acto discriminatorio la nulidad del mismo, y la reparación de los daños causados en cuanto dispone que el autor del

5 Tanto el convenio OIT 111 como la LCT, según texto transcritos en notas precedentes, y los tratados internacionales definen la discriminación de forma que podríamos denominar «casuística», a diferencia de la definición más amplia de la ley 23.592.

6 Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y Ocupación.

7 Scognamillo, María c. Dadone Argentina SA» (CNAT Sala II 17.11.06 Boletín de Jurisprudencia CNAT).

8 Pellicori, Liliana Silvia c. Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires», 15.11.11 Fallos 334:1387.

acto discriminatorio «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».

El acto discriminatorio, en tanto ilícito, da lugar a una acción de reparación de daños que, conforme lo dispuesto en el artículo 1740 CCyC deberá ser plena y consistirá en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, más los daños cuyas pautas fija el artículo 1738 del mismo cuerpo legal ⁹.

En base a esa formulación se registran numerosos pronunciamientos coronados y reiterados por nuestro Alto Tribunal desde «Alvarez c. Cencosud» ¹⁰ que han declarado nulos despidos considerados discriminatorios con la consiguiente obligación de reinstalar al trabajador en el empleo, y a una reparación de daños que puede acumularse a la pretensión de nulidad o limitar a ella la pretensión.

III. El artículo 245 bis introducido por la ley 27.742: Ataque el despido discriminatorio por cuatro vías

En tanto nuestra legislación laboral no contiene ninguna disposición expresa referida al despido discriminatorio —ya que es el resultado de la aplicación de una norma del derecho receptada por la jurisprudencia— los reformadores, en el afán por restringir los efectos de esta tutela, impedidos de derogar una norma legal, como lo hicieran con otras disposiciones ¹¹, han optado por incorporar la cuestión del despido discriminatorio como artículo 245 bis en la LCT. Claro que esta recepción, lejos de constituir un reconocimiento expreso de esta tutela, procura recortar el diseño actual del instituto, desnaturalizándolo hasta el absurdo ¹².

⁹ La jurisprudencia laboral, en muchos casos ha establecido la reparación del daño causado por el despido discriminatorio en un año de remuneraciones por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 178 y 182 LCT.

¹⁰ CSJN «Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud SA.» 07.12.2010 Fallos 333:2306.

¹¹ Como ha hecho, por caso con las leyes 24.013 y 25.323.

¹² Art. 245 bis. Agravamiento indemnizatorio por despido motivado por un acto discriminatorio. Será considerado despido por un acto de discriminación aquel originado por motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad.

En este supuesto la prueba estará a cargo de quien invoque la causal, y en caso de sentencia judicial que corrobore el origen discriminatorio del despido, corresponderá el pago de una indemnización agravada especial que ascenderá a un monto equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso.

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

El citado artículo ataca el sistema actualmente vigente en cuatro direcciones: limita las hipótesis de aplicación de la tutela antidiscriminatoria en caso de despidos, modifica la regla sobre carga de la prueba, tarifa la reparación del daño y prohíbe la declaración de nulidad del despido.

Este intento por someter el instituto protectorio del que nos venimos ocupando reconoce como antecedente el malogrado artículo 11 de la ley 25.013 de 1998¹³, que redujo las causales de aplicación de la tutela a motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, religión, ideología, u opinión política o gremial, e instituyó una reparación tarifada del 30% de la indemnización por despido. Durante la corta vigencia de la norma no se registran publicados fallos que la hubieran aplicado, y los pocos precedentes —que marcaron rumbo en la materia— anteriores a su derogación¹⁴, omitieron toda referencia a la misma aplicando derechamente la ley 23.592¹⁵.

Pasaremos a considerar cada uno de esos aspectos de la norma, y sus vías de impugnación jurídica confrontándolas con el conjunto del ordenamiento jurídico, de la doctrina judicial receptada por la Corte y de los tratados internacionales incorporados a la parte dogmática de la constitución.

III.1. Impugnación constitucional del carácter regresivo de la norma. Previo a considerar una por una estas cuatro cuestiones que contiene el artículo que acaba de insertarse en la LCT nos parece oportuno abordar una cuestión central, común a buena parte de la reforma contenida en la ley 27.742, relativa al carácter regresivo de sus disposiciones, que, como veremos se verifica en los aspectos centrales de la reformulación de este instituto, y a nuestro juicio, descalifica constitucionalmente el artículo 245 bis.

El principio de progresividad, que para algunos no pasa de una mera regla programática, ha tenido recepción en fallos de la Corte, que permiten invocarlo en relación con este tema.

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 definitiva del vínculo laboral a todos los efectos.

13 Con una aplicación prácticamente nula, el artículo fue derogado por la ley 25.877.

14 El fallo que podría considerarse *leading case* en la materia es anterior a la derogación del artículo 11 ley 25013 (CNAT Sala VI 10.03.04 «Balaguer, Catalina c. Pepsico Argentina» DT 2004, Pág. 775). Con anterioridad se registran los pronunciamientos de otra sala del mismo tribunal, «Stafforini Marcelo c. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y ANSES» (CNAT Sala X 29.06.01, inédito, cit. por Ferdman, Beatriz E., en *Evolución del despido discriminatorio en nuestro País*, Parte I, T. y S.S. T 2004 Pág. 662 y que diera lugar a la condena a reparar daños en «Stafforini Marcelo c Poder Ejecutivo Nacional» (CNAT Sala X 29.06.01 La Ley 2005-F, Pág. 745), un despido discriminatorio por razones de salud fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, «Raggi, Germán c. Transener S.A.» (Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario Sala III (Integrada) 18.10.02 La Ley Litoral 2003 Pág. 520).

15 Debe reconocerse cierta sagacidad de los redactores de la norma, que intentaron ponerle un corsé a la discriminación en el despido antes de que aparecieran los primeros fallos sobre la materia.

Nos parece oportuno recordar el precedente del fallo «Aquino»¹⁶ en el que nuestro Alto Tribunal puso de resalto que nuestro ordenamiento jurídico, a través «de los tratados de DDHH en general, y del PIDESC en particular (.) «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)». En dicho fallo se cita el debate de la constituyente de 1957 en el que al tratarse lo que después fue el artículo 14 Bis CN, el miembro informante de la Comisión Redactora citó a Piero Calamandrei en testos términos: «un gobierno que quisiera substraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá adelante»¹⁷.

III.1.1. El derecho a la no discriminación está instalado en el jus cogens.

Otro argumento que da sustento a la impugnación constitucional del artículo 245 Bis está sustentado en el hecho de que como bien se ha dicho, «el derecho a la no discriminación arbitraria no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que ha ingresado en el dominio del jus cogens»¹⁸, lo que impide que una norma de jerarquía inferior pueda contradecir la garantía de rango constitucional.

III.2. Un listado cerrado de las hipótesis de discriminación.

El nuevo artículo enuncia de modo taxativo un listado de las hipótesis de discriminación, limitándolas a motivos de raza o etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo o género, orientación sexual, posición económica, caracteres físicos o discapacidad, que contrasta con la ya apuntada definición genérica de la ley 23.592 (todo acto que arbitrariamente afecte el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional). Corresponde destacar que, este listado, a diferencia de los sistemas de normas internacionales que también recurren al método de enunciar hipótesis, dicha enumeración no resulta taxativa, en tanto admite su ampliación a situaciones no enunciadas en el texto¹⁹.

16 CSJN 21.09.2004 «Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA.» Fallos: 327:3753

17 En el mismo sentido se pronunció la Corte en «Milone» (Fallos: 327:4607), y en «Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c. Poder Ejecutivo Nacional y otro» (Fallos 338:1347).

18 Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A. s. Amparo» (CNAT Sala V 14.06.06 La Ley 2006-D, Pág.217).

19 Los instrumentos internacionales luego de efectuar una enumeración, no siempre coincidente, prevén la apertura del listado con fórmulas tales como cualquier otra condición social (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ONU 1966), cualquier otra condición (Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU 1948), sin distinción de raza, sexo, idioma, credo, ni otra alguna (Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre Bogotá, 1948), cualquier otra condición social o familiar (Declaración Sociolaboral del MERCOSUR), y el convenio 111 OIT lo prevé en estos términos: «cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.»

Con esta limitación de los supuestos de aplicación de la tutela, los redactores de la reforma procuran bloquear su aplicación a las causales más frecuentes de discriminación que se verifican en el despido: las cuestiones de salud, el activismo sindical, el despido represalia, como así también a la causal de edad que, aunque menos frecuente en la jurisprudencia, no deja de ser una de las principales situaciones que dan lugar a despidos²⁰.

El legislador ordinario no puede limitar —discriminar— cuáles son las causales de discriminación, en contradicción con las normas sobre derechos fundamentales de rango superior. La ley ofrece un flanco de ataque para quienes postulen su inconstitucionalidad.

III.2.1. Apertura del «listado» por aplicación de otras normas.

Sin perjuicio de lo expresado precedentemente en relación al carácter inconstitucional de la limitación taxativa de causales que configuran discriminación en el despido conviene tener en cuenta que algunas de las hipótesis que se pretende desactivar resultan de la aplicación de otras normas supraleales y legales. Como bien se ha dicho²¹, los casos de despido antisindical pueden también ser encuadrados en el marco del Convenio 98 OIT, cuyo artículo 1 instituye una «adecuada protección contra todo acto de discriminación» consistente en «despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo».

Cabe apuntar que los despidos por razones de edad omitidos en el listado, están expresamente contemplados en el algo olvidado artículo 17 LCT que prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

III.3. La regla sobre carga de la prueba que puede hacer ilusoria la tutela judicial.

La norma bajo análisis contradice abiertamente lo dispuesto en la jurisprudencia de tribunales internacionales y receptado por la Corte en «Pellicori», al disponer que «la prueba estará a cargo de quien invoque la causal».

En el fallo «Parra Vera» citado más arriba, se expresó sobre este punto que «uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria» y por ello «cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba» estableciéndose una «específica mecánica probatoria que responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental»²².

Esta dificultad a que alude la doctrina y la jurisprudencia, es justamente el móvil de la reforma en este punto: hacer ilusoria la posibilidad del trabajador víctima de un despido discriminatorio por acceder a la justicia en pos de reparación.

20 Es frecuente el fenómeno de empresas, usualmente grandes que procuran expulsar a trabajadores que alcanzan cierta edad, aunque se encuentran todavía lejos de la jubilación.

21 Ver voto del Dr. De la Fuente en «Balaguer» citado en nota 13.

22 Ver fallo citado en nota 17.

He aquí otra posible vía de impugnación constitucionalidad del 245 bis.

III.4. El absurdo intento por tarifar la reparación del daño que produce el despido discriminatorio.

El artículo que estamos analizando, tal como intentara hacerlo la ley 25.013, le pone precio a la discriminación, al establecer para estos casos «una indemnización agravada equivalente al cincuenta por ciento de la establecida por el artículo 245 de la ley 20.744 y sus modificatorias o de la indemnización por antigüedad del régimen especial aplicable al caso», que, según la gravedad de los hechos el juez puede incrementar hasta el cien por ciento.

Esta tarifación de la reparación, fijada en base con un criterio completamente arbitrario va orientada también a la desactivación de la protección que hoy rige. Además, en los hechos habilita —mediante el pago de una tarifa ya predeterminada—, discriminar a la persona del trabajador a través de su despido.

Para graficar esta cuestión, razonando por el absurdo, podría darse la situación que un empleador racista que desea eliminar de su plantilla de personal a los trabajadores de piel oscura, o de determinada pertenencia racial o religiosa, podría concretar al grito de «no quiero negros, judíos ni comunistas», sin más costo que ese recargo. Y si lo que procura es evitar el pleito, podría exponer esa causa en la en la notificación del despido, y liquidar la indemnización incluyendo en la misma a título de «indemnización artículo 245 bis» la suma que corresponda.

La reparación del daño a derechos fundamentales no admite tarifación, y queda regida por la regla de lo dispuesto en el artículo 1740 CCyC ya citado. La reparación por violación de derechos personalísimos, recepta el artículo 1738 del mismo cuerpo es incompatible con el instituto de una tarifa predeterminada. Esta es la tercera inconstitucionalidad que hemos detectado.

III.4. Prohibición de declarar la nulidad del despido y condenar a la reincorporación del trabajador. Sin animarse a decirlo de modo expreso, el último párrafo del artículo procura prohibir la declaración de nulidad del despido y la condena a reincorporar al trabajador, al disponer sin decirlo abiertamente que «el despido dispuesto, en todos los casos, producirá la extinción definitiva del vínculo laboral a todos los efectos».

La posibilidad de declarar nulo un despido considerado discriminatorio e imponiendo al empleador la obligación de reinstalar en su puesto del despedido ha sido la consecuencia más disruptiva, y por ende más resistidas por cierta doctrina identificada con una visión menos protectoria del derecho laboral. De ahí que no sorprenda esa afirmación contenida en la última parte de la norma.

Claro está que, la jurisprudencia nacional ha hecho aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 23.592, en cuanto impone al autor del acto discriminatorio la condena a cesar en el mismo como fundamento para ordenar la reincorporación del despedido. El efecto también resulta de lo dispuesto en el artículo 1740 CCyC en cuanto impone al autor de un hecho ilícito el deber de restituir la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, solución que deviene de insoslayable aplicación tratándose de vulneración de un derecho fundamental del ser humano.

Ante la inconstitucionalidad alegada en juicios en los que se procura la nulidad del despido, será tarea de los que pretendan ampararse en esta norma, justificar el apartamiento de la doctrina que con fundamento en pronunciamientos reiterados de la Corte se ha pronunciado declarando la nulidad del despido ²³, bien que con matices en cuanto a la posibilidad que el voto de la minoría en «Alvarez» que le concede al empleador la potestad el cumplimiento de la obligación de reinstalar al trabajador sustituyéndola por una reparación de daños y perjuicios, con más el pago de salarios devengados a lo largo del proceso ²⁴.

IV. Conclusión

Si bien pensamos que la mayor parte de la reforma establecida en el capítulo laboral de la ley 27.742, es susceptible de impugnación constitucional, esa situación se verifica con mayor intensidad en lo relativo al artículo 245 bis por las razones que hemos expresado.

No será la primera vez que en la labor de los litigantes comprometidos con una visión protectoria del Derecho del Trabajo echemos mano del texto constitucional para impugnar normas regresivas. Estas líneas propósito de estimular a quienes desean sumarse a esa tarea, inspirados en los resultados que se obtuvieron en el pasado ²⁵.

23 La SCJN mantuvo este criterio en posteriores fallos que se remitieron al precedente «Alvarez» en «Arecco, Maximiliano c. Praxair Argentina SA», Fallos 321:3311, «Ledesma, Florencio c. Citrus Batalla S.A.» 09.09.14 La Ley Online AR/JUR/49630/2014, Cejas, Adrián Enrique s. Recurso de hecho en: Cejas, Adrián Enrique vs. Fate S.A.» 26.03.13 Rubinzal on line, «Cáceres, Orlando c. Hipódromo Argentino de Palermo S.A». (CNAT Sala VIII, 30.11.07 La Ley online).

24 El voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay dispuso que, en caso de negativa del empleador a reinstalar a los trabajadores, la empleadora podía sustituir el cumplimiento de esa obligación mediante el pago de una indemnización equivalente a la del 182 LCT acumulada a la tarifa del despido y sin perjuicio de la reparación por los daños y perjuicios derivados del acto discriminatorio.

25 Veinte años atrás, luego de «Vizzoti», la Corte, merced al esfuerzo de litigantes empeñosos, derribó virtualmente la LRT, a través de «Aquino», «Castillo», «Milone», «Llosco», «Torrillo» entre otros. La gesta puede repetirse.



Trabajador independiente con colaboradores. La batalla en las fronteras de la dependencia

POR RICARDO L. CHÉRCOLES ¹

[MJ-DOC-18153-AR](#) | [MJD18153](#)

Sumario: I. El artículo. II. Al pan, pan, y al vino, vino. III. Dueña de su silencio y esclava de sus palabras. IV. A río revuelto, ganancia de pescadores. V. Problemas: que cada palo que aguante su vela. VI. La batalla en las fronteras de la dependencia.

I. El artículo

El art. 97 de la ley 27.742 de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos (en adelante LB) ², titulado: «De los trabajadores independientes con cola-

¹ Juez de la Sala 4ta de la Cámara del Trabajo de Córdoba, especialista y profesor universitario de postgrado en Derecho del Trabajo.

² Art. 97 de la LB: «De los trabajadores independientes con colaboradores»

«El trabajador independiente podrá contar con hasta otros tres (3) trabajadores independientes para llevar adelante un emprendimiento productivo y podrá acogerse a un régimen especial unificado que al efecto reglamentará el Poder Ejecutivo nacional.

El mismo estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras e incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los trabajadores colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación.

Queda prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley.

El presente artículo será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación

boradores», establece la posibilidad de que un trabajador independiente «cuenta» con otros tres ³ trabajadores independientes, para llevar adelante un emprendimiento productivo.

Además, la citada norma prevé que el primero de ellos podrá acogerse a un régimen especial unificado (que reglamentará el PEN) y que estará «basado en una relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre los trabajadores independientes, ni con las personas contratantes de los servicios u obras».

También dispone que el citado régimen «incluirá, tanto para el trabajador independiente como para los colaboradores, el aporte individual de una cuota mensual que comprenda la cotización al Régimen Previsional, al Régimen Nacional de Obras Sociales y Sistema Nacional del Seguro de Salud y al Régimen de Riesgos del Trabajo, en las condiciones y requisitos que establezca la reglamentación».

Por último, el art. 97 de la LB añade dos cuestiones más: la primera, que se encuentra prohibido fragmentar o dividir los establecimientos para obtener beneficios en fraude a la ley y, la segunda, que la norma «será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes; es decir, en las que se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda».

II. Al pan, pan, y al vino, vino

Como primera cuestión, cabe comenzar por señalar que la norma no prevé específicamente que el trabajador independiente pueda «contratar» a otros trabajadores independientes, sino que refiere a que podrá «contar» con ellos.

Ahora bien, más allá de la connotación y de las consecuencias jurídicas que la palabra «contar» puede tener, lo que el art. 97 de la LB regula no es más que un «acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas», en otras palabras, un acto jurídico en los términos de los arts. 259 y s.s. de nuestro Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), que dará lugar a una relación jurídica patrimonial en los términos del art. 957 del CCyC.

Por tales razones, previo al comienzo del análisis de la norma resulta necesario tener en claro que, más allá de la deficiente técnica legislativa, lo que el art. 97 de la LB regula es, sin dudas, un contrato entre trabajadores independientes.

laboral que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda».

3 El DNU 70/23, antecedente del art. 97 de la LB, establecía la posibilidad de que fueran 5 trabajadores independientes.

III. Dueña de su silencio y esclava de sus palabras

Aclarada esta primera cuestión, resulta dable también señalar, que el art. 97 de la LB no forma parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de trabajo en sentido estricto, puesto que «no ha sido incorporado a ninguna ley de neto corte laboral, sino que queda comprendido únicamente en la multitemática ley 27.747 y, por lo tanto, aislado de las normas propias del derecho del trabajo ⁴.

Pero, además, y más importante, cabe señalar que la citada norma tampoco podría abarcar relaciones de trabajo que previo a su sanción se hubiesen estado regidas por nuestra legislación laboral, en la medida en que, tal como lo dispone su 2do párrafo, el régimen al que deberán acogerse los trabajadores independientes que celebren el contrato «estará basado en la relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos, ni con las personas contratantes de los servicios u obras». Más aún, para despejar cualquier tipo de dudas, el 4to y último párrafo del art. 97 de la LB dispone que «será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes».

Entonces, de lo expuesto necesariamente se deriva que, si existiera dependencia entre las partes, la situación fáctica no podría quedar comprendida en régimen previsto en el art. 97 de la LB (que expresamente la excluye) y pasaría a estar abarcada por la normativa que regula las relaciones de trabajo dependientes.

IV. A rio revuelto, ganancia de pescadores

Aclaradas estas dos cuestiones, la pregunta que se impone entonces, es: si la norma no forma parte del ordenamiento jurídico laboral y tampoco podría abarcar relaciones de trabajo tuteladas por dicho ordenamiento ¿para qué es analizada desde la perspectiva del Derecho del Trabajo?

Y la respuesta pareciera estar en que el art. 97 de la LB utiliza terminología y alude a ciertas cuestiones que guardan relación con nuestro derecho Laboral y, por lo tanto, podrían llevar al operador jurídico a confusión.

La primera de ellas está en que, al colocar en cabeza sólo ⁵ de uno de los trabajadores independientes la facultad de contratar a los demás, así como la de acogerse al régimen especial unificado previsto en la norma, el art. 97 de la LB no ubica en un plano de estricta igualdad a todos los trabajadores independientes, sino que, por el contrario, pareciera otorgar ciertas facultades de organización y dirección (por lo menos al comienzo de la relación) al trabajador independiente contratante, así como cierta preeminencia de este último por sobre los demás, lo cual, no constituye un dato menor, en la medida se estaría

4 A esta conclusión, que se comparte, se arriba en MUGNOLO, Juan Pablo, Reforma Laboral, Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos, 1ra edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Ba As, 2024, autores: Juan Pablo Mugnolo, Lucas Caparrós, D. García, M. Lanchini, J. Santos, Guido Seren Novoa y D. Tapiero, pág. 312.

5 Conclusión a la que se arriba porque en ambos casos el art. 97 de la LB utiliza la palabra «podrá», y no «podrán» y en referencia al primer trabajador independiente y no al resto de ellos.

alejando de las previsiones que regulan los contratos asociativos (arts. 1442 y s.s. del CCyC), así como de las que rigen las sociedades comerciales (LGS), para acercarse a las que regulan las relaciones laborales dependientes.

Por otro lado, y tal como vimos más arriba, en vez de la palabra «contratar», o de otros términos que podría haber utilizado («proponer», «convocar», «llamar» etc.), la norma utiliza la palabra «contar», expresión de la que también se desprende la preeminencia del trabajador independiente contratante sobre los demás, en la medida en que quien «cuenta» con otros generalmente posee cierta ascendencia sobre estos últimos, por lo menos en el marco del fin para el que «cuenta» con ellos, en este caso, para llevar adelante un emprendimiento productivo.

Además, podemos agregar que si bien el art. 97 de la LB, por un lado, identifica en su texto a todas las personas que celebren el contrato como «trabajadores independientes», por otro lado, también distingue terminológicamente al trabajador contratante de los contratados, denominándolos «trabajador independiente» al primero de ellos y «colaboradores» a los segundos, y no sólo lo hace en mencionándolos de esta manera el título del artículo, sino también en el 2do párrafo de su texto. Y, cabe añadir, la palabra «colaborar» alude a «asistir», «ayudar», «auxiliar» a otro, lo que también podría llevarnos a pensar que los celebrantes de contrato no se encuentran en un plano de estricta igualdad, y a la posibilidad de que exista cierta preeminencia de uno de ellos por sobre los demás. Comentario aparte merece el hecho de que, en la práctica y desde hace algunos años, en las organizaciones empresariales, sobre todo en áreas de recursos humanos, se denomina «colaboradores» a las personas que trabajan en relación de dependencia.

Por último, la confusión en la que podría incurrir el operador jurídico de pensar que art. 97 de la LB forma parte del ordenamiento jurídico laboral o de que podría abarcar relaciones de trabajo dependientes podría derivar, por un lado, de la inclusión del referido artículo en el capítulo IV, del Título V de la LB, que se encuentra compuesto por otros 5 capítulos relacionados con la regulación de relaciones de trabajo dependientes⁶ y, por otro lado, de que el régimen de seguros al que deberán aportar tanto el trabajador independiente contratante, como los trabajadores independientes contratados («colaboradores»), es el del Régimen de Riesgos del Trabajo, y no otro.

Sin embargo, cabe reiterar, y reafirmar, que si bien estas cuestiones podrían llevar al operador jurídico a confundirse y a pensar que el art. 97 de la LB podría abarcar parte de las relaciones de trabajo dependientes tuteladas por nuestro ordenamiento jurídico laboral, lo cierto es que, tal como dijimos más arriba, la exclusión de dichas relaciones que la propia norma hace de su ámbito de aplicación trae aparejada a una conclusión categórica y concluyente en sentido contrario.

Por lo demás, al tratarse de una norma que regula el trabajo humano en sentido amplio, consideramos que su estudio desde el Derecho Laboral resulta acertado.

⁶ Tales como las Modificaciones de la Ley de Empleo 24.013 (capítulo I), las modificaciones de la LCT (capítulo II), el Fondo de Cese Laboral (capítulo III), las modificaciones en el trabajo agrario (Capítulo V) y las derogaciones de algunas indemnizaciones laborales (capítulo VI).

V. Problemas: que cada palo aguante su vela

Desde otro costado, y más allá de la cuestión netamente jurídica, tal como se ha comentado ⁷, las cuestiones planteadas en el punto precedente podrían llevar a que, por confusión o con mala intención, ciertas relaciones de trabajo dependientes fueran registradas en el régimen que prevé el art. 97 de la LB, lo cual, además de la obvia desprotección de trabajadores y trabajadoras, traería aparejada una mayor litigiosidad (aspecto de por sí negativo), que incluiría un reconocimiento posible, pero siempre tardío de sus derechos. Y es que si bien el art. 14 de la LCT (aún vigente) llevaría al posterior encuadramiento jurídico de dichas relaciones en el marco de la normativa que rige las relaciones de trabajo dependientes (problema para los jueces), durante su trascurso, esas las personas no contarían con la tutela que dicha normativa les brinda (problema para las personas que trabajan), desafío no menor, por cierto, también para la administración del trabajo (problema para esta última).

VI. La batalla en las fronteras de la dependencia

Tal como vimos, en su último párrafo, el art. 97 de la LB establece que «será de aplicación específicamente cuando la relación sea independiente entre las partes».

Ahora bien, a renglón seguido, la norma dispone que una relación será independiente cuando «se encuentre ausente alguna de las notas típicas de la relación laboral, que son la dependencia técnica, la jurídica o la económica. Todo ello de acuerdo al tipo de actividad, oficio o profesión que corresponda».

Pareciera ser entonces que la única injerencia que el art. 97 de la LB podría tener de en relación al ordenamiento jurídico laboral, es librar una batalla en las fronteras de la dependencia o en los elementos que la configuran.

Y en este contexto, la norma propone que con que se encontrara ausente sólo una de las tres notas que menciona, e incluso aunque las otras 2 se presentaran con suma intensidad, la relación sería independiente y resultaría aplicable el art. 97 de la LB. A la inversa, también partiendo del texto de la norma, mientras las tres notas estuvieran presentes, cualquiera fuera su intensidad, incluso aunque fuese casi nula en los tres casos, la relación sería dependiente y debería quedar comprendida en la órbita de tutela que brinda el ordenamiento jurídico laboral. Y es que el artículo de la LB que analizamos establece que el carácter o la naturaleza de dependencia o independencia estará dado por la presencia o ausencia de las notas aludidas, sin tener en cuenta su intensidad ⁸, ni otras

⁷ Tobar Jorge, en una charla en el Colegio de Abogados de Córdoba. También CAMINOS Juan, en una charla de café.

⁸ Nótese que incluso las tres notas de la dependencia que la norma alude están presentes en verdaderos contratos civiles y comerciales excluidos de la aplicación del ordenamiento jurídico laboral, y no porque ahora el art. 97 de la LB establezca este criterio o indicador de la dependencia deberá aplicarse a dichos contratos el ordenamiento jurídico laboral. Y a la inversa, existen relaciones de trabajo tuteladas por citado ordenamiento que pueden carecer de alguna de las notas de la dependencia, y ello no debería ser el parámetro de su exclusión.

cuestiones que resultan aún más complejas que no vamos a analizar por no ser este un estudio sobre la dependencia.

Simplemente cabe señalar que la cuestión no es tan sencilla como pretende el art. 97 de la LB. Y es que, más allá de que continúan vigentes los arts. 21 y 22 de la LCT, así como también la Recomendación N° 198 de la OIT, y más allá de los cientos de criterios y posiciones que se han alejado de la constatación de la dependencia técnica, económica y jurídica como puerta de ingreso a la tutela de la normativa laboral, lo cierto es que un artículo ajeno al ordenamiento jurídico laboral, que regula un contrato particular entre trabajadores independientes, no podría disponer cuál va a ser el criterio a seguir para determinar cuándo no encontramos frente a una relación de trabajo tutelada por dicho ordenamiento y cuándo no, máxime, en la medida en que la estructura de la normativa que tutela a la persona que trabaja se encuentra asentada en cimientos conformados por principios propios y derechos humanos revestidos de jerarquía constitucional, y mal podría una norma que le es extraña en todo sentido, modificarla.

Por lo demás, esta regulación en nada debería afectar, salvo fraude, el normal desenvolvimiento de las relaciones de trabajo tuteladas por el Derecho Laboral.

Contrato de Trabajo - Constitucionalidad - Indemnización
por Falta de Registración - Registración de la Relación
Laboral - Periodo de Prueba

17-marzo-2025



Período de prueba y sus modificaciones con la Ley 27.742. Un nuevo debate sobre un viejo instituto

POR CAROLINA BARREIRO ¹

[MJ-DOC-18154-AR](#) | [MJD18154](#)

Sumario: I. Período de prueba. Primeras leyes. II. Ley 25.877. II. Ley 27.742. IV. Algunas reflexiones.

I. Periodo de prueba. Primeras leyes

Como bien indica Fernando E. Romero, el período de prueba, mucho antes de ser incorporado legislativamente con la Ley 24.465, ya había «nacido» jurisprudencialmente.

En su artículo Crítica a la modificación del período de prueba por el DNyU N° 70/23 publicado el 3 abril 2024 en Microjuris MJ-DOC-17570-AR|MJD17570, señala que:

«el período de prueba fue de creación jurisprudencial. El entonces art. 266 de la L.C.T. en su versión original, establecía que la indemnización por antigüedad o despido será equivalente 'a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses'. La jurisprudencia de los tribunales laborales resolvía de manera dispar, algunos considerando ese período mínimo únicamente con proyección cuando se adiciona a una antigüedad en el servicio que sobrepasa una anualidad, otros aisladamente para que el trabajador que a su egreso no llega a computar esa duración en el empleo. Ambas interpretaciones contrapuestas dieron origen al Fallo Plenario 218 SAWADY, MANFREDO C/ S.A.D.A.I.C. El mismo concluyó que el trabajador con antigüedad no mayor de tres

¹ Abogada, recibida en la UBA y docente universitaria acreditada. Si bien en un principio se especializó en derecho tributario al mudarse a Puerto Madryn, en el año 2002 se volcó al derecho laboral. Desde el año 2015 es jueza laboral de esa ciudad de la provincia de Chubut. Ha publicado diversos artículos y colaborado en libros de la especialidad, así como brindado cursos y conferencias nacionales e internacionales. Es miembro del Grupo de Estudios de Derecho Social y de la Asociación Nacional de Juezas y Jueces del Trabajo.

meses, despedido sin causa, no tiene derecho a la indemnización prevista en el entonces art. 266 LCT. Es decir que el fallo plenario instituyó un periodo de tres (3) meses como requisito mínimo de servicio para originar el derecho del trabajador despedido a reclamar resarcimiento. ¿Y por qué? Porque según el entonces art. 266 que fijaba los períodos para el cálculo de la indemnización por antigüedad, el pago de un salario por año de servicio trabajado, o fracción mayor de tres meses. Cuyo antecedente más remoto lo encontramos en las expresiones del Diputado Sr. Courel, miembro informante del despacho de comisión sobre el proyecto que luego sería la Ley 11.729 Código de Comercio, quien señaló que 'el despacho limita a establecer un tiempo mínimo con respecto a los empleados de comercio. Es necesario que transcurra el término de tres meses al servicio del principal para que se le considere empleado'. SIMÓN, Julio César, D.T., 34.867».

El citado plenario Sawady data del 30/03/1979, es decir, sólo 5 años después de la sanción de la LCT, pero en un contexto sociopolítico e ideológico completamente distinto al vigente al momento del dictado de la norma. Sin embargo, el criterio allí fijado se mantuvo a lo largo de los años, con algunas voces disidentes.

Por su parte, algunos estatutos especiales contemplaban la existencia de un período de prueba, entre ellas la 12.908 correspondiente a periodistas profesionales y el Dto. Ley 13.839/13 empleados administrativos de empresas periodísticas, el de encargados de casas de renta, el Dto. 326/56 de servicio doméstico, la ley 22.248 de trabajo agrario. Es de destacar que las causales de rescisión durante este período debían estar vinculadas a la no superación de los objetivos.

En el año 1995, con la ley 24.465 se agrega a la Ley de Contrato de Trabajo, el artículo 92 bis, incorporando el período de prueba, el que duraba tres meses, ampliable a seis por convenio colectivo, estableciendo que no podía contratarse más de una vez, a un mismo trabajador, utilizando el período de prueba.

La norma facultaba «a cualquiera de las partes» a extinguir la relación durante el período de prueba, sin expresar causa, y sin derecho a indemnización alguna, por motivo de la extinción.

Esta ley, asimismo, contemplaba la exención de pago de aportes y contribuciones para el sistema de jubilaciones y pensiones, al Instituto Nacional de Servicios Sociales para jubilados y pensionados y al Fondo Nacional de Empleo.

Asimismo, incluía las siguientes cláusulas:

7.-Si el contrato continuara luego del período de prueba éste se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

8.-Los convenios colectivos de trabajo podrán establecer porcentajes en relación a la contratación de trabajadores a prueba, así como la prioridad para el ingreso en el supuesto de incremento de la planta efectiva».

Ello llevó a que, parte de la doctrina, entendiera que no se estaba frente a un contrato por tiempo indeterminado con período de prueba, sino a dos contratos sucesivos, uno a prueba, sujeto a condición y otro, sin solución de continuidad, por tiempo indeterminado.

En el año 1998 el instituto sufre la primera modificación por intermedio de la Ley 25.013. En ella, el período de prueba se reduce a 30 días, extensible a 6 meses por CCT debida-

mente homologado. Sin embargo, la exención de pago de aportes y contribuciones se limita a los primeros 30 días del vínculo. Asimismo, la extensión del período de prueba podía conllevar una reducción de indemnización y preaviso, pero sólo de hasta el 50% del régimen general.

Recordemos que esta modificación vino de la mano de una alteración del sistema indemnizatorio que pasó a ser una doceava parte de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor, por cada mes de servicio o fracción mayor de DIEZ (10) días; con un mínimo de 2/12 partes.

Por la ley 25.250, tristemente conocida como la «ley Banelco», el régimen de período de prueba vuelve a sufrir modificaciones.

Por un lado, exceptúa del período de prueba a los contratos de temporada. Vuelve a extender su plazo a 3 meses, ampliable a 6 meses por convenio colectivo. En el caso de las pequeñas empresas definidas por el art. 83 de la Ley 24.467, el período de prueba se establecía en 6 meses, extensible —también por convenio colectivo— hasta 12 meses para los trabajadores calificados. Por otra parte, incorpora la expresión «y sin obligación de preavisar» al derecho, ya reiterado, de extinguir el contrato sin expresión de causa, y sin derecho a indemnización alguna; como contramedida de los fallos judiciales y artículos de doctrina que señalaban que la única exención estaba referida a la indemnización por antigüedad, pero no al preaviso.

A la obligación de registración ya establecida por las anteriores leyes le adiciona la consecuencia de su no cumplimiento, no dejándola ya al arbitrio judicial, indicando que, sin perjuicio de dicho incumplimiento «se entiende que ha renunciado a dicho período». Por otra parte, incorpora una nueva prohibición, cual es el «uso abusivo del período de prueba» con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores, sujetándolo a ser pasible de sanción administrativa. A partir de esta norma cesan, además, las exenciones al régimen del SUSS.

Estas modificaciones tuvieron todas un mismo sentido, el evitar la cobertura indefinida de puestos de trabajo con trabajadores «en período de prueba» a fin de evitar el pago de aportes y contribuciones y así bajar el «costo laboral». Con este mismo objeto, entonces, la ley 22.250 incorpora un artículo 2, que regula la reducción de contribuciones al SUSS, para los nuevos puestos de trabajo que se crearan.

En este tiempo, se negocian convenios colectivos que establecen la extensión del período de prueba. Así podemos nombrar el CCT 371/03 para empleados de estaciones de servicio, publicado en el B.O. el 01/04/04 que estableció «Período de prueba Art. 63. Las partes signatarias acuerdan que el período de prueba del personal ingresante será de doce meses año de conformidad a lo previsto en el art. 92 bis de la ley de contrato de trabajo modificando por el art. 3 de la Ley 25.013.», o el CCT 372/04 celebrado el 30/10/2003, publicada en el B.O. el 29/10/2004, que determinó «ARTICULO 9: Período Prueba: Las partes convienen ampliar y prorrogar el período de prueba, para la contratación por tiempo indeterminado a seis (6) meses para los trabajadores que se incorporen a partir de la vigencia del presente convenio, en los términos del art. 92 bis de la Ley 20.744. Para las pequeñas empresas definidas en el art. 83 de la Ley 24.467, el período de prueba se extiende a doce (12) meses. En ambos casos, la ampliación y prórroga acordada, será de aplicación sólo respecto de los dependientes directos del titular

del Establecimiento Fabril en la cual se desempeñan. Queda excluido del plazo ampliado, el personal contratado para desempeñarse como peón de tareas generales».

Puede verse, en este último convenio, la laxitud que se le dio al término «trabajadores calificados», dejando fuera sólo a los peones de tareas generales (personal jornalizado) incluyendo hasta al personal de limpieza.

II. Ley 25.877

Vale aclarar que estas cláusulas no llegaron a tener vigencia, ya que el 18/03/2004 se publica en el Boletín oficial la Ley 25.877 que vuelve a modificar (cuarto régimen en 9 años) nuevamente el período de prueba.

El texto del art. 92 bis reformado por la norma antedicha, rigió por más de 20 años, hasta que fue reemplazado, recientemente, por la ley 27.742.

El texto establecido en la ley 25.877 señalaba:

ARTICULO 2º - Sustitúyese el artículo 92 bis de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias, por el siguiente:

«Artículo 92 bis. - El contrato de trabajo por tiempo indeterminado, excepto el referido en el artículo 96, se entenderá celebrado a prueba durante los primeros TRES (3) 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:

1. Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.
2. El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
3. 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.
4. Las partes tienen los derechos y obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.
5. Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la Seguridad Social.

6. El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.
7. El período de prueba, se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la Seguridad Social».

He transcripto la totalidad del texto del artículo a fin de, posteriormente, hacer una comparativa con las modificaciones introducidas por la llamada ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos.

Concentrémonos en las novedades que introduce esta modificación del art. 92 bis de la LCT. En primer lugar, vemos que el período de prueba fue fijado nuevamente en tres meses, sin posibilidad de extensión alguna por intermedio de los convenios colectivos, y manteniendo la excepción introducida por la ley 25.250, es decir, su aplicación exclusivamente para los contratos de tiempo indeterminado de prestación continua.

Asimismo, la relación durante esos tres primeros meses sigue pudiendo extinguirse, por cualquiera de las partes, sin expresión de causa, pero con obligación de preavisar. Este preaviso, durante el período de prueba, será de 15 días para ambas partes; pudiendo ser compensada en dinero la omisión del preaviso.

Por otra parte, a la ya reiterada prohibición de contratar más de una vez al mismo trabajador, utilizando el período de prueba, añade la consecuencia jurídica, que será considerar, de pleno derecho, que ha renunciado al mismo.

III. Ley 27.742

Enfoquémonos ahora, entonces en analizar el texto del artículo 92 bis, modificado por la ley 27.742, el que a continuación transcribo, remarcando las modificaciones introducidas

Artículo 91.- Sustitúyese el artículo 92 bis de la ley 20.744 (t.o. 1976) y sus modificatorias por el siguiente:

Artículo 92 bis: Período de prueba. El contrato de trabajo por tiempo indeterminado se entenderá celebrado a prueba durante los primeros seis (6) meses de vigencia. Las convenciones colectivas de trabajo podrán ampliar dicho período de prueba:

- a) hasta ocho (8) meses, en las empresas de seis (6) y hasta cien (100) trabajadores; y
- b) hasta un (1) año en las empresas de hasta cinco (5) trabajadores.

Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo a la extinción.

El período de prueba se regirá por las siguientes reglas:

- (i) Un empleador no puede contratar a un mismo trabajador, más de una vez, utilizando el período de prueba. De hacerlo, se considerará de pleno derecho, que el empleador ha renunciado al período de prueba.
- (ii) El uso abusivo del período de prueba con el objeto de evitar la efectivización de trabajadores será pasible de las sanciones previstas en los regímenes sobre infracciones a las leyes de trabajo. En especial, se considerará abusiva la conducta del empleador que contratare sucesivamente a distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo de naturaleza permanente.
- (iii) Las partes tienen los derechos y las obligaciones propias de la relación laboral, con las excepciones que se establecen en este artículo. Tal reconocimiento respecto del trabajador incluye los derechos sindicales.
- (iv) Las partes están obligadas al pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social, con los beneficios establecidos en cada caso.
- (v) El trabajador tiene derecho, durante el período de prueba, a las prestaciones por accidente o enfermedad del trabajo. También por accidente o enfermedad inculpable, que perdurará exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso. Queda excluida la aplicación de lo prescripto en el cuarto párrafo del artículo 212.
- (vii) El período de prueba se computará como tiempo de servicio a todos los efectos laborales y de la seguridad social.

El empleador deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación; caso contrario, se considerará que ha renunciado al período de prueba.

Concentrémonos, entonces, en los extremos modificados.

En primer lugar, y el que más salta a la vista es el plazo. De tres meses, se extiende a seis, ampliable por convención colectiva, hasta ocho meses para las pymes (6 a 100 trabajadores) y de hasta 12 meses para las micro empresas (hasta 5 trabajadores).

Asimismo, vuelve a incorporarse el contrato de temporada a aquéllos contratos que se entienden celebrados a prueba —cómo jugará aquí la duración es un tema que pondré a debate posteriormente—, ya que se elimina la excepción que, desde la ley 25.250, se había establecido.

Por otra parte, se elimina la obligación de preavisar, y, por ende, la de abonar el preaviso no otorgado.

Mantiene la obligación de las partes del pago de los aportes y contribuciones a la seguridad social, sin embargo, agrega «con los beneficios establecidos en cada caso».

Esta última frase parecería dejar librado a la reglamentación la posibilidad de eximir o morigerar la carga tributaria de cualquiera de las partes. Sin embargo, este artículo no

fue reglamentado por el Dto.847/2024 publicado el pasado miércoles 25 de septiembre de 2024 en el Boletín Oficial.

Esta modificación del régimen de período de prueba no alcanzó a la ley 26.844 de empleados de casas particulares, que continúa con el mismo sistema establecido en su texto original, 30 días de prueba para los o las empleadas con retiro, contándose las jornadas efectivamente trabajadas, o 15 días para las o los empleados sin retiro.

IV. Algunas reflexiones

Extensión y constitucionalidad:

Si bien no es la primera vez que el período de prueba se extiende más allá de los 3 meses, siempre ello fue sujeto a lo que las partes pactaran en los convenios colectivos. Sí es la primera vez, que legalmente el plazo básico general del período de prueba se fija en 6 meses.

¿Puede realmente considerarse que estamos ante un período de prueba?

Primero quiero llamar a la reflexión sobre la redacción del art. 92 bis desde su comienzo, que siempre se ha empeinado en legislador en reproducir la frase «cualquiera de las partes podrá extinguir la relación durante ese lapso sin expresión de causa, sin derecho a indemnización con motivo de la extensión».

Este instituto, como claramente han señalado Maza y Sudera, entre otros, no beneficia, en nada, al trabajador, siempre el trabajador pudo renunciar a su empleo sin expresión de causa, y sin deber ningún tipo de indemnización a su empleador.

En consecuencia, el beneficio es únicamente del empresario, por lo que resulta hasta hipócrita la expresión legal utilizada.

Han señalado Miguel A. Maza y Cecilia Hockins (Director: Mario Ackerman, 2008):

«Se ha de entender aquí que el período de prueba constituya una etapa, posterior a la selección de los candidatos a ocupar puestos de trabajo, dependiente efectuada por el empresario o quien lo represente, de carácter preliminar dentro del contrato de trabajo, y en el cual las partes, pero sobre todo el trabajador, ya que busca que el empleador lo acepte, muestran sus actitudes o aptitudes a fin de concretar la vinculación contractual en ciernes.

Sin embargo, esta definición pura o abstracta no parece válida a la hora de definir el período de prueba en el contrato de trabajo de acuerdo al artículo 92 bis de la LCT. En este específico contexto, pensamos que se trata de un lapso del contrato de trabajo ordinario celebrado para durar por tiempo indeterminado en el que cualquiera de las partes puede extinguir el vínculo durante su transcurso con la única obligación de otorgar preaviso o, en su defecto, abonando la indemnización sustitutiva equivalente y que, al no haberse activado el derecho a la estabilidad, el despido sin causa que el empleador disponga no es considerado un ilícito contractual. Esto es así, pues la propia ley ha permitido que la promesa mutua a que hace referencia al artículo 21 de la LCT se manifieste con una fragilidad inicial: el régimen de contrato de trabajo admite ahora que la promesa patronal de dar ocupación y el compromiso del dependiente de poner su capacidad laborativa a

disposición del empleador puedan extinguirse sin expresión de causa, dentro del plazo de tres meses, establecido en el artículo 92 bis.»

En un análisis constitucional, el Dr. Xavier Uriaguereca, en su artículo «Protección contra despido arbitrario (art. 14 bis cn) c/ período de prueba (art. 92 bis LCT) s/ inconstitucionalidad» publicado en la Revista «Temas de Derecho Laboral», dirigida por el Dr. Toselli, editorial Erreius, octubre 2016, págs. 57 y subsiguientes.) concluye :«Para todo trabajador que inicia su relación laboral por primera vez con un empleador determinado, el artículo 92 bis de la LCT reglamenta durante los primeros tres meses, la manda constitucional del artículo 14 bis, de proteger contra el despido arbitrario.

La norma aquí atacada (92 bis de la LCT, en su parte pertinente), excluye al trabajador de todo resarcimiento, estabilidad, o derecho a que un tercero (Poder Judicial o Administrativo) resuelva sobre la propuesta de su despido, es decir de protección contra el despido arbitrario.

Es por ello que creemos acreditada la primigenia tesis, respecto a la patente inconstitucionalidad, al ser el medio desproporcionado respecto al fin querido por la Constitución, del llamado período de prueba».

Esta misma postura la sostuvo el Dr. Omar Yasin en su artículo de 1998 «El llamado período de prueba y su inconstitucionalidad» publicado en la Revista de Derecho del Trabajo de Editorial La Ley pág. 700 —id SAJJ: DACA980213—

Ahora bien, si ya se cuestionaba la constitucionalidad del instituto el período de prueba cuando era de tres meses, coincidente con la fórmula del art. 245 LCT, como señalé más arriba, la nueva extensión legal de base (6 meses), que supera todas las anteriores, así como las previstas en el derecho comparado (sólo España contempla un período similar pero únicamente para técnicos titulados, luego de la reforma de 2021).

Pero no sólo ello, sino que dicho período puede ser extendido, no ya, como estipulaban las leyes 25.013 o 25.250, por acuerdo de partes en el Convenio Colectivo, sino únicamente basado en la cantidad de trabajadores de la empresa.

Es decir, que habrá trabajadores de primera o de segunda, es decir, trabajadores más o menos estables, para quienes se respetará, más o menos su derecho constitucional a la protección contra el despido arbitrario, dependiendo de quién sea su empleador.

Claramente ello da un fuerte indicio de que no estamos frente a un real período de prueba, es decir, un período para que el empleador determine si la formación y/o el perfil psicológico del trabajador se adaptan al puesto y grupo de trabajo. Para ello, serían más que suficientes los 3 meses que anteriormente postulaba la norma —aun cuando, como ya vimos en el capítulo anterior por las características de la redacción de la norma tampoco podía hablarse de un período utilizable para probar al trabajador—.

Por el contrario, un período tan extenso como el que la nueva ley impone «supondría una grave crisis ocupacional, ya que amplía el universo de trabajadores sin protección contra el despido arbitrario, convirtiendo el período de prueba en una nueva modalidad de contratación, considerando el extenso plazo que se propone.» como señalara Romero en el artículo que citara al principio de este escrito.

Por otra parte, recordemos que incorpora nuevamente a los trabajadores de temporada a la norma —ya que se trata de trabajadores con contrato de trabajo indeterminado, aun-

que de prestación discontinua—, pero no especifica cómo se interpretará la extensión del período de prueba en temporadas menores a 6 meses de duración; lo que tampoco ha sido atendido en la reglamentación; dejando entonces al arbitrio de los empleadores la utilización, hasta algún pronunciamiento judicial, qué se interpretará por «los primeros 6 meses», que, por ejemplo, para temporadas «de verano», podrá utilizarse por dos y hasta 3 temporadas.

Riesgo de fraude:

Romero, en el artículo citado, remarca que

«En los considerandos del DNU no se han explicado los fundamentos de la reforma planteada, tal como lo hicieron las leyes que reformaron este instituto anteriormente (.), en un claro reconocimiento al uso fraudulento al que referimos.

Así sucedió en aquellos países que implementaron flexibilizaciones en el período de prueba, como España. En nota publicada en el diario El País, «Así funciona el fraude de los periodos de prueba para que las empresas ahorren en indemnizaciones. Las compañías recurren a este método para abaratar el despido: Desde la entrada en vigor de la reforma laboral, el número de contratos temporales se ha reducido. Sin embargo, se ha abierto otro cauce para emplear a trabajadores de manera eventual. Disminuir las contrataciones de duración determinada ha provocado que las rescisiones de contrato por no superar el periodo de prueba se incrementen considerablemente» (8). La nota refiere además al informe de la Confederación General del Trabajo de España, estos ceses han pasado del 5% antes de la reforma en 2021, a representar entre un 20% y un 25%. Y desde la Seguridad Social, apuntan que en los diez primeros meses de este año han dado de baja a cerca de 825.000 personas por este motivo. «Con estos datos, el periodo de prueba está bajo sospecha, ya que algunas empresas lo están utilizando de manera fraudulenta para esconder lo que, en realidad, es un contrato temporal». «Las empresas ven el periodo de prueba como una oportunidad de oro para acrecentar su negocio. La fórmula es sencilla: contratan de forma indefinida y antes de cumplir el plazo de prueba establecido legalmente cesan al empleado. Mediante este modus operandi, se ahorran las indemnizaciones por despido.» Adviértase que este escenario se da inclusive con un periodo de prueba más corto, en España luego de la reforma del año 2021, el mismo es de 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. ¿Porque habrían de esperarse resultados distintos en Argentina si el período es mayor que en España?».

Estas estadísticas españolas deben al menos prender una alerta para nuestro sistema, más ahora que los plazos se han alargado. Por una parte, en periodos de 6 meses a un año, el uso «sucesivo» del período de prueba a los fines de eludir la registración de los trabajadores, reprochable según el art. 92 bis, solo podrá comprobarse luego de extensos plazos que diluyen las posibilidades de control; de un control que era ya casi inexistente y que está en manos de la autoridad administrativa del trabajo y no de las asociaciones sindicales o de los trabajadores a los que afecta, más allá de la posibilidad que estos tengan de efectuar una denuncia.

Remarco, por otra parte, que esta sanción se limita a una multa pecuniaria administrativa, no previendo la norma, —como sí lo hace para el caso en que en relación a un mismo trabajador se utilice más de una vez el período de prueba—, la presunción de renuncia a dicho período por lo que, no hay beneficio para el trabajador respecto del cual se pro-

dujera el fraude por uso «sucesivo» del período de prueba. Por otra parte, deja a arbitrio administrativo el análisis de cuántos contratos sucesivos, rescindidos en período de prueba, serán necesarios para considerar que hubo un «uso abusivo».

Otros derechos en conflicto:

Más allá de la cuestionable constitucionalidad de la norma que señalé en los párrafos anteriores, y el riesgo de fraude, considero que veremos multiplicarse conflictos que ya se han vislumbrado en los tribunales y se han discutido en la doctrina pero que, en vistas de la limitada duración del período de prueba, se han reflejado en escasa cantidad de expedientes.

Me refiero a la colisión entre el derecho del empleador a finalizar el contrato sin expresión de causa, y sin indemnización, al trabajador o trabajadora durante el período de prueba y la protección especial otorgada por las leyes 20744, por motivo de matrimonio y embarazo, y 23551 por representación sindical. Recordemos que el trabajador es sujeto de preferente tutela constitucional, tal como señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Vizzoti, hace ya 20 años.

Encontramos aquí dos derechos en pugna, pero no de igual entidad, y tampoco se encuentran igualmente tutelados los sujetos que los detentan.

Tengamos en cuenta que, los representantes sindicales y las mujeres, más aún si pertenecen a algunas otras minorías, multiplicarán su estatus de protección constitucional.

Hagamos un breve repaso de las posturas jurisprudenciales a la fecha:

En la causa «Guisado de Jakobs, Paula c/ KB Servicios S.A. s/ Despido» (sentencia del 05/03/1998), la Dra. Porta, de la Sala III de la CNAT, de manera magistral, entiende que la protección consagrada en los artículos 177 y 178 de la Ley de Contratos de Trabajo resulta aplicable al período de prueba, justificando su posición en que las normas que regulan el contrato a prueba no puede entenderse como consagradoria de un bill de indemnidad a favor del empleador, como así tampoco favorecedoras de prácticas discriminatorias, que por razones obvias resulta socialmente disvalioso (citado en «EL EMBARAZO EN EL PERÍODO DE PRUEBA - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN PUGNA» trabajo de 2012 de Francisco Lucas Chmelar). En igual sentido, la Sala IV, sent. del 24/4/98, «Fernández, Marcela N. c. BAS S. A.».

Con este mismo criterio se han pronunciado, por ejemplo, el Superior Tribunal de Entre Ríos en la causa «PROSS, SANDRA MARIELA c/ ISCOT SERVICE S.A. y otro s/ Cobro de pesos- Apelación de Sentencia-RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY» del 17/08/2010.

En sentido contrario, es decir, entendiendo que prevalecía el derecho a rescindir el vínculo sin indemnización por hacerlo dentro del período de prueba, encontramos, por ejemplo, las causas CN Trab. Sala VII, Granja c/ Receptivo Península S.R.L. s/ Despido, DT, 2000.A.1251, 9/12/1999; CN Trab.Sala VIII, Pretillo, Paola Natalia c/ Nas Argentina SA s/ despido, 23/9/2008.; CN Trab., Sala VII, Franco Cynthia Vanesa c/ Coto C.I.S.A. s/ despido, 22/09/2009; CN Trab., Sala II, Alvarenga, Cinthia Silvina c/ Sistemas Temporarios SA y otro s/ Despido, 16/04/2004, entre muchos otros (citados por Chmelar en el trabajo citado).

Como señalaba, las situaciones van a multiplicarse dado que la extensión del período de prueba hará que, estadísticamente, aumenten en forma significativa la cantidad de embarazos y matrimonios ocurran durante el período de prueba.

Por otra parte, recordemos que, por imperio del mismo artículo 92 bis los trabajadores, durante el período de prueba, goza de los derechos sindicales. Cualquier trabajador puede ser candidato a Comisión Directiva de la organización sindical, solo detentando más de dos años de antigüedad en la organización sindical, sin exigir antigüedad en la empresa. En el extenso lapso de período de prueba podría postularse y elegirse a un trabajador como representante sindical; y tendremos enfrentados ambos derechos.

Otro punto conflictivo se encuentra entre la redacción del art. 92 bis, el 29 y el 7 bis de la ley 24013, todo ello según el texto modificado por la ley de bases, complementado con el art. 1 del anexo II del Dpto. 847/24. Supongamos el caso en que un trabajador es registrado por la empresa usuaria en los términos del art. 29 LCT. Según las previsiones del art. 7 bis de la ley 24013 y art. 1 del Dto. 847/24, dicha registración es válida y ajustada a derecho. Sin embargo, el artículo 92 bis señala, textualmente, que es «el empleador» quien «deberá registrar al trabajador desde la fecha de inicio de la relación; caso contrario, se considerará que ha renunciado al período de prueba».

¿Cuál será la interpretación que se dará jurisprudencialmente a esta situación? ¿Se considerará una renuncia al periodo de prueba porque quien inscribió no es el empleador?

Conclusiones: La reforma al art. 92 bis de la LCL deja más dudas que certezas, como se desprende de los análisis realizados en los párrafos anteriores.

Recordemos la vigencia del principio de progresividad y no regresión en el marco del derecho laboral. Como dice la propia CSJN en su «nota de jurisprudencia» emitida en septiembre de 2021 sobre principio de progresividad - <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/22/documento>:

«El principio de no regresión cuenta con una fecunda trayectoria en la jurisprudencia de la Corte Suprema, abarcando diversos ámbitos de aplicación. En el marco de cuestiones relacionadas con el derecho del trabajo y el derecho previsional, la Corte ha dicho que el principio de progresividad o no regresión que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadas regresivas, no solo es un principio arquitectónico de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia (Fallos: 338:1347; 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni; 328: 1602, voto del juez Maqueda 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni)».

Es de preguntarse, entonces, si esta modificación más allá de los reproches que he realizado en los anteriores puntos, supera el test de progresividad.

Ahora bien, como siempre, la respuesta estará en la jurisprudencia, pero, lamentablemente, esta respuesta siempre será, en mayor o menor medida, tardía para el trabajador que entiende que sus derechos, y su protección constitucionalidad, han sido vulneradas por la nueva redacción del art. 92 bis.

**GE
DS**

